T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

ÖZEL HUKUK ÇERÇEVESİNDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, HATALI TIBBİ UYGULAMA VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

RAGIP ŞENGÜL

İstanbul 2019

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ÖZEL HUKUK ÇERÇEVESİNDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, HATALI TIBBİ UYGULAMA VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

RAGIP ŞENGÜL

Tez Danışmanı: DOÇ. DR. ZAFER KAHRAMAN

İstanbul 2019

T.C.

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özel Hukuk ..... YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: Özel Hukuk Sorumluluğunda Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Hatalı Tıbbi Uygulama ve Tazminat Sorumluluğu.

Öğrencinin Adı Soyadı : Ragıp Şayül

Tez Savunma Tarihi : 30.05.2019

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Yrd. Doç Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri		İmzalar
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN	
Üye	Doç. Dr. Öz SEÇER	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN	

ÖZET

ÖZEL HUKUK ÇERÇEVESİNDE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, HATALI TIBBİ UYGULAMA VE TAZMİNAT SORUMLULUĞU

RAGIP ŞENGÜL

ÖZEL HUKUK (TÜRKÇE, TEZLİ)

Tez Danışmanı: DOÇ. DR. ZAFER KAHRAMAN

Mayıs 2019, …. sayfa

Çalışmamızın konusu özel hukuk çerçevesinde hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi ile hatalı tıbbi uygulama kavramının ve tazminat sorumluluğunun incelenmesidir. Çalışmamızda üç bölüm yer almaktadır.

İlk bölümde tıbbi müdahale kavramı açıklanmış, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirmesi yapılmıştır. İkinci bölümde, hekimin mesleki yükümlülüklerinin yanı sıra tıbbi hata ve komplikasyon kavramları irdelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde, hekimin sorumluluğunun hukuki unsurları ve tazminat sorumluluğu incelenmiştir.

Çalışmamızda konunun sınırlandırılabilmesi adına, hekimin özel hukuk kapsamında sorumluluğu incelenmiş olup idari, cezai ve disiplinsel sorumluluk kapsam dışı bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Hekimin Sorumluluğu, Tıbbi Hata, Komplikasyon, Tazminat.

ABSTRACT

LEGAL CHARACTER OF RELATIONSHIP BETWEEN PHYSICIAN AND PATIENT, MEDICAL MALPRACTISE AND LIABILITY OF DAMAGE AS PART OF PRIVATE LAW

RAGIP ŞENGÜL

PRIVATE LAW LL.M

Thesis Supervisor: ASSOC. PROF. ZAFER KAHRAMAN

May 2019, …. pages

Subject of our thesis about legal character of relationship between physician and patient, medical malpractise and liability of damage as part of private law. Our thesis is composed of three part.

In the first part, we have examined medical intervention term and have revealed the legal character of relationship between physician and patient. In the second part we have examined medical malpractise and complication terms along with professional obligations of physician. In the third and the last part, we have analyzed legal elements of physician' s liability and responsibility of compensation.

For the purpose of limitation of the subject, we have analyzed physicians liability as part of private law and have excluded administrative, criminal and disciplinal liability.

Keywords: Medical Intervention, Liability of Physician, Medical Malpractise, Complication, Compensation.

İÇİNDEKİLER

ÖZET……..….iii

ABSTRACT…….……iv

İÇİNDEKİLER…….……v

KISALTMALAR……..……x

GİRİŞ……..…..1

Birinci Bölüm

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TEMEL KAVRAMLAR……..……3

A. Hekim…….……..……3

B. Hasta……4

C. Tıbbi Müdahale……5

II. HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ……..……7

A. Hekimin Bağımsız Çalışıyor Olması Halinde……..……..9

1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği……..……..……9

a. Tanım ve Genel Çerçeve…….……9

b. Temel Kavramlar……..……...…..10

c. Hukuki Nitelendirme Konusunda Görüşler……...10

2. Teşhis ve Tedaviden Doğan Sorumluluk……...14

a. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk……14

aa. Genel Olarak……..……..14

bb. Vekalet Sözleşmesinin Kuruluşu…….....15

cc. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları……...……..17

b. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk……..18

aa. Genel Olarak……..……..…18

bb. Eser Sözleşmesinin Unsurları……..……..…..20

c. Sözleşme Dışı Sorumluluk…….21

aa. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk……...21

bb. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk……..23

d. Edimden Bağımsız Borç İlişkisinden Doğan Sorumluluk…….25

B. Hekimin Özel Bir Sağlık Kuruluşunda Sağlık Hizmeti Sunması Halinde……26

1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Özel Sağlık Kuruluşu Kavramı……..…26

2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Türleri……....31

a. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimin Sorumluluğunun Niteliği…31

b. Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi ve Hekimin Sorumluluğunun Niteliği……..…….33

İkinci Bölüm

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN MESLEKİ KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

I. HEKİMİN MESLEKİ BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ……..…..….35

A. Tıbbi Yardımı Şahsen Gerçekleştirme Yükümlülüğü……35

B. Öykü Alma Yükümlülüğü……...……...…38

C. Muayene Etme Yükümlülüğü……...…..…40

D. Hastayı Aydınlatma ve Rızasını Alma Yükümlülüğü……41

1. Aydınlatma Amacı……..……..……...…..…41

2. Aydınlatmanın Konusu……..……..…..43

3. Aydınlatmanın Kapsamı……...……..…47

a. Kapsamın Genişlediği Durumlar……...47

b. Kapsamın Daraldığı Durumlar…...……....49

4. Aydınlatma Zamanı……..……..50

5. Aydınlatılacak ve Rızası Alınacak Kişi..……51

E. Teşhis Koyma ve Hastaya En Uygun Tedavi Yöntemini Seçip Uygulama Yükümlülüğü……...……..……....55
1. Teşhis Koyma……..……..……55
2. En Uygun Tedavi Yöntemini Seçme ve Uygulama……..……..…56
F. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü……..……58
1. Sadakat Yükümlülüğü……..……..58
2. Özen Yükümlülüğü……...……..……...…60
G. Kayıt Tutma Yükümlülüğü…….……...…64
H. Sır Saklama Yükümlülüğü…….…68
I. Hesap ve Alınanları Verme Yükümlülüğü…….....71
II. TIBBİ HATA VE KOMPLİKASYON……..73
A. Genel Olarak……..……...73
B. Tıbbi Standart Kavramı……..……...75
1. Kavram……..……...75
2. Tıbbi Standardın Dışına Çıkılması……..……...…..78
C. Tıbbi Hata……..……...81
1. Kavram…….……..…..81
2. Uygulamada Sıklıkla Karşılaşılan Hataların Değerlendirilmesi…….….83
a. Teşhiste Yapılan Hata……..……84
aa. Genel Olarak Teşhiste Yapılan Hata..……...……84
bb. Hastanın Öyküsünün Eksik Alınması ya da Muayenede Eksiklik……85
cc. Tahlil ve Tetkiklerin Yaptırılmasında Özensizlik……..……88
b. Tedavide Yapılan Hata……..……..……89
aa. Genel Olarak Tedavide Yapılan Hata……..…..89
bb. Yanlış Tedavi Yöntemi İzlenmesi…….…….....91
cc. Tedavi Sürecinde Uygulama Hatası Yapılması…….…….……93

dd. Cerrahi Müdahalede Hata Yapılması……...….94
ee. Konsültasyon İstenmemesi……...….95
ff. Yeterli Mesleki Kapasitede Olunmamasına Karşın Tedaviyi Üstlenme Kusuru……..…….….96
D. Komplikasyon……..……....98
1. Kavram……..……..98
2. Komplikasyon ile Tıbbi Hata ile Arasındaki Fark……100
3. Sorumluluğa Etkisi……..……..……104

Üçüncü Bölüm

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI……..……..……106
A. Genel Olarak……..……..106
B. Hukuka Aykırılık……..……...…107
C. Kusur…….……...…109
1. Kusur Kavramı ve Çeşitleri……...……...…109
2. Meslek Kusuru……..……...…112
D. Zarar……..……...…114
E. Nedensellik Bağı……..……116
II. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI……..……...…120
A. Maddi Tazminat……..…….….121
1. Genel Olarak……..…….…..121
2. Kapsamı ve Tayini……..……...…122
B. Manevi Tazminat……..……126
1. Genel Olarak…….……....126
2. Kapsamı ve Tayini…….……...…125

C. Sorumluluğun Sınırlanması ve Ortadan Kaldırılması……...…129
1. Hekimin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması……...…130
2. Yardımcı Kişinin Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması…...……130
D. Zamanaşımı……...…131
1. Genel Olarak Zamanaşımı ve Haksız Fiil Durumundaki Düzenleme……..…131
2. Vekalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı Bulması Halinde Zamanaşımı…..…133
3. Eser Sözleşmesinin Uygulama Alanı Bulması Halinde Zamanaşımı……...…134
4. Vekaletsiz İş Görme Halinde Zamanaşımı……...…135
E. Görevli Yargı Yeri……136
F. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası……..….140
SONUÇ……146
KAYNAKÇA……...…150

KISALTMALAR

bkz.	**:** bakınız
C.	**:** Cilt
CD.	**:** Ceza Dairesi
CGK.	**:** Ceza Genel Kurulu
E.	**:** Esas
HD.	**:** Hukuk Dairesi
HGK.	**:** Hukuk Genel Kurulu
HHK	**:** Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	**:** Hasta Hakları Yönetmeliği
HMEK	**:** Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
HMK	**:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	**:** Karar
md.	**:** madde
RG	**:** Resmi Gazete
S.	**:** Sayı
s.	**:** sayfa
SSGSSK	**:** Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	**:** Türk Borçlar Kanunu
TBMM	**:** Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	**:** Türkiye Cumhuriyeti
TCK	**:** Türk Ceza Kanunu

TDN **:** Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TKHK **:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK **:** Türk Medeni Kanunu

TTBK **:** Türk Tabipleri Birliği Kanunu

TŞSTİDK **:** Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

vb. **:** ve benzeri

YKD **:** Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Hekimlik, başta ülkemiz olmak üzere neredeyse bütün toplumlarda saygın bir izlenim uyandıran, kökeni Antik Yunan ve Anadolu'ya kadar uzanan, bireyin yaşamı boyunca pek çok kez hizmet aldığı bir meslektir. İnsanın tedavi ihtiyacı ise hekimlikten çok daha eski, insanın var olduğu tarihten itibaren mevcudiyetini sürdüren bir gerekliliktir. Hekimlik de, diğer mesleklerde zaman içinde görüldüğü gibi değişim ve gelişim göstermiştir. Özellikle tıp biliminde yaşanan pozitif gelişmeler, hekimin sorumluluğunun daha da artmasına sebebiyet vermektedir. Bu çerçevede, günümüzde hekimlerin hukuki sorumlulukları iddiasına dayanan davalarda önemli artış olduğu görülmektedir.

Uygulamada ise, konunun esas yönüyle son derece kendine özgü bir niteliği olmasından dolayı, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesinde, hekimin kusur ve ihmalinin tespitinde, tazmin sorumluluğunun belirlenmesi noktasında sorunlarla ve tereddütlerle karşılaşılmaktadır. Çalışmamız, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, hekimin mesleki hata yapması halinde özel hukuk kapsamında tazminat sorumluluğunun değerlendirilmesi hakkındadır. Amacımız, hekimin hukuki sorumluluğunun, hukuki olarak ortaya konulması ve uygulamada karşılaşılan sorunlara dikkat çekilmesidir. Çalışmamızda, hekimin kamu görevi yapmasından doğan sorumluluğa ve neticelerine değinilmemiştir. Yine hekimin cezai ve disiplin sorumluluğuna değinilmemiş olup, konunun sınırlandırılması açısından yalnızca özel hukuk çerçevesinde sorumluluk hali ve neticeleri incelenmiştir.

Birinci bölümde, tıbbi müdahale, hekim ve hasta kavramları genel olarak açıklanmış, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hekimin bağımsız çalışması ya da özel bir sağlık kuruluşunda sağlık hizmeti sunması koşullarına göre değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme kapsamında hekimin sorumluluğu kavramının genel hukuki niteliği değerlendirilmiş, tıbbi müdahale şekline ve doktrindeki görüşlere göre sorumluluğun hangi hukuki esasa göre ele alınması gerektiği irdelenmiştir.

İkinci bölümde, hekimin mesleki borç ve yükümlülükleri açıklanmış, hekimin görevini yerine getirme sürecinde karşılaştığı özellik arz eden mesleki aşamalar dikkate alınarak, hastanın hekimle temas ettiği ilk andan itibaren karşılaşılan temel aşamalar

üzerinden hekimin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca, tıbbi hata ve komplikasyon kavramı irdelenmiş ve tanımlanmış olup, tıbbi hata ile komplikasyon arasındaki farklar arz edilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde, hekimin sorumluluğunun özel hukuk çerçevesinde şartları, sonuçları, sınırlandırılması ve zamanaşımının uygulama alanı bulup bulmayacağı değerlendirilmiştir.

Birinci Bölüm

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Hekim

Üniversitelerin tıp fakültesinden mezun olan, mevzuat tarafından tıbbi müdahale gerçekleştirebilmesine imkan tanınan, fiili olarak da tıbbi müdahalede bulunabilme kabiliyetine sahip, fiziksel ya da ruhsal hastalıkları teşhis, tedavi edebilme, engelleme, insan sağlığının korunması ve sürdürülebilmesi için çeşitli müdahalede bulunabilme yetkisi bulunduran kişiler hekim olarak nitelendirilir.

Hekimlik mesleğini icra edebilmek için, tıp fakültesini bitirmek ön ve esaslı koşuldur. Zira 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un[1] birinci maddesi, hekimlik yapabilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gerektiğini düzenlemiştir. Hekimlik mesleğini icra edebilmenin bir diğer koşulu, Türk Tabipleri Birliği üyesi olmaktır[2]. Bu noktada, hekimin yukarıda belirtilen iki koşulu bulundurmasının yanı sıra, hekimlik mesleği icrası için geçici ya da sürekli bir engelinin de olmaması gerekir. Geçici engel konusunda, Türk Tabipler Birliği Kanunu[3] md. 39 ve 40. hükümlerinde geçici men cezaları verilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, meslekten geçici men edilen bir hekimin, geçici men süresince mesleğini icra edebilmesi mümkün olamayacaktır. Sürekli engel noktasında ise, TŞSTİDK md. 28' de meslekten daimi men sebepleri açıklanmıştır[4]. Madde metninde sayılan bu sebeplerin

---

1 RG 14 Nisan 1928, 863.

2 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu md. 7; *"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."*

3 RG 3 Ocak 1953, 8323.

4 TŞSTİDK md. 28; *"Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar,* zimmet, *irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır."*

mevcudiyeti halinde, hekimlik mesleğinin icra edilebilir olmasından söz edilemeyecektir[5].

B. Hasta

Hasta Hakları Yönetmeliği' nde[6] yer verildiği üzere hasta, sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı olan kişidir. Hasta kavramı, geniş yorumlanmaya müsait özelliklere sahip olması nedeniyle, bu kavramın nitelendirmesi önem arz eder. Yukarıdaki tanımın lafzından görüleceği ve anlaşılacağı üzere, "*hastalığı olan*" kişi bu sıfatı haiz olması gerektiği düşünülebilir. Nitekim hastalık kavramının tanımına bakıldığında karşılaşılan ifadenin *"organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu"* olduğu görülür[7]. Buna karşın, hasta sıfatının salt organizmada meydana gelen değişikliklerden doğan ve müdahale gerektiren bir sebepten dolayı doğduğu değerlendirmesinin yeterli olduğundan söz edilemez. Zira bir kimsenin herhangi bir tedavi ihtiyacı mevcut olmamasına karşın, uygulanacak bir tıbbi müdahale ile kendini psikolojik olarak daha iyi hissetmesi de mümkündür. Bu noktada manevi yönden kişinin lehine gerçekleşen bu durum nedeniyle kendisini iyi hissetmesi de söz konusu olacağından, hasta kavramı kapsamına, nesnel olarak herhangi bir tıbbi tedavi ihtiyacı olmayan ancak manevi yönden kozmetik tıbbi müdahale neticesinde kendini daha iyi hissedecek bu kimseler de dahildir[8]. Örneğin, bir kimsenin geçirdiği bir trafik kazası sonrasında hiçbir işlevsel sorun teşkil etmeyen bir yara izi mevcut olabilir. Bu yara izinin giderilmesi neticesinde kişinin kendini iyi hissetmesi ve manevi yönden bir tatmin hissini kendisinde bulması pekala mümkündür. Bu durumda psikolojik yönden kişiye olumlu yansıyan bu ve benzer müdahaleler dikkate alındığında hasta kavramına bu kimseler de dahil olacaktır.

---

5 **ÖZAY, Merter,** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 19; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa,** Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 41 vd.

6 RG 1 Ağustos 1998, 23420.

7 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=hastal%C4%B1k (Erişim tarihi: 18.03.2019)

8 **OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe,** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. Baskı, İstanbul 2018, s. 178.

Hastanın küçük, tam ehliyetsiz ya da hastalığından kaynaklı olarak şok halinde olması ihtimallerinde tedavi sözleşmesi hastanın yasal temsilcisi ile hekim ya da duruma göre sağlık kuruluşu arasında kurulmuş olur[9]. Bunun hukuki karşılığı ise Türk Borçlar Kanunu[10] md. 129' da yer alan üçüncü kişi lehine sözleşme kavramıdır.

Hasta, hekim ile arasındaki ilişki bakımından değerlendirildiğinde, hekime kıyasla daha avantajsız bir haldedir. Zira uzmanlık alanı olan konuda çalışma yapan hekim, kendisiyle bir hukuki ilişki halinde olan hastaya nazaran konunun gerek detaylarına gerekse bütününe çok daha hakim bir halde ve hangi koşulda ne şekilde hareket etmesi gerektiğini daha iyi bilmektedir. Bu nedenle hastayı korumak adına mevzuatta değişikliklerin yapıldığını, bu değişiklikler ile koordine bir şekilde; yargının ve doktrinin hastanın dezavantajlı olan bu halini, bir ihtilaf olsun ya da olmasın bertaraf etmek yönünde hareket ettiğini görmekteyiz. Bu kısmen isabetli olmakla birlikte, günümüzde defansif tıp kavramının da ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla hekim – hasta ilişkisinde, hastanın dezavantajlı halinin bertaraf edilmesi ile hedeflenen durumun, hekimin ya da diğer sağlık personelinin hasta ile arasındaki ilişkiyi olağanüstü temkinli bir şekilde gerçekleştirmesine, hatta hasta ile ilgilenmekten kaçınmasına sebebiyet verecek düzeye çıkmaması gerekmektedir.

C. Tıbbi Müdahale

Sürekli gelişim gösteren bilimlerin başında, belki de ilk sırada gelen tıp biliminin temel kavramı şüphesiz tıbbi müdahaledir. İçerisinde bulunduğu bilim dalının sürekli değişim ve gelişim göstermesinin bir sonucu olarak, tıbbi müdahale kavramının tanımlanması da önem taşır. Tıbbi müdahale, sağlık personelinin kişinin fiziksel ya da ruhsal anlamda tedavisine yönelik her türlü etkinlikleridir[11]. Hastalığın teşhisi, tedavisi veya herhangi bir şekilde fiziki ve fikri faaliyet bu kapsamda yer alır[12].

---

9 **ÖZDEMİR,** s. 69 – 70.

10 RG 4 Şubat 2011, 27836.

11 **TÜRKMEN, Ali,** Hasta ve Hekim Hukuku, Samsun 2009, s. 35; **ÇAKMUT, Özlem Yenerer,** *"Hekimler Tarafından Tutuklu veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 231; **BULUT, Berivan,** *"Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 63; **DEMİR, Bahadır,**

Kavram sürekli gelişmekte ve değişmekte olduğundan, eksiksiz ve tam anlamıyla karşılayabilecek bir tanımın yapılabilmesi güçtür. Ancak olabilecek en geniş kapsamda tanımlanabilmek açısından tıbbi müdahalenin mevzuattaki tanımının da isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki; Hasta Hakları Yönetmeliği[13] md. 4/g' ye göre "*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim"* tıbbi müdahaledir. Doktrinde tıbbi müdahalenin pek çok tanımının[14] yapıldığını görürüz.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bazı şartların varlığı aranır. Bu şartların getirilmesindeki amaç bireyin ve toplumun korunmasıdır[15]. Zira hekimin bireye tıbbi müdahalesi hastanın daha iyi bir tıbbi duruma getirilmesi amacıyla gerçekleşmesine karşın, bazen tam aksi yönde, istenmeyen negatif sonuçlar doğabilir[16]. Bir başka deyişle tıbbi müdahalenin birtakım unsurları bulunmaktadır. Bunların mevcudiyeti sıradan, herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirilebilecek bir eylemi, tıbbi müdahale olarak nitelendirmemizi sağlar[17]. Söz konusu unsurlar, tıbbi müdahalenin yetkili bir sağlık personeli tarafından yapılması, tıbbi bir gereklilik halinin bulunması, tedavi amacına yönelik olması yani endikasyonun olması, tıbbi müdahalede

---

"Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları", I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 38.

12 **ÖZAY,** s. 20.

13 RG 1 Ağustos 1998, 23420.

14 **AŞÇIOĞLU, Çetin,** Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 7; **HAKERİ,** s. 45 – 46; **SARITAŞ, Hatice,** Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 17; **TÜRKMEN,** s. 35; **GÖKCAN, Hasan Tahsin,** Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 43; **IŞIK YILMAZ, S. Berfin,** *"Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",* TBB Dergisi, S. 98, Y. 2012, s. 391; **ŞİMŞEK, Uğur,** *"Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza",* Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan III, İzmir 2015, s. 3537; **AYKIN, Aykut Cemil/ÇINARLI, Serkan,** Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2016, s. 268 – 269; **KAHRAMAN, Zafer,** *"Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası"* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 480; **KİRKİT, Ecem,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2016, s. 15; **YARDIM, İsa,** Tüketici Olarak Hasta Hakları, Ankara 2016, s. 13; **ÇAKAL, Ayça,** Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara 2018, s. 22; **YÜCEL, Özge,** *"Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan, s. 34.

15 **HAKERİ, Hakan,** *"Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 18.

16 **YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz,** *"Hekimin Tazminat Sorumluluğu",* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, Y. 2015, s. 22.

17 **KİRKİT,** s. 15.

bulunulacak kişinin aydınlatılarak rızasının alınması ve müdahalenin güncel tıbbi standarda uygun olmasıdır[18].

II. HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, hekimin sorumluluğunun tespitinde ve çözümünde önemli yer tutar. Zira hekimin tıbbi müdahalesinin hatalı olduğu iddiasıyla hekime yöneltilen davalarda veya hekim aleyhine bulunulan şikayetlerin sayısında ciddi bir artış söz konusu olmuştur. Öyle ki, hekim aleyhine yöneltilen istemlerin artması neticesinde, 2005 yılında sigortacılık gündemine alınan ve 2010 yılında çıkartılan kanun[19] ile yürürlük bulan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kavramı dahi mevzuatımıza girmiştir[20].

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, hastanın hekim tarafından kabul edildiği anda başlar. Hatta hastanın hekim tarafından fiziksel olarak görülmesi dahi gerekmeyebilir, öyle ki hasta hakkında telefon ya da herhangi bir iletişim aracı vasıtasıyla bir başka sağlık personeline talimat vermek suretiyle nasıl hareket edileceğini belirterek tıbbi müdahalede bulunması halinde hekim ve hasta arasında hukuki ve tıbbi temas gerçekleşmiş olacaktır[21]. Hasta ile hekim arasındaki ilişki güvene dayalı olup özel bir nitelik arz eder[22]. Gerçekten, bir kimsenin vücut bütünlüğünü bir başkasına emanet etmesi yapısı gereği en yüksek güven gerektiren durumlardan biridir. Hekim ile hastanın ilişkisi bakımından, hastanın hekime ya da hekimin görev yaptığı sağlık kuruluşuna teşhis ve tedavi için başvuru yapması öneri olarak değerlendirilmelidir**.** Hekimin de

---

18 **ÇAKMUT,** s. 232; **HAKERİ,** s. 221 – 222; **DEMİR,** Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, s. 43; **ASLANOVA, Kemale,** Sağlık Hukuku Ders Notları, İstanbul 2017, s. 16.

19 RG 21 Ocak 2010, 27478.

20 **ÇEKER, Mustafa,** *"Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası",* YÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2011, YÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2012, s. 412.

21 **HAKERİ,** s. 733.

22 **ERSOY, Yüksel,** *"Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları",* TBB Dergisi, S. 53, Y. 2004, s. 162; **ZEYTİN, Zafer,** *"Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 110; **AKSOY GÜLASLAN, Pınar,** *"Acil Tıp Uygulamalarında Aydınlatma ve Rıza",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 453; **DEMİR,** Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, s. 39; **SERT SÜTÇÜ, Selin/CİHAN, Ali Hulki,** *"Özel Organ ve Doku Nakillerinde Doktorun Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünün İncelenmesi",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 1.

hastaya yönelik teşhisi ve tedaviyi kabul ederek, hastayla ilgilenmeye başlaması sözleşmenin kurulması anlamına gelir[23]. Zira sözleşmenin kurulması için kural olarak öneri, kabul ve karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygunluğu gerekir[24]. Ancak hekimlik sözleşmesinin kuruluşu bakımından önem arz eden bir diğer kavram da iradeyi ortaya koyan davranıştır (factum concludens). Bir kişinin belirli bir işleme yönelik beyan arzusu olmadığı takdirde dahi, gerçekleştirdiği bir davranış ya da o ana mahsus hareketi hukuk düzeni tarafından o doğrultuda bir irade beyanı olduğuna yönelik kabul ediliyor ise bu, factum concludens olarak nitelendirilir[25]. Burada bir irade beyanından söz edilmemekte, gerçekleştirilen davranışın iradeyi gösteren bir hareket olarak değerlendirilmesinden bahsedilmektedir. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu' nun 503. maddesi[26] kapsamında bir özel düzenleme söz konusudur. Buna göre, hekimlik sözleşmesinin zımni bir kabule bağlı olarak kurulabileceği kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir[27]. Burada hekimin, hasta tarafından yapılan öneriyi ivedilikle reddetmediği ya da sessiz kaldığı takdirde kabul edilmiş sayılacağına dair önemli bir karine öngörülmüştür[28]. Zira hekimlik, devletten alınan ruhsatname uyarınca icra edilen bir meslek olup, bir tekel hakkı doğmasına yol açar. Bu nedenle, hekim tarafından hastanın teşhis ve tedavisine ilişkin önerisi derhal reddedilmediği takdirde, taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuş olur.

Hekimin sözleşmesel sorumluluğu temel sorumluluk olarak değerlendirilmesine karşın, sözleşme öncesi sorumluluk da söz konusu olabilmektedir[29]. Ancak hemen

---

[23] **TEKBEN, Tuğçe,** *"Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi",* YÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2011, YÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2012, s. 861.

[24] **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 49.

[25] **OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami,** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Baskı, İstanbul 2015, s. 193.

[26] TBK md. 503: *"Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır."*

[27] **GÜMÜŞ, Mustafa Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 138; **ÖZDEMİR,** s. 79; **YARDIM,** s. 46; **TÜRE, M. Gökhan/TÜRE, Oğuzhan,** *"Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı",* TBB Dergisi, S. 131, Y. 2017, s. 298.

[28] **ÖZDEMİR,** s. 79.

[29] Bu duruma bir örnek olarak; hekimin hasta hakkında herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmaksızın, hastaya sağlık hizmeti sunulacakmış gibi bir inancın hasta nezdinde oluşmasına yol açması ve hastanın olağandan daha uzun süre bekletilmesine sebebiyet vermesi halinde sözleşme öncesi sorumluluktan söz edilebilir. **YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz,** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 129; **HAKERİ, Hakan,** *"Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 125; **GEZDER, Ümit,** *"Hekimin Yükümlülükleri*", Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y.

belirtmek gerekir ki, sözleşme öncesi sorumluluk hali, sözleşmesel sorumluluğa kıyasla çok daha az karşılaşılan bir hukuki durumdur. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, hekimin hastayı kabul etmediğini derhal bildirmemesi halinde dahi, hasta ile arasında sözleşmesel ilişki kurulmuş olacaktır.

A. Hekimin Bağımsız Çalışıyor Olması Halinde

1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

a. Tanım ve Genel Çerçeve

Hekimin mesleğini bağımsız bir şekilde gerçekleştirebilmesi mümkün olduğu gibi, bir özel hastanede ya da bir kamu hastanesinde de mesleğini icra etmesi mümkün olabilir. Hekimin bağımsız çalışması halinde hastanın hekim hakkında edindiği bilgiler doğrultusunda kendisine başvurması ya da kendi araştırması çerçevesinde hekime başvurarak hastalığının bertaraf edilmesini istemesi söz konusu olmaktadır. Bu halde, sorumluluğun hukuki niteliği, hekimin özel sağlık kuruluşunda sağlık hizmeti sunması halinden farklı olacaktır. Açıklanan nedenle, çalışmamızda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin nitelendirmesi, iki ana başlık altında ele alınmıştır.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi ya da tedavi sözleşmesi kurulduğu kabul edilir[30]. Hekimin salt estetik kaygıları bertaraf etmek amacıyla tıbbi müdahalede bulunması halinde, bir tedaviden söz edilemeyecektir ancak bazı yazarlar, bu tıbbi müdahalelerin de tedavi kapsamında ele alınması gerektiği görüşünde olduklarından, daha geniş bir nitelendirme anlamı taşıyan hekimlik sözleşmesi tanımını kullanmayı tercih etmektedir[31]. Kanaatimizce nitelendirme bakımından tedavi sözleşmesi yerine hekimlik sözleşmesi tanımının kullanılması, daha kapsamlı olması ve hekimin her uygulaması salt tedavi amacına hizmet etmek adına olmayabileceğinden, daha isabetli olacaktır.

2014, s. 124; **YÜKSEL, Sera Reyhani,** *"Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu",* MÜHF-HAD, C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 795.

30 **GÖKCAN,** s. 913.

31 **ÖZAY,** s. 29.

b. Temel Kavramlar

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kural olarak bir sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak Türk mevzuatında, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin bir tanımı yapılmamış olup, başka bir deyişle hekimlik sözleşmesinin bir tanımına yer verilmemiştir. Türk ve İsviçre hukukunda tedavi hedefi güden sözleşmeler vekalet sözleşmesi, estetik ve diş protezi yapılması gibi sözleşmeler ise eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir[32].

Hekimlik sözleşmesine göre hekim, hastanın ödeyeceği belirli bir ücretin karşılığı olarak yerine göre teşhis ve tedaviyi gerçekleştirmeyi üstlenmektedir. Gerek doktrinde, gerekse Yargıtay' ın kabulüne[33] göre vekalet sözleşmesi olarak adlandırılan bu ilişki, hastanın serbest çalışan hekime teşhis ve tedavisi için başvurması, hekimin de hastaya tıbbi kurallar ve bilinen en verimli teşhis yöntemini ve tedaviyi uygulama yöntemini seçerek uygulaması ile kurulmaktadır[34]. Hekim, kurulan bu sözleşme ilişkisi kapsamında hastanın vücut bütünlüğü üzerinde tıbbi müdahalede bulunma imkanı elde edecek olup, esas ve temel amaç, hastanın medikal durumunun mevcut tıbbi kabul görmüş en verimli teşhis ve tedavi uygulaması ile düzeltilmesi, yani hastanın sağlığına verimli ve kısa şekilde kavuşmasıdır.

c. Hukuki Nitelendirme Konusunda Görüşler

Hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde temelde dört görüş ile karşılaşılmaktadır [35] . Birinci görüş, hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu belirtir. Hizmet sözleşmesinde, hizmet

---

[32] **BAŞPINAR, Veysel,** *"Hekimin Özen Borcu",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf, s. 23; **GÖKCAN,** s. 914; **ERYILMAZ, Vildan,** *"Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 45.

[33] Yargıtay 13. HD. 13.06.2016 tarih, 2016/7996 E. ve 2016/14872 K. sayılı kararında yüksek mahkemece, zehirlenmeye bağlı geçirilen kalp krizi geçiren hasta ile hekimin uyguladığı tedavi arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019); Yargıtay 13. HD. 25.09.2014 tarih, 2014/10961 E. ve 2014/29245 K. sayılı kararında, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu değerlendirilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.04.2019)

[34] **KICALIOĞLU, Mustafa,** Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, s. 284.

[35] **GÖKCAN,** s. 914.

alanın edimini ifası yani bedeli ödemesi karşılığında, hizmet veren hizmet konusu işi yerine getirmekle yükümlüdür. İşin tamamlanacağı süre boyunca iş gücü, hizmet alana tahsis edilmektedir[36]. Esasen bu görüş, Türk Hukukundan ziyade Alman Hukukunda yer edinmiş bir görüştür. Bunun sebebi ise, hekimlik faaliyetinin karşılığında ücret alınmasına karşın Alman Hukuku' nda vekalet sözleşmesinin ivazsız olmasıdır. Eş söyleyişle, şartlar, Alman Hukuku' na göre hekimlik sözleşmesini ücret unsuru nedeniyle hizmet akdi kapsamına almaya yöneltmiştir[37]. Ancak bu görüşün hekimlik sözleşmesini karşılamak noktasında geçerlilik alanı bulabileceğini söyleyebilmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira hekimlik sözleşmesinde, sadece teşhis ve tedavi sürecinde bir hukuki ilişki söz konusudur.

Bazı yazarlar[38], aile hekimliğinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Zira aile hekimliğinde, sözleşmenin konusunun belirli bir hastalığın tedavisine yönelik olmadığı belirtilmektedir[39]. Ne var ki bu görüş, aile hekimliği sözleşmesi bağımlılık unsuru içermediği gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir. Zira hizmet sözleşmesinde hizmet alan, çalışanı her an denetleme yetkisine sahiptir ve hizmet verene işi istediği gibi yaptırabilir. Oysa hekimin, ilgilendiği hastasının direktifleri ile bağlı kalarak teşhis ve tedavi yöntemini düzenlemesi işin esasına aykırı düşer[40].

İkinci bir görüşe göre, hekimlik sözleşmesi bir eser sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Eser sözleşmesi TBK md. 470' te tanımlanmıştır. Bu sözleşme tipinde, yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenir[41]. Hizmet sözleşmesinin aksine, eser sözleşmesinde bir bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Başka bir deyişle yüklenici, eseri meydana getirme noktasında serbesttir. Bu görüş, hiçbir tedavi amacı gütmeyen ve günümüzdeki tıbbi

---

36 **GÖKCAN,** s. 914.
37 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 58.
38 **SCARAMUZZINO, Fabio Massimo,** *"İtalya' da Hekimlerin Sorumluluğu ve "Consenso Informato" (Bilgilendirilmiş Rıza)",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, Çeviren. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, s. 35 vd; Buradan yazarın hekimin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri olduğu ve dolayısıyla hizmet sözleşmesinin benimsendiği anlaşılmaktadır.
39 **KURT, Ekrem,** *"Hekimlik Sözleşmeleri",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 64.
40 **ÖZAY,** s. 41.
41 **KURT,** s. 66.

normlara göre hiçbir öngörülemez risk barındırmayan tıbbi müdahaleler bakımından geçerlilik alanı bulabilir.

Üçüncü bir görüş, hekimlik sözleşmesinin kendine özgü, sui generis bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Buna göre, hekimlik sözleşmesi mevzuatta düzenlenen sözleşme tiplerinden hiçbirini tam anlamıyla karşılamamaktadır. Bu tür sözleşmelerde borçlar hukukunun genel hükümleriyle, olayın vasfına uygun düşen diğer akit tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır[42].

Dördüncü görüş[43], hekimlik sözleşmesinin kural olarak bir vekalet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Vekalet sözleşmesinde, iş gören yani vekil, işin ne şekilde görüleceği konusunda vekil edenden bağımsız bir şekilde kendi belirleyeceği yöntem ile işin sonucunu garanti etmeksizin işi yerine getirmek için en üstün özeni göstereceğini taahhüt etmektedir. Bunun karşılığında ise vekil eden ücret ödeme edimini yerine getirir. Türk ve İsviçre Hukukunda benimsenen görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu konuda Yargıtay da aynı şekilde, hekimlik sözleşmesinin, estetik amaç güden müdahaleler ayrı tutulmak kaydıyla vekalet sözleşmesi olduğu görüşünü [44] benimsemiş ve kararlarında mütemadiyen görüşünü vurgulamaktadır.

---

[42] **GÖKCAN,** s. 915.

[43] **BELGESAY, Mustafa Reşit,** Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953, s. 76; **GÜMÜŞ, Mustafa Alper,** Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 221; **ŞENOCAK, Zarife,** *"Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası",* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 69; **HANCI, İ. Hamit,** Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 147 – 150; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 71; **BUDAK, Ali Cem,** *"Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 350; **AKARTEPE, Alpaslan,** *"Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf, s. 22; **HAKERİ, Hakan,** *"Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 4; **DEMİR, Mehmet,** *"Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu",* AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 238; **DERYAL, Yahya,** Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012, s. 388; **SEÇER, Öz,** *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu"* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2013, s. 118; **ZEYTİN,** s. 112; **KURT,** s. 69; **TEKBEN,** s. 871; **GEZDER,** Hekimin Yükümlülükleri, s. 137; **ERDOĞMUŞ, Ersoy,** Hekim Hakları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007. s. 70; **ŞİMŞEK,** s. 3544; **AKİPEK ÖCAL, Şebnem,** *"Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu, Ankara 2017, Editörler. TACİR, Hamide/ALTUNKAŞ, Aysun, s. 113.

[44] Yargıtay 13. HD. 24.04.2018 tarih, 2015/38686 E. ve 2018/5002 K. sayılı kararında hekimin gözetiminde hatalı enjeksiyon yapıldığına ilişkin iddia ile açılan dava dosyasının incelenmesi neticesinde uyuşmazlığın temelinin vekalet sözleşmesinden ileri geldiği belirtilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.03.2019); Yargıtay 13. HD. 22.03.2017 tarih, 2015/38727 E. ve 2017/3509 K. sayılı kararda kadın hastalıkları ve doğum branşı kapsamında kalan uyuşmazlıkta vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulduğu belirtilmiştir. http://www.kazanci.com

Uygulanan tıbbi teşhis ve tedavinin garanti edilebildiği iddia edilen vücuda bir protez takılması ya da bir diş implantı yapılması gibi sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Yine estetik ameliyatların da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsama saç ekimini de dahil etmek mümkündür[45].

Hekimin, estetik tıbbi müdahale birlikte aynı zamanda bir hastalığın iyileştirilmesine yönelik teşhis ve tedaviyi gerçekleştirmesi halinde hangi sözleşmenin uygulama alanı bulacağı konusunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, sözleşme konusu asıl sebep hastalığın iyileştirilmesi olduğundan, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekir. İkinci görüş ise hastaya aynı zamanda estetik bir müdahalede bulunulduğundan, vekalet sözleşmesinin uygulama alanı bulamayacağını ve böyle hallerde ağırlıklı olanın eser meydana getirmek olduğunu, bu nedenle eser sözleşmesinin söz konusu olduğunu savunur.

Kanaatimizce, hekimlik sözleşmesinin salt belirli bir sözleşme olduğu ifade edilerek, o sözleşmenin hükümlerine tabi tutulabilmesi mümkün değildir. Zira hekimlik, dinamik bir bilim olan tıp biliminin bir parçasıdır. Doktrinde standart bir hastalık tanımı nasıl ki yapılamıyor ve kişiden kişiye endikasyonun, teşhis yönteminin değişikliği söz konusu oluyor ise, tedavi bakımından da bu durum geçerlidir.

Ancak, konusu itibarıyla bir eser meydana getirme niteliğinde olan ve taahhütte bulunmaya elverişli yani neticenin garanti edilebilmesine elveriş tanıyan tıbbi müdahaleler nadiren gerçekleştirilebilir. Zira hekimlik canlı bir organizma üzerinde görev yapma esasına dayanır. Canlı bir organizma olan insanın, fiziksel herhangi bir müdahaleye maruz kalması halinde bunun neticelerinin tamamen öngörülebilir olmasından söz edilemeyecektir. Başka bir deyişle hastanın klinik durumunun yapılan tıbbi müdahale sonucunda nasıl şekilleneceği hekim tarafından herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmadan evvel kesin olarak belirlenebilmesi mümkün değildir. Hekimin sorumluluğunu artırmanın mümkün olabilmesi, ancak hastayı aydınlatılmasına bağlı olarak söz konusu olmalıdır. Eğer hekim, hastayı aydınlatırken bir sonuç

(erişim tarihi: 24.03.2019); Yargıtay 13. HD. 25.10.2018 tarih, 2016/29192 E. ve 2018/10060 K. sayılı kararda üroloji branşı hakkındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulduğuna dikkat çekmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.03.2019).

[45] **GÖKCAN,** s. 916 – 917.

taahhüdünde bulunuyor ise, o takdirde eser sözleşmesinin uygulama alanı bulacağından söz etmek mümkün olmalıdır[46]. Aksi halde hekim, hastayı tedavi etmeden önce olabilecek en kapsamlı taramayı gerçekleştirse ve komplikasyon riskini sıfıra mümkün olduğunca yaklaştırsa dahi, bir komplikasyonun meydana gelmesinin önüne geçemeyeceğinden, sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

2. Teşhis ve Tedaviden Doğan Sorumluluk

a. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

aa. Genel Olarak

Hekimin mesleki faaliyetinden ileri gelen sözleşmelerin doktrinde vekalet sözleşmesi[47] olarak nitelendirildiğini yukarıda belirtmiş idik. Yargıtay da bu konuda, doktrindeki hakim görüşe eşdeğer bir anlayış benimsemiştir[48]. Çalışmamızın bu bölümünde hekimin teşhis ve tedaviden kaynaklı sözleşmesel yani vekalet akdi hükümlerine tabi sorumluğu incelenecektir.

Vekalet sözleşmesine göre vekil, edimin sonucundan değil, edimin özenle görülmesinden sorumlu olup, bağımsızdır[49]. Hatta hekimin şifa garantisi vermeme (sonuç taahhüdünde bulunmama) hakkı söz konusudur[50]. Hekimin şifa garantisi vermeme hakkı akla garanti sözleşmesini getirecektir. Garanti sözleşmesi kapsamında ise sonucun gerçekleşmemesi riski kısmen veya tamamen garanti eden tarafından

---

46 **ZEYTİN,** s. 112; Bazı yazarlar, hekimin sonuç taahhüt etmesi halinde dahi sözleşmenin mahiyeti gereği sonuç taahhüt etmeye elverişli bir sözleşme olmaması nedeniyle eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı görüşündedir. bkz. **HİLAL ÇELİK, Nazlı,** *"Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Sona Ermesi",* YÜHFD, C. 11, S. 1, Y. 2014, s. 252.

47 **TÜRKMEN,** s. 48; **HİLAL ÇELİK**; 249; **YAZAN, Mümtaz Hakan,** *"Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 21.

48 **HAKERİ,** s. 735 – 736; **GÖKCAN,** s. 917.

49 **TANDOĞAN, Haluk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1977, s. 150; **GÜMÜŞ,** s. 11; **ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018, s. 596; **EREN, Fikret,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 705; **ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 434; **YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak,** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul 2018, s. 623; **REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 287.

50 **HAKERİ, Hakan,** *"Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 4.

üstlenilir[51]. Ancak hekimin tıbbi alanda mesleğini icra etmesi ve bu alanın insan yapısının bilinmezliği ve sonuç taahhüdünde bulunmaya elverişsizliği, doğal olarak şifa garantisi verilebilmesini bertaraf etmektedir. Dolayısıyla tıp hukuku kapsamında hekim, vekil sıfatını haiz olduğundan özen yükümlülüğü asli edimidir[52]. Zehirlenme neticesinde kalp krizi geçirildiği iddiasıyla açılan bir davada Yargıtay, uyuşmazlığın vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir[53]. Yüksek Mahkeme, bir başka kararında da ortopedi ve travmatoloji branşı ve enfeksiyon hastalıkları branşını birlikte ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, uygulanacak hukuki nitelendirmenin vekalet akdi olduğuna işaret etmiştir[54]. Yargıtay' ın istikrarlı görüşü, kural olarak hekimlik sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir[55].

bb. Vekalet Sözleşmesinin Kuruluşu

Vekalet sözleşmesi, TBK md. 502 – 514 arasındaki hükümlerde düzenlenmiştir. TBK md. 502' ye göre vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenir. Buna bağlı olarak teamül var ise, o takdirde vekalet veren de karşılığında vekile ücretini öder[56]. Konunun hekimlik mesleğine uyarlanması ile söylemek mümkündür ki; hekim, mesleki faaliyeti karşılığında ücrete hak kazanır. Öyle ki, Türk Tabipleri Birliği' nin yayımladığı ücret tarifesi ile teşhis ve tedavi asgari ücreti dahi belirtilmektedir[57]. Şüphesiz ücret konumuz çerçevesine kalan bağımsız

---

51 **KAHRAMAN, Zafer,** Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 17.

52 **TANDOĞAN,** II, s 205; Özen gösterme, hekimin bir yükümlülüğü olmakla birlikte, aynı zamanda hastanın da hakkı olarak karşımıza çıkar. (**VAN DEN BERK, Nergiz,** Sağlık Hizmetlerinin Hukuki Boyutu, İzmir 2016, s. 118.)

53 Yargıtay 13. HD. 13.06.2016 tarih, 2016/7996 E. ve 2016/14872 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019).

54 Yargıtay 13. HD. 05.04.2017 tarih, 2015/15335 E. ve 2017/4016 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019).

55 **ŞATIR, Nejdet,** *"Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorları ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 78.

56 **TANDOĞAN,** II, s. 346; **EREN,** Borçlar Özel, s. 740; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 627; **GÜMÜŞ,** s. 40; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 629.

57 **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s. 235; **GENCER, Zafer Adem,** Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2014, s. 45.

çalışan hekimler kapsamında söz konusudur. Bunun haricinde kamusal alanda sağlık hizmeti sunan hekimin ücreti, görev yaptığı sağlık kuruluşu tarafından karşılanacaktır[58].

Vekalet sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, taraflar dilerlerse yazılı ya da resmi bir şekilde bu sözleşmeyi akdedebileceklerdir. Sözleşmenin kuruluşu, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile gerçekleşir[59].

Bu çerçevede hekimin hasta ile ilişkisinde yükümlendiği teşhis ve tedavi sözleşmesi, hastanın rahatsızlığı olduğunu hissetmesi ve bunun teşhisi veya gerekiyor ise tedavisi için hekime başvurması ve hekimin hastaya bakmayı kabul etmesi ile kurulmuş olacaktır[60]. Tarafların arasında yazılı bir sözleşme olabilir. Ancak yazılı sözleşme yapılmasına uygulamada nadiren rastlanmaktadır. Gerçekten, bir rahatsızlığı olduğunu düşünen hastanın, hekimden önce telefon ile randevu alması, müteakiben muayenehaneye gitmesi ve neticesinde de hekimin kendisini muayene etmesi ve reçete yazması sıklıkla gerçekleşmesine karşın, kural olarak bir yazılı sözleşme akdedilmesi gibi bir prosedüre taraflar girişmezler. Ancak açıklandığı üzere yazılı bir sözleşme olmaması, vekalet sözleşmesinin kurulmamış olması anlamı taşımayacaktır. Hekimin hastaya bakmayı kabul etmesi halinde sözleşme kurulmuş olur[61].

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin müdahaleye geçerli olacak şekilde rıza göstermesi için ayırt etme kudretini haiz olması gerekir[62]. Bunun anlamı, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin anlam ve önemini kavrayacak olgunlukta ve kudrette olması gerektiğidir. Küçüklerin maruz kalacağı tıbbi müdahale bakımından TŞSTİDK md. 70 uyarınca ve HHY md. 70 uyarınca veliden ya da vasiden tıbbi müdahale öncesinde izin alınması gerekir[63]. Küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde vekalet sözleşmesini genellikle anne ve babanın yaptığını görürüz[64]. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, maruz kalacağı tıbbi müdahale küçüğe de açıklanmalı ve olayın bilincini kavrayabilecek durumda ise küçüğün de rızasının alınması gerekir.

---

58 **KICALİOĞLU,** s. 32.

59 **TANDOĞAN,** II, s. 157; **GÜMÜŞ,** Borçlar Özel, s. 139; **EREN,** Borçlar Özel, s. 713; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 629; **ARAL/AYRANCI,** s. 441; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s. 236**; GÖKCAN,** s. 918.

60 **SEÇER,** s. 119.

61 **GÖKCAN,** s. 918; **ŞİMŞEK,** s. 3544.

62 **TUNCAY, Aslı/UYSAL, Melis,** *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Rıza Kavramı",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 131.

63 **KAHRAMAN,** s. 489.

64 **ŞENOCAK,** s. 70 – 72.

cc. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

Hekimin üstlendiği işin, vekalet verenin menfaatine ve vekalet verenin iradesine uygun olarak yapılması gerekir[65]. Ancak hekim, tıp bilimini tedavi amacıyla uygulamakta olup, üzerinde çalıştığı alan kendisinin hakimiyet sahibi olduğu bir bölümdür. Hekimin bu nedenle kural olarak mesleki faaliyetini vekil edenin talimatından bağımsız gerçekleştirdiğini görürüz. Bu durum mevzuat ve doktrin tarafından da kabul edilmiştir. Gerçekten, TDN md. 6' ya göre, hekim ve diş hekimi, mesleğini icra ederken hiçbir dış müdahaleye kapılmaksızın, mesleki ve vicdani kanaatine göre hareket eder[66].

İşin yapılabilmesi için süre kaydı yoktur. Hekim, gereken en üstün özen ve dikkati göstermiş olsa dahi, işin neticesinin elde edilememesi halinde olumsuzluktan sorumlu tutulamaz. Tedavinin başarısız olması ve hastanın tıbbi rahatsızlığının bertaraf edilememiş olması, en yüksek özen ve dikkati göstermiş olması durumunda, hekimin sorumluluğunu doğurmayacaktır.

Vekalet sözleşmesinin kurulması için ücret şart olmayıp, bu durum TBK md. 502' nin son fıkrasında da açıklanmıştır. Kanun koyucu, sözleşme veya teamülün sözleşme tarafları arasında bulunması halinde vekilin ücrete hak kazandığını belirtmiştir[67]. Bunun anlamı, ücretsiz vekalet sözleşmesi de yapılabileceğidir. Ancak vekilden farklı olara hekim, teamül gereği ücrete hak kazanır. Zira tedavinin ücretli olması bir teamüldür[68]. Hekimin mesleki olarak kendisini yetiştirebilmesi, yetişme sonrasında dinamik tıp bilimindeki gelişmeleri takip edebilmesi ve kendisini daima en verimli güncel tıbbi bilgilerle donatması bir zorunluluktur. Bunun karşılığında hekimin ücrete hak kazanması da tabiidir[69]. Nitekim uygulamada da durum bu şekildedir. Hastanın hekimin muayenehanesine gitmesi ve muayenenin gerçekleştirilmesini müteakiben, hekimin asistanı ya da bizzat hekim tarafından hastadan ücret tahsil edilir. Elbette bunun istisnaları da bulunmaktadır ancak bu istisnaların, bağımsız çalışan

---

65 **TANDOĞAN,** II, s. 156; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 627; **GÜMÜŞ,** s. 144.
66 **HAKERİ,** s. 162 – 163; **KICALİOĞLU,** s. 30.
67 bkz. dipnot numara 55.
68 **GÖKCAN,** s. 918; **AKİPEK ÖCAL,** s. 113.
69 **KICALİOĞLU,** s. 31.

hekimler bakımından kaideyi değiştirmeyeceğini belirtmek gerekir. Mesleğini özel hastanede icra eden hekimler bakımından ise, ücret konusunda söz sahibi olma durumu yoktur. İstisnai olarak, bazı hekimlerin ücret konusunda hastayla anlaşmaları mümkün olsa da, özel hastane hekimin hasta ile ücret konusunda bir değerlendirme yapmasını kural olarak yasaklar. Hekim yaptığı işten dolayı değil, ancak çalışması karşılığında ücret elde eder. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesi, kural olarak, vekil sıfatını haiz hekimin teşhis ve tedavi faaliyetini en yüksek özen ile gerçekleştirmesi karşılığında hastadan ücret almaya hak kazandığı bir vekalet sözleşmesidir.

b. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

aa. Genel Olarak

Çalışmamız hekimlik mesleğinin hukuki nitelendirilmesine yönelik olduğundan, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak yorumlanması gerektiğine ilişkin görüşlerin doktrinde ve uygulamada mevcudiyetini tam anlamıyla kaybetmemiş olması dikkate alınarak, eser sözleşmesinden doğan sorumluluğa da yer vermeyi uygun gördük. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin açıklandığı yukarıda, hekimin hangi tarzdaki mesleki faaliyetlerinin eser sözleşmesi olarak kabul gördüğünü belirtmiş idik. Bu açıklamalarımızı tekrar belirtecek olursak; estetik operasyonlar, diş hekiminin protez yapımı, ortopedi ve travmatoloji uzmanı tarafından protez yapılması gibi işlemler, eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir[70]. Eser sözleşmesi, TBK md. 470 – 486 arasında düzenlenmiş bir sözleşme türüdür. TBK md. 470' e göre yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de bunun karşılığında ücret ödemeyi yükümlenir[71]. Hekimlik sözleşmesinin belirtilen tıbbi müdahaleler haricinde de vekalet sözleşmesi hükümleri yerine eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması söz konusu olabilir. Bunun için hekimin, hastaya neticeyi garanti etmesi yani sonu taahhüdünde bulunması yeterlidir[72]. Hemen belirtelim ki, estetik tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin bir plastik ve rekonstrüktif cerrahi uzmanı hekimi olması

---

[70] **BELGESAY,** s. 77**; AKARTEPE,** s. 16; **AYKIN, Aykut Cemil,** Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015, s. 181.

[71] **ÖZAY,** s. 40; **SEÇER,** s. 115; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 238.

[72] **DEDE, Emine,** Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Ankara 2017, s. 217.

gerekmez. Örneğin burun estetiği yapan bir kulak burun boğaz hastalıkları uzmanı operatör hekim ise ya da göğüs estetiği yapan bir genel cerrah ise yine estetik tıbbi müdahale neticesinde eser sözleşmesinin var olduğu görüşü kabul görmektedir[73]. Hekimin sonuç taahhüdünde bulunması kimi zaman kendisine güvenmesinden, ancak çoğunlukla maddi kaygılardan ileri gelmektedir[74].

Yargıtay' ın tıbbi uygulamalarda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin kararları çeşitli daireler tarafından farklı zamanlarda verilmiş ve verilmeye devam etmektedir[75]. Buna göre çeşitli tıbbi müdahaleler bakımından Yargıtay neticenin gerçekleşmemesinden dolayı hekimin sorumlu olacağının altını çizmektedir[76].

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini ayıran farkların başında, vekalet sözleşmesinde yapılan işin neticesinin taahhüt edilmemesi; buna karşın eser sözleşmesinde ise işin neticesinin taahhüt ediliyor olmasıdır[77]. Vekalet sözleşmesine tabi bir hekimlik sözleşmesinde hekim, netice olarak hastanın hayatını kaybetmesi halinde dahi, eğer görevini en yüksek özen göstererek tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirir ise sorumluluk altına girmez. Ancak eser sözleşmesine tabi bir hekimlik sözleşmesinde, hekimin sonucu taahhüt etmesi nedeniyle, istenen neticeye yakın bir

---

73 **ARINCI, Atilla,** *"Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 786 – 787.

74 **TÜMER, Ali Rıza,** Cerrahi Branşlar Açısından "Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis", İstanbul 2013, s. 45; **KİRKİT,** s. 55.

75 Yargıtay 13. HD. 05.04.1993 tarih, 1993/131 E. ve 1993/5002 K. sayılı, tıp hukukundan doğan hukukçular tarafından son derece bilinen kararında burun estetiğinin hatalı yapıldığını iddia eden bir hastanın ikame ettiği davada uyuşmazlığın eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.08.2018); Yargıtay 3. HD. 07.12.2015 tarih, 2015/142079 E. ve 2015/19759 K. sayılı kararında yüz gerdirme tıbbi müdahalesinin bir eser sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.08.2017); Yargıtay 3. HD. 26.11.2015 tarih, 2015/11701 E. ve 2015/19001 K. sayılı kararında göğüs estetiği yapılması halinde eser sözleşmesinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.08.2018); Yargıtay 3. HD. 23.01.2014 tarih, 2013/16671 E. ve 2014/815 K. sayılı kararında karın yağlarının alınmasına ilişkin (liposuction) tıbbi müdahalenin eser sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.03.2019); Yargıtay 15. HD. 09.02.2011 tarih, 2010/2958 E. ve 2011/676 K. sayılı kararında burun estetiği yapılması halinde eser sözleşmesinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Esasen bu karar ile Yargıtay 13. HD. ile Yargıtay 15. HD. arasında görüş birliği olduğu da görülmektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.01.2019); Yargıtay 15. HD. 03.11.1999 tarih, 1999/4007 E. ve 1999/3868 K. sayılı kararında dövme izinin silinmesini bir tıbbi müdahale olarak değerlendirmese de, yine de eser sözleşmesi olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.01.2019);

76 **ZEYTİN,** s. 111.

77 **TANDOĞAN,** II, s. 26; **EREN,** Borçlar Özel, **s.** 719; **AŞÇIOĞLU,** s. 18; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 599; **AKARTEPE,** s. 17; **GÖKCAN,** s. 938; **HİLAL ÇELİK,** s. 252.

sonuç alınsa dahi, eğer iş sahibi objektif olarak tatmin edilmemiş ise, hekim sorumlu olacaktır.

bb. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinde şekle bağlılık geçerlilik unsuru değildir. Sözleşme yazılı olabilir ancak sözlü de yapılabilir[78]. Başka bir deyişle tarafların iradelerinin uyuşması sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Eser sözleşmesinin öğeleri eser, ücret ve anlaşma olarak karşımıza çıkar.

Bu sözleşme ile yüklenici, yani işi yapmayı üstlenen, iş sahibi adına bir eseri ortaya çıkarma borcu altına girer[79]. Bunu hekimlik sözleşmesi perspektifinde ele alır isek, hekimin estetik bir operasyon yapması, örneğin rinoplasti operasyonu gerçekleştirmesi, ya da bir diş hekiminin protez yapması halinde, hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Hatta cinsiyet değişimi, kürtaj gibi tıbbi müdahalelerin de eser sözleşmesi olarak kabul edildiği belirtilmektedir[80]. Estetik tıbbi müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki anlaşmada hekim, hastaya fiziki değişikliğin ne şekilde olacağı konusunda bir taahhüt vermiş ise, başka bir deyişle neticenin garanti etmiş ise, eser sözleşmesinden söz edilecektir.

Eser sözleşmesi uyarınca iş sahibi, yani hasta, ücret ödeme borcu altına girer[81]. Hekim kendisine hastanın müracaatı ve sözleşmenin kurulması öncesinde, ücret konusunda hasta ile görüşerek bir bedel belirtir. Hasta bu bedeli kabul eder ve varılan anlaşma neticesinde estetik amaçlı tıbbi müdahale gerçekleşmektedir. Fakat, uygulamada istisnai olarak karşılaşılsa da; eserin bedeli uygulama öncesinde kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda TBK md. 481' e göre, eserin bedeli, yapıldığı yer ve zaman ile yüklenicinin masrafına göre belirlenir.

Bir tıbbi müdahalenin eser sözleşmesi olduğunun kabulü neticesinde, tıbbi kurallarla kabul edilen metodu başarıyla uygulaması hekimin, sözleşmesel

---

78 **HAKERİ,** s. 737.
79 **TANDOĞAN,** II, s. 67; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 483; **GÜMÜŞ,** Borçlar Özel, s. 10, **ARAL/AYRANCI,** s. 369.
80 **ZEYTİN,** s. 111.
81 **HAKERİ,** s. 736; **GÖKCAN,** s. 939.

yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasını sağlamayacaktır. Hekimin istenilen eseri de meydana getirmesi gerekir. Eş deyişle hekim, hastanın istediği neticeyi sağlamalıdır. Aksi halde hekimin ayıba karşı tekeffül borcu meydana gelecektir. Hekim, tıbbi müdahalede kullandığı ekipmandan bir satıcı gibi sorumlu olacaktır[82].

c. Sözleşme Dışı Sorumluluk

aa. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Kural olarak hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmakta olup, hekimin sorumluluğu, sözleşme ilişkisi çerçevesinde öngörülen kurallara göre belirlenir. Buna karşın, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi olmayan, vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulama alanı bulamadığı durumlarda, sorumluluğun çözümü haksız fiil hükümleri tahtında gerçekleşir[83]. Fakat hekimin bir hekimlik sözleşmesi kapsamında tıbbi müdahale gerçekleştirmesine rağmen yine de akit dışı sorumluluk meydana gelebilecektir. Bu halde, akdi sorumluluk ile akit dışı sorumluluk yarışır[84].

Başkalarına hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış gösterilerek zarar verilmesi haksız fiildir. Hukuk, bireylerin fiil ehliyetini, başkalarının hakları ile sınırlar. Eş söyleyişle, bir diğer kimsenin zarar görmesini önleyici hukuk kuralları ihlal eden bir kimse haksız fiil gerçekleştirmiş olur[85]. Haksız fiilin dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır[86].

Hukuka aykırılık, haksız fiil sorumluluğunun esaslı unsurudur. Hekimin fiilinin, genel olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk kuralını doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal etmesi halinde hukuka aykırılıktan söz edilir[87]. Hekimin sorumluluğundan söz edebilmek için fiilin hukuka aykırı olmasının yanı sıra, hukuka uygunluk sebeplerinin de olayda bulunmaması lazımdır. Bu sebepler, hekimin

---

82 **HAKERİ,** s. 736; **DEDE,** s. 218.

83 **ÖZEL, Çağlar/LEBLEBİCİ, Doğan N.,** *"Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış"* Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 2, Y. 2007, s. 188; **SEÇER,** s. 136; **ERYILMAZ,** s. 48; **ŞATIR,** Kararlar, s. 80.

84 **HAKERİ,** s. 737; **GÖKCAN,** s. 737; **SEÇER,** s. 136.

85 **GÖKCAN,** s. 947; **ERYILMAZ,** s. 48.

86 **BAŞAĞAOĞLU, İbrahim,** *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 11, S. (1, 2, 3), s. 391.

87 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 143; **SEÇER,** s. 136; **GÖKCAN,** s. 947; **BULUT,** s. 67.

müdahalesine hastanın rızası, hastanın üstün yararının olması ve kamu yetkisinin kullanılması olarak karşımıza çıkar[88].

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru, kusurun varlığıdır. Hekimin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek yani kasten gerçekleştirebilmesi mümkün olmakla birlikte, ortalama bir hekimin göstereceği özeni göstermemesi halinde ihmali halinde de hekimin kusuru meydana gelecektir[89].

Hekimin kusurlu ve hukuka aykırı eylemi neticesinde hastada bir zarar meydana gelmelidir. Şayet zarar meydana gelmemiş ise, o takdirde haksız fiilin varlığından söz edilemez. Eş deyişle hekimin tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, zarar maddi veya manevi olabilir. Hastanın malvarlığında oluşan azalma maddi zararı, şahsi değerler üzerindeki azalma ise manevi zararı meydana getirir[90].

Haksız fiil sorumluluğunun belki de uygulamada en çok ihtilaf doğuran, dördüncü ve son unsuru nedensellik bağıdır. Nedensellik bağı, hekimin hukuka aykırı kusurlu eyleminden dolayı hastada zararın oluşmasına sebebiyet verilmesidir. Nedensellik bağının tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görüldüğü söylenebilir[91]. Uygun nedensellik bağının ispat külfeti, zarar gören durumundaki hasta üzerindedir[92]. Ancak tıbbi uygulamalarda, hekimin eylemi kusurlu olsa dahi, hastanın zarar iddiası ile aradaki nedensellik bağını tespit etmek o kadar kolay olmamaktadır. Zira, hastanın da üzerine düşen yükümlülükler vardır. Bu yükümlülükler, tedavi öncesinde, tedavi esnasında ve tedavi sonrasında uyulması gereken kuralları içerebilir. Ne var ki, bir uyuşmazlıkta hasta iddiasını ileri sürdüğünde genelde kendi üzerine düşen yükümlülükleri usulünce yerine getirdiğini beyan etmektedir. İşte bu noktada, hastanın üzerine düşen yükümlülükleri tam olarak yerine getirip getirmediğinin tespiti

---

88 **SOMER, Pervin,** *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 45; **SEÇER,** s. 136; **KAHRAMAN,** s. 482.

89 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 143; **SOMER,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 45.

90 **AŞÇIOĞLU**, s. 99; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 142; **SOMER,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 46; **KAYA, Mine,** *"Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu",* TBB Dergisi, S. 100, Y. 2012, s. 69; **SEÇER,** s. 137; **ŞİMŞEK,** s. 3555.

91 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 143.

92 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 435; **AŞÇIOĞLU,** s. 138; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 143; **ERDOĞMUŞ,** s. 75; **SEÇER,** s. 137.

noktasında büyük sorunlar yaşanmaktadır[93]. Örneğin hastanın kullanması gereken ilacını yüksek dozda kullanmış olması ya da eksik dozda kullanmış olmasının zararın doğmasında payı olup olmadığını tespit etmek gerekecektir. Ya da hastanın hekimden gerçeği gizlemesi neticesinde meydana gelen zararın, hekimin eylemi ile arasında nedensellik bağı bulundurup bulundurmadığının tespiti oldukça zor olmaktadır. Bu nedenle haksız fiilden doğan sorumluluğun tıp hukuku çerçevesinde içerdiği en önemli ve tespiti zor hususun nedensellik bağı olduğu düşüncesindeyiz.

bb. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Vekalet olmadan, bir kimsenin hesabına iş yapılması vekaletsiz iş görme olarak adlandırılır[94]. Örneğin, arada bir vekalet olmadan bir başkasının otomobilinin patlayan lastiğinin tamir edilmesi, vekaletsiz iş görmedir.

Kimi zaman, hasta ile hekim arasındaki ilişkide karşılıklı rıza ile bir sözleşme kurulmaksızın tıbbi müdahale gerçekleşebilir. Bu durumda hastanın iradesi dışında bir hekimin tıbbi yardımına maruz kalması söz konusudur[95]. Anılan hallerde, vekaletsiz iş görme müessesesinin tıp hukuku çerçevesinde uygulama alanı bulduğu kabul edilir. Özellikle, acil nitelik arz eden tıbbi müdahalelerde ya da bir ameliyat esnasında ortaya çıkan bir olumsuzluğun bertaraf edilebilmesi için ek tıbbi müdahale yapılması gereken hallerde vekaletsiz iş görme ile karşı karşıya kalınabilir[96]. Bunun sebebi, tarafların iradesiyle ortaya çıkan bir hukuki ilişki yerine acil bir durumun söz konusu olmasıdır[97].

TBK md. 526/1' e göre vekaletsiz iş görenin işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun şekilde yapması gerekir. Dolayısıyla tıp hukuku perspektifinde adeta bir zaruret hali olsa da, vekaletsiz iş görme kavramı, hekimin

---

93 **BAKAR, Murat,** Türk Toplumunda Tıbbi Malpraktis, Hekimler ve Sağlık Personeline Güven, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s. 16.

94 **TANDOĞAN, Haluk,** Mukayeseli Hukuk ve Özellikle İsviçre – Türk Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, Ankara 1957, s. 25; **SEÇER,** s. 118; **SEROZAN, Rona,** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 37; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 743; **AYDIN, Gülşah Sinem,** Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme, İstanbul 2017, s. 21 vd.; **EREN,** Borçlar Özel, s. 897 vd.; **AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan,** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 692; **GÜMÜŞ,** Borçlar Özel, s. 225; **REMZİ/AYDIN,** s. 314; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 637.

95 **ERDOĞMUŞ,** s. 71; **GÖKCAN,** s. 945; **ŞİMŞEK,** s. 3554.

96 **ÖZEL/LEBLEBİCİ,** s. 188; **SOMER,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 52.

97 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 127.

sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[98]. Hatta kural, tam sorumluluk halidir[99]. Başka bir deyişle hekim, yine de göstermesi gereken en yüksek özeni göstermekle yükümlüdür[100]. Zira hekimin salt acil bir durum ile karşı karşıya kalması, kendisine daha az özen göstermesi gibi bir hak vermez. Buna karşılık vekaletsiz iş görmenin meydana geldiği koşullar ile tarafların karşılıklı irade beyanlarının oluştuğu koşulların aynı olmaması da mümkündür[101]. Örneğin otomobil kullandığı esnada bir trafik kazasına şahit olan hekimin o anki şartlar altında yaptığı tıbbi müdahalenin, her türlü ekipmanı ve yardımcı sağlık personelini bulunduran bir hastanede yapılması ile arada ciddi bir fark olacağı son derece açıktır. Bunun neticesi olarak da hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye tıbben elverişli olmayan koşullarda gerçekleşen vekaletsiz iş görmede, vekaletsiz iş görenin sorumluluğu bir sözleşme ilişkisine kıyasla daha hafif takdir edilebilecektir. Zira TBK md. 527/1' in 2. cümlesi iş görenin işi, iş sahibinin karşılaştığı bir zararı veya zarar tehlikesini gidermek adına yapmış olması halinde sorumluluğunun daha hafif takdir edileceğini düzenlemiştir[102]. Hasta ile hekim arasında bir vekalet sözleşmesinin kurulmasına kıyasla, vekaletsiz iş görme kapsamındaki tıbbi müdahalenin yapılması gereken zor bir durumda, vekaletsiz iş gören hekimin, bu nedenle bir sözleşme ilişkisine kıyasla daha elverişsiz şartlarda tıbbi müdahalede bulunmuş olması nedeniyle sorumluluğunun hafiflemesi söz konusu olur. Ancak burada dikkat çekmek isteriz ki, bu durum tam teşekküllü bir hastanede yapılan operasyonda ortaya çıkan bir tıbbi komplikasyonun yine aynı, tam teşekküllü tıbbi altyapıya sahip ortamda bertarafını kapsamamakta; yukarıda belirttiğimiz örnekte olduğu gibi, tıbbi müdahaleye elverişsiz koşullarda yapılan müdahaleleri kapsamaktadır.

Bir tıbbi zaruret halinin söz konusu olması hali de olsa, hastanın iradesine saygı gösterilmesi ve bu iradenin esas alınması gerekir[103]. Nitekim HHY md. 24/5' e bakıldığında tıbbi müdahale esnasında iradesini açıklayabilecek durumda olmayan bir hastanın, bu konuda daha önce açıkladığı isteklerinin dikkate alınması gerektiği belirlenmiştir.

---

98 **SEÇER,** s. 137.
99 **ÖZAY,** s. 107.
100 **TANDOĞAN,** s. 208; **ZEVKLİLER / GÖKYAYLA,** s. 639; **YAVUZ / ACAR / ÖZEN,** s. 746; **REMZİ / AYDIN,** s. 316.
101 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 128; **SEÇER,** s. 138.
102 **TANDOĞAN,** s. 215; **ZEVKLİLER / GÖKYAYLA,** s. 639; **GÜMÜŞ,** s. 235; **YAVUZ / ACAR / ÖZEN,** s. 747; **REMZİ / AYDIN,** s. 316.
103 **ÖZAY,** s. 109; **ÇAKAL,** s. 118.

TBK md. 527/2 uyarınca iş görenin iş sahibinin açıkça ya da örtülü olarak yasaklamış olduğu bir işi yapması, iş sahibinin bu yasağı da hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmiyor ise, iş gören beklenmeye halden doğan zarardan da sorumludur. Buna göre hekim, hastanın tedaviyi reddettiğini biliyor olmasına rağmen tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş ise, o takdirde meydana gelen beklenmedik halden, örneğin bir komplikasyondan sorumlu olur[104]. Hekim, hastanın iradesinin mantık dışı olduğunu ve objektif olarak somut olay değerlendirildiğinde de kendi müdahalesinin faydalı olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır[105]. Ancak bu durumda hekim, kendisi tıbbi müdahalede bulunmadığı takdirde dahi bu komplikasyonun meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir[106]. Ancak hastanın iradesi mantıksız olmasının yanı sıra hukuka ve ahlaka da aykırı ise o takdirde hekim, beklenmedik halden dolayı sorumlu tutulamayacaktır[107].

d. Edimden Bağımsız Borç İlişkisinden Doğan Sorumluluk

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin, sözleşmeden kaynaklı olabileceği gibi; vekaletsiz iş görme ya da haksız fiil hükümlerinden ileri gelebileceği de yukarıda belirtilmiş idi. Belirtilen hukuki ilişki türlerinin yanı sıra, edimden bağımsız borç ilişkisinden sorumluluğa da değinmek gerekir. Edimden bağımsız borç ilişkisinin kurulması için, tarafların sözleşme görüşmelerine başlamaları ya da işlemsel temasta bulunmaları yeterli kabul edilir[108].

Sözleşmenin taraflarının daha sonra bir sözleşme kurmaktan vazgeçmelerinin ya da sözleşmenin geçerli olmamasının edimden bağımsız borç ilişkisi bakımından herhangi bir önemi yoktur[109]. Zira edimden bağımsız sözleşmenin temeli dürüstlük kuralına dayanmakta olup, burada sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi söz konusu

[104] **SARITAŞ,** s. 124; **ÖZAY,** s. 108; **GÖKCAN,** s. 946; **SEÇER,** s. 138.
[105] **ÖZAY,** s. 109; **SEÇER,** s. 138; **YÜKSEL**, s. 802.
[106] **SEÇER,** s. 138
[107] **GÖKCAN,** s. 946.
[108] **EREN, Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 42; **KARABAĞ, Nil,** Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 83.
[109] **KARABAĞ,** s. 83.

değildir[110]. Bu tür borç ilişkileri mahiyetleri itibarıyla kanuni borç ilişkisi olarak kabul edilir[111].

Koruma yükümlülükleri içeren bu tür borç ilişkileri, genellikle sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkmaktadır. Takiben sözleşmenin kurulması halinde bu özel borç ilişkisinin durumu konusunda iki görüş mevcut olup; birinci görüş, edimden bağımsız borç ilişkisinin mevcudiyetini koruduğunu; yani kurulan sözleşmenin yanı sıra ayrıca edimden bağımsız borç ilişkisinin yan yana birlikte mevcut olduğunu ileri sürmekte iken bir diğer görüş, edimden bağımsız borç ilişkisinin sözleşme içeriğine dahil olarak sözleşmesel borç ilişkisinin hem koruma yükümlülüklerini hem de edim yükümlülüklerini tekil bir borç ilişkisi olarak bünyesinde tutacağını belirtmektedir[112].

Bu açıklamalarımızın hekim ile hasta arasındaki ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, hekimin hasta ile arasında bir sözleşme kurulmadan önce, yani hasta kabul edilmeden önce dahi, edimden bağımsız borç ilişkisinden sorumluluğunun mevcut olduğu söylenebilir.

B. Hekimin Özel Bir Sağlık Kuruluşunda Sağlık Hizmeti Sunması Halinde

1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Özel Sağlık Kuruluşu Kavramı

Hekimin mesleki faaliyetini bağımsız bir şekilde gerçekleştirmesinin haricinde, bir özel sağlık kuruluşunda mesleğini ifa etmesi de söz konusu olmaktadır. Özel sağlık kuruluşu ile kastedilen; vakıf üniversitesi hastanesi, bir özel hukuk tüzel ya da gerçek kişisi tarafından işletilen hastane ya da özel hukuk tüzel ya da gerçek kişisi tarafından işletilen bir tıp merkezi ya da polikliniktir. Bahsedilen özel sağlık kuruluşları, değişiklik göstermekle birlikte, ayaktan ya da yatan hasta kabul ediyor olabilirler.

Hususi Hastaneler Kanunu[113] md. 1' e göre kamusal çerçevede sağlık hizmeti sunulan hastaneler haricinde yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmesi

[110] **EREN,** s. 44; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 14; **KARABAĞ,** s. 83.
[111] **EREN,** s. 44.
[112] **EREN,** s. 44; **KARABAĞ,** s. 84 – 86.
[113] RG 5 Haziran 1933, 2419.

ve doğum yardımlarında bulunulması için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastane olarak belirtilmiştir [114]. Özel hastaneler, bağımsız bir binada faaliyet gösterebilen, faaliyete girmeden önce T.C. Sağlık Bakanlığı' na başvuruda bulunarak faaliyet izni talep ederek, yani özel izinle açılan kurumlardır [115]. Şüphesiz, Hususi Hastaneler Kanunu' nda yapılan tanım 1933 yılında yapılmış olması dikkate alındığında tüm detayları ile özel hastane tanımını karşılamamaktadır. Zira hastane faaliyeti günümüzde çok daha geniş kapsamlı bir hale gelmiştir. Otelcilik ve destek hizmetlerinin özel hastanelerdeki faaliyeti özel oteller seviyesine yaklaşmıştır. Öyle ki bir özel hastane içerisinde araç yıkama, vale, restoran, kafe, suit oda kiralanması gibi hizmetler de verilmektedir. Ayrıca günümüzde artık şehir hastanesi gibi bir kavram da hayatımıza dahil olmuştur. Şehir hastanelerinde bedelsiz olarak özel hukuk tüzel kişilerine tahsis edilen hazine arazileri üzerine özel hukuk tüzel kişisi tarafından inşa edilen bir yapı, T.C. Sağlık Bakanlığı ile özel hukuk tüzel kişisi arasındaki anlaşmaya bağlı olarak belirli müddet özel hukuk tüzel kişisi tarafından işletilmektedir. Ancak uygulamada şehir hastanesinin hastanın herhangi bir ücret ödenmeksizin teşhisine ve tedavisine imkanı sağlaması nedeniyle özel hastane olarak değerlendirilmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Tıp merkezi, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik[116] md. 11/1 uyarınca T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından verilen ön izin sonrasında açılabilir. Asgari olarak bünyesinde iç hastalıkları, kadın hastalıkları ve doğum, çocuk sağlığı ve hastalıkları ve genel cerrahi branşlarında birer uzman hekim olmak üzere en az dört uzmanlık dalında faaliyet gösteren, en az iki kadrolu uzman hekim çalıştıran, sürekli ve düzenli olarak gelişmiş donanım ve personel desteği ile ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunan özel sağlık kuruluşları bu kapsamda yer alır. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik md. 21/2-c uyarınca tıp merkezinin yirmi dört saat açık olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ruhsatında bulundurduğu branşlarla ilgili, çalışma günlerinde tıp

[114] **DERYAL, Yahya,** *"Özel Hastanelerde Hukuki Sorunlar ve Sorumluluklar",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 44; **DOĞAN, Cahid,** *"Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 178.

[115] **HAKERİ, Hakan,** Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku, s. 127; **DERYAL,** Özel Hastanelerde Hukuki Sorunlar ve Sorumluluklar, s. 49 – 50.

[116] RG 15 Şubat 2008, 26788.

merkezinin en az sekiz saat açık olması gerekir. Görüleceği üzere tıp merkezi, hastaneye kıyasla daha küçük çaplı sağlık hizmeti sunulan kuruluş olarak karşımıza çıkmaktadır.

Poliklinik ise Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik md. 7' ye göre asgari iki hekim kadrosu bulunan, hastaneye ve tıp merkezine kıyasla daha sınırlı imkanlarla ve daha az sayıda hastaya sağlık hizmeti verilebilen kuruluşlardır.

Çalışmamızda yukarıda belirtmiş olduğumuz tıbbi teşhis, tedavi ve tedavi sonrası hizmet verilen kurumlardan yalnızca özel hastane yönünden değerlendirme yapacağız. Zira tıp merkezi ve poliklinikler ayakta sağlık hizmeti verilen kurumlardır[117]. Bu nedenle özel hastane de dahil olmak üzere bunları kısaca özel sağlık kuruluşu olarak ifade etmeyi uygun gördük. Ancak önem arz eden husus, hekimin hasta ile doğrudan sözleşme ilişkisi içerisine kural olarak girmediği bu koşullar altında hekimin sorumluluğun nasıl meydana geldiğini tespit etmektir[118].

Hastanın hastaneye başvurması halinde sözleşme ilişkisinin tarafları hastane ile hastadır. Teşhis ve tedaviyi gerçekleştiren hekim, bu sözleşmenin tarafı olmayacaktır. Başka bir deyişle hasta hekimle değil, hastane ile muhataptır. Hekim ise hastane adına hastaya tedavi hizmeti sunan bir ifa yardımcısıdır[119]. Çoğunlukla hastane ile hekim arasında bir hizmet sözleşmesi bulunur. Bu hizmet sözleşmesinin anlamı, hekimin hastanede çalışan bir personel olduğudur[120].

Burada, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu' na[121] İş Sağlığı ve Güvenlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[122] md. 49 ile ek madde 10 ile getirilen düzenlemeden de bahsetmek gerekir. 2015 yılı Nisan ayında getirilen bu torba kanunun 49' uncu maddesi ile hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca 4/a girişleri yapılmadan, çalışmalarının önü açılmıştır. SSGSSK ek md. 10 uyarınca günümüzde pek çok özel hastane, çalıştırdığı hekimlerin Sosyal

[117] **YÜCEL,** Kavramlar, s. 43.
[118] **ÖZEL/LEBLEBİCİ,** s. 182; **DEDE,** s. 224.
[119] **HAKERİ,** s. 740; **GÖKCAN,** s. 984; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 255; **DEDE,** s. 224.
[120] **ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ (ÖNER), Sunay,** Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008, s. 86 – 87; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 255.
[121] RG 16 Haziran 2006, 26200.
[122] RG 23 Nisan 2015, 29335.

Güvenlik Kurumu primlerinden ve kıdem tazminatı gibi haklarından sorumlu olmamak adına hekimlerin ortağı ve müdürü oldukları bir şirket ile sözleşme yapmakta ve şekli olarak hekimin işvereni olarak görünmemektedirler. Buna karşın, hekimin tıbbi uygulamalardan doğan uyuşmazlık halinde sorumluluğu, yine devam etmektedir. Zira bu noktada, hastaneye teşhis ve tedavi olmak amacıyla başvuran hasta, yine hastaneyle sözleşme ilişkisi içerisine girmektedir[123]. Hekim ile hasta arasında kurulan bir sözleşmeden söz edebilme imkanı bu halde de söz konusu olmamaktadır. Kaldı ki bağımlılık unsuru bu noktada hekim ile hastane arasında yine söz konusudur. Dolayısıyla hastanenin bu durumda hatalı tıbbi müdahaleden sorumlu tutulmaması yine mümkün olmayacaktır.

Hastanın bir hastaneye teşhis ve tedavi amacıyla ya da bunun haricinde salt estetik kaygılarını da tıbbi müdahale ile bertaraf edebilmek adına başvurması halinde, hasta ile hastane arasında kurulan sözleşmeye hastaneye kabul sözleşmesi denir[124]. Genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Herhangi bir şekle tabi olmayıp, şekil serbestisine sahiptir[125]. Burada hastane yemek, temizlik, otelcilik, bakım gibi edimleri yerine getirmeyi taahhüt ederken, hasta ise bunun karşılığında ücret ödemeyi taahhüt eder[126]. Hastaneye kabul sözleşmesi, içerisinde barındırdığı tıbbi tedavi faaliyeti bakımından vekalet; yataklı hizmet sunulması bakımından kira; beslenme gibi faaliyetler yönüyle de satım sözleşmesini bünyesinde barındıran, karma bir sözleşmedir[127]. Ancak bir tıbbi hata halinde hastanenin[128] sadece vekalet sözleşmesine aykırılıktan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bir hastanenin özellikle, hastanın belirli bir kalite ve standardın altına düşmeyecek şekilde tedavi ve tedaviye bağlı hizmetlerini alabilmesi açısından organizasyon yükümlülüğü büyük önem taşır[129]. Organizasyon yükümlülüğü kapsamında hastanenin kurulu olduğu tesisin

---

[123] **ÖZKAN/AKYILDIZ (ÖNER),** s. 303.

[124] **HAKERİ,** s. 740; **TÜRKMEN,** s. 50; **TEKBEN,** s. 862; **GÖKCAN,** s. 984; **DOĞAN,** s. 180; **DURAK, Yasemin,** *"Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 148; **HİLAL ÇELİK,** s. 247.

[125] **DOĞAN,** s. 181.

[126] **YARDIM,** s. 57.

[127] Karma sözleşme konusunda detaylı bilgi için bkz. **KUNTALP, Erden,** Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971; **SEROZAN,** s. 91; **ÖZDEMİR,** s. 98 – 99; **SEÇER,** s. 141.

[128] **YILDIRIM, Turan,** *"Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 197.

[129] **HAKERİ,** s. 838; **GÖKCAN,** s. 950.

fiziksel yapısı ve tesisin işletilmesi, sağlık personelinin niceliği ve niteliği, teşhis ve tedavi sunulma şekli, hasta bakımı ve hastanın kayıtlarının tutulması bakımından riayet edilmesi gereken yükümlülüklerin üst başlığı olarak nitelendirilebilir[130].

Bu konuda Yargıtay' ın görüşü hastane ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu, hastanın karşılaşacağı bir tıbbi teşhis ya da tedavi hatasında hastanenin sorumluluk dışı tutulmaması gerektiği yönündedir[131]. Zira hekim, Türk Borçlar Kanunu' nun 116. maddesi gereği, hastanenin ifa yardımcısıdır[132]. Yargıtay' ın gerek 13. Hukuk Dairesi, gerekse Hukuk Genel Kurulu, bu düşünceyi benimsemiş olup kararlarına yansıtmıştır[133]. Yargıtay' ın hastalar tarafından ileri sürülen bu yaygın taleplerde hekimi TBK m. 66 uyarınca değerlendirdiği görülmekte olup bu tutum isabetli değildir[134]. Zira hekim, hastanenin ifa yardımcısı sıfatını haizdir[135]. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, hastanede kadrolu çalışan bir hekim, sağlık kuruluşu bünyesinde çalışmasına rağmen

---

130 **HAKERİ,** s. 838; **DEMİR,** s. 82; **GÖKCAN,** s. 951.

131 **HAKERİ,** s. 740; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa,** *"Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü",* TBB Dergisi, S. 105, Y. 2012, s. 267 – 268.

132 **ÖZDEMİR,** Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebi, s. 268.

133 Yargıtay HGK, 21.10.2009 tarih, 2009/13-393 E. ve 2009/452 K. sayılı kararında aynen şu tanımlamayı yapmıştır: "*Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye "Hastaneye Kabul Sözleşmesi" adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.06.2018); Yargıtay 13. HD. 26.09.2011 tarih, 2010/18193 E. ve 2011/13060 K. sayılı kararı. Bu kararda Yüksek Mahkeme, özel hastaneye başvuran ve özel hastanede görev yapan hekim tarafından safra kesesi ameliyatı geçiren bir hastanın hatalı tıbbi uygulama iddiasıyla açtığı davada Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından hekimin kusurlu, hastanenin ise kusursuz olduğuna karar verilmesine karşın, hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu gerekçesiyle hastanenin kusursuz sorumlu olduğunu belirterek, hastane yönünden davanın reddi cihetine giden yerel mahkeme kararını bozmuştur. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.06.2018); Ayrıca bu konuda bkz. **HAKERİ,** Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku, s. 125.

134 **ÖZDEMİR,** Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebi, s. 268; Yargıtay HGK. 11.12.2002 tarih, 2002/13-1011 E. ve 2002/1041 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.04.2019).

135 **YÜCEL, Özge,** *"Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan, s. 245.

mesleki faaliyetini ne şekilde gerçekleştireceği noktasında serbestiye sahiptir[136]. Hekimin hastaneden talimat alarak tıp bilimi gereğini yerine getirmesi söz konusu değildir. Hekim, gerek teşhiste, gerekse tedavide talimat ile değil, bilimsel ve mesleki birikimi, tecrübesi doğrultusunda hareket etmelidir. Yoksa, hastanenin kendisine verdiği talimatı yerine getirmiş olduğunu söylemek, şüphesiz hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Hastaneye kabul sözleşmesi kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bunlar, hastaneye tam kabul sözleşmesi ve hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesidir.

2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Türleri

a. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimin Sorumluluğunun Niteliği

Hastaneye kabul sözleşmesi karma bir sözleşme olup, hasta ile hastane arasında kurulur[137]. Bu sözleşmenin mahiyeti gereği, hastanın teşhis ve tedavisinin en verimli ve iyi şekilde yapılması amacı güdüleceğinden, yatış, beslenme, her türlü tahlil ve tetkikin yapılması, tıbbi müdahale, estetik müdahale, temizlik, ilaç ve tıbbi her türlü malzemenin sağlanması gibi unsurları bünyesinde barındırır[138]. Bu hizmetlerin tamamının hastaya verilmesi taahhüt ediliyor ise o takdirde hastaneye tam kabul sözleşmesinin varlığından söz edilir. Burada hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Baskın görüşe göre hekim hastaneye tam kabul sözleşmesi dahilindeki mesleki faaliyetini, hastane adına ve hesabına gerçekleştirmekte olup, hastanenin ifa yardımcısıdır[139].

Fakat burada ikinci bir görüş[140]; hekimin tıbbi tedavide bağımsız olduğunu ve hastaya tıbbi yardım sunulması sürecinde hekim ile hastane arasındaki hizmet sözleşmesinin askıya alındığını, tıbbi tedavide güven unsuru olduğunu ve ifa yardımcılığı teorisinin kabul edilmesi halinde güven unsurunun zayıfladığını, hastanın hastaneye tıbbi el atma izninden ziyade tedavi gerçekleştirecek hekimi ataması için

---

136 **GÖKCAN,** s. 984.
137 **YILDIRIM,** Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu, s. 197; **DURAK,** s. 149.
138 **HAKERİ,** s. 742; **TÜRKMEN,** s. 50; **DURAK,** s. 157.
139 **GÖKCAN,** s. 984; **DEDE,** s. 223.
140 **AŞÇIOĞLU,** s. 21; **ŞATIR,** Kararlar, s. 85.

vekalet verdiğini, tıp sanatını hastane işletmecisinin uygulama yetkisi bulunmadığını ve bunun salt hekim tekelinde olduğunu belirterek, ifa yardımcısından ziyade ikame vekalet hükümlerinin burada geçerli olması gerektiğini, bu şekilde hekimin sorumluluğunu haksız fiile dayandırmanın anlamsızlığının da ortadan kalkacağını belirtmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hekimlik mesleğinin yapısı da dikkate alındığında ikinci görüş kanaatimizce daha uygundur. Zira hastane işletmecisinin, hekime hangi yönde hareket etmesi gerektiği konusunda talimat vermesi gibi bir durum ile karşılaşılmaz. Hekimin mesleki eğitim, beceri ve tecrübesini somut tıbbi vakıada ne şekilde kullanacağını hekim kendisi tayin eder.

Hekimin hukuka aykırı bir davranışı nedeniyle zarar meydana geldiği takdirde hasta sözleşme ihlaline dayanarak hem de ifa yardımcısının zarar vermesi nedeniyle hastane aleyhine dava açabilmesi mümkündür. İlaveten, hekimin zarar veren davranışı aynı zamanda haksız fiil niteliğinde ise, hastane aleyhine ve hekime haksız fiile bağlı olarak dava açması mümkün olacaktır[141]. Hekimin mesleki faaliyeti sürecinde sürekli olarak en yüksek özen ve ihtimamı göstermesi şarttır. Aksi halde hastaneye karşı sorumluluğu doğar[142]. Örneğin, hastanenin hastaya tazminat ödemesi durumunda, hastane hekime rücu etme hakkında sahiptir.

Hekimin hastaneye dışarıdan çağrılması da mümkündür. Dışarıdan hekim çağırma, kimi zaman hastanenin isteğiyle, kimi zaman ise hastanın talebi ile olmaktadır[143]. Hekimin dışarıdan hastanenin kararı ile çağrılması halinde, dışarıdan çağrılan hekim, hastanenin ifa yardımcısı olacaktır. Hekimin haksız fiilinden doğan zarar olduğu takdirde hastane ifa yardımcısının fiilinden sorumlu olur. Tedavinin tamamının hastane tarafından dışarıdan çağrılan hekim tarafından yürütülmesi ihtimalinde ise ikame vekaletin varlığından söz edilir[144].

---

[141] Aynı yönde bkz. **GÖKCAN,** s. 984.

[142] **BAŞAĞAOĞLU,** s. 390; **ÖZTÜRKLER, Cemal,** Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 201; **GÖKCAN,** s. 985; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 260; **DEDE,** s. 228.

[143] **GÖKCAN,** s. 985.

[144] **AYKIN/ÇINARLI,** s. 262.

Şayet dış hekim hastaneye hastanın isteği ile getirtilmiş ise, o takdirde hasta ile hekim arasında bir vekalet sözleşmesi kurulur. Hasta ile hastane arasında ise hastanın barınma, yiyecek, temizlik, otelcilik hizmetleri kapsamında bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulur[145]. Başka bir deyişle bu ikinci ihtimalde dışarıdan çağrılan hekim ile hastane arasında teşhis ve tedavi yönünden bir ilişki bulunmayacaktır. Ancak hastanın isteği ile çağrılan hekim, hastanenin yardımcı sağlık personelinden faydalanmış ve yardımcı sağlık personelinin kusurlu bir davranışı olmuş ise, hastane ifa yardımcısının eyleminden ve adam çalıştıranın kusurundan[146] dolayı; dış hekim ise ifa yardımcısı olması nedeniyle sorumluluk altına girecektir[147].

Hekim hastanede sürekli görev yapmakta ise, tıbbi hatadan dolayı hastane ile birlikte, müteselsil ve müşterek sorumluluğu vardır. Zira hekim, hastanenin ifa yardımcısı konumundadır.

b. Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi ve Hekimin Sorumluluğunun Niteliği

Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesini bir üst başlık olarak değerlendirmek mümkündür. Bu sözleşme esasen içerisinde hastanın taraf olduğu iki ayrı sözleşme ihtiva eder. Bu iki sözleşmeden birincisi hasta ile hastane arasındaki hastaneye kabul sözleşmesi, ikincisi ise hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesidir. Bu durum genelde özel muayenehanesinde çalışan hekimin, hastanın tedavisini düzenlerken bir özel hastanede tıbbi müdahale gerekleştirmesi durumunda söz konusu olur[148]. Yukarıda açıklandığı üzere hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesi kural olarak vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilir[149].

Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinin varlığı halinde, tıbbi hata yapılmış ise hastane değil, hekim dava edilmelidir. Zira hastane ile hasta arasında tıbbi uygulamaya

---

145 **AYKIN/ÇINARLI,** s. 260.

146 **HATIRNAZ EROL, Gültezer,** *"Özel Hastane ve Hekimlerin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve 02.07.2014 Tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi Kararı İncelemesi",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 130.

147 **GÖKCAN,** s. 985; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 261.

148 **YÜCEL,** Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 237.

149 **TÜRKMEN,** s. 51; **GÖKCAN,** s. 986; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 260; **ŞATIR,** Kararlar, s. 86; **YÜCEL,** Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 240.

bağlı bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu noktada Yargıtay' ın perspektifi[150] ise özel sağlık kuruluşları bakımından bir hayli katıdır.

Hekim, hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinin mevcut olması durumunda hastaya uygulayacağı tıbbi müdahalede bilimsel ve mesleki deneyimini ve bilgisini, en yüksek özen[151] ile uygulamak yükümlülüğü altındadır ki sorumluluğu doğmasın.

Hekimin bir kamu hastanesinde ücret karşılığı gerçekleştirdiği tıbbi müdahale neticesinde hastanın zarar gördüğü iddiasında bulunması halinde durumun nasıl olacağı konusunda ise tereddütler doğmaktadır. Bu durumda hastanın aldığı sağlık hizmeti bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Görüleceği üzere bu tarz olaylarda hasta, kamu hastanesinde yer alan tıbbi cihaz ve malzemeler ile yardımcı sağlık personelinden de faydalanarak sağlık hizmeti almaktadır. Dolayısıyla burada hekimin gerçekleştirdiği bir işlemden dolayı tıbbi hata iddiası ileri sürüldüğü takdirde uyuşmazlığın idareye yöneltilmesi gerekir[152]. Ancak kişisel kusur nedeniyle hekim aleyhine özel hukuk kapsamında talebin ileri sürülmesinde de bir engel bulunmamaktadır.

---

[150] Yargıtay 4. HD. 07.10.2003 tarih, 2003/1529 E. ve 2003/11279 K. sayılı kararı: "*Dosyadaki kanıtlara ve tarafların açıklamalarına göre, davacı ile davalı F. T... arasında yapılan görüşme sonunda, davacı anılan davanın önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryenle doğum davalı F. T....tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı F. T...arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisinde kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekaleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket doktorla birlikte sorumludur. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeden davalı F...Sağlık Tesisleri A.Ş. hakkındaki davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 28.03.2019).

[151] **ÖZTÜRKLER,** s. 201; **DEDE,** s. 222.

[152] **HAKERİ,** Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku, s. 131.

İkinci Bölüm

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN MESLEKİ KAPSAMI VE ÖZELLİKLERİ

I. HEKİMİN MESLEKİ BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimin esas yükümlülüğü, mesleğinin gereğini tıbbi eğitimi ve tecrübesini kullanarak hukuki ve tıbbi yönden herhangi bir soruna mahal vermeyecek şekilde en yüksek özen ile yerine getirmektir. Şüphesiz, hekim ile hasta arasındaki ilişkide güven unsuru son derece kuvvetlidir. Hasta, bir tıbbi rahatsızlığını, hastalığını ve çaresizliğini gidermek, eş deyişle kendisini fiziksel ya da ruhsal yönden tedavi ettirmek amacıyla hekim ile etkileşim kurar [153] . Hastanın teşhisi ve tedavisi hekimlerin vekalet sözleşmesinden ve mesleki faaliyetten dolayı çok sayıda yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda bir hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulduğu andan itibaren hekimin riayet etmesi gereken esaslar, hekimin mesleki yükümlülükleri kapsamında ele alınmıştır[154].

A. Tıbbi Yardımı Şahsen Gerçekleştirme Yükümlülüğü

Hekim, hasta ile ilişkisi uyarınca hekimlik sözleşmesinin bir tarafıdır. Bu çerçevede hastaya tıbbi teşhis, tedavi ve gerekiyorsa tedavi sonrası takibi gerçekleştirirken bunu kural olarak şahsen, eş söyleyişle aracısız yapmalıdır[155]. Burada hekimin edimini şahsen ifa yükümlülüğünden söz ederken, aşağıda değinileceği üzere ifa yardımcısı kullanmanın mümkün olduğu durumların bu yükümlülüğün istisnası olduğunu ifade etmek gerekir. Hastanın muayene edilmesi, teşhis konuluncaya kadar geçen süreçte hastaya yapılan tıbbi yardım ve medikal durumun değerlendirilmesi, teşhis konulması, teşhis doğrultusunda uygun tedavide karar kılınması, tedavinin uygulanması ve hatta tedavi sonrasında hastanın takibi gerekiyor ise takibi hususlarında

[153] **SARITAŞ,** s. 51; **BAŞPINAR,** s. 26; **ŞATIR,** s. 49.
[154] **HAKERİ,** s. 629.
[155] **HAKERİ,** s. 629; **BAŞPINAR,** s. 26; **SEÇER,** s. 127; **YAZAN,** s. 23.

hekim kural olarak bizzat yer almalı ve mesleki uygulamayı kural olarak aracısız, doğrudan gerçekleştirmelidir[156].

Şüphesiz, hekimin bir hastanın tüm tıbbi yardım ve müdahale faaliyetini tek başına üstlenmesi beklenemez. Nitekim hekimler mesleki branşlarına göre uzmanlıkları kapsamında sınırlı bir alan çerçevesinde tıbbi yardım faaliyeti gerçekleştirirler. Bunun yanı sıra, tıbbi yardımda, yardımcı sağlık personeline ihtiyaç duyulması, son derece olağan ve kanaatimizce olması gereken bir diğer noktadır. Örneğin kan tahlili, röntgen çekilmesi ya da hastanın tıbbi müdahale öncesi tetkiklerinin yapılması gibi durumlarda yardımcı sağlık personeline başvurulmaktadır. Bu gibi hallerde yardımcı sağlık personelinin kullanılması, hekimin şahsen ifa yükümlülüğünü yerine getirmediği şeklinde yorumlanamayacaktır. Başka bir deyişle yardımcı sağlık personelinin hazırlayıcı, destekleyici ya da tamamlayıcı tıbbi faaliyetlerde yer alması rutin uygulama teşkil eder[157].

Hasta ile hekim arasındaki ilişki kural olarak vekalet sözleşmesi olduğundan, bu noktada TBK' da yer alan düzenlemeye bakmakta da fayda vardır. Şöyle ki; TBK md. 506' ya göre vekil, vekalet borcunu şahsen ifa etmelidir. Fakat ortada vekil eden tarafından verilmiş bir yetki var ise, ya da durumun zorunlu kılması söz konusu ise veya teamülün mümkün kılması durumunda vekil, işi başkasına yaptırabilir. Hekimin tıbbi yardımı aracısız vermesinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar, hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması ve hekimin yardımcı şahıs kullanmasıdır[158].

Hekimlik sözleşmesi kapsamında yardımcı sağlık personelinin faaliyetleri de, eğer hekim görevlendirmeyi gerçekleştirmiş ise, hekimin sorumluluğuna yol açar[159]. Bu durumun kaynağı, Türk Borçlar Kanunu' nun 116/1. maddesi[160] ile getirilen borçlunun ifa yardımcısının eyleminden sorumluluğu düzenlemesidir. Hekimin tıbbi yardımı aracısız yerine getirmesi, hastanın ihtiyaç duyduğu tıbbi faaliyetlerin tamamının bizzat

---

[156] **AŞÇIOĞLU,** s. 49; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 95; **GÖKCAN,** s. 128 – 129; **GEZDER,** Hekimin Yükümlülükleri, s. 139; **YÜCEL,** Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 241.

[157] **SARITAŞ,** s. 54; **HAKERİ,** s. 630; **AKSÜT, Meliha,** Hasta Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2015, s. 101.

[158] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 95; **SARITAŞ,** s. 54; **HAKERİ,** s. 632; **AKSÜT,** s. 101.

[159] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 95.

[160] TBK md. 116/1: *"Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür."*

hekim tarafından şahsen yerine getirmesi anlamı taşımaz. Ancak yardımcı personel, hekimlik mesleğine sıkı sıkıya bağlı olan teşhis, tedavi, ameliyat gibi tıbbi yardımlarda bulunamayacaktır[161].

Teşhis ve tedavi kapsamındaki tıbbi faaliyetlerin başka bir kişiye yaptırılmasında temel perspektif, hekimin uzmanlık ve mesleki yetkinlik gerektiren, adeta hekime sıkı sıkıya bağlı konulardaki müdahalelerde aracıya başvurmasının sorumluluğunu doğurması; buna karşın uzmanlık alanından ziyade genel tıbbi bilgi ve deneyim ile objektif olarak yardımcı personel tarafından gerçekleştirilebilecek nitelikteki tıbbi müdahaleleri ise yardımcı personele yaptırabilmesidir. Başka bir deyişle istenmeyen bir durum geliştiği takdirde hastanın sağlığı üzerinde doğacak riziko ne kadar düşük ise, hekimin tıbbi yardımı aracısız verme kuralından da aynı ölçüde uzaklaşmak mümkün olur. Örneğin bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimin, hastanın sezaryen doğumuna katılmak yerine, işi çok bilgili ve mesleki deneyimine güvendiği bir hemşireye devretmesi hekimi kusurlu yapacaktır. Ancak hekimin sezaryen doğumu gerçekleştirmesinin hemen öncesinde, ameliyat masasında iken anne adayının kanını bizzat almak gibi bir zorunluluğu yoktur. Örneğimizden görüleceği üzere, sezaryen esnasında istenmeyen bir durum gelişmesi halinde, hastanın hayati tehlikeye girmesi, kan alınması esnasında meydana gelebilecek istenmeyen bir duruma kıyasla hasta üzerinde çok daha ağır sonuçlara yol açar. İşte tıbbi yardımı aracısız verme yükümlülüğü, temelde bu esasa dayanır.

Hekimin tıbbi yardım yetkisini devredeceği hekimi ya da yardımcı sağlık personelini bizzat olayın koşullarına göre değerlendirerek belirlemesi gerekir[162]. Hekimin yanlış bir durumda hastanın karşı karşıya kalacağı riski öngörerek, istenmeyen bir durumun doğmaması için bu değerlendirmeyi yapması gerekir. Hekimin kendisi tarafından gerçekleştirmesi gereken bir konuda mesleki faaliyetini yardımcı sağlık personeline ya da bir başka hekime devretmesi ve neticesinde hastanın zarar görmesi halinde, hekimin kusuru söz konusu olur. Örneğin bir otomobil kazası nedeniyle hastanın gece saat 03:00' te hastaneye kaldırıldığı ve ortopedi ve travmatoloji uzmanının o gece nöbetçi olmadığı durumda, hekimin hasta hakkında telefon ile bilgi alıp tedaviyi telefonla talimat vererek düzenlemesi ve ertesi gün hastanın kemik

[161] **HAKERİ,** s. 631.
[162] **GÖKCAN,** s. 123.

kırıklarının yanı sıra ayrıca iç kanamasının olduğunun ortaya çıkarak hayatını kaybetmesi halinde, hekimin kusurlu davranışı mevcuttur. Zira bu durumda hekimden beklenen, kırığın niteliği ve sayısı ile olayın gelişimi üzerine iç kanamadan da şüphelenmesi ve konsültasyon istemesidir.

B. Öykü Alma Yükümlülüğü

Hastanın tedavi edilebilmesi için, öncelikle rahatsızlığının tıbbi olarak tanımlanması gerekir. Ancak bu sayede, tıbbi normlara göre tedavi yöntemi belirlenebilir ve hasta sağlığına kavuşturulabilir. İşte, hastanın rahatsızlığının tıbbi olarak tanımlamasını yapacak kişi hekim olduğundan, bizzat, doğrudan hastanın öyküsünü almak mecburiyetindedir. Dolayısıyla hastanın öyküsünün alınması, hayati öneme sahiptir[163]. Hastanın da öyküsünün alınmasını istemesi, en tabii haklarından biridir[164]. Hekimin hastanın bu hakkını kullanmakta ısrarcı olması halinde, kendine güven göstererek, hastanın isteğini yerine getirmemesi isabetsiz olacak ve hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.

Hastalık öyküsü, hasta ya da yakını tarafından hekime izah edilen, hastanın şikayetinin neye ilişkin olduğunu ve bu şikayete ilişkin geçmişin açıklamasıdır. Aile öyküsü, hekime başvuran hastada rahatsızlığın ailede bulunup bulunmadığına ilişkindir[165]. İlaç öyküsü, hekimin hastanın kullanmış ve kullanmakta olduğu ilaçlara dair açıklamalarının yapılmasıdır. İlaç öyküsü, hastalık öyküsüne kıyasla daha objektiftir. Zira kullanılan ilacın hangi hekim tarafından yazıldığı, ya da hangi eczaneden temin edildiği belirlenebilir. Yine kullanılan ilacın hangi tedavi amacına yönelik olduğu da bilinmektedir. Kural olarak hastalık öyküsünün alınması yeterli olacaktır. Ancak hekimin, hastayı muayenesi ve somut olayın şartlarına göre, durumun gerektirmesi halinde hekim öyküyü daha detaylı almak mecburiyetinde de kalabilir. Zira teşhis ve tedavinin ilk aşaması hastanın rahatsızlığının ne olduğunun şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmasıdır. Nitekim bu nedenle hekimin hasta ve yakınlarından

[163] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 75; **KICALİOĞLU,** s. 64; **GÖKCAN,** s. 123; **AKSÜT,** s. 102.
[164] **AKSÜT,** s. 102.
[165] **HAKERİ,** s. 637.

işbirliği yapılmasını istemesi doktrinde[166] hekimin hakları arasında sayılmaktadır. Gerçekten, hekim ve hasta aynı amaca hizmet eden bir bütünün iki önemli parçasını oluştururlar. Tıbbi sorunu bertaraf etmek adına her ikisi de birlikte mücadele vermelidir.

Hekimin hastalık öyküsü alması ve hastanın ya da yakınının izah ettiği hususların doğruluğunu teyit etmesi tedavi için büyük önem taşır[167]. Hekim, hastayı daha önce muayene etmiş olan hekimlerin bulgularından yararlanabilir ise de, salt bir başka meslektaşının değerlendirmesi üzerine hareket etmesi düşünülemez. Hekimin hastanın öyküsünü tüm halleri dikkate alarak tespit etmesi zarureti vardır. Öyküde herhangi bir eksiklik olması, teşhis ve tedavide soruna yol açabilir[168]. Uygulamada da, hekimin öykü alma yükümlülüğünü tam ve eksiksiz olarak yerine getirmemesi nedeniyle hatalı teşhis ve tedavi uygulanmış olması, önemli yer tutmaktadır[169]. Örneğin hekimin zaten kan sulandırıcı etkisi ihtiva eden bir ilaç kullanan hastaya öyküde eksik olması nedeniyle bilmeden, ikinci bir kan sulandırıcı ilaç vermesi ve hastanın ikinci ilacın da etkisiyle beyin kanaması geçirmesi halinde, hekimin öykü alma yükümlülüğünü yerine getirmediği ve kusurlu olduğu anlamı doğacaktır. Buna karşın, eğer hasta, hekimin öykü alma esnasında yaptığı açıklamalara bilerek ve isteyerek yanlış yanıt veriyor ise o takdirde hastanın doğacak zararından hekim sorumlu tutulmaz. Örneğin; bir hastanın lomber disk hernisi operasyonu öncesinde mutad olarak uygulanan alerjisi olup olmadığına dair öykü alınması esnasında hasta yakınlarının ve hastanın alerjisi olmadığını iki kez farklı zamanlarda beyan etmesi ve imzasının alınmasına karşın, daha sonra antibiyotik nedeniyle alerji gelişmesi nedeniyle hastanın şikayetçi olduğu bir olayda, İlçe Sağlık Müdürlüğü, hekimin ve yardımcı sağlık personelinin herhangi bir kusur ve ihmalinin olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, hastanın öyküsünün ne şekilde alındığı özellikle ispat bakımından önem arz etmekte ve hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalelere esas teşkil etmektedir. Hekimin hasta öyküsünün alınması sürecini yazılı olarak kayıt altına alması, hekimin hukuki sorumluluğunun değerlendirilmesinde önem taşır.

[166] **HAKERİ,** Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları, s. 2.
[167] **HAKERİ,** s. 637; **KICALİOĞLU,** s. 64.
[168] **HAKERİ,** s. 638.
[169] **GÖKCAN,** s. 124.

C. Muayene Etme Yükümlülüğü

Muayene, bir kimsenin hasta olup olmadığını araştırmak ya da hastalığının belirlenebilmesi için medikal ekipman ya da el vasıtasıyla yapılan incelemedir. Muayenede yapılmasının gerekli olmasına karşın muayenenin özensiz, eksik yapılması veya hiç yapılmamış olması, hastanın tedavisinde başarısızlığa yol açmış ise, hekimin sorumluluğu doğar[170]. Nitekim Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 23' e göre, hekimin acil vakalar gibi zorunlu haller haricinde, hastasını bizzat muayene etmeden tedaviye girişemeyeceği belirtilmiştir[171].

Muayene kendi içerisinde teşhis muayenesi, önleyici muayene ve kontrol muayenesi olarak üçe ayrılmaktadır[172]. Teşhis muayenesi, hekimin hastalığın tedavi yöntemini belirlemesi amacıyla, yaptığı muayenedir. Önleyici muayene, hastalıkları önlemek amacıyla hekimin kişiyi muayene etmesi olup, henüz rahatsızlık ortaya çıkmamış olsa dahi, kişinin rahatsızlanmaya yatkın bir durumunun olması halinde bu kapsamda muayene gerçekleştirilmesidir. Örneğin hastanın annesinin ve babasının TİP 1 diyabet hastası olması, hastanın kendisinin de diyabet riskinin yüksek olduğuna karine teşkil eder. Hekimin bu kapsamda yapacağı muayene ve incelemeler önleyici muayene kapsamına girer. Üçüncü olarak kontrol muayenesi gelir. Kontrol muayenesinde hekim tarafından amaçlanan, hastada tedavisi sonrasında gelişen bir olumsuzluk bulunup bulunmadığını tespit etmektir.

Muayene, hastanın şahsi haklarını ihlal teşkil edecek nitelikte bir eylemdir. Ancak hekimin de teşhis ve tedaviyi en doğru şekilde gerçekleştirebilmesi için hastayı muayene etmesi esastır[173]. Bu eylemin genel olarak haksız fiil kapsamında olmasının yanı sıra cinsel dokunulmazlığın ihlali mahiyetinde suç da teşkil edebilir. Ancak muayeneyi hukuka uygun kılan, hastanın aydınlatılmış rızasının olması ve muayeneyi hekimin gerçekleştirmesidir[174].

---

[170] **SOMER**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 43.
[171] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 76; **GÖKCAN,** s. 124.
[172] **HAKERİ,** s. 640; **AKSÜT,** s. 103.
[173] **KICALİOĞLU,** s. 64; **ŞATIR,** s. 49.
[174] **GÖKCAN,** s. 124.

D. Hastayı Aydınlatma ve Rızasını Alma Yükümlülüğü

1. Aydınlatma Amacı

Hekim, iletişim kurduğu hastası ile gerçekleştirdiği tüm tıbbi faaliyetler öncesinde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Dolayısıyla hemen konunun başında ifade etmek gerekir ki, hastayı aydınlatma yükümlüsü, ilgili tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan hekimdir[175]. Şayet hastanın tedavisinde birden fazla hekim görev alacak ise, her bir hekim, ilgilendikleri alana ilişkin olarak hastayı aydınlatmalıdır[176]. Örneğin genel anestezi altında hastanın lomber disk hernisi rahatsızlığının operasyon ile giderilmesi planlanıyor ise, hem beyin ve sinir cerrahisi uzmanının lomber disk hernisi operasyonuna ilişkin, hem de genel anesteziyi uygulayacak olan anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanının hastayı ayrı ayrı aydınlatması ve karşılaşılabilecek tüm olasılıklar ve muhtemel neticeler konusunda tam ve eksiksiz bilgilendirmeyi gerçekleştirmesi gerekir[177].

Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, günümüzde gerek doktrinde, gerekse Yüksek Mahkeme kararları ile sabit hale gelmiş, en önemli hekim yükümlülüklerinin başında gelir [178] . Aydınlatma, hekim açısından bir yükümlülük olduğu gibi, aydınlatılmak da hasta bakımından tabii bir haktır[179]. Hekim, tedaviden önceki teşhis aşamasına yönelik olarak, gelişebilecek riskler, tedavide karşılaşılabilecek muhtemel sorunlara, tedavi sürecine ve gelişecek bir hastalığın önleyici olarak meydana gelmemesine dair hastaya açıklama yapmalı ve hasta ile birlikte karşılaşacakları adımlar konusunda hastayı detaylı bir şekilde bilgilendirmelidir[180]. Ayrıca aydınlatma, genel geçer ve matbu değil, kişisel olmalıdır[181]. Bu sayede rıza da kişisel ve öznel hale gelir[182]. Bunun sebebi, hastanın kendi fiziksel ve ruhsal varlığı üzerinde sahip olduğu

---

[175] **OEHLER, Wolfgang,** *"Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 16; **KICALİOĞLU,** s. 69; **GÖKCAN,** s. 125; **IŞIK YILMAZ,** s. 402; **HATIRNAZ EROL,** s. 139.

[176] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 178; **AŞÇIOĞLU,** s. 81; **KAYA,** s. 62.

[177] **HAKERİ,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, s. 29.

[178] **ÖZAY,** s. 58; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 76; **KAYA,** s. 53.

[179] **KAYA, Mine,** *"Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 135.

[180] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 76; **SARITAŞ,** 57; **GÖKCAN,** s. 125; **KAHRAMAN,** s. 484.

[181] **ARINCI,** s. 789.

[182] **HAKERİ, Hakan,** *"Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 37; **DURAL, Mustafa,** *"Hekimin*

haklarıdır[183]. Hekim, hastayı aydınlatmak suretiyle, hastanın kendi sağlığı hakkında detaylı bilgi sahibi olmasını mümkün kılar[184]. Ayrıca, hekimin hastanın anlayabileceği şekilde ve sosyo-kültürel durumu da gözeterek, mümkün olan en kapsamlı bilgileri, en yalın ve sade şekilde izah etmesi gerekir[185].

TŞSTİDK md. 70/1-c hükmünde, aydınlatma yükümlülüğünü görmek mümkündür. Buna göre; *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar."* Görüleceği üzere, hekimin aydınlatma yükümlülüğü, 1928 tarihinde yürürlüğe giren TŞSTİDK' da dahi kendine yer bulmuştur. Yine HHY md. 1/d' ye göre; *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz."* hükmü getirilmiştir. Aynı Yönetmelik' in 22/1 hükmünde de; *"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."* denilmiş olup, md. 24/1' de *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir."* hükmüne yer verilmiştir. Mevzuatın bu kadar önem verdiği hastanın rıza göstermesi[186] ise, ancak aydınlatılması neticesinde mümkün ve hukuka uygun olur[187]. Zira hastanın, bilgi sahibi olmadığı, aydınlatılmadığı bir konuya ilişkin gösterdiği rıza geçersizdir.

Aydınlatma, hekimlik sözleşmesinin doğal bir parçası olup, hekimin burada hastayı aydınlatmamak ya da eksik aydınlatmak gibi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır[188]. Aydınlatma hekimin temel yükümlülüklerinden biridir[189]. Aydınlatma yükümlülüğünün nasıl ifa edilmesi gerektiğine dair bir düzenleme de

---

Aydınlatma Yükümlülüğü", T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 251.

183 **HAKERİ,** s. 248.

184 **AKİPEK ÖCAL,** s. 117.

185 **SCARAMUZZINO,** s. 32; **TÜMER,** s. 55; **HATIRNAZ EROL,** s. 137; Yargıtay 13. HD. 16.01.2014 tarih, 2013/17487 E. ve 2014/794 K. sayılı kararında, aydınlatılacak hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal düzeyinin dikkate alınmak suretiyle bilgilendirmenin yapılması gerektiğini ifade etmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.01.2019).

186 **ASLANOVA,** s. 16. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı niteliğini bertaraf eder.

187 **DURAL,** s. 249; **KAYA,** s. 53; **KAHRAMAN,** s. 490; **ŞİMŞEK,** s. 3543; **SEÇER,** s. 125.

188 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 77.

189 **HAKERİ,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, s. 22; **YALIN, Nur,** *"Organ ve Doku Nakli ile Buna İlişkin Hukuki Sorunlar",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 178.

öngörülmüş değildir [190] . Aydınlatma hasta ile soru – cevap şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, hekimin geliştirdiği ve uyguladığı başka bir yöntemle de yapılabilir. Yeter ki, hekimin hastayı eksiksiz bir şekilde aydınlatması gerçekleşsin. Aydınlatma ile günümüzde hedeflenenin, hastanın girişeceği tıbbi süreçten haberdar olmasının yanı sıra, hekimin karşılaşacağı olası sorunların da önüne geçmek olduğu söylenebilir. Zira gerek tabip odasına, gerek mahkemelere ve Cumhuriyet Savcılıklarına yapılan hemen her başvuruda hastalar veya yakınları, aydınlatmanın eksik yapıldığından ya da yapılmadığından söz etmekte, dolayısıyla tıbbi bir hata olmadığını ispat etmenin yanı sıra hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü tam ve eksiksiz gerçekleştirdiğini de ispat etmesi gerekmektedir[191]. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği konusunda yazılı[192] bir belge bulunmuyor, salt sözlü bir şekilde gerçekleştirildiği savunuluyor ise, hekimin ispat noktasında büyük güçlükler yaşayacağı açıktır. Dolayısıyla hekimin, aydınlatmayı gerçekleştirdiğine ilişkin detaylı ve hastaya özel hazırlanmış aydınlatılmış onam formunu hastaya sunması ve hastanın imzalaması halinde bu yükümlülüğün yerine getirildiği ispatlanabilecektir.

2. Aydınlatmanın Konusu

Hekime başvuran hastanın hedefinde sağlığına kavuşmak yer alır. Sağlığına kavuşmak isteyen hastanın girişeceği eylem öncesinde kural olarak tam ve kapsamlı şekilde aydınlatılması gerekir[193]. Ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı birtakım koşulların varlığına göre dar veya geniş takdir edilebilir.[194]. Aydınlatmanın, gerçekleştirilmesi planlanan müdahaleye ve riske göre, hastanın karar vermesi için

---

190 **ÜNVER, Yener,** *"Türk Tıp Hukukunda Rıza",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 238; **SEÇER,** s. 125.

191 **HAKERİ,** Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma, s. 43; **HATIRNAZ EROL,** s. 137.

192 **ARINCI,** s. 789. Burada, yazar aynı zamanda bir hekim olarak, estetik tıbbi müdahalelerde yazılı aydınlatılmış onamın önemini özellikle belirtmektedir.

193 **AKSOY GÜLASLAN,** s. 459; Yargıtay 4. HD. 07.03.1977 tarih, 1976/6297 E. ve 1977/2541 K. sayılı kararında hastanın aydınlatılmaksızın somut ve olaya özgü olarak aydınlatılması gerektiği belirtilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019); Yargıtay 13. HD. 18.09.2018 tarih, 2016/26894 E. ve 2018/8072 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"* denilerek hastanın bilgilendirilmesine ve bilgilendirmenin niteliğine dikkat çekilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019).

194 **ARPACI,** s. 13. Yazarın ifadesine göre, aydınlatma yükümlülüğü somut olayın şartlarına göre yüzeysel ya da detaylı hususlara yönelebilir.

uygun süre öncesinde yapılması gerekir[195]. Hastanın hekim tarafından muayene edilmesini müteakip muayene neticesinde yapılan tespitlerin hastaya açıklanmasına teşhis aydınlatması denir[196]. Hekim teşhis aydınlatmasında, hastaya hastalığın sebeplerini, neticelerini ve genel olarak özelliklerini izah eder. Hekimin teşhis aydınlatması bakımından Alman Yargıtayı tarafından savunulan bir görüş, ağır bir rahatsızlığın hastada mevcut olması halinde hekimin bu konuda gerçek ne olursa olsun, hastadaki etkilerini dikkate almaksızın durumu objektif bir şekilde hastaya izah etmesi gerektiğini belirtmektedir[197]. Bu konuda TDN md. 14 *"Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur."* hükmünü ihtiva etmekte olup, maddenin özellikle son cümlesi, hastalığın vahim bir hal arz etmesi halinde, hastanın üzerinde meydana gelebilecek olumsuz – ve muhtemel – tesirin göz önünde bulundurularak hastaya salt objektif bir bakış açısıyla her açıdan aydınlatma yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten, bazı konularda hekimin objektif bir şekilde, tüm gerçekliğiyle hastaya durumu izah etmesi olumsuz neticeler doğurabilir ve hatta hekimler çoğunlukla bu konuda hastalara açık ve net şekilde olayın tüm vahameti hakkında bilgi vermemeyi tercih etmektedir[198]. Bu konuyu hemen herkes tarafından bilinen bir örnek üzerinden açıklamak açısından tüm vücuduna kanser hücreleri metastaz yapmış ancak bu durumun farkında olmayan bir hasta örnek verilebilir. Böyle durumlarda hekim, üç ya da dört aylık bir yaşam süresi öngörülen hastaya durumu tam anlamıyla açıklamama yolunu tercih edebilir. Kanaatimizce, hekimin teşhis aydınlatmasını tam ve eksiksiz yapması kuraldır. Fakat TDN md. 14 hükmünün isabetli bir şekilde işaret ettiği üzere, hekim hastanın tıbbi statüsünün vahametini dikkate alarak hastalığın olumsuz seyrine ilişkin bulguları hastaya tam ve eksiksiz açıklamama seçimlik hakkına sahip olmalıdır. Burada hekime tanınan seçimlik hakkın ancak hastanın sağlığı ve bilgilendirilmesi durumunda karşılaşacağı potansiyel olumsuzluk göz önünde bulundurularak tanınması gerektiğini

[195] **SARITAŞ,** s. 58; **ÖZAY,** s. 59.
[196] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 77; **ÖZAY,** s. 61; **HAKERİ,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, s. 26; **KAYA,** Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, s. 142.
[197] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 78; **ARPACI,** s. 12.
[198] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 78; **SEÇER,** s. 122; **DURAK,** s. 162; **KAHRAMAN,** s. 493.

belirtmek gerekir. Yoksa hekim hastanın hangi konuda bilgi sahibi olmak isteyip hangi konuda bilgilendirilmek istemediğine kendisi kural olarak karar veremez[199].

Hekimin hastaya tedavi sürecini ve uygulanacak yöntemleri açıklaması, süreç aydınlatması olarak adlandırılır[200]. Hekim, son ayrıntısına kadar olmamak koşuluyla birlikte esaslı hatlarıyla yapılacak tedavi ve yöntemi hastasına açıklamalıdır. Eş söyleyişle, müdahale türünün ve hedefin ne olduğu konusunda bir bilgilendirme yapılması gerekir. Hekimin, müdahale öncesi durum ile başarılı müdahale sonrası durumu açıklamasına süreç aydınlatması denir [201] . Örneğin, bir sezaryen gerçekleştirilmeden önce hekimin, hastaya karnı keseceğini, bebeğin dünyaya geleceğini ve dikiş atarak kesilen bölgeyi tekrar birleştireceğini açıklaması yeterlidir. Hekimin, genel çerçeve haricinde, hangi kasların kesileceğini de tıbben açıklaması gerekli değildir. Bu noktada, hekimin hastaya başarı olasılığı hakkında bilgi vermesi de gerekir. Zira her ne kadar hekimlik sözleşmesi kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olup netice garanti edilmemekte ise de, hastanın da başarısızlık oranı yüksek bir tedaviye girişmek istemeyeceği aşikardır[202]. Hasta ne kadar aydınlatılırsa o kadar özgür ve bağımsız bir şekilde tercihte bulunabilecektir[203]. Dolayısıyla hastanın kapsamlı aydınlatılması kuraldır.

Tedavi ya da müdahale esnasında meydana gelebilmesi olası risklerin ve tehlikelerin, hastaya açıklanmasına ve hastanın bu konuda bilgilendirilmesine ise riziko aydınlatması denir[204]. Hekim bu kapsamda hastaya, göstermesi gereken en yüksek özeni ve en verimli tıbbi kuralları hiçbir eksik olmaksızın uygulasa dahi, meydana gelebilme

---

199 **HAKERİ,** Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma, s. 40.

200 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 78; **ÖZAY,** s. 61; **HAKERİ,** s. 261; **KAYA,** Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, s. 142; **SEÇER,** s. 122; **ÇİMEN, Esra,** *"Hasta – Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 120; Yargıtay 13. HD. 09.02.2016 tarih, 2015/1413 E. ve 2016/3713 K. sayılı kararında süreç aydınlatması konusuna yüksek mahkemece değinildiği görülmektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 06.01.2019).

201 **HAKERİ,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, s. 25.

202 **HAKERİ,** s. 262.

203 **OEHLER,** s. 25; **TACİR, Hamide,** *"Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu, Ankara 2017, Editörler. TACİR, Hamide/ALTUNKAŞ, Aysun, s. 57.

204 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 78 – 79; **ÖZAY,** s. 61; **HAKERİ,** s. 267; **SEÇER,** s. 122; **KAYA,** Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, s. 143; **ÇİMEN,** s. 121; **KİRKİT,** s. 82.

ihtimali olan tehlikeleri anlatır[205]. Bu durumda hekimin meydana gelebilecek en düşük olasılıktaki ihtimalleri açıklaması gerektiği kimi yazarlar tarafından ileri sürülmesine karşın bu durum, hekimin kendisini kısıtlamasına, istediği gibi hekimlik sözleşmesinden kaynaklı edimini ifa edememesine; hastanın ise rizikoyu göz önünde bulundurarak tedaviden kaçınmasına yol açacaktır[206].

Hekimin muayene öncesinde gerçekleştirmesi gereken aydınlatma yükümlülüğü, son derece düşük olasılıkta olsa da gerçekleşmesi mümkün olan her potansiyel sorunun hastaya açıklanmasını gerekli kılar. Yargıtay' ın vermiş olduğu bir kararda[207] kadın hastanın hymeninin yırtılmasına neden olması durumunda Yerel Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de Yargıtay, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne vurgu yapmıştır.

---

[205] **ÖZDEMİR,** s. 121; **SEÇER,** s. 122.

[206] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 79; **SEÇER,** s. 123.

[207] Yargıtay 4. HD. 07.03.1977 tarih, 1976/6291 E. ve 1977/2541 K. sayılı kararı. Kararda, *"...Davamıza konu olan olay şöyledir. 13.7.1972 günü 1948 doğumlu (Y) karnındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastahanesi Kadın Dahiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye mütehassısının ilgili olması nedeniyle, acele, olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevkedilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve Jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu yönde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dilenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır. Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispati davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir değimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlıyacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır. Nihayet, HUMK.hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayrık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık ş–rası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır.* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019) (**AŞÇIOĞLU,** s. 66; **KAYA,** s. 57; **GÖKCAN,** s. 989.)

Hekimin hastayı, teşhis ve tedavi bedeline ilişkin bilgilendirmesi, ekonomik aydınlatma olarak nitelendirilir[208]. Ekonomik aydınlatmayı yaparak hekim, hastanın daha sonra karşılaşmak istemeyeceği bir ücret ödeme edimi ile karşı karşıya kalmasını önlemek adına, teşhis, tedavi ve tedavi sonrası uygulamaların bedeli hakkında hastaya açıklamada bulunur. Bu çerçevede ekonomik aydınlatma yükümlülüğünün, yukarıda yer verilen diğer aydınlatma yükümlülüklerine kıyasla tıbbi olmaktan ziyade iktisadi olduğu görülmektedir. Özellik arz eden tıbbi müdahalelerde, ekonomik aydınlatma daha büyük önem taşır[209]. Buna örnek olarak organ ve doku nakilleri verilebilir.

3. Aydınlatmanın Kapsamı

a. Kapsamın Genişlediği Durumlar

Aydınlatma kapsamının tespit edilmesi noktasında, Alman Hukuku, müdahalenin özelliklerinden yola çıkılması gerektiğini belirtir. Bu çerçevede müdahalenin ivedi olması, tehlikenin büyük olması, tedavi amacı olup olmaması ve hastanın talebi, aydınlatmanın kapsamını genişletmektedir görüşündedir[210].

Aydınlatma kapsamı bakımından genel bir çerçeve çizilebilir, ancak bu konunun birtakım kurallara bağlanması ve bu kuralların uygulama alanı bulacağını söylemenin çok da imkan dahilinde olmadığı kanaatindeyiz. Elbette hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin güvenceye ihtiyaç duymak istemeleri normaldir. O nedenle bu konuda esas olan, hastanın "kendisine yapılmasına rıza gösterdiği şey" konusunda aydınlatılmasıdır[211]. Zira her hasta farklı özellikli haiz olup, hastalığının da durumu da bir başka hastaya kıyasla daha ağır, hafif olabilir veya değişiklik arz edebilir. Bu nedenle somut olayın şartlarına göre hekimin bu değerlendirmeyi yapması ve hastayı aydınlatması gerekir[212].

---

[208] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 80; **KİRKİT,** s. 84.
[209] **SERT SÜTÇÜ,** s. 4.
[210] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 81; **SARITAŞ,** s. 59.
[211] **HAKERİ,** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, s. 22; **SERT, Gürkan,** *"Hasta Hakları",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan, s. 150.
[212] **HAKERİ,** s. 296; **TÜMER,** s. 55; **AKSOY GÜLASLAN,** s. 460.

Müdahalenin ivedi olması bakımından; hekimin müdahalede bulunması ne kadar süratli olmalı ise, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da bu oranda daralmaktadır[213]. Örneğin hekimin hayati tehlikesi yüksek bir hastayı aydınlatması ile hayati tehlikesi görece çok daha düşük olan bir hastayı aydınlatma yükümlülüğü birbirinden daha farklı kapsamlar barındırır[214].

Hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın kapsamı, olayın potansiyel tehlikesinin büyüklüğüne göre de değişkenlik arz eder. Buna göre, risk ne kadar artarsa, hekimin aydınlatmayı geniş ve detaylı yapması gerekliliği de o ölçüde artacaktır[215]. Dolayısıyla risk ile aydınlatma kapsamı doğru orantılıdır[216]. Örneğin hekimin komplikasyon olasılığı yüksek olan bir cerrahi müdahale öncesinde yapması gereken aydınlatma ile istatistiksel olarak komplikasyon olasılığı son derece az bir müdahalede bulunacak olması halinde, aydınlatma kapsamı birbirinden çok daha farklı olacaktır. Hiç şüphe yok ki, komplikasyon olasılığı yüksek olan cerrahi müdahale açısından yapılması gereken aydınlatma çok daha detaylı olmalıdır.

Hastaya yapılacak müdahalenin tedavi amacına yönelik olup olmadığı da aydınlatmanın kapsamını belirleyen bir başka özelliktir. Örneğin hiçbir işlevsel eksiklik olmaksızın rinoplasti operasyonu geçirmek isteyen bir kişiye yapılan müdahalede aydınlatma kapsamı çok geniştir[217]. Nitekim Yargıtay bu gibi estetik müdahalelerde, hekimin neticenin gerçekleşmemesinden sorumlu olacağını yorumlamaktadır.

Yukarıda açıklananların yanı sıra, hastanın aydınlatılması noktasında, hastanın açık ya da örtülü olarak tam ve eksiksiz aydınlatılma talebi söz konusu ise, hekimin hastayı aydınlatma kapsamı genişleyecektir. Örneğin, hekimin hastayı genel çerçevede aydınlatmış olmasına karşın, hasta hekimden en küçük risk konusunda dahi kendisini bilgilendirmesini isteyebilir. Bu durumlarda hekim, hastayı gerçekleşme ihtimali en zayıf komplikasyonun dahi ne şekilde gelişebileceği hakkında aydınlatmak zorunda kalacaktır[218].

---

[213] **SARITAŞ,** s. 59; **ÖZAY,** s. 63; **IŞIK YILMAZ,** s. 400.
[214] **HAKERİ,** s. 298; **DURAL,** s. 251.
[215] **SCARAMUZZINO,** s. 32; **AKSOY GÜLASLAN,** s. 460.
[216] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 82; **SARITAŞ,** s. 60; **ÖZAY,** s. 63.
[217] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 82; **SARITAŞ,** s. 60; **ÖZAY,** s. 63.
[218] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 83; **SARITAŞ,** s. 60; **ÖZAY,** s. 63.

b. Kapsamın Daraldığı Durumlar

Aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin şartlarına ve müdahalenin özelliklerine göre daralabilir. Genel olarak aydınlatma kapsamının daralması, aydınlatmanın kapsamını genişleten hallerin tam tersidir. Tıbbi müdahalenin aciliyeti yükseldikçe, ters oranda aydınlatma kapsamı da daralır. Bu kapsamda önem arz eden, hastaya yapılacak müdahalenin aciliyeti ile aydınlatma yükümlülüğü kapsamı arasındaki dengenin hastanın menfaati gözetilerek belirlenmesidir[219].

Hastanın küçük bir komplikasyon olasılığı barındıran durumlarda, sorunla karşılaşılması halinde zararın objektif olarak düşük olacağı hallerde, ya da hastanın müdahale hakkında bilgisinin hayatın olağan akışı gereği var olduğu kabul edilen durumlarda da hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralır[220]. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını daraltan bir başka hal ise, hastanın aydınlatılmak istemediğini belirtmesidir[221]. Bu hakkın dayanağı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklı olup, mevzuatımızda da yer bulmuştur[222]. Öyle ki HHY md. 20; *"...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."* hükmünü içermektedir. Yine Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 27' ye göre; *"Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir."* Bu durumda hastanın teşhis ve tedavi hakkında aydınlatılmak, yani bilgilendirilmek istemediği anlaşılmaktadır. Hekimin bu olasılıkta, hastayı aydınlatma yükümlülüğü sıfır seviyesine kadar daralmıştır.

---

[219] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 83; **SARITAŞ,** s. 61; **ÖZAY,** s. 64; **AKSOY GÜLASLAN,** s. 460.

[220] **ÖZAY,** s. 64.

[221] **DURAL,** s. 254; **IŞIK YILMAZ,** s. 400; **KAHRAMAN,** s. 494; **YÜCEL, Özge,** *"Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan, s. 200.

[222] TACİR' e göre, aydınlatılmış rıza, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile iç içe geçmiş olmasından dolayı genelde hasta hakkı olarak nitelendirilmesine karşın, esasen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yaşama geçirilmesini sağlayan ek bir güvence ve uygulama olarak nitelendirilmelidir. (**TACİR,** Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s. 56.); **YALIN,** s. 178; **YÜCEL,** Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s. 197.

Bir başka unsur, hastanın zaten konu hakkında daha önce aydınlatılmış olmasıdır. Hasta, rıza göstereceği tıbbi müdahalenin bire bir aynısını tecrübe etmiş ve bu tecrübesi öncesinde bir başka hekim tarafından aydınlatılmış olabilir[223].

4. Aydınlatma Zamanı

Hastanın aydınlatılması ile hedeflenenin, hastanın müdahaleye aydınlatılmış rıza göstermesi olduğundan, aydınlatma yükümlülüğünün de müdahaleden önce ifa edilmesi gerekir[224]. HHY md. 4/ğ aydınlatmayı *"...yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi"* olarak tanımlamış ve aydınlatmanın tıbbi müdahale öncesinde yapılması gerektiğini belirtmiştir[225]. Eğer hastanın rızası, zarar meydana getiren bir tıbbi müdahale sonrasında alınır ise, bu durumda hastanın zararın tazmini isteminden vazgeçtiği değerlendirilecektir[226].

Aydınlatma ile hedeflenen bir diğer hususun, müdahale görecek olan kişinin konu hakkında bilgi sahibi olması ve kendisine aktarılan bu bilgi ile içerisinde bulunduğu durumu muhakeme ederek rıza gösterip göstermemesi olduğundan, aydınlatılacak kişinin olayın şartlarına göre muhakeme etmek için uygun bir zamanı olmalıdır. Dolayısıyla, aydınlatma yükümlülüğünün müdahaleden önce ifa edilmesine ilaveten, kural olarak aydınlatılacak kişinin karar verme baskısı hissetmeyeceği bir zamanda ifa edilmesi de gerekir[227]. Örneğin hasta, bu konuda yakınlarına danışma ihtiyacı ya da tanıdığı bir başka hekim arkadaşına danışma ihtiyacı hissedebilir[228]. Bu nedenle hastaya baskı hissetmeyeceği ve objektif bir şekilde değerlendirme yapabileceği imkanın tanınması lazımdır. Görüleceği üzere, planlama gerektiren bir cerrahi müdahaleden bir ya da iki gün önce hastanın bilgilendirilmesi, aydınlatma

---

[223] **KAYA,** Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, s. 157.
[224] **SARITAŞ,** s. 65; **ÖZAY,** s. 63; **ÜNVER,** s. 240; **ARPACI,** s. 14; **KAYA,** s. 64. **DEMİR,** Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, s. 47; **TUNCAY/UYSAL,** s. 137; **HATIRNAZ EROL,** s. 136; **ASLANOVA,** s. 17.
[225] **ÇİMEN,** s. 117; **YARDIM,** s. 109.
[226] **TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla,** Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 490; **EREN,** s. 628; **KAHRAMAN,** s. 485.
[227] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 83; **ÖZAY,** s. 63; **SEÇER,** s. 125; **GÖKCAN,** s. 189; **HAKERİ,** s. 292; **YARDIM,** s. 109.
[228] **ÖZAY,** s. 63.

yükümlülüğünün yerine getirildiğini göstermeyecektir[229]. Acil müdahale gerektiren, zaman geçmesinin hastaya zarar vereceği açıkça görülen tıbbi vakıalarda ise, şüphesiz hastanın tıbbi müdahaleden kısa süre önce bilgilendirilmesi hukuka uygun aydınlatma olarak kabul edilecektir[230].

Doktrinde bazı yazarlar[231] kural olarak aydınlatmanın operasyondan en geç bir gün önce aydınlatılması gerektiğini belirtirler. Bu görüş isabetli görünmekle birlikte, operasyonun niteliğine, hastanın konuyla ilgili yetkinliğine ve riskin derecesine göre aydınlatma zamanı değişiklik gösterebileceğinden, bir günlük süre kural olarak belirlenmek açısından çok geç olabilir. Bu nedenle kanaatimizce aydınlatma zamanına ilişkin genel-geçer bir kural konulabilmesi uygun olmayacaktır. Durum aciliyet ihtiva etmiyorsa, birkaç gün önceden aydınlatma gerçekleştirilerek hastanın rızasının alınması daha uygun olacaktır.

5. Aydınlatılacak ve Rızası Alınacak Kişi

Hekimin aydınlatması ve rızasını alması gerekenin kim olduğu üzerinde de durmak gerekir. Aydınlatılacak kişi, kural olarak, tıbbi girişimden yararlanacak olan hastanın kendisidir[232]. Çünkü tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişi, kural olarak hastanın kendisi olup, bu durumun hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından ileri geldiği belirtilir[233]. Hukuka uygunluk sebebi olan tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır[234]. HHY md. 15 uyarınca, hastanın aydınlatılacağı düzenlenmiştir. Yine HHY md. 18/3 uyarınca aydınlatmanın kural olarak hastanın kendisine yapılacağı belirtilmiştir: *"Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı*

---

[229] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 84.
[230] **KAYA,** s. 64.
[231] **HAKERİ,** s. 293.
[232] **AŞÇIOĞLU,** s. 40; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 84; **HAKERİ,** s. 288; **ÜNVER,** s. 240; **SCARAMUZZINO,** s. 30; **GÖKCAN,** s. 196; **ÇİMEN,** s. 116; **YARDIM,** s. 106; **AKSOY GÜLASLAN,** s. 462; **YÜCEL,** Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları, s. 204.
[233] **TACİR, Hamide,** Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Şubat 2011, s. 118 vd; **KAHRAMAN,** s. 486.
[234] **ŞENOCAK,** s. 73; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 84; **HAKERİ,** s. 288; **ARPACI, Abdülkadir,** *"Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 2; **GÖKCAN,** s. 196; **KAHRAMAN,** s. 486.

olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir." Dolayısıyla yukarıda açıklandığı üzere kural, hastanın kendisinin aydınlatılmasıdır.

Bu noktada hemen belirtmekte fayda vardır. Hakeri' nin de tespit ettiği[235] ve yer verdiği üzere, ülkemizde oldukça yaygın ve hatalı olarak tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi yerine yakınlarının (eşi, kardeşi, oğlu, kızı, vs.) aydınlatılması ve rızasının alınması söz konusudur. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin bilincinin açık olması ve yaşının uygunluğu halinde, kendisinin yerine yakınlarının aydınlatılması, aydınlatma anlamı taşımaz. Kaldı ki, aydınlatma gerçekleşmiş olsa dahi, rızanın ispatlanması adına aydınlatılmış onam formunun hastanın kendisi değil, yakını tarafından imzalanmış olması, ilerde ispat güçlüğüne hatta ispat imkansızlığına sebebiyet verecektir. Nitekim ülkemizde aydınlatıldığı kabul edilerek açılmış bir tıbbi uygulama hatası iddiasına dayalı dava ile de karşılaşmış değiliz. Hekime ya da hastaneye karşı açılan davalarda, adeta bir kural olarak iddialar arasında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği yer almaktadır. Ancak yukarıda değinildiği üzere esas olan, hastanın aydınlatılması ve aydınlatma neticesinde rızası bulunması halinde aydınlatılmış onam formunu usulüne uygun bir şekilde okuması, imzalaması ve hekime ya da hekimin yetkilendirdiği yardımcı personele teslim etmesidir. Hastanın kendisine ya da yasal temsilcisi dışındaki hasta yakınlarının bilgilendirilmesi hastanın aydınlatılmamış olması neticesini doğurur[236].

Hastanın aydınlatılması kuralının bazı istisnaları mevcuttur. Bunlardan birincisi ayırt etme gücünün bulunmamasıdır. HHY md. 4/h uyarınca medeni hukuktaki ayırt etme gücü, yeterlilik olarak tanımlanmıştır[237]. Buna göre yeterlilik, "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali"* olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla ayırt etme gücü bulunmayan hastanın bilgilendirilmesi geçerli bir aydınlatma yapıldığı anlamı taşımaz. Zira tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek ayırt

[235] **HAKERİ, Hakan,** Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma, s. 36; **HAKERİ,** s. 288 – 289.
[236] **YARDIM,** s. 107.
[237] **YARDIM,** s. 106.

etme gücünü haiz olmak, rıza göstermenin neticesinde karşılaşılacak durumu tam anlamıyla idrak edebilmektir[238].

Ayırt etme kudreti bulunmayan küçüklerin aydınlatılması için, aydınlatma yükümlülüğünün kanuni temsilci olan veli ya da vasiye karşı yerine getirilmesi gerekir[239]. Türk Medeni Kanunu[240] md. 16 uyarınca, ayırt etme kudretine sahip küçüklerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanırken yasal temsilcilerinin rızasının aranmayacağı kabul edilmiştir[241]. Doktrinde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, tıbbi müdahaleye rıza gösterip gösteremeyecekleri konusu tartışmalıdır. Şüphesiz, küçüğün ayırt etme kudretini haiz olup olmadığını tespit edecek, değerlendirecek olan, hekimdir. Doktrindeki baskın görüş uyarınca, hekimin aydınlatmayı ayırt etme gücünü haiz küçük yerine veli ya da vasisine yapması Türk Medeni Kanunu ile getirilen bakış açısına ve bilgi alma hakkına aykırı olacaktır[242]. Bazı yazarlar[243] küçüğün ayırt etme gücünün durumu yeterince kavrayabileceği ve muhakeme geliştirebileceği seviyede olduğu anlaşılıyor ise, o takdirde yasal temsilcinin rızası olmaksızın tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebileceğini savunmaktadır. Ancak bu görüşe iştirak edememekteyiz. Zira küçüğün muhakeme kapasitesi ne kadar yüksek olur ise olsun, yasal temsilcisinin rızasının da ilaveten alınması zaruretinin küçüğün sağlığına bir zararı olmayacaktır. Aksine, küçüğün salt kendi başına rıza göstereceğinin kabulü, istenmeyen neticelerin ortaya çıkması bakımından daha risklidir.

Kaldı ki, HHY md 24/2 ile doktrindeki baskın görüş dikkate alınarak, *"...kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar*

---

238 **KAHRAMAN,** s. 486.

239 Bu konuda 1219 sayılı TŞSTİDK md. 70 uyarınca; *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliye-i cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."* düzenlemesi getirilmiştir.

240 RG 8 Aralık 2001, 24607.

241 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 84.

242 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 85; **HAKERİ,** s. 289; **GÖKCAN,** s. 196; **TUNCAY/UYSAL,** s. 133; **KAHRAMAN,** s. 489; **YARDIM,** s. 106.

243 **ÇAKAL,** s. 84 – 85; **SERT,** s. 148.

bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır." hükmü yürürlüğe konmuştur[244].

Tam ehliyetsiz yetişkinlerde, aydınlatılacak kişi, tıbbi müdahaleye maruz kalacak tam ehliyetsizin vasisidir[245].

Hastanın aydınlatılması ve aydınlatılması neticesinde tıbbi müdahaleye rızası konusunda Yargıtay'ın tutumu son derece katı ve doktrinin uygulamaya yansıması niteliğindedir. Zira doktrinde varılan görüş birliği uyarınca hastanın aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirilmemesi adına yapılması zaruri bir işlemdir[246]. Buna göre Yargıtay, hastanın teşhis, tedavi ve risk aydınlatmasının önemine vurgu yapmakta, aydınlatılacak kişinin de kural olarak hastanın kendisi olduğunu ve aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükümlülüğünün de davalılar hekim ve hastane üzerinde olduğunu kararlarında belirtmektedir[247].

---

[244] **GÖKCAN,** s. 197.

[245] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 85; **ARPACI,** s. 13; **KAHRAMAN,** s. 488.

[246] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 177; **DERYAL,** s. 23.

[247] Yargıtay 13. HD. 18.09.2018 tarih, 2016/26894 E. ve 2018/8072 K. sayılı kararı güncel ve önemli bir karardır. Karara göre davacı hasta, bağımsız çalışan hekime başvurduğunu ve muayenesinin yapılarak sol göğsünde kanserli kitle olduğunun kendisine söylendiğini, bunun üzerine de hekim tarafından özel bir hastanede ameliyat edildiğini, ancak ameliyat öncesinde sadece sol göğsündeki kanserli kitlenin alınacağı hakkında kendisine bilgi verildiğini, oysa ameliyat sonrasında iki göğsünün de alınarak silikon göğüs yapıldığı iddialarıyla hekimi ve hastaneyi dava etmiştir. Yargılama neticesinde alınan bilirkişi raporlarıyla Yerel Mahkeme davanın reddi cihetine gitmesine karşın, temyiz incelemesi yapan 13. Daire, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi md. 5 ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 26' ya atıf da yapmak suretiyle, hastanın onam formunda niçin babasının imzasının olduğu hususunun Yerel Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemelerinde hiç değerlendirilmediğini, bu hususun tekrar irdelenmesi gerektiğini, kaldı ki dosyaya sunulmuş olan formların davacı hastanın aydınlatılmasını ispata yeterli bilgileri içermediğini, hastanın salt tıbbi işleme rıza göstermesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda risk aydınlatmasının da yapılmış olması gerektiğini, bunu ispat külfetinin de davalı hekim ve hastanede olduğunu belirtmiş ve Yerel Mahkemenin davanın reddine dair kararının bozmuştur. Bu karar Yargıtay' ın aydınlatma ve rıza konusundaki perspektifini sarih şekilde göstermektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019); Yargıtay 13. HD. 04.07.2018 tarih, 2016/25663 E. ve 2018/7615 K. sayılı kararda hastada ameliyatta bir komplikasyon geliştiği sabit olsa ve bu durum bir hekim hatası olmasa dahi hastanın aydınlatılmasının gerektiği belirtilmiş, dosya kapsamında davalı hekimin ya da hastanenin aydınlatmayı ispat edecek hiçbir belge sunamadıkları belirtilerek hastanın maddi ve manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Bu kararda da Avrupa Biyotıp Sözleşmesi' ne Yüksek Mahkeme' nin vurgu yaptığı görülmektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019).

E. Teşhis Koyma ve Hastaya En Uygun Tedavi Yöntemini Seçip Uygulama Yükümlülüğü

1. Teşhis Koyma

Hekim, hastayı tedavi etmeden önce hastanın tıbbi probleminin ne olduğunu tıp kuralları çerçevesinde tanımlamalıdır. Hekimin yapacağı bu tanıma teşhis koyma adı verilir[248]. Teşhis, hastaya en uygun tedavi seçilerek uygulanmadan önce yerine getirilmesi gereken bir ön şarttır[249]. Hastaya teşhis konulmadan tedavi aşamasına geçilemez. Zira teşhis ile tedavinin hangi yöntem ve şekilde yapılacağı belirlenebilir[250].

Teşhisin doğru konulması için hekim, hastanın öyküsünü almalı, muayeneyi gerçekleştirmeli, hasta ile konuyu değerlendirmeli, gerekiyor ise, laboratuvar tetkikleri ve/veya radyolojik tetkikler yapılmasını isteyerek objektif veriler ışığında hareket etmeli, tıp kitaplarına ve klinik çalışmalara başvurmalıdır[251]. Zira hekimin hastanın şikayetlerine bir ad koyabilmesi ve tedavi yöntemini belirleyebilmesi başarılı tedavi için çok önemlidir[252]. Ancak hekimin teşhis koyma adına yapacağı tespite dayalı araştırmaların ölçüsü de kaçırılmamalıdır. Zira hekim, yüzde yüz teşhis koymak adına hastanın endikasyonu ile hiçbir ilgisi olmayan konularda tetkikler ister ve araştırmaya girişir ise, bu davranış isabetsiz olacaktır[253]. Örneğin hastanın derisinde bir döküntü olması halinde karaciğerinde bir rahatsızlık olduğu düşünülerek hareket edilmesi olağandır. Ancak hastanın derisinde döküntü olması halinde hastaya tomografi çektirilmesi arasında bir bağlantı olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle hekim, tüm bilgisini ve tıbbi olanakları mümkün olan en etkili ve en kısa sürede kullanarak hareket etmeli ve teşhis aşamasını bitirerek tedavi aşamasına geçmelidir.

Hekimin, elinden gelen tüm özeni göstermiş olması, tüm tetkikleri yaptırması halinde yanlış teşhis koyma nedeniyle kural olarak bir sorumluluğu doğmaz ve doğmamalıdır[254]. Zira hekim, hekimlik sözleşmesi gereği sonuç taahhüt etmemektedir.

---

[248] **HAKERİ,** s. 642.
[249] **ÖZAY,** s. 52; **SARITAŞ,** s. 51; **SEÇER,** s. 125; **ÖZDEMİR,** s. 102.
[250] **KICALİOĞLU,** s. 64; **ŞATIR,** s. 49; **YAZAN,** s. 23.
[251] **GENCER,** s. 87; **ŞATIR,** s. 49.
[252] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 75; **SARITAŞ,** s. 51; **SEÇER,** s. 125.
[253] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 76; **AKYILDIZ, Sunay,** *"Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 209.
[254] **SARITAŞ,** s. 52; **KICALİOĞLU,** s. 64; **GÖKCAN,** s. 125.

Hekimin mesleki bilgisi ve becerisi gereği tüm tetkikleri ve prosedürleri uygulamış olması halinde bir teşhis konulamaması, birden fazla hastalığın söz konusu olabileceğine dair bulgular elde edilmiş olması gibi durumlarda, hekimin sorumlu tutulmasını gerektirecek bir husus yoktur[255]. Ancak teşhis, zamanında teşhis etme yükümlülüğünü de içermektedir[256]. Hekim, teşhis için yapılması gerekenleri tıp biliminin standartlarına uygun bir şekilde ve en yüksek özeni göstererek yerine getirmemiş ise o takdirde "teşhis aşamasında" özensiz davranışı nedeniyle sorumlu olabilir[257]. Örneğin, teşhisi son derece zor ve nadir bir hastalık olan Weil Hastalığı' na yakalandığı daha sonra ortaya çıkan bir hastanın, laboratuar tetkikinin hekim tarafından yaptırılması istenmiş ve hasta bu tetkiki yaptırmasına ve hekime laboratuar sonucunu ulaştırmasına karşın, hekimin bu sonucu değerlendirmekte kendi özensizliği ile geç kalması halinde, sorumluluk doğacaktır[258]. Ya da menenjit rahatsızlığı olan bir hastanın bir iç hastalıkları uzmanı hekime başvurması neticesinde hekimin nöroloji uzmanından konsültasyon istemesi, konsültasyon istenen hekimin değerlendirmesinin hastanın menenjit geçirdiği yönünde olması, buna karşın iç hastalıkları uzmanının bu konsültasyonu geç incelemesi ve hastaya zaman kaybettirmesi halinde, hastalığın seyri ilerleyecek ve yine hekimin kusurundan söz edilecektir. Gerçekten, acil servise başvuran hastalar açısından, acil bir tıbbi müdahale gereğinin söz konusu olması halinde, konsültasyon çağrısının derhal karşılık bulması çok önemli olup, hastanın durumunun ağırlaştırılmaması adına konsültasyon çağrısının derhal değerlendirilmesi ve neticede nasıl bir tıbbi işleme girişileceği belirlenmelidir[259].

2. En Uygun Tedavi Yöntemini Seçme ve Uygulama

Hekim, hastalığın muayenesi ve gerekli tüm tetkikleri gerçekleştirmesi neticesinde hekim kendi şahsi tecrübelerini de kullanarak hastaya teşhis koyar[260]. Hekimin doğru teşhis koyması sonrasında yapması gereken, hastalığın tedavisi için en

[255] **HAKERİ,** s. 644; **ÖZDEMİR,** s. 102.
[256] **HAKERİ,** s. 645.
[257] **GÖKCAN,** s. 125; **SEÇER,** s. 126.
[258] Bu durumda ceza hukuku bakımından da kusur söz konusu olacaktır. bkz. **GENCER,** s. 87.
[259] **SEÇİLMİŞ, Mehmet,** Acil Servislerde Yaşanan Mediko Legal Problemler, Ankara 2016, s. 77.
[260] **ÖZDEMİR,** s. 103; **SEÇER,** s. 126.

uygun tedavi yöntemini seçmektir; zira hatalı bir metodun tercih edilmesi hastanın zarar görmesine sebebiyet verebilir[261].

Hekimin uygulayacağı tedavi, somut olaya ve canlı bir organizma olan hastanın sürekli değişiklik gösterme ihtimali olan özelliklerine göre değişiklik gösterebilir[262]. Ancak genel bir kriter ortaya koymak da gerekir. Bu nedenle hekimin tedavide izleyeceği yol konusunda, doktrinde "en emniyetli yol prensibi[263]" olarak adlandırılan genel yöntemin izlenmesi gerektiğinden söz edilmektedir. Her ne kadar hekimin tıbbi müdahalenin türünü ve yöntemini belirleme konusunda bir özerkliği[264] varsa da, bunun ölçüsü en emniyetli yol prensibi çerçevesindedir. Buna göre hekim, riskli ve bilinmezliği kıyasla daha yüksek bir metodu izleyerek tedaviyi gerçekleştirmemeli, aksine, bilinen ve kabul görmüş en etkin tedavi yöntemini kullanmalıdır[265]. Ancak tıp biliminin sürekli değişim ve gelişim içerisinde olmasının doğal bir sonucu olarak tedavi metotları da gelişmektedir. Bunun anlamı, hekimin sürekli eski ancak riski görece daha az ve daha kabul görmüş bir tedavi yöntemini tercih etmesine kıyasla hastayı daha etkin, çabuk ve sorunsuz tedavi etme imkanı olan yöntemi kullanmasının da önünün kapatılmaması gerektiğidir. Zira en emniyetli yol prensibini katı bir şekilde uygulamak bu yeni gelişmelerden hastanın faydalanması imkanını ortadan kaldıracaktır. İşte bu nedenle, hastalık için uygulanacak tedavinin en uygununu tercih etmek, hekimin takdirine bırakılmıştır[266]. Başka bir deyişle hekim, hiçbir baskı ve tesir altında kalmadan hastasını riskten uzak tutmak kaydıyla, uygulayacağı tedavi yöntemini seçmekte serbesttir[267]. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin altıncı maddesi de bu konuda hekime takdir yetkisi vermektedir. Ayrıca, yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin onuncu maddesi dikkate alınarak, yeni bir yöntemin hekim tarafından yeterince tecrübe edilmiş olması ve hastaya klasik metoda kıyasla daha fazla risk teşkil etmemesi halinde, hastanın aydınlatılması ve rızası da mevcut ise, bu yeni yöntem tercih edilebilir[268]. Ancak bu durumda özen yükümlülüğünün kapsamı daha da genişler[269]. Zira Türk

[261] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 91.
[262] **GÖKCAN,** s. 126.
[263] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **ÖZDEMİR,** s. 103; **YARDIM,** s. 95.
[264] **HAKERİ,** Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları, s. 3.
[265] **ÖZAY,** s. 52; **ÇAKMUT,** s. 235; **SEÇER,** s. 126;
[266] **ÖZDEMİR,** s. 103.
[267] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 93; **SARITAŞ,** s. 53; **KICALİOĞLU,** s. 65.
[268] **ÖZDEMİR,** s. 103.
[269] **GENCER,** s. 89.

Borçlar Kanunu' nun 506/3. maddesi, objektif bir özen ölçüsü getirerek basiretli bir vekilin gerçekleştireceği davranışları kriter almıştır [270] . Bu kritere göre, gerçekleştirilmesi tıbbi standarda kıyasla daha zor ve az tecrübe edilmiş bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim, doğal olarak basiretli, ancak standart bir vekilin gerçekleştireceği yetenek ve niteliğe nazaran daha becerili bir kimse olacaktır ve sahip olduğu nitelik, uzmanlık ve beceriyle orantılı olarak, daha yüksek bir özen yükümlülüğü göstermek zorunda olacaktır[271].

Hekimin hastaya tedavi yükümlülüğü kapsamında, cerrahi bir müdahale gerçekleştirmesi halinde, özen yükümlülüğünü çok daha katı bir ölçekte uygulaması gerekir. Zira cerrahi müdahale, mahiyeti gereği standart bir tedaviye kıyasla daha fazla risk barındırır. Hekimin bu kapsamda, öncelikle hastanın cerrahi müdahaleye yatkınlığını yaptıracağı tahlil ve tetkikler ile kontrol etmesi, buna ilaveten hastaya cerrahi müdahalenin gerçekleştirileceği alandaki tüm tıbbi malzemenin kontrolünü gerçekleştirmesi gerekir[272]. Hemen belirtelim ki, hekimin cerrahi müdahalede yardımcı personel kullanması durumunda, bu personelin kusurlu eylemlerinden dolayı da sorumluluğu doğacak olup, bu nedenle yardımcı kişilerin eylemlerini de denetlemek ve bir hata yapmamalarını sağlamak yükümlülüğü vardır[273].

F. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

1. Sadakat Yükümlülüğü

Hekimin sadakat yükümlülüğü, esas itibarıyla hastanın yararına olacak davranışlar sergilemesi ve hastaya zarar verecek her türlü davranıştan uzak durması anlamı taşır[274]. Hekim adeta kendi menfaatini, hastanın menfaatinden geri plana atmak mecburiyetindedir[275].

---

[270] **GÜMÜŞ,** s. 164; **EREN,** Borçlar Özel, s. 731.
[271] **GÜMÜŞ,** s. 164; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 613; **EREN,** Borçlar Özel, s. 731.
[272] **SARITAŞ,** s. 53.
[273] **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 416; **SARITAŞ,** s. 53; **GÖKCAN,** s. 126.
[274] **AŞÇIOĞLU,** s. 46; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 102; **SARITAŞ,** s. 72; **ÖZAY,** s. 66; **KICALİOĞLU,** s. 70; **SEÇER,** s. 66.
[275] **ÖZDEMİR,** s. 133; **SEÇER,** s. 128.

Sadakat yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin ikinci ve dördüncü maddelerinde kendine yer bulmuştur. Dolayısıyla burada, yasal mevzuat ile hekime getirilmiş bir yükümlülük söz konusudur. Ancak hekimin sadakat yükümlülüğünün (ve özen yükümlülüğünün) Devletin hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için getirmiş olduğu tekel hakkının hekimlerin toplum nezdinde özel bir güven duygusu uyandırmasına sebebiyet verdiği, hekimin ruhsatını alarak çalışmaya başlaması neticesinde tıp bilgisi, insan sevgisi ve ahlaki yönden güvenilir bir kimse olduğuna dair toplumda uyandırdığı izlenimin bu borcun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği söylenmektedir[276].

Hekim, hastanın iradesi ile menfaatini dikkate almalı ve bunları birleştirerek hastaya zarar vermekten sakınarak hareket etmelidir[277]. Bu yükümlülük, öykü almaktan başlayıp, tedavinin sonlanmasına kadar devam eder[278]. Sadakat yükümlülüğü kapsayıcı niteliği de haizdir. Şöyle ki; vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sır saklama, yeni bir gelişmeyi bildirme, alınanları iade ve hesap verme gibi yükümlülükler, hekimin sadakat yükümlülüğünden doğan ve bu üst yükümlülüğün altında sıralanan bir nevi alt yükümlülüklerdir [279] . Hekim, bu kapsamda hastanın kendisine duyduğu güveni zedeleyecek davranışlardan kaçınmalı, kendi mesleki kurallarına uymalı, hastanın yaşam ve sağlığına kişiliğine saygılı olmalıdır[280].

Hastadan fazla ücret almak adına tedavinin hiçbir tıbbi gereklilik yok iken uzatılması, ek tedavi uydurulması, hekimin hastanın zamanını boş yere harcaması sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi anlamına gelir[281].

Sadakat yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğünden doğan sır saklama yükümlülüğü, aşağıda göreceğimiz özen yükümlülüğünün aksine, tedavi sonuçlansa da varlığını sürdürür[282]. Özen yükümlülüğünün, gereği gibi ifaya olan menfaatin, sadakat

[276] **AŞÇIOĞLU,** s. 46.
[277] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 102; **ÖZAY,** s. 66; **SEÇER,** s. 128.
[278] **ŞATIR,** s. 50 – 51.
[279] **ÖZDEMİR,** s. 133.
[280] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 103; **ÖZAY,** s. 66; **SEÇER,** s. 129; **ASLANOVA,** s. 42.
[281] **KICALİOĞLU,** s. 70.
[282] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 103; **KICALİOĞLU,** s. 70; **SEÇER,** s. 129.

yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde, hekime duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan zararın tazmini gerekir[283].

2. Özen Yükümlülüğü

Hekimin en önemli yükümlülüklerinin başında, özen yükümlülüğü gelir. Hatta esasen hekimin diğer yükümlülükleri özen yükümlülüğü üst başlığı altında yer almaktadır[284]. Özen yükümlülüğü, asıl edimin ifası için gereken ve hekimden beklenen dikkatin ve önemin gösterilmesidir[285]. Hekimlik sözleşmesinde hekimin neticeyi taahhüt etmesi, yani hastanın hastalığının bertaraf edileceğini garanti etmesi söz konusu olmayıp, yalnızca en yüksek özeni göstererek ve tıbbi kurallara uyarak müdahaleyi itina ile gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır[286].

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi nedeniyle, vekalet sözleşmesi bakımından özen yükümlülüğü, vekilin iş görmesi ile amaçlanan neticenin doğması için tecrübesine, mesleki donanımına ve olayın özelliklerine göre gerekli davranışlarda bulunması ve amaçlanan sonucun meydana gelmesine engel teşkil edebilecek davranışlardan kaçınmasıdır[287]. TBK md. 506/2' ye göre, "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür."* Özen yükümlülüğü, salt hekimlik mesleğinin tıbbi ve teknik kurallarıyla kısıtlanmaksızın, tıp sanatını hukuka uygun hale getiren tüm hukuk ve deontoloji kurallarının uygulanmasıyla söz konusu olur[288]. Dolayısıyla hekimin, hastanın aydınlatılması aşamasında dahi bir özen yükümlülüğü vardır.

Subjektif olarak, hekimin uzmanlık vasfının artması, özen yükümlülüğünü de ağırlaştıracaktır[289]. Zira pratisyen bir hekime kıyasla daha fazla eğitim görmüş bir

[283] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 103; **SEÇER,** s. 129.
[284] **HAKERİ,** s. 630; **ŞATIR,** s. 51; **ÖZDEMİR,** s. 135.
[285] **GÜMÜŞ,** s. 222; **SARITAŞ,** s. 73; **SEÇER,** s. 129.
[286] **SARITAŞ,** s. 73; **SEÇER,** s. 129; **GEZDER,** Hekimin Yükümlülükleri, s. 142.
[287] **ÖZDEMİR,** s. 134; **BAŞPINAR,** s. 23 – 24.
[288] **ÖZAY,** s. 67.
[289] **BAŞPINAR,** s. 30.

hekim, hasta tarafından tercih konusu yapıldığı için daha özenli hareket etmesi gerekir[290].

Hekimin özen yükümlülüğü bir yan hüküm olup, asli yükümlülüğün yerine getirilmemiş[291] olması halinde bir anlam ifade eder. Bunun anlamı, hasta sağlığına hiçbir sorun yaşamadan kavuşmuş ise, özensiz ve dikkatsiz olması gerekçesiyle hekime karşı bir dava yöneltilemeyecektir. Hekim teşhis ya da tedavide ya da aydınlatma noktasında eksik özen göstermiş ise ve bir zarar doğmuş ise, o takdirde özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle dava kendisine yöneltilebilir[292].

TBK md. 506/3 uyarınca vekilin sorumluluğu belirlenmiştir. Buna göre vekilin, özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğunun kriteri, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin gerçekleştirdiği eylemlerdir[293]. Hekimin de basiretli bir hekimin göstermesi gereken özen bu kapsamda ortaya koyması gerekir[294]. Yargıtay' ın değerlendirmesi de, hekimin özen yükümlülüğüne dikkat çekmektedir[295]. Yüksek Mahkeme, hekimin özen yükümlülüğünde teknoloji ve bilimin tıbbi alanda ulaştığı nokta dikkate alınarak hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla özen yükümlülüğünün üst kriteri olarak Yargıtay, TBK md. 506/3 hükmünde söz edilen basiretli bir hekimin yapacağı uygulamayı emsal almaktan daha katı bir tutum sergilemektedir[296]. Burada bir tür fiili karinenin varlığı dikkate

---

[290] **BAŞPINAR,** s. 30; **ÖZAY,** s. 67; **SARITAŞ,** s. 74; **ÖZDEMİR,** s. 136 – 137.

[291] **BULUT,** Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, s. 69.

[292] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 105; **SEÇER,** s. 130.

[293] **GÜMÜŞ,** s. 164; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 613; **EREN,** Borçlar Özel, s. 731.

[294] **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 406; **ÖZDEMİR,** s. 135; **SEÇER,** s. 130.

[295] Yargıtay 13. HD. 14.03.2018 tarih, 2016/20247 E. ve 2018/3041 K. sayılı kararı. Kararda; *"...Dava, davalı doktorun yanlış teşhis ile tedavi uygulaması ve ihmalkar davranılması sonucu çocuğun sağ testisinin kaybına neden olunmasından kaynaklı manevi tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019); Yargıtay 13. HD. 28.06.2016 tarih, 2015/20772 E. ve 2016/15689 K. sayılı kararı. Kararda Yüksek Mahkeme vekilin özen yükümlülüğünü sarih şekilde belirtmiş ve bilim ve teknolojinin getirdiği tüm imkanların kullanılması suretiyle bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019); Yargıtay 13. HD. 18.03.2008 tarih, 2007/14545 E. ve 2008/3803 K. sayılı kararında da hekimin özen yükümlülüğüne dikkat çekilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019); Yargıtay HGK. 11.12.2002 tarih 2002/13-1011 E. ve 2002/1047 K. (**HAKERİ,** s. 898; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 52 - 54.)

[296] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 106.

alınmaktadır[297]. Fiili karinede, varlığı bilinen bir olaydan hareket ederek, tecrübe kurallarına dayalı bir değerlendirme neticesinde tartışma konusu yapılan olayın meydana geldiği yorumu yapılmaktadır[298]. Hekimin hastaya kıyasla, konu üzerindeki hakimiyeti dikkate alınarak yapılan yorum fiili karine olarak değerlendirilebilir. Bir bakıma hekim, "tüm ortalama basiretli meslektaşlar zaten bu şekilde hareket eder" gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır. Hekim, yapılabilecek tüm pozitif eylemleri gerçekleştirdiğini, mekanizmaları işlettiğini ve hastanın rahatsızlığının bertarafı için hakiki bir özen gösterdiğini ispat etmek mecburiyetindedir[299]. Zira hekimin uygulama borcu altına girdiği bir mesleki standartları bulunmaktadır[300]. Bu mesleki standardın altına düşerek hastaya bir müdahalede bulunulması, özen yükümlülüğünün ihlalidir.

Hekimliğin sadece belirli bir eğitime ve diplomaya sahip kişiler tarafından icra edilebilen bir meslek olması, hekimin özen yükümlülüğünün daha da fazla olmasını tabiatıyla zorunlu kılar[301]. Hekim, genel ve mutat bir uygulama haline dönüşmüş mesleki bilgiye sahip olmak ve bu bilgiyi üstlendiği işe uygulamak zorundadır[302]. Eş deyişle hekimin mesleki bilgileri sürekli takip etmesi gerekir[303]. Tıp bilimi dinamik bir bilimdir. Bir hastalığın tedavi yöntemi, kullanılacak ilaçların etkileri ve faydalarının ne olduğu sürekli bir değişim içerisindedir. Bu çerçevede hekimin eğitimini tamamlamasını müteakip kendisini geliştirmeyi bırakması ve tıbbi gelişmelere ayak uyduramaması neticesinde, artık uygulamayı terk etmiş bir metodu, salt bilgisizliği nedeniyle uygulayan hekimin bunun yol açtığı zararlardan da sorumlu olacaktır[304]. Hekim, yeni gelişmeler hakkında bilgisiz olduğunu belirterek sorumluluktan kurtulamaz. Yine hekim, önüne gelen olayın sorumluluğunu ve bilgisini aşması halinde, durumu derhal bir başka uzman ile değerlendirme yoluna gitmeli, hastayı o konuda uzman bir başka hekime ya da hastaneye yönlendirmelidir[305]. Karşılaştığımız vakıalara göre belirtmekte fayda görmekteyiz ki bu tarz olaylarda hekimin bir uzmana konsültasyon yapması

[297] Fiili karine konusunda detaylı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet,** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2017, s. 325.
[298] **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 325.
[299] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 106.
[300] **ÖZDEMİR,** s. 137.
[301] **AŞÇIOĞLU,** s. 50; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 107; **GENCER,** s. 51.
[302] **SEÇER,** s. 130; **ÖZDEMİR,** s. 136.
[303] **BELGESAY,** s. 104; **SARITAŞ,** s. 75; **SEÇER,** s. 131; **ÖZDEMİR,** s. 139.
[304] **SARITAŞ,** s. 75; **SEÇER,** s. 131; **ÖZDEMİR,** s. 139.
[305] **SEÇER,** s. 131; **ÖZDEMİR,** s. 139.

sürecinde hastayı azami özenle kendi mesleki bilgisi uyarınca genel hekimlik prensipleri uyarınca koruyucu tedbirleri alması ve yönlendirme noktasında da azami süratle hareket etmesi, yani hastaya vakit kaybettirmemesi gerekir[306]. Zira bir rahatsızlığı olduğu aşikar olan hastanın her saniye aleyhine işlemekte ve bu süreçte de teşhis ve tedavi yapılamasa da rahatsızlığının daha da ilerlemesini önleyici her türlü tedbir ve özen gösterilerek hastanın durumunun daha da kötüleştirilmemesini sağlamak gerekmektedir.

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia ediliyor ise kural olarak bunu ileri süren taraf olarak hastanın ispatlaması gerekir[307]. Ancak hastanın hekime kıyasla bilgisinin daha az olduğu bir durumda bulunuyor olması dikkate alınarak bu yük adeta hasta lehine hafifletilmiştir[308]. Hastanın, tıbbi müdahale sebebiyle, hayatın olağan akışına aykırı bir neticenin ortaya çıktığını ispatlaması bu bakımdan yeterli kabul edilecektir[309]. Ancak hastanın tıbbi konudaki bilgisinin yetersizliği nedeniyle bilirkişi marifetiyle bu yükümlülüğe riayet edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekecektir[310]. Somut olayın şartlarına göre mesleki bir uzmanlığı gerektirmeyen, herhangi bir ortalama zekaya ve tıbbi mesleki uzmanlığa sahip olmayan kişiler tarafından dahi fark edilebilecek bir aykırılığın hekim tarafından yapıldığı görülmekte ise, o takdirde bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek kalmaz. Bu konuya örnek olarak, hastanın vücudunda yabancı bir cisim unutulması gösterilmektedir[311]. Bu konuda Yargıtay' ın da 1983 yılında vermiş olduğu karar[312] da halen benzer konularda dava dilekçelerinde kendine yer bulmaktadır. Ancak bu halde dahi, hekimin sorumluluğundan söz edebilmek adına, gazlı bezin hekim tarafından yapılan müdahalede unutulduğunun net bir şekilde ortaya konması gerektiği kanaatindeyiz. Ameliyathane sayımının tam ve eksiksiz yapılıp yapılmadığı, bunun epikriz başta olmak üzere tıbbi kayıtlara geçirilip geçirilmediği, hastanın hatalı olduğunu iddia ettiği tıbbi müdahale sonrasında başkaca bir sağlık kuruluşunda aynı konuyla ilgili başka bir cerrahi müdahaleye maruz kalıp

---

306 **SEÇİLMİŞ,** s. 77.
307 **SARITAŞ,** s. 76; **SEÇER,** s. 131.
308 **KICALİOĞLU,** s. 71.
309 **KICALİOĞLU,** s. 71; **SEÇER,** s. 131.
310 **SARITAŞ,** s. 76; **SOMER, Pervin,** *"Multidisipliner Alanlarda Tıbbi Uygulama Hatalarının Tespiti Sorunu",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 165.
311 **SARITAŞ,** s. 76; **ÖZDEMİR,** s. 144.
312 Yargıtay 13. HD. 14.03.1983 tarih, 1982/7237 E. ve 1983/1783 K. Kararda, böbrek ameliyatında davacıda iki metre uzunluğunda gazlı bez unutulmuş olmasının doktorun özensizliği ve objektif ağır kusuru olduğu belirtilmektedir. (YKD. C. 9 S. 7, s. 1036)

kalmadığı konularının araştırılması sonucunda hekimin sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Yargıtay günümüzde sayıları gittikçe artan, hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan tazminat davalarında özen yükümlülüğü olarak birbirinden farklı pek çok eylemi nitelendirmiş bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, teşhiste hata yapılması ve bu hatada ısrarcı olunması nedeniyle testis torsiyonunun tespit edilememesi ve testis kaybına yol açılması[313], alçı testeresi kullanılarak alçının çıkartılması aşamasında kolda tedaviyle giderilemeyecek kesikler oluşması[314], ameliyatta tendonların koparılmış olması[315], yüzdeki kırışıklıkları gidermek için bir dolgu malzemesi enjekte edilmesi ancak komplikasyon oluşması ve bu konuda hastanın aydınlatılmamış olması[316], hastada mide kanamasına sebebiyet verecek ilacın reçete edilmesi[317], hastanın vücudunda yabancı bir madde unutulması[318], göz hastalığının teşhisinde hata yapılması ve bu hatada ısrarcı olunması[319] verilebilir.

G. Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hekimin sözleşme ilişkisi kurduğu ve tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri özenli bir şekilde kayda geçirmeli ve tuttuğu kayıtları muhafaza altına almalıdır[320]. Hekimin bu yükümlülüğü, iki amaca dayanır. Öncelikli amaç, hekimin korunması değil, hekimin hastanın menfaatlerine hizmet etmesi, yani görevini özen yükümlülüğüne uygun şekilde yapmasıdır[321]. Amaçlanan ikinci husus ise, hekimin tıbbi

---

313 Yargıtay 13. HD. 14.03.2018 tarih, 2016/20247 E. ve 2018/3041 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
314 Yargıtay 13. HD. 28.06.2016 tarih, 2015/20772 E. ve 2016/15689 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
315 Yargıtay 13. HD. 19.02.2015 tarih, 2014/10739 E. ve 2015/4990 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
316 Yargıtay 13. HD. 18.09.2008 tarih, 2008/4519 E. ve 2008/10750 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
317 Yargıtay 13. HD. 19.10.2006 tarih, 2006/10057 E. ve 2006/13842 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
318 Yargıtay 13. HD. 28.11.2005 tarih, 2005/11159 E. ve 2005/17474 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
319 Yargıtay 13. HD. 28.06.2018 tarih, 2018/3376 E. ve 2018/7454 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.01.2019).
320 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 108; **ÖZAY,** s. 71; **KICALİOĞLU,** s. 122; **HAKERİ,** s. 685; **GÖKCAN,** s. 139; **ÖZDEMİR,** s. 145; **ŞATIR,** s. 53; **SEÇER,** s. 132.
321 **ŞATIR,** s. 53; **SEÇER,** s. 132.

müdahalede bulunduğu hastaya karşı daha sonra ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz durumda ya da kendisine danışılması (tıbbi kayıtları hastanın görmek istemesi[322]) halinde, kayıtlara dayanarak görevini yerine getirip getirmediğinin tespit edilebilmesi ve bir bakıma hekimin korunmasıdır.

Kayıt tutma yükümlülüğü, TBK md. 508 hükmü uyarınca hekimin hesap verme yükümlülüğüne dayanır. Zira vekil, vekalet verenin istemi üzerine, yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlü tutulmuştur[323].

Hekimin hastaya gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye dair kayıt tutması, geçmişten günümüze varlığını sürdüren bir uygulama olmakla beraber, artık gerek tek bir hekime bağlı kalınmaması, birden fazla hekimin tedaviye katkı sunması, laboratuarların da teşhis ve tedaviye dahil olması sebepleri, kayıt tutma yükümlülüğünün geçmişte nitelendirildiği "hatırlatma fonksiyonu" ndan daha önemli ve hayati bir fonksiyon üstlenmesine sebebiyet vermiştir[324].

İkinci olarak, günümüzde tıbbi uygulama hatası iddiasına dayanan davaların ve şikayetlerin sayısının hızla artış göstermesi, hekimlerin hastalarına yaklaşımlarını eskiye kıyasla daha da dikkatli ve özenli bir şekilde gerçekleştirmeleri gereğini doğurmuştur[325]. Örneğin hekimin hastayı aydınlattığına ve rızasını aldığına dair ya da hekimin hastayı sevk etme kararı verdiğine dair en önemli delil, yazılı olması nedeniyle hekimin tuttuğu kayıtlardır[326].

Mevzuatımızda, hekimin kayıt tutma yükümlülüğünü düzenleyen çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Tababet Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 72. maddesi [327] , Radiyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun[328], un 5. ve 6. maddeleri[329], Aile Hekimliği Kanunu[330],

[322] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 178.
[323] **HAKERİ,** s. 686; **GÖKCAN,** s. 139.
[324] **HAKERİ,** s. 685.
[325] **KICALİOĞLU,** s. 122.
[326] **ÖZAY,** s. 71; **KICALİOĞLU,** s. 122.
[327] *"İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâleti tarafından tertip ve mahallî sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit dâvalarda sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilâfı vesaik veya delâili muteberei saire ile ispat edilebilir."*
[328] RG 28 Nisan 1937, 3591.

nun 5/3. maddesi[331], Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği[332]' nin 4/3-ı maddesi, Özel Hastaneler Yönetmeliği[333]' nin Tıbbi Kayıt başlıklı 48. maddesi[334] bu düzenlemelerin başında gelir[335].

Hekimin hastaya dair kayıtları oluştururken hastanın, hastalığıyla ilgili olarak verdiği anamnez (hastalık öyküsü), hastanın kişisel özellikleri, hekimin hastaya ilişkin koymuş olduğu tanı, teşhis aşamasında hekimin yaptırılmasını istediği tetkikler, hastanın istenen tetkikleri yaptırıp yaptırmadığı, yaptırılan tetkiklerin neticeleri, tedavinin seçimi, tedavinin ne şekilde yürütüldüğü, hangi aşamalarda hangi reaksiyonlarla karşılaşıldığı, hastanın iyileşme süreci ve hastanın tedavisi neticelenmiş ise gelinen son aşama vb. hususları kayıt altına alması gerekir[336].

Hekimler genellikle hastalık öyküsü başta olmak üzere, hasta ile iletişimlerinde ve tedavi sürecinde yaşanan gelişmeleri yazılı olarak kaydettikleri takdirde, bunu el yazısı kullanarak yaptıklarından, sonradan bu kayıtlarda değişiklik yapma olasılığı azalmaktadır[337]. Ancak elektronik kayıt tutulduğu durumlarda bu kayıtların hasta veya yakınları tarafından tazminat talebi yöneltilmesinden sonra değiştirilip değiştirilmediği önem taşır.

---

329 5. maddede; "*Rontgen ve radiyom ve elektrikle tedavi müesseselerinde buraya kabul edilen hastaları kayda mahsus ve Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletince hazırlanan örneklere uygun protokol defterleri tutulması mecburidir."* ve 6. maddede *"Rontgen ve radiyom ve her nevi elektrik aletleri ile tedavi ancak müessese mes'ul mütehassısı tarafından veya nezareti altında yapılır ve her tedavi seansının bitmesinden sonra her hasta için ayrı olarak tutulacak bir müşahede varakasına yapılan tedavinin nevi ve devam müddeti ve cereyanın kuvveti veya tatbik edilen radiyomun miktar ve şekli ve tedavi yapılan nahiyenin genişliği vesair tafsilât kaydedilerek mütehassıs tarafından imza edilir. Bu müşahede kağıtları en az üç sene muhfaza edilir."*

330 RG 9 Aralık 2004, 25665.

331 *"Aile hekimlerinin şahsi kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir."*

332 RG 25 Ocak 2013, 28539.

333 RG 27 Mart 2002, 24708.

334 *"Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur. Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır."*

335 **HAKERİ,** s. 683 – 684.

336 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 108 – 109; **GÖKCAN,** s. 139; **SEÇER,** s. 132; **ÖZDEMİR,** s. 147.

337 **SEÇER,** s. 133.

Hekimin her halükarda hastanın kaydını tutma mükellefiyeti vardır. Hastanın teşhis ya da tedavi aşamasında olmasının bu noktada hiçbir fark doğurmadığını belirtmek gerekir[338]. Hekim, hekimlik sözleşmesi kapsamında hastaya tıbbi bir tavsiye verdiği takdirde dahi, kayıt tutmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekimin yanı sıra, sağlık hizmeti sunan tüzel kişiler, kamu kurumu ya da özel kurum olması fark etmeksizin hastanın tıbbi kayıtlarını tutmak zorundadırlar[339].

Hastanın tıbbi kayıtları tutulurken hekimin özen göstermesi gerekir[340]. Zira özenli tutulan kayıt, hekimin teşhis ve tedavi boyunca hastayı takibini ve bir sonraki adımda nasıl hareket etmesi gerektiğini belirlemesini kolaylaştıracağı gibi, aynı zamanda doğacak hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesinde de ispat kolaylığı sağlayacaktır[341].

Kayıtların, kayıt konusu olayın hemen sonrasında tutulması esas olup, hekim kayıt tutmayı istediği bir tarihe erteleyemez. Teşhis ve tedavinin üzerinden zaman geçtikten sonra tutulan kaydın ispat yükü azalacak ve kayıt işlevinden uzaklaşacaktır[342]. Yargıtay da, tıbbi kayıtların zamanında tutulması gerektiğini, aksi takdirde hekimin kusurlu olacağını belirtmektedir[343]. Hekimin kayıt tutma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ya da özensiz bir şekilde bunu yapması, doğacak zararı tazmin sorumluluğunu üzerine alması anlamına gelecektir[344].

---

338 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 109.
339 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 110; **ÖZDEMİR,** s. 146; **SEÇER,** s. 133.
340 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 110; **SEÇER,** s. 133.
341 **ÖZAY,** s. 71; **KICALİOĞLU,** s. 123; **SEÇER,** s. 133.
342 **HAKERİ,** s. 691; **GÖKCAN,** s. 141.
343 Yargıtay 13. HD. 07.02.2005 tarih, 2004/12088 E. ve 2005/1728 K. Karar metninde netice olarak; *"…Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile, davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* denilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.01.2019).
344 **HAKERİ,** s. 691; **SEÇER,** s. 133.

H. Sır Saklama Yükümlülüğü

Bağımsız çalışan veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimlerin hastanın teşhis ve tedavisi sürecinde hastaya dair edindikleri sırları gizli tutmak ve üçüncü kişilerle paylaşmamak yükümlülükleri bulunmaktadır[345]. Sır saklama yükümlülüğü, hekimin sadakat borcundan doğan bir alt yükümlülüktür[346].

Sır; varlığı ve bazı yönleri açıklanmak istenmeyen, gizli olan ve gizli tutulan şeydir. Bir başka tanıma göre, sır genel olarak herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şerefi, haysiyeti ve diğer menfaatlerine zarar verme riski ortaya çıkaran hususlardır; dolayısıyla herkesçe bilinen şeyler sır olarak kabul edilemez[347]. Hekimin ve özel sağlık kurum ve kuruluşu işletmecilerinin mesleki faaliyetleri esnasında edindikleri, tıbbi ve tıbbi olmayan hastanın kendisinden, akrabalarından, doğrudan ya da dolaylı olarak vakıf oldukları hususlar sır olarak nitelendirilir[348].

Mesleki sır, sır teşkil eden bir hususun, bir meslek sahibi tarafından mesleki faaliyet sürecinde öğrenilmesi olarak nitelendirilebilir[349]. Bazı mesleklerde meslek sahibinin özel hayata müdahalesi, müdahale edilenin en özel sırlarına varıncaya kadar bilgi edinmesi anlamına gelmekte olup, meslek sırlarının açıklanması çoğunlukla özel yaşamın açıklanması anlamı da taşıdığından, kişilik haklarının ihlaline sebebiyet verilmektedir[350].

TBK' da vekilin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm yer almamaktadır ancak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 4. maddesinde[351] ve Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 20. maddesinde[352], 23. maddesinde[353] sır saklama yükümlülüğüne

---

345 **SARITAŞ,** s. 77; **ÖZAY,** s. 73; **HAKERİ,** s. 704; **ÖZKAN/AKYILDIZ (ÖNER),** s. 39; **KICALİOĞLU,** s. 136; **GÖKCAN,** s. 134; **ÖZDEMİR,** s. 151; **SEÇER,** s. 134; **ERYILMAZ,** s. 51; **ŞATIR,** s. 56; **VAN DEN BERK,** s. 119.

346 **YILDIRIM, M. Fadıl,** *"Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf, s. 58; **HAKERİ,** s. 703; **ŞATIR,** s. 56; **ÖZDEMİR,** s. 152; **GÖKCAN,** s. 135.

347 **ÖZDEMİR,** s. 151.

348 **AŞÇIOĞLU,** s. 47; **ÖZDEMİR,** s. 151.

349 **ÖZDEMİR,** s. 151; **DERYAL,** s. 377.

350 **ÖZAY,** s. 73.

351 *"Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz."*

352 *"İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep*

ilişkin hükümler görülmektedir[354]. Sır saklama yükümlülüğü, Anayasa[355]' nın 17. ve Türk Medeni Kanunu' nun 24. maddesinin de neticesidir[356]. Ayrıca, hekimin hastaya ilişkin sırrı ifşa etmesi durumunda Türk Ceza Kanunu[357]' nun 136. ve 137. maddesi hükümleri gereğince cezai sorumluluğu da bulunmaktadır[358]. Hekimin tatbik olunacak cezaya halel gelmemek üzere, sırrı ifşa edilen kişinin uğradığı tüm maddi zarardan sorumluluğu doğar. Hekimin ihlali, hastanın büyük üzüntü ve ıstırabına yol açmış ise hekim, kusurun ağırlığına göre hakimin biraz hafifleterek takdir edeceği bir manevi tazminata da mahkum edilebilir[359].

Sır saklama yükümlülüğü kural olarak tüm üçüncü kişilere karşı geçerlilik alanı bulur[360]. Hekim zorunluluk hali bulunmadıkça diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına dahi sır sayılan hususları açıklamamalı, hatta bilimsel yayınlarda ve akademik çalışmalarda da hastanın anonimliğini muhafaza etmelidir[361].

Bazı istisna teşkil eden durumlarda, hekimin sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkar. Örneğin, hastanın hekim aleyhine açtığı bir davada hekimin hasta kayıtlarını ve edindiği her türlü meslek sırrını mahkemeye sunması sır saklama yükümlülüğünün ihlali olmayacaktır[362]. Yine kamuya mal olmuş konularda da sır saklama yükümlülüğünün varlığından söz edilemez[363]. Örneğin, toplum tarafından benimsenmiş ve rahatsızlığı kamuoyu tarafından bilinen bir sanatçının sağlık durumu hakkında yapılan yazılı ya da sözlü açıklama, sır saklama yükümlülüğünün ihlali teşkil etmeyecektir. Yine hastanın sırrın açıklanması hususunda açık bir onayının bulunması

---

edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir."

353 "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."*

354 **KICALİOĞLU,** s. 137; **SEÇER,** s. 134.

355 RG 9 Kasım 1982, 17863.

356 **ÖZDEMİR,** s. 153.

357 RG 12 Ekim 2004, 25611.

358 **ÖZAY,** s. 73.

359 **BELGESAY,** s. 145; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 113.

360 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 114; **ÖZDEMİR,** s. 153.

361 **HAKERİ,** s. 706; **ÖZDEMİR,** s. 153.

362 **BELGESAY,** s. 150 – 151; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 114; **YILDIRIM,** s. 62; **GÖKCAN,** s. 136.

363 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 113.

halinde, ya da hastanın menfaati sırrın açıklanmasını gerektiriyor ve zımnen rıza gösterdiği anlaşılabiliyor ise, hekim in sorumluluğunun söz konusu olmayacağı söylenebilir[364]. Yine kamusal menfaatlerin mevcudiyeti halinde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün varlığından söz edilemeyecek olup, hekimin hastanın sırlarını açıklaması mümkün olacaktır[365].

Sır saklama, hekimin yanı sıra hekime teşhis ve tedavide yardımcı olan yardımcı personelin de bir yükümlülüğü olup, burada yardımcı personel ile kastedilen; tıbbi alanda görev yapan hemşire, radyoloji teknisyeni, anestezi teknisyeni ve bunların yanı sıra sekreter, hasta danışmanı gibi, hastaya tıbbi yönden ziyade destek hizmetler bakımından yardımcı olan personeldir[366].

Hastanın sırlarının açıklanması, kişisel değerlere saldırı ve kişilik haklarının ihlali teşkil edebileceğinden; kişinin toplumdaki yerinin, mesleki ve ticari kariyerinin sarsılması söz konusu olabilecek, bundan dolayı hastada maddi ve manevi zarar meydana gelebilecektir[367]. Bu durumda hastanın uğradığı bütün bu zararların tazmin yükümlüsü hekim ya da özel sağlık kuruluşu olacaktır.

Hekimin ya da sağlık kuruluşlarının hiçbir şekilde hastanın sırlarını doğrudan doğruya açıklamaması, gerekir[368]. Aksine, hastanın ve yakınlarının mahremiyetini daima ön planda tutmak öncelikli hedef olmalıdır. Hekimin ve sağlık kuruluşlarının sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelerinin önemi, Yargıtay' ın 2001 yılında vermiş olduğu bir karar ile açıkça görülmektedir[369]. Karara konu olayda, AIDS hastası olmadığı

---

364 **SARITAŞ,** s. 78; **SEÇER,** s. 135.

365 **SEÇER,** s. 135; Örneğin bir suçun varlığına ilişkin belirtiler olması ve hekimin bunu görmesi halinde, TCK md. 280 uyarınca hekimin bunu bildirmesi bir zorunluluktur.

366 **BELGESAY,** s. 145; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 116; **ÖZDEMİR,** s. 156.

367 **BELGESAY,** s. 145; **ÖZAY,** s. 75.

368 **HAKERİ,** s. 707.

369 Yargıtay HGK. 04.04.2001 tarih, 2001/4-333 E. ve 2001/335 K. sayılı kararı. Karar metninden aynen; *"Dava dilekçesinde davalının başhekimi olduğu devlet hastanesinde yatan bir hastanın AİDS olduğu yönünde basında yer alan haberler üzerine, bu hastanın davacı idare aleyhine açtığı idari davada hüküm altına alınan ve ödenen tazminatın yayına sebebiyet veren davalıdan rücuen tahsili istenmektedir. İdare Mahkemesi kararında basının hastaneye Hastane görevlileri tarafından çağrıldığı, hastanın AİDS olduğuna ilişkin haberler nedeniyle hastanın maddi ve manevi zarara uğradığı belirtilmektedir. Olaya ilişkin olarak düzenlenen 05.05.1992 günlü inceleme raporunda da, hastalarca veya personelce basına bilgi sızdırıldığı, basının başhekimliğe geldiği, davalının bazı doktorları çağırarak basına bazı bilgiler verdiği, gizlilik arzeden böyle hassas bir konuda bilgi verilip telefon ahizeleri elde fotoğraf çektirilmesi hatasına düşülmesi ile basının sekizinci kattaki hasta odasına kadar çıkıp hastanın fotoğraflarını çekme olanağı bulabilmesinin hastane idaresi için suç oluşturduğu, görüşü belirtilmektedir. Davalı başhekimin basın elemanlarına henüz AİDS teşhisinin*

sonradan anlaşılan bir kişinin bu hastalığı taşıdığına ilişkin konulan ilk tanı nedeniyle basına hastane çalışanları tarafından bilgi sızdırılmıştır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hekimlik sözleşmesinin sona ermesi veya hekimin mesleki faaliyetini bırakması ile değil, ancak hekimin ölümüyle sona erecek olup, hekim ölünceye kadar bu yükümlülüğü taşır [370] . Dolayısıyla hekimin bu yükümlülüğü, hasta hayatını kaybetse dahi varlığını sürdürür[371].

I. Hesap ve Alınanları Verme Yükümlülüğü

Hekimin, vekalet sözleşmesinin bir sonucu olarak hastaya hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır[372]. Hesap verme yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanunu' nun 508/1. maddesinde *"Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür."* şeklinde yer alan açık düzenlemeden ileri gelmektedir. Hekimin hesap verme yükümlülüğü, hekimin bir başkasına ait işi görmesinden kaynaklanır[373].

Hesap verme yükümlülüğü ile hedeflenen, hekimin, hastayı iş görme borcunun ifası hakkında kayıtsız şartsız bilgilendirmesidir[374]. Böylece hastaya bir kontrol imkanı sağlanmış olur [375] . Gerçekten, hastanın tedavinin nasıl yürütüldüğünü ve

---

doğrulanmadığını bildirmiş olması, ertesi gün sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılan hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek AİDS olduğu yönündeki haberler, basında yer alan davalı resimleri ve belirtilen inceleme raporundaki olgular itibariyle davalının, kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte kusurlu davrandığını göstermektedir. Basın elemanlarının kendilerine verilen bilgilerden fazlasını yazmış olmaları davalının bu sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu durum karşısında davalının yayına sebebiyet verdiği kabul edilerek davanın kabulü gerekirken reddedilmesi yerinde değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.01.2019).

370 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 116; **YILDIRIM,** s. 61; **HAKERİ,** s. 707; **GÖKCAN,** s. 134.

371 **ÖZDEMİR,** s. 156; **GÖKCAN,** s. 134.

372 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 116; **ÖZAY,** s. 83; **SEÇER,** s. 135; **HİLAL ÇELİK,** s. 270.

373 **ÖZAY,** s. 83.

374 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 116; **SEÇER,** s. 135.

375 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 116.

sonuçlandırıldığını bilmeye ihtiyacı vardır[376]. Eş deyişle hekim hasta ile hukuki çerçevede bir ilişki kurduğu andan itibaren gerçekleştirdiği tüm tıbbi faaliyetler konusunda hastaya bilgi vermesi gerekir[377]. İşte bu noktada, hekimin tıbbi kayıt tutma yükümlülüğünün ve özen yükümlülüğünün birlikte varlığından söz etmek gerekir. Zira hekimin, salt üçüncü kişilere değil, hastaya da detaylı bir izahat verebilmesi için kayıtları özenli tutması ve özenli muhafaza etmiş olması büyük önem taşır.

Hekimin, hastaya hesap verme yükümlülüğü, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 31. ve 32. maddelerinde; Hasta Hakları Yönetmeliği' nin ise 7. ve 15. maddelerinde düzenlenmiş, böylece Türk Borçlar Kanunu' nun vekilin hesap borcunu düzenleyen genel düzenlemesi, tıp hukuku mevzuatına da taşınmıştır[378].

Hesap verme yükümlülüğü, yalnızca hekimlik sözleşmesi sürecinde değil, hasta ile hekim arasındaki fiili iletişim sona erdikten sonra, eş deyişle tedavinin sona ermesinden sonra da varlığını korur[379]. Bu doğrultuda hasta, hekimden tedavisi sonuçlandıktan çok sonra da kendisine bilgi verilmesini isteyebilir[380]. Örneğin kronik rahatsızlığı olan bir hastanın üç yıl boyunca hekim tarafından takip edilmesi ve hastanın iyileşmesinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra hasta, hekimden kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. Aksinin kabulü, hekimlik mesleğinin ruhuna aykırı düşecektir. Elbette tedavi sonrasındaki dönem bakımından geçmesi gereken sürenin makul bir süre olması gerekir.

Hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin sona ermesinden sonra, hastanın hekime tedarik ettiği dokümanlar, hastaya ait olduğundan bunların hastaya iade edilmesi gerekir[381]. Ancak tedavi sürecinde hekim tarafından düzenlenen belgeler (rapor, doküman, röntgen filmi vb.) hekime ait olup, hastanın üstün menfaati bulunan röntgen, ultrason görüntüsü gibi belgelerin talep etmesi durumunda hastaya verilmesi; buna

[376] **ÖZAY,** s. 83.
[377] **ÖZTÜRKLER,** s. 95; **ÖZAY,** s. 83.
[378] **ÖZAY,** s. 84.
[379] **ÖZTÜRKLER,** s. 96; **SEÇER,** s. 135.
[380] **SEÇER,** s. 135.
[381] **ÖZAY,** s. 84; **SEÇER,** s. 135.

karşın hasta ile hekimin eşit menfaatleri bulunan ameliyat protokolü, anamnez, epikriz vb. dokümanlar konusunda hastaya görme hakkının tanınması gerektiği kabul edilir[382].

II. TIBBİ HATA VE KOMPLİKASYON

A. Genel Olarak

Hekimin gerek sözleşme kapsamında gerekse sözleşme dışında kalan eylemlerinden dolayı belirli mesleki yükümlülükleri olduğu yukarıda açıklanmıştır. Hekimin bu mesleki yükümlülüklerini yerine getirme noktasında hata yapması söz konusu olabileceği gibi, yükümlüklerini tam anlamıyla yerine getirmesi halinde dahi istenmeyen neticelerle karşılaşılabilir. Çalışmamızın bu bölümünde, tıbbi standart, tıbbi hata ve komplikasyon kavramları irdelenecektir.

Hekimin tıbbi müdahaleden ileri gelen başlıca sorumluluk sebebi tıbbi hatadır. Tıbbi hata doktrinde, tıbbi malpraktis olarak da adlandırılmaktadır[383]. Tıbbi hata, kötü hekimlik uygulaması, hekimin mesleğini icra etmesi kapsamında tıp biliminin kural ve gereklerine riayet etmemesi ya da hekimin beceri eksikliği nedeniyle hastanın beden veya ruh sağlığına zarar vermesi olarak tanımlanabilir[384]. Bu kapsama hekimin ilaç kullanımından, hastane enfeksiyonlarına varıncaya kadar, tıbbi müdahalenin her aşamasında meydana gelmesi mümkün olan, hastada zarar doğuran kusurlu ve ihmali davranışlar girer[385].

Komplikasyon ise, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalede, alınması makul her türlü tedbiri öngörmesine ve bu öngörüsünü uygulamada da özenle pratiğe

---

[382] **SEÇER,** s. 150.

[383] **DEMİR, Mehmet,** Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 39; **ÖZTÜRKLER,** s. 302; **YAYCI, Nesime,** *"Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 33; **GÖKCAN,** s. 241; **YILMAZ, Kerem,** Defansif Tıp, Ankara 2014, s. 58; **ARIKAN, Mustafa/KALKAN, Erdal/ERDİ, Fatih/DENİZ, Mehmet/İZCİ, Emir,** *"Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri"* Türk Nöroşirurji Dergisi, S. 1, Y. 2016, s. 47; **BAKAR,** s. 7.

[384] **DEMİR,** s. 39; **YAYCI,** s. 33; **GÖKCAN,** s. 241; **ARIKAN/KALKAN/ERDİ/DENİZ/İZCİ,** s. 47.

[385] **SOMER,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 42.

dökmesine karşın, istenmeyen neticenin öngörülemeyen bir şekilde meydana gelmesidir[386].

Komplikasyon ile tıbbi hata kavramları hekimler arasında dahi birbirine son derece karışabilen, aralarında her olayın şartlarına göre değişkenlik gösterebilecek ince farklar ihtiva eden terimlerdir. Kaldı ki, günümüzde hekimler ve sağlık kuruluşları aleyhine açılan davalarda, iddialar karşısında savunma pozisyonundaki hekimin savunmasının haklılığı çoğunlukla, tıbbi hata iddiasının bir komplikasyon olarak değerlendirilmesinden ileri gelmektedir. Gerçekten, uygulamada tıbbi hata yapıldığı gerekçe gösterilerek açılan davalarda hekimin uygulamasının herhangi bir mesleki hata içermediği, gelişen neticenin bir komplikasyon olduğu, önlenemez, öngörülemez olduğu bilirkişi raporlarında sıklıkla belirtilmekte, aksi takdirde ise hekimin kusurlu ve ihmali davranışının bulunduğu belirtilmektedir[387].

Görüleceği üzere hekimin, hasta ile ilişkisinde tıbbi hata ve komplikasyon kavramları birbirine son derece yakın ancak tamamen zıt, iki husus olarak karşımıza çıkar. Bu doğrultuda uygulamada karşılaşılan temel tıbbi hatalar ve komplikasyon kavramları aşağıda açıklanmıştır.

---

[386] **HAKERİ,** s. 782; **DEMİR,** s. 39; **YAYCI,** s. 33; **AKYILDIZ,** s. 210; **GÖKCAN,** s. 276; **GENCER,** s. 98; **ARIKAN/KALKAN/ERDİ/DENİZ/İZCİ,** s. 47.

[387] T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu'nun 02 Mart 2016 tarih, … Karar numaralı Raporu' nda şöyle denilmiştir: *"...Semptomik bel fıtığının tedavisinde cerrahinin de bir seçenek olduğu, bel fıtığı ameliyatı esnasında fıtık tamamen çıkarılamayabileceği gibi, yapılan ameliyat sonrasında da bel fıtığının tekrarlayabildiğinin tıbben bilindiği, kişide bel fıtığı ameliyatı sonrası oluşan tablonun her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişiye konulan tanı ve yapılan ameliyatın tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, kişinin ameliyatını gerçekleştiren sağlık çalışanlarına atfi kabil kusur tespit edilmediği oy birliği ile mütalaa olunur."* denilmiştir. Yine bir başka örnekte, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu'nun 25 Ekim 2017 tarih, 7848 Karar numaralı Raporu' nda komplikasyon ve komplikasyon yönetimi konusunda değerlendirme yapıldığı görülmektedir: *"...yukarıya kaydedilen bilgi ve bulgular birlikte değerlendirildiğinde; kişiye yapılan tetkikler sonucunda konan tanının ameliyat endikasyonunun ve kişiye konan tanıya göre ameliyat tekniğinin uygun olduğu, ameliyat sonrası ameliyat yerinde gelişen apsenin ihmal ya kusurdan kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, ayrıca diyabetiklerde yara yeri iyileşmesinin ve komplikasyon gelişme riskinin daha uzun süre ve daha yüksek oranda olduğunun tıbben bilindiği, gelişen komplikasyonun yönetiminin uygun olduğu, dolayısıyla davalı hastane ve ilgili sağlık çalışanlarına atfı-kabil kusur bulunmadığı…"*

B. Tıbbi Standart Kavramı

1. Kavram

Hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun kılan temel faktörlerden biri, tıbbi müdahalenin hukuka tıbbi kurallara, mesleğin genel kabullerine uygun yapılmasıdır. Bu uygunluk, hekimin tıp biliminin verilerine uygun bir şekilde mesleğini icra etmesi ve tıbbi standartların sağlanması bakımından aranmalıdır[388]. Başka bir deyişle hekimin, temel tıp kurallarına uygun tıbbi müdahale gerçekleştirmesi ve mesleğini ifa etmesi aranır[389].

TBMM tarafından, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun[390] ile kabul edilen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md. 4 uyarınca; *"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* Yine TDN md. 13/1 uyarınca; *"Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."* HHY md. 11' e göre; *"Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir."* Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 5 uyarınca; *"Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler."*

Yukarıda yer verilen tüm bu mevzuat hükümlerinin işaret ettiği temel husus, hekimin tıbbi standart doğrultusunda hastanın tıbbi teşhis ve tedavisini gerçekleştirmek zorunda olduğudur[391]. Hekimlik, son derece zor, her aşamada sürekli bir özen isteyen, insanı tanımayı, tahammülü gerektiren bir meslektir[392]. Böylesine zor ve özen gerektiren

---

388 **ÖZDEMİR,** s. 179; **HAKERİ,** s. 764; **KICALİOĞLU,** s. 265; **GÖKCAN,** s. 244.
389 **AŞÇIOĞLU,** s. 84; **ÖZDEMİR,** s. 179; **HANCI,** s. 101; **KICALİOĞLU,** s. 265; **KAYA,** s. 52.
390 RG 20 Nisan 2004, 25439.
391 **ÖZDEMİR,** s. 179; **HANCI,** s. 102; **HAKERİ,** s. 764.
392 **HAKERİ,** s. 765.

bir mesleğin mahiyeti icabı getirdiği standartların, özellikle hastanın yararını, iyilik ve sağlığını sağlamaya yönelik bir perspektifle hekimlerin hareket etmesini öngörmesi de doğaldır[393]. Hekimin tıbbi standarda riayet ederek mesleğini icra etmesi, yalnızca teşhis ve tedavi aşamalarında değil, tedavinin sonrasındaki dönem bakımından da söz konusu olan bir yükümlülüktür[394].

Sorumluluk hukuku prensipleri uyarınca, tıbbi sorumluluk hukuku alt başlığında da hekimin hukuki sorumluluğunun tam olarak tespit edilebilmesi için, objektif kriterlerin göz önüne alınması ve bu doğrultuda hekimin faaliyetinin denetlenmesi gerekir[395]. İşte bu konuda tıbbi standart kavramı ile karşılaşılmaktadır. Zira hekimin gerçekleştirdiği faaliyetin bir kriter belirlenerek denetlenmesi, hekimin hatalı bir uygulamada bulunmamasını sağlayacak, bu durumun neticesi olarak hasta, bilinen en etkin ve verimli sağlık hizmetini almış olacaktır. Tıbbi standart kavramı, hekim ile hasta arasındaki ortak çalışma olan hekimlik sözleşmesinin her alanında bulunmaktadır. Teşhis konusunda açık bir hata yapılması, tedavide hata yapılması, tıbbi müdahale sonrasındaki dönem bakımından yürütülen faaliyet esnasında hata söz konusu olabilmektedir[396]. İşte böyle durumlarda, hekimin, hastayı sağlığına kavuşturma hedefine erişebilmesi için gerekli olan ve tecrübeyle ispatlanmış olan hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin geldiği nokta tıbbi standarttır[397]. Kısacası tıbbi standart, hekimin mesleki olarak kabul edilen, en verimli, en az riskli, hastanın menfaatine uygunluğu bakımından daha optimal bir yöntem bulunmayan metodu ve uygulamayı gerçekleştirmesidir[398]. Ancak tıbbi standardın, sürekli değişim ve gelişim gösteren dinamik tıp bilimi karşısında, sürekli aynı şekilde kalması beklenemez[399]. Tıbbi standarda aykırılık hekimin kusurlu eylemi olacağından, tıbbi standardın belirlenmesinde şüpheye yer verilmemesi gerekir; işte bu nedenle hekimin uygulayacağı

[393] **ÖZTÜRKLER,** s. 91; **DEMİR,** s. 48.
[394] **KAYA,** s. 52; **GÖKCAN,** s. 168.
[395] **DEMİR,** s. 50.
[396] **KAYA,** s. 52.
[397] **HANCI,** s. 101; **HAKERİ,** s. 766; Tıbbi standart adeta evrensel bir kriter haline gelmiş olup, Almanya' da da bu kavram doğrultusunda tıbbi uygulamanın uygunluğu değerlendirilmektedir. bkz: **SIMON, Jurgen,** *"Medical Liability in Germany",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin/SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 234.
[398] **KICALİOĞLU,** s. 261; **ÖZDEMİR,** s. 179; **GÖKCAN,** s. 168.
[399] **HAKERİ,** s. 775; **KAYA,** s. 52.

tıbbi standardın objektif kriteri, hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu zaman geçerli olan kabul görmüş uygulama olacaktır[400].

Yargıtay da hekimin mesleğini, tıbbi standart doğrultusunda yürütmesi gerektiğini çeşitli kararlarında açıkça belirtmiştir[401]. Öyle ki Yargıtay İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' nin iç hukukumuzun bir parçası olduğuna da işaret ederek, bahse

[400] **ÖZTÜRKLER,** s. 90; **KAYA,** s. 52; **GÖKCAN,** s. 171.

[401] Yargıtay 13. HD. 06.11.2018 tarih, 2016/4382 E. ve 2018/10280 K. sayılı kararı. Karar metninden aynen*; "...Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa; yargılama sırasında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas kurulundan ve itiraz üzerine Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor alınmış ve raporlara göre kişide laparoskopik kolesistektomi ameliyatı sonrası safra yollarında oluşan yaralanmanın her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişiye konulan tanı, yapılan ameliyatın ve oluşan komplikasyonun yönetiminin güncel tıbbi uygulamalara uygun olduğu, kişinin ameliyatı ile komplikasyon oluştuktan sonra müdahale ve tedavisini gerçekleştiren hekimlere atfı kabil kusur tespit edilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Duruşmada tanık olarak dinlenen ve davacının sonradan sevk edildiği Erciyes Eğitim ve Araştırma Hastanesinde başhekim olarak görevli ve davacıya stent takılması ameliyatını gerçekleştiren hekimin, normalde müdahale edilmemesi gereken safra yolunun yukarıdan kesilmesi durumunun olduğunu beyan ettiği görülmektedir. Davacının Adli Tıp Kurumu Genel Kurul raporuna karşı itirazında, ameliyatı yapan davalı doktorun safra kanalı diye tabir edilen bölgede pay bırakmadan en dipten keserek bağlantı yapma imkanını bırakmamış olması nedeniyle daha sonradan stent takılmasına sebebiyet verdiğini belirtmiştir. O halde, Mahkemece; üniversiteden, davacının itirazları karşılayan, konusunda uzman, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, davalıların gerekli özen ve dikkate gösterip göstermediği, yapılan işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığı hususlarını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekmektedir. Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilerek eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.03.2019); Yargıtay 13. HD. 09.04.2003 tarih, 2003/711 E. ve 2003/4255 K. sayılı kararı. Karar metninden aynen; *"...Bu durumda mahkemece yapılacak iş, öncelikle İzmir Özel Sağlık Hastanesinden davacı Hatice Ö.' a ait ameliyat dosyası getirtilip, konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında ameliyatta safra kesesi çıkartılırken keseyi ana safra yoluna bağlayan kanalın bir kısmının bırakılmasının bütün ameliyatlarda uyulması gerekip, gerekmediğinin, Sono Nükleer Özel Teşhis Merkezi Ltd. Şti. nin 14.5.2001 tarihli raporuna göre normalden küçük olan safra kesesi lümen içerisinde taşlar oluştuğu belirtildiğine göre ameliyatta safra kesesinin alınıp alınmadığının, safra kesesi alınmasına rağmen kalan kısımda hastanın bünyesine göre 4-5 yıl içinde yeniden taş oluşmasının mümkün olup olmadığının davacının ameliyat sonrası, 16.4.2001 tarihli Gözlem Tıp Merkezi ile 14.5.2001 tarihli Sono Nükleer Özel Teşhis Merkezi Ltd. Şti. raporuna gelinceye kadar şikayetleri ile ilgili tedavi olduğuna dair belgesi olmadığı da değerlendirmede irdelenerek tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmamasına göre bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.03.2019).

konu Sözleşme' nin 4. maddesine açıkça kararda yer vererek tıbbi standart kavramına doğrudan değinmiştir[402].

Hekim tarafından düzenlenen tedavi ya da gerçekleştirilen cerrahi operasyon, istenen neticeyi sağlamamış olsa dahi, tıbbi standardı uygulamış olması durumunda hekime kusur izafe edilemeyecektir[403]. Yine birden fazla tıbbi standardın söz konusu olması halinde, hekimin bu standartlardan herhangi birine uygun şekilde mesleğini uygulaması halinde de hekime kusur yüklenemez[404].

Belirtmek gerekir ki, tıbbi standardın belirlenmesi noktasında, hekimin mezun olduğu fakültenin olanaklarının veya uzmanlık aldığı kuruluşun düzeyinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır[405]. Hekim, mezun olması neticesinde diplomasını alır ve diploma ile hekimin, ülkemizdeki tıbbi standardı bildiği kabul edilir[406]. Ancak salt tıp fakültesi mezuniyeti, hekimin gelişmelere ayak uydurabilmesini mümkün kılmaz. Bu nedenle hekimin, sürekli kendisini geliştirmesi, tıp doktrinini, uygulamaları, mesleki çalışmaları yakından takip etmesi, klinik çalışmaları incelemesi gereği vardır[407].

2. Tıbbi Standardın Dışına Çıkılması

Hekimin, yukarıda belirtildiği üzere, mesleki faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği her eylemi, kural olarak tıbbi standarda dikkat edilerek yapılmalıdır. Ancak hekimin, hiçbir şekilde tıbbi standardın dışına çıkması, başka bir deyişle tıbbi standardın dışında gerçekleştirilen herhangi bir tıbbi müdahalenin hukuka ve tıp etiğine

---

[402] Yargıtay 13. HD. 28.02.2018 tarih, 2015/38670 E. ve 2018/2593 K. sayılı kararı. *"…Yine 4.4.1997 tarihinde imzalanan ve 9.12.2003 tarih ve 25311 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, sözleşmenin amaç başlıklı 1. maddesinde bu sözleşmenin taraflarının tüm insanların hayatını ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü oldukları, yine 4. maddesinde ise, araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği düzenlemesi mevcuttur. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi yazılı olan veya yazılı olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına almaktadır. Ayrıca, uygulamanın tedavi ya da yaşam kalitesinin yükseltilmesi amacına yönelmesi zorunlu olduğu belirtilmektedir. Burada kastedilenin tıbbi standartlar olduğu konusunda bir duraksama bulunmamalıdır."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.03.2019).

[403] **HANCI,** s. 102.

[404] **AŞÇIOĞLU,** s. 82.

[405] **HAKERİ,** s. 771.

[406] **AŞÇIOĞLU,** s. 78.

[407] **GÜMÜŞ,** s. 223; **HANCI,** s. 103; **ÖZTÜRKLER,** s. 91; **KAYA,** s. 52; **GÖKCAN,** s. 170.

her zaman aykırı olacağından söz etmek de yanlış olur. Zira canlı bir organizma olan insan sürekli değişmekte, bu da tıp biliminin dinamik kalmasına neden olmaktadır[408]. Şayet, hekimin yalnızca mevcut tıbbi standardı uygulaması durumunda, hastanın beden ve ruh sağlığının teşhisi, tedavisi ve tedavi sonrası takibi hiçbir zaman mevcuttan daha iyiye gidemeyecek, eş deyişle tıp hep yerinde sayacaktır[409].

Hemen belirtmek gerekir ki, sözünü ettiğimiz "tıbbi standardın dışına çıkmak" kavramı ile kastedilen, hekimlik faaliyetinin katiyen bilinmezlik içerisinde yürütülmesi ya da alternatif tıp gibi, zarar doğurması son derece olası uygulamalar değildir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md. 15 uyarınca; *"...biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir."* Dolayısıyla tıbbi standardın dışına çıkmak ile kastedilen, insan varlığının korunmasına yönelik olup, yasal gereklere uygun gerçekleştirilen, istatistiksel anlamda daha az uygulama ve teyit görmüş tıbbi uygulamalardır.

Hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için, endikasyon, aydınlatma, aydınlatma neticesinde hastanın göstereceği rıza ve meslek kurallarına uygunluk gerekir[410]. Tıbbı standardın dışına çıkabilmek için de, öncelikle hastanın alışılagelmiş metotla tedavi edilmesinin faydasız kalacağına dair tespitin bulunması gerekir. Bu tespit, hekimin tecrübesiyle, geçmişte gerçekleştirilen tedavilerle ve bilimsel yayınlarla tespit edilebilir. Örneğin, pankreas kanseri tanısı konulan bir hastanın mevcut tıbbi veriler doğrultusunda tam anlamıyla tedavisi son derece güçtür. Bu doğrultuda hekim, hastayı aydınlatarak, mevcut tıbbi standart çerçevesinde yürütülecek tedavi konusunda detaylı şekilde bilgilendirdikten ve kendisine uygun bir düşünme zamanı verdikten sonra, rızasını da alarak tıbbi standardın dışına çıkmak suretiyle tedavi gerçekleştirebilir. Bu noktada Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 10. maddesine bakmakta fayda vardır. Buna göre; *"Araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmiyeceğine kanaat getirmedikçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı*

[408] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **HAKERİ,** s. 775; **GÖKCAN,** s. 171.
[409] **HAKERİ,** s. 775.
[410] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **HAKERİ,** s. 776.

sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir."

İşin mahiyetinden de açıkça anlaşılacağı üzere, tıbbi standardın dışına çıkma noktasında hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişler[411]. Zira hekimin tıbbi standart dışında, yeni bir tedavi yöntemine girişmesi, ancak hastanın detaylı bir şekilde konu hakkında bilgilendirilmesi ve onay vermesi halinde söz konusu olabilir. Aksi takdirde hem hasta tıbbi standarda kıyasla daha radikal olan bir konuda bilinmezliğe sevk edilecek, hem de hekimin uygulaması neticesinde gelişecek en küçük bir sorunda, hekimin sorumlu olduğu iddia edilebilecektir. Dolayısıyla hekim hastayı detaylı bilgilendirmek suretiyle rızasını almaksızın kesinlikle tıbbi standardın dışına çıkamaz[412].

Hekim, klasik yöntemler doğrultusunda hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin bir fayda doğurmayacağını sabit bulması halinde, faydalı etkisi olduğuna dair delili varsa tıbbi standardın dışında uygulama yapabilir[413]. Bu noktada, hekimin uygulamasının hastanın tıbbi durumu göz önüne alındığında hastaya getireceği fayda – risk değerlendirmesinin tıbbi yönden savunulabilir olması gerekir[414]. Dolayısıyla hastaya herhangi bir başarı imkanı olmayan, ya da başarı imkanı oldukça düşük bir tedavi yöntemi tercih edildiği takdirde burada hekimin kusuru doğar[415].

Görüleceği üzere, hekimin tıbbi standardın dışına çıkması, belirli şartların mevcudiyetini gerekli kılar. Bu şartlar; hastanın tıbbi olumsuz durumunun mevcut alışılagelen uygulama neticesinde düzelmeyecek ve gittikçe kötüye gidecek olması, hastanın tıbbi standardın dışına çıkılarak uygulanacak tıbbi müdahale prosedürünün her

---

411 **HANCI,** s. 76; **DERYAL,** s. 156; **SERT,** s. 148.
412 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **HAKERİ,** s. 777.
413 **GÖKCAN,** s. 170; **ASLANOVA,** s. 45.
414 **HAKERİ,** s. 777; Bu konuda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 11. maddesi ve özellikle 2. fıkrası düzenleme içermektedir.
415 Hasta Hakları Yönetmeliği' nin Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması başlıklı 27. maddesine göre, *"Klinik veya laboratuar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kafi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır.Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir."*

adımı hakkında detaylı bir şekilde aydınlatılması, hekimin hastayı aydınlatması neticesinde uygun onamını alması, hekimin gerçekleştirmeyi değerlendirdiği bu tıbbi yöntemin hastaya getireceği yararın, alınacak risk karşısında kabul edilebilir bir seviyede olması ve hekimin uygulayacağı metodun tıbbi yönden gerekçeleri ortaya konularak savunulabilir olmasıdır.

C. Tıbbi Hata

1. Kavram

Tıbbi hata, hekimin hasta ile arasındaki ilişkide gerçekleştirdiği yanlış uygulamaların genel başlığıdır. Bu kavram, tıbbi malpraktis, ya da kısaca malpraktis olarak da nitelendirilmektedir. Hatta uygulamada, malpraktis kavramı kullanıldığında, farklı meslekler bazında da gerçekleşebilmesine karşın, tıbbi uygulama ile bütünleşen bir kavram halini almıştır. Oysa malpraktis, *"Profesyonel bir kimsenin, yaptığı iş sırasında genel kabul görmüş standartlara uymaması sonucu ortaya çıkan ihmalin sonucunda bir kişinin zarar görmesi"* olarak tanımlanmıştır[416]. Tıbbi hata, yani malpraktis kavramı, latince hatalı uygulama anlamı taşıyan "male" ve "praxis" kelimelerinden türemiştir[417].

Türk Tabipleri Birliği' nin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 13' te tıbbi hata (malpraktis) tanımına yer verilmiştir[418]. Buna göre malpraktis; *"Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir."* Yine Dünya Tabipler Birliği (World Medical Association) 1992 yılında gerçekleştirdiği 44. genel kurulda malpraktis tanımı yapmıştır[419]. Doktrinde farklı tanımlar[420] da yer almaktadır. Yine malpraktis, meslek

---

416 **TÜMER,** s. 130.

417 **GÖKCAN,** s. 241; **AYKIN,** s. 124; Yargıtay CGK. 16.05.2017 tarih, 2017/12-271 E. ve 2017/278 K. sayılı kararı. Bu karar içeriğinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun malpraktis, tıbbi uygulama hatası gibi kavramların tamamını, en geniş ölçekte "tıbbi hata" kavramının karşıladığının belirtildiğini görürüz. Ayrıca, söz konusu kararda Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 13. maddesine de doğrudan atıf yapılmıştır. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 09.03.2019).

418 **HAKERİ,** s. 779.

419 **BAKAR,** s. 7.

420 **ERSOY,** s. 168; **AYKIN'** a göre malpraktis kavramı; *"Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve*

kusuru ya da mesleki hata olarak nitelendirilebilmekte, tıp biliminin ve tıbbi uygulamanın genellikle kabul görmüş prensiplerine dayalı, tıbbi özen ve dikkatin hekim tarafından gösterilmeksizin uygulama yapılması halidir[421]. Meslek kusuru, ya da mesleki hata, hekimin tıbbi uygulama ve kabul görmüş normları dikkate almaksızın uygulamada bulunmasıdır[422].

Tıbbi hatanın iki şekilde meydana gelmesi mümkündür. Birincisi pasif tıbbi hata olup, yapılması gereken uygulamanın yapılmaması, ikincisi ise aktif tıbbi hata olup, yapılması gereken uygulamanın yanlış yapılması ya da lüzumu olmayan tıbbi uygulamada bulunulmasıdır[423].

Tıbbi hata, hekimlik mesleğinin yanlış uygulamasından doğar. Kavram, başlı başına çok geniş bir kapsama sahiptir[424]. Bu çerçevede hekim teşhis, tedavi yönteminin belirlenmesi, belirlenen tedavi yönteminin icrası ve tedavi yönteminin uygulanması sonrasında hastanın takip edildiği dönemde ortaya çıkabilir[425]. Bu konuda, hekimin özen yükümlülüğü ayrı bir yer tutar. Gerçekten, tıbbi hatanın en önemli sebebinin özen yükümlülüğüne riayet edilmemesi olduğu görülmektedir[426]. Hekimin bireysel hali, yeteneği, fiziki gücü, mesleki becerilerinden ziyade, benzer koşullarda aynı sosyal şartlarda bir hekimin yetenek, mesleki beceri, fiziksel ve fikri gücü tıbbi uygulama normunun belirlenmesinde önem taşır[427]. Zira hekim basiretli bir hekim olması gerektiği bilinciyle özenli bir davranış sergilediği takdirde tıbbi hata kavramı ile karşılaşma ihtimali son derece düşüktür. Örneğin, hekimin tedaviyi gerçekleştirebilme kapasitesi olmadığı takdirde, basiretli bir hekimin gerçekleştireceği üzere, hastayı zaman kaybetmeden ve gerekli bağlantıları kurmak suretiyle bir uzmana sevk etmesi, bu aşamada gerekli tedbirleri almış olması durumunda hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

---

beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesi" olarak tanımlanmıştır. (**AYKIN,** s. 125.)

421 **HANCI,** s. 30; **SEÇER,** s. 137.

422 **ÖZAY,** s. 117; **DEMİR,** s. 41.

423 **AYKIN,** s. 127.

424 **DEMİR,** s. 39.

425 **HAKERİ,** s. 764; **DEMİR,** s. 39, 41; **GÖKCAN,** s. 242.

426 **ÖZAY,** s. 117; **HAKERİ,** s. 764.

427 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 131; **ÖZAY,** s. 118.

Amerika Birleşik Devletleri' nde de tıpkı ülkemizdeki gibi, sayıları gittikçe artan tıbbi hataya dayalı tazminat istemleri sonrasında hekimlerin ve hemşirelerin hatalı uygulamalarını, anonimliği ortadan kaldırmadan bildirim vasıtasıyla toplayarak yaymak ve aynı tıbbi hatanın bir daha yapılmasının önüne geçmek adına 1980 yılında NDBP sistemi getirilmiştir[428]. Ülkemizde böyle bir sistem tam anlamıyla mevcut olmasa da, mesleki iletişimleri nedeniyle hekimler kendi aralarında bu durumu teati etmekte ve aynı tıbbi hatanın bir benzerini kendileri tarafından gerçekleştirilmesinin önüne geçmeye çalışmaktadırlar.

2. Uygulamada Sıklıkla Karşılaşılan Hataların Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan tıbbi hata kavramının uygulamada ne şekilde meydana geldiğinin görülmesi de önem arz etmektedir. Uygulamada kadın hastalıkları ve doğum branşı, üroloji branşı, genel cerrahi, dahiliye, anesteziyoloji ve reanimasyon, dahiliye branşları tıbbi uygulama hatası iddiasına dayalı davaların açıldığı, hata iddiasıyla başvuru gerçekleştirilen başlıca uzmanlık alanları olarak karşımıza çıkar[429].

Örneğin, 2005 yılında Yüksek Sağlık Şurası önüne gelen tıbbi hata iddiasına dayalı dosyaların % 34,17' si kadın hastalıkları ve doğum branşına yönelik, % 11,40' ı genel cerrahiye yönelik, % 10,12' si pediatri branşına yönelik, %10,95' i ebe, %5,84' ü asistan, %1,46' sı diş hekimleriyle ilgilidir[430].

Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünü, özellik arz eden tıbbi müdahaleler yerine, genelde karşılaşılan tıbbi hataları irdelemek üzerine hazırlamakta fayda gördük.

---

[428] **DOĞRAMACI, Yakup Gökhan/ERKOL, Zehra Zerrin,** *"Amerika Birleşik Devletleri Hekim ve Hemşire Malpraktis ve Advers Etki Bildirim Sistemi ve Verileri"*, I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan/DOĞAN, Cahid, s. 831.

[429] **HAKERİ,** s. 785; **GÖKCAN,** s. 248; Belirtilen konuda yapılan bir başka çalışmada da kadın hastalıkları ve doğum branşı, hakkında tıbbi hata iddiası ileri sürülen branşlar bakımından, en yüksek oran ile ilk sırada yer almıştır. bkz: **İNCE, C. Haluk/YAZICI, Yüksel Aydın,** *"Adli Tıp Bilimi Açısından "Tıbbi Uygulama Hataları" Davalarına Yaklaşım",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 96.

[430] **HANCI,** s. 63; **HAKERİ,** s. 786.

a. Teşhiste Yapılan Hata

aa. Genel Olarak Teşhiste Yapılan Hata

Teşhis, hastanın muayene edilmesi ve gerçekleştirilen tetkiklere dayalı olarak elde edilen bulguların değerlendirilmesi sonucunda hastalığın tanınması veya bulguların hangi sebepten kaynaklı olduğunun anlaşılmasıdır[431]. Hekim, hastanın tıbbi problemini teşhis ederken, yalnızca hekimlik diplomasını almasına imkan sağlayan lisans eğitimi bilgilerini değil, aynı zamanda muhakeme yeteneğini ve meslek icabı sahip olması gereken sezgilerini de kullanır[432].

Teşhisin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir mevzuat hükmü yoktur[433]. Hekimin teşhis için hastanın öyküsünü alması, muayene gerçekleştirmesi, gerekli tetkikleri yaptırması, gerekiyorsa konsültasyon istemesi, topladığı veriler ışığında hastanın tıbbi sorununa yönelik bir tespit yapması gerekir. Şüphesiz, hekimin tüm bu mesleki faaliyetlerini en yüksek özen göstererek yapması gerekir.

Kural olarak karşılaşılan her vakıada, hekimin hatasının bulunup bulunmadığının saptanabilmesi için, mevcut veriler karşısında hastaya teşhis için gereken işlemlerin tam ve eksiksiz bir şekilde gerçekleştirildiğinin; bu verilerin değerlendirilmesinde de hekimin dikkat veya özen eksikliği gibi sebeplerle hata yapıp yapmadığının incelenmesi isabetli olacaktır[434]. Ancak belirtmekte fayda vardır ki, hekimin teşhiste başarılı olması gibi bir zorunluluğu olmadığı gibi, hangi hususların teşhis hatası teşkil edeceğine yönelik bir tablo da bulunmamaktadır[435].

Teşhise imkan sağlayacak semptomların açık olmadığı ya da ağır bir hastalığın varlığına işaret ettiği takdirde, hekimin, özen yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi ve katılaşması söz konusudur. Örneğin semptomları son derece belirsiz olan bir rahatsızlık söz konusu olduğunda hekimin daha süratli bir şekilde davranması, tetkiklerin neticelerini derhal temin etmesi, hastadan ve/veya velisinden ya da

---

[431] **AŞÇIOĞLU,** s. 79; **SARITAŞ,** s. 51; **ÖZAY,** s. 52; **ÖZDEMİR,** s. 102; **HAKERİ,** s. 642; **GÖKCAN,** s. 249; **SEÇER,** s. 125.
[432] **AŞÇIOĞLU,** s. 79.
[433] **HAKERİ,** s. 789.
[434] **AŞÇIOĞLU,** s. 80; **GÖKCAN,** s. 249.
[435] **HAKERİ,** s. 790 – 791.

vasisinden tetkiklerin yaptırılması ve öyküyü daha da detaylandırmalarını istemesi gerekir[436]. Tüm bunlara karşın hekim, hastanın rahatsızlığını teşhis edemiyorsa, bu durumda uzman görüşü alması ya da hastayı daha kapsamlı bir inceleme yapılabilecek bir sağlık kuruluşuna ya da hekime sevk etmelidir[437]. Karşılaşılan böyle bir tıbbi vakıada, hekimin belirtilen esaslara riayet etmemesi halinde tıbbi malpraktis söz konusu olur.

Bir başka konu ise, hekimin meydana gelmemiş konularda öngörüde bulunması gibi bir yükümlülüğünün olmadığıdır[438]. Örneğin hekim, check up yaptıran ve check up sonuçları hiçbir sorun göstermeyen bir hastanın ertesi gün kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmesi halinde, bir gün önce gerçekleştirilen check up' ı yanlış değerlendirdiği ve teşhis hatası yaptığı gerekçesiyle sorumlu tutulamaz[439].

Hekimin teşhis amacıyla yaptırılması gerekli olmayan bir tetkikin yapılmasını hastadan istemesi halinde ya da kendisini teşhis edememekten şahsi olarak çekindiği için hastaya yapılması gerekenden fazla tetkik istemesi de yukarıda değinildiği üzere hekimin hatası anlamına gelir[440]. Zira her hastanın, kendisine özgü bir yapısı ve bu yapı doğrultusunda teşhisi bekleyen bir rahatsızlığı bulunmaktadır.

bb. Hastanın Öyküsünün Eksik Alınması ya da Muayenede Eksiklik

Karşılaşılan tıbbi hatalar içerisinde, hekimin hasta öyküsünü eksik alması, hiç almaması ya da muayene noktasında eksikliği de yer tutar. Gerçekten, hekim, hastaya teşhis koyabilmek adına, öncelikle hastayı dinler (öyküsünü alır), ardından da muayene gerçekleştirir[441]. Hastanın öyküsünün hiç ya da gereği gibi alınmaması önemli bir tıbbi hataya sebebiyet verebilir[442]. Hekimin hastanın öyküsünü almaksızın tedavi aşamasına

[436] **AŞÇIOĞLU,** s. 81; **GÖKCAN,** s. 249.
[437] **GÖKCAN,** s. 249.
[438] **HAKERİ,** s. 791.
[439] **ÖZTÜRKLER,** s. 302; **HAKERİ,** s. 791.
[440] **HAKERİ,** s. 792; **GÖKCAN,** s. 250.
[441] **SARITAŞ,** s. 51.
[442] **GÖKCAN,** s. 251.

geçmesi ya da hastayı muayene etmeksizin tedaviye girişmesi, doğrudan hekimin tıbbi hata yapması anlamı taşır ve sorumluluğunun doğmasına yol açar[443].

Yargıtay' ın bu konuda değerlendirmesi de son derece net bir şekilde hekimin teşhis aşamasında öykü alma ve muayene yükümlülüklerini özenle ifa etmesi gerektiği yönündedir. Örneğin, Yargıtay' ın bir kararından[444], gebeliğin başlangıcıyla ilgili muayene ve anamnez bulgularının yeterince ve özenle yerine getirilmemesi halinde, gebeliğin sonlandırılması ile ilgili zamanlama sorunlarının ortaya çıkabileceği, bebeğin ve anne sağlığı açısından zamanlama sorununun tehlike doğurabileceğinin tıbbi hata olarak değerlendirildiği görülmektedir[445]. Yine teşhisin konulması sürecinde yaşanan gecikmenin hastada zarara sebebiyet vermesi halinde, hekimin teşhis noktasında özensizliği ve cezai sorumluluğu da doğacaktır[446].

Yine hekimin muayene esnasında anne ve bebeğin riskli durumunu muayene gerçekleştirmeksizin ya da eksik ya da özensiz muayene nedeniyle tespit edememiş olması, ya da gebelik süresince toksemi gibi komplikasyonların varlığını belirten bulgular konusunda dikkatli olması, bu durumda gerekiyorsa ek öykü alması ve muayeneyi tekrarlaması gerekir[447]. Hastanın muayenesinde elde edilen bulguların da detaylı bir şekilde not alınması gerekir. Dolayısıyla yukarıda değinilen hekimin kayıt tutma ve kayıtları özenle saklama yükümlülüğü aslında muayene yükümlülüğü ile iç içe bir nitelik de göstermektedir. Yargıtay'ın güncel bir kararında[448] da bu duruma işaret edilmiştir.

---

443 **HAKERİ,** s. 795.

444 **GÖKCAN,** s. 251.

445 Yargıtay 4. HD. 04.06.2009 tarih, 2009/6290 E. ve 2009/7433 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019).

446 Yargıtay 4. CD. 14.06.2006 tarih, 2006/52 E. ve 2006/12500 K. sayılı kararı. Karardan aynen; *"…Katılanın sanığın zamanında tanı koyamaması sebebiyle tedavide yeterli ve elverişli sonuçlar alınamadığını ileri sürmesi ve Yüksek Sağlık Şurasınca verilen raporun yeterli gerekçeyi içermemesi karşısında; sanığın katılanın çocuğunun hastalığını teşhis edip gereken tedaviyi yapması hususunda bir savsamasının ya da özensizlik meslek, sanatta acemiliğinin bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği ve sanığa yükletilebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından dosya gönderilerek Adli Tıp Kurumundan görüş alınması ve sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerekirken…"* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019).

447 **POLAT,** s. 25.

448 Yargıtay 4. HD. 08.03.2018 tarih, 2017/4941 E. ve 2018/1674 K. sayılı kararı. Dava içeriğinde yer alan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı' nın düzenlediği raporda, bir doğum ve çocuk bakımevi hastanesinde muhtelif zamanlarda hastaları muayene ve tedavi eden hekimlerin, yeterli onarımı yapmadıkları, ayrıca hekimlerin muayenelerinde klinik tabloların hangi ağırlıkta mevcut olduğunun

Hekimin, hastanın rahatsızlığına teşhis koyabilmek adına gerçekleştirdiği muayene ve tetkikler, kendisinin tüm özeni göstermesine karşın teşhis koyamaması ile neticelenebilir. Zira, hekimin her hastalığı teşhis etmesi gibi bir kabul gerek tıbbi olarak gerekse hukuki olarak öngörülmemiştir. Ancak hekimin, mesleği gereği esas ve öncelikli hedefi hastanın sağlığına kavuşması olduğundan böyle bir durumda, konsültasyon istemesi öngörülebilir. Zira hastadaki semptomların hangi hastalığı gösterdiğini ortaya çıkarmak ve olumsuz etkilerin giderilmesi adına tedavi yöntemini belirlemek birden fazla uzmanlık alanı değerlendirmesi yapılmasına ihtiyaç doğurabilmektedir. Hekimler arası yatay işbirliği konsültasyon kavramı ile kendisini göstermektedir[449]. İşte bu hallerde hekimin ilgili uzmanlık dalından görüş istemesi adeta bir yükümlülüktür[450]. Yüksek Mahkememiz tarafından verilen kararlarda da hekimin konsültasyon istememiş olmasının bir tıbbi hata olduğuna işaret edilmiştir[451].

---

belirlenemediği, hastada gelişen anal skinfer yetmezliğinin takip ve özen eksikliğinden kaynaklandığına işaret edilmiş, Yargıtay da Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından düzenlenen raporda yer alan kusur belirlemesine riayet ederek hüküm kurmuştur. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2019).

449 **DOĞRAMACI, Yakup Gökhan,** Tıbbi Uygulamalarda Ekip İşbirliği ve Güven İlkesi, İstanbul 2016, s. 78.

450 **GÖKCAN,** s. 251.

451 Yargıtay 12. CD. 2016/3584 E. ve 2016/11071 K. sayılı karar. Bu kararda özetle, sanığın bir özel hastanede acil serviste pratisyen hekim olarak görev yaptığı, gece yarısı hastaneye başvuran hastanın bulantı baş ağrısı, bilinç bulanıklığı şikayetlerinin olduğu, hastanın anamnezinde hipertansiyon, hiperlipidemi ve diyabeti olduğu bilgilerinin yer aldığı, hekimin acil serviste yaptığı muayenede ve tetkiklerde tansiyonun 16/9 ölçüldüğü, nörolojik muayenesinin de normal olarak değerlendirildiği, beyin tomografisi çekildiği ve beyin tomografisinde tüm bulguların normal olduğu, kanama, ödem ve şifte rastlanmadığı, yüksek olan tansiyonun daha sonra 13/8' e düşürülmesi üzerine ve herhangi bir patoloji saptanmamasını takiben hastanın durumunun normal seyrettiği değerlendirilerek gece saat 02:05' te evine gönderildiği, hastanın evine gitmesinden yaklaşık 2 saat kadar sonra tekrar rahatsızlanması ve acilen bir başka devlet hastanesine götürüldüğü, burada yoğun bakıma alındığı ve 2 gün sonra da bir başka devlet hastanesine sevk edildiği, beyinde oluşan ödem sebebiyle muhtelif zamanlarda dört ayrı ameliyat olduğu ve tedavi devam ederken öldüğü görülmektedir. Karara esas alınan Adli Tıp Kurumu Raporu' nda hastanın serebro vasküler hastalık ve gelişen komplikasyonlar sonucunda hayatını kaybettiği, acil servise bir serebro vasküler hastalığın ön belirtisi olabilecek mide bulantısı, bilinç bulanıklığı, baş ağrısı ve sol tarafta güçsüzlük şikayetleriyle geldiği, sol tarafta tarif edilen güçsüzlüğün en az 24 saat süreyle takip edilmemesi, ve acil servis hekiminin nöroloji konsültasyonu istememesinin eksiklik olduğu, erken dönemde beyin BT incelemesinin yalnızca beyin kanamasını dışlamak için yeterli olduğu, tıkayıcı tipte serebro vasküler hastalıkların ya da geçici istemik atak vakıalarının ise mutlaka difüzyon MR ile ya da 24 saat takip sonucu çekilecek BT ile değerlendirilmesi gerektiği tüm bunlara karşın hastanın yine de kurtulmasının kesin olmadığı belirtilmiştir. Bunun üzerine Yerel Mahkemenin hekimin mahkumiyetine dair kararının bozulmasına karar verilmiştir. Ancak burada, hekimin konsültasyon istememesinin kusur teşkil ettiği şüphesizdir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2019).

cc. Tahlil ve Tetkiklerin Yaptırılmasında Özensizlik

Hekimin, hastanın tahlil ve tetkiklerini eksik yaptırması veya hiç yaptırmaması ya da hatalı yorumlaması gibi eylemleri, tıbbi hata teşkil eder[452]. Teşhis koyabilmek için hekimin uygulaması gereken tıbbi standartlar bulunmaktadır[453]. Bu tıbbi standartların yerine getirilmesi noktasında meydana gelen bir özen eksikliği, tıbbi hatanın meydana gelmesine yol açacaktır.

Hekimin teşhis için gereken tetkikleri eksik yaptırmasının tıbbi hata olacağını belirtmemize karşın, uygulamada karşılaşılan problem, "gerekli tetkiklerin hangileri olduğunun" tespit edilebilmesidir[454]. Gerçekten, her vakıa kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Hastanın yapısal özellikleri, öykü ve muayene neticesinde tespit edilen potansiyel rahatsızlık ya da rahatsızlıklar, bir bütün olarak dikkate alındığı takdirde, teşhisin çok sayıda parametreye bağlı olabileceği görülür.

Rutin bir prosedürde muhakkak yapılması gereken bir tetkik, bir başka hastanın hastalığının teşhisi bakımından faydasız ve gereksiz olabilir. Unutulmamalıdır ki, hekimin hastaya gereksiz külfet doğuracak her türlü eylemden de uzak durması gerekir; başka bir deyişle hekimin anlamı olmayan bir tetkik istemesi pozitif defansif eylem olacaktır. Bunun yanında hekimin, hastalık teşhisinin daha kolay yapılabildiği bir durumda, hastanın daha fazla masraf etmesine ve ekonomik kaybına yol açacak şekilde rutin tetkiklerin tümünü yaptırmasını istemesi de uygun olmayacaktır[455].

Hekimin, hastadan yaptırmasını istediği tetkiklerin neticelerine göre, tedavide çizeceği yol haritasının belirleneceği dikkate alındığında, tetkiklerin yorumlanması da büyük önem arz etmektedir. Örneğin, motosikletten düşme sonucu radius alt uç eklem kırığı oluşan bir hastanın röntgen çektirmesini isteyen hekimin röntgen sonucunu hatalı değerlendirmesi tıbbi hatadır. Yargıtay teşhis amacıyla yaptırılan tetkiklerin yorumlanmasındaki hata konusuna kararlarında yer vermekte ve bu durumun, hekimin hatalı tıbbi uygulaması teşkil ettiğine karar vermektedir.[456] Bir başka kararında

---

[452] **HAKERİ,** s. 796; **GÖKCAN,** s. 250.
[453] **AŞÇIOĞLU,** s. 84; **HANCI,** s. 101; **KICALİOĞLU,** s. 265; **ÖZDEMİR,** s. 179; **ÖZTÜRKLER,** s. 91; **KAYA,** s. 52; **GÖKCAN,** s. 250.
[454] **HAKERİ,** s. 797.
[455] **GÖKCAN,** s. 250; **YILMAZ,** s. 90.
[456] Yargıtay 13. HD. 21.12.2001 tarih, 2001/9800 E. ve 2001/11883 K. sayılı kararı. Kararda Yüksek Mahkeme, 1994 yılında doğan bir erkek çocuğun erkeklik organı ve anüsü olmaksızın dünyaya

Yargıtay, doğru tanı konulması için gereken tetkikleri yaptırmayan ve hatalı teşhise sebebiyet veren hekimin cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir[457].

b. Tedavide Yapılan Hata

aa. Genel Olarak Tedavide Yapılan Hata

Tıbbi müdahale, bireylerin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüklerine karşı tehdit oluşturan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıkların teşhisi, tedavisi ya da ortaya çıkmamış olmasına karşın çıkma olasılığı olan hastalıkların önceden bertaraf edilmesi, tedavi mümkün değil ise rahatsızlığın hafifletilerek ilerlemenin önlenmesi, hastanın ıstırabının dindirilmesi amacıyla gerçekleştirilir[458]. Hastalığın teşhis edilmesi bu kapsamda öncelikli adımlardandır. Teşhisi takiben ise, tedavi yöntemi belirlenir, yani tedavi aşamasına geçilir. Hekimin hastalığa doğru bir teşhis koymasına karşın, tedavi aşamasında yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, hastada yine istenmeyen sonuçlar doğabilir ve bu durum tedavide yapılan hata teşkil eder.

Hekimin tedavide mutlaka başarılı olması gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır[459]. Hekimin yukarıda belirtildiği üzere, tedaviyi tıp biliminin verilerine uygun olarak yapması ve önlenebilir neticelerin ortaya çıkmaması için tedavi safhasında da özenli davranması zorunludur[460]. Hekimin gerçekleştireceği tedavi noktasında dikkate alması gereken kriter, tıbbi standarda riayet etmektir[461]. Ancak belirtildiği üzere, hekim hastaya yapılacak tedavi yöntemini belirlerken, tedavi yöntemini serbestçe seçme imkanına da sahip olup, bu seçimlik hakkını da hastayı

---

gelmesi olayında, anneyi doğum sürecinde takip eden Kadın Hastalıkları ve Doğum Branşı hekimlerinin, gerçekleştirdikleri tetkikleri değerlendirmelerinin tıbbi kurallara uygun ve yüksek özen doğrultusunda olması gerektiğine işaret etmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 08.03.2019).

457 **GÖKCAN,** s. 253. Yargıtay 9. CD. 22.01.2007 tarih, 2006/5972 E. ve 2007/114. K. sayılı kararında Yüksek Mahkeme, acil olmayan ameliyattan önce yapılması gereken konsültasyon ve tetkiklerin yeterli düzeyde yapılmaması nedeniyle hekimi kusurlu bularak cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.

458 **ŞENOCAK,** s. 66; **ÖZAY,** s. 20; **TÜRKMEN,** s. 35; **KAYA,** s. 47; **IŞIK YILMAZ,** s. 391; **ŞİMŞEK,** s. 3537; **KAHRAMAN,** s. 480.

459 **HAKERİ,** s. 799; **GÖKCAN,** s. 253.

460 **GÖKCAN,** s. 253.

461 **HANCI,** s. 102; **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **ÖZAY,** s. 52.

aydınlatmak ve rızasını almak şartıyla yeni, pozitif ve hastada olumlu netice verme ihtimali daha yüksek tedavi ve müdahaleyi uygulama hakkına da sahiptir[462].

Hekimin tedavi sürecinde hata teşkil eden bir eylemde bulunması, eylemin icrai ya da ihmali olup olmamasından bağımsızdır[463]. Başka bir deyişle hekim, tıbbi çerçevede yapması gereken bir müdahaleyi gerçekleştirmez ise, ya da yapmaması gereken bir müdahaleyi yaparsa, her iki halde de tıbbi malpraktis gerçekleşecektir[464].

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 13/1 maddesine göre hekim; *"ilmi icaplara uygun olarak teşhis oyar ve gereken tedaviyi tatbik eder."* maddenin 2. fıkrasına göre de; *"tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır."* İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md. 4 uyarınca; *"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 11. maddesi uyarınca *"hasta modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir."* Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları' nın 5. maddesine göre; *"Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de hekimin öncelikli ödevidir. Ekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gelişmeleri yakından izler."* Yer verdiğimiz tüm bu mevzuat hükümlerinin ortak yanı, hekimin hastanın tedavisini düzenlerken en yüksek özeni göstermesi ve hastaya uygulanabilecek en verimli, en hızlı netice veren tedavinin uygulanarak, hastanın bir an önce sağlığına kavuşmasının hedeflenmiş olmasıdır[465].

Tedavi hatası denildiğinde karşımıza çok çeşitli ve çok sayıda vakıa çıkmakta olup, bu çerçevede temel bir sınıflandırma sistemi üzerinden belirli hata tipleri kategorize edilmeye çalışılmıştır.

---

[462] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 93; **ÖZAY,** s. 52.
[463] **HAKERİ,** s. 798.
[464] **HAKERİ,** s. 799.
[465] **GÖKCAN,** s. 254.

bb. Yanlış Tedavi Yöntemi İzlenmesi

Seçilen tedavi yöntemi hatalı olabileceği gibi, tedavi yönteminin uygulanması noktasında da hata söz konusu olabilir. Tedavi doğru kişi tarafından, doğru zamanda ve uygun koşullar altında gerçekleştirilmelidir[466].

Hekimin hangi tedavi yöntemini uygulaması gerektiği konusunda esas prensip şudur: Hekim, hastası için en az tehlikeli, en az acı verecek ve en faydalı tedavi yöntemini tercih etmek mecburiyetindedir[467]. Buna karşın, bazı hallerde, hastalığın ve hastanın özellikleri doğrultusunda hekimin, daha fazla acı veren ya da daha tehlikeli bir yöntemi tercih etmesi mümkün olabilir. Bunun için gereken ise, hastanın ve hastalığın getirdiği koşulların, hekimin böyle bir yöntemi tercih etmesine cevaz vermesidir. Eğer koşulları oluşmamış ise, hekimin tıbbi standardın dışına çıkması tıbbi hata teşkil edecektir. Örneğin tehlikesiz bir narkoz yöntemi kullanma imkanı bulunmasına karşın, aslında daha az yan etkisi olan fakat somut hasta bakımından daha tehlikeli bir narkoz yöntemi kullanan hekim, tıbbi müdahale neticesinde hastanın kolunun kangren olmasından sorumlu tutulmuştur[468].

Yanlış tedavi yöntemi seçilmesi noktasında karşılaşılan ve hastalarda da hekimlere karşı genel olarak bir savunma mekanizması geliştirilmesine sebebiyet veren başlıca tedavi yöntemi hatası; hekimin ilaç tedavisi ile bertaraf edilebilecek bir konuda cerrahi müdahale yoluna gitmesidir. Gerçekten, ülkemizde özellikle özel sağlık kuruluşlarından sağlık hizmeti alan vatandaş, hekimin ve hekimin görev yaptığı özel sağlık kuruluşunun esas hedefinin kendisinden daha fazla ücret almak olduğu düşüncesine kapılmakta, cerrahi müdahalenin son çare olduğu ilkesinin uygulanmadığından yakınmaktadır. Elbette bir hastanın tıp bilimi konusunda hekim kadar bilgi sahibi olduğu asla söylenemez, buna karşın toplumda böyle bir algı oluşması da hekime ve sağlık kuruluşlarına zarar veren bir durumdur. Bu tarz söylemlerin esas sebebinin özel sağlık kuruluşunda hastaya verilen tedavi önerisi ile daha sonra kamu sağlık kuruluşlarında görev yapan hekim tarafından hastaya önerilen tedavi şekli arasında fark ve çelişki bulunmasıdır. Dolayısıyla bu noktada belirtmekte fayda vardır ki, hekimin ilaç ile tedavisi mümkün bir hastalığın tedavisi için cerrahi müdahale

[466] **HAKERİ,** s. 807.
[467] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **ÖZAY,** s. 52; **HAKERİ,** s. 807; **GÖKCAN,** s. 256.
[468] **HAKERİ,** s. 807.

gerçekleştirmesi tıbbi hatadır. Yine hekimin apseli dişi tedavi etmek yerine çekmesi[469], ya da normal doğum yapması için hiçbir engel olmayan bir hastaya sezaryen ile doğum yaptırması[470], ya da divertikülit iltihabı olan ancak bağırsakta yırtılmanın söz konusu olmadığı hastadaki iltihabı ortadan kaldırmak için hastaya yatarak antibiyotik tedavisi uygulamak yerine, bağırsağın dışarı alındığı ve uzunca bir süre hastanın iş göremezliğine sebebiyet verecek olan cerrahi müdahale gerçekleştirmesi tıbbi hata teşkil eder. Belirtmek gerekir ki, bu noktada, yanlış tedavi yöntemi neticesinde de hastanın iyileşmesinin bir önemi yoktur. Hastanın rahatsız olduğu dönem bakımından aşağıda inceleneceği üzere maddi ve manevi zararı doğmuş ise, hekimin tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Hekimin, takdir hakkının savunulamayacak bir biçimde aşılmasına örnek olarak bir cerrahın anal fistül operasyonunda eskimiş bir yöntem kullanması sonuçta hastanın ameliyata konu bölgedeki kaslarının bir daha düzeltilemeyecek bir biçimde ayrılmasına sebebiyet vermesi verilebilir[471].

Yargıtay' ın hekimin ve hastanenin tedavi yöntemi tercihi noktasında ne şekilde hareket etmesi gerektiğine kararlarında yer verdiğini görürüz. Özellikle 13. Hukuk Dairesi bu konuda verdiği kararlarda [472] yüksek bir standart ortaya koymakta ve kararlarını, belirlediği bu standardı esas alarak vermektedir. Hekim ve hastanenin, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut vakıanın gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda olduğu, asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olunduğu, çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmek gerektiği, aksi halde gerekli özeni göstermeyen vekilin TBK md. 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılacağı belirtilmektedir.

---

469 **HANCI,** s. 103.
470 **HAKERİ,** s. 807.
471 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 94.
472 Yargıtay 13. HD. 02.04.2014 tarih, 2014/809 E. ve 2014/10016 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019); Yargıtay 13. HD. 05.03.2014 tarih, 2013/30121 E. ve 2014/6053 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019); Yargıtay 13. HD. 04.06.2013 tarih, 2013/6312 E. ve 2013/14994 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.03.2019).

cc. Tedavi Sürecinde Uygulama Hatası Yapılması

Tedavi sürecinde de hekimlerin hataları ile karşılaşılmaktadır. Hekimin kural olarak uyguladığı tedavi olan ilaç tedavisinde, ilacın kullanım dozu, kullanım zamanı ve kullanım süresi vb. şartlar doğrultusunda hekimin hatalı uygulaması sorumluluk doğurabilir[473]. Bu nedenle hekim, ilaç tedavisinde hastanın, tedaviye konu ilacı kullanım aşamalarına ve hastanın tıbbi özelliklerine son derece hakim olmalı, gerekirse bu konuda bir uzmana danışmalıdır. Hekimi hastanın öyküsün eksik alması, ya da teşhiste gerçekleştireceği bir hata, yanlış ilacın tercih edilmesine sebebiyet verebilir[474]. Hekimin ilaçların yan etkileri konusunda hastasını bilgilendirmesi, ilacın yan etkisi görüldüğü takdirde hastasının durumunu derhal değerlendirerek, gerekiyorsa ilacın yan etki göstermeyen ancak daha az etkili bir ilaçla değiştirilmesini sağlaması ya da ilaç kullanımını sonlandırması gerekir[475]. Yine hekim, hastanın birden fazla ilaç kullanması söz konusu ise, ilaçlar arasındaki bağlantıyı iyi değerlendirmeli ve hastaya zarar gelmemesini ya da ilacın tedavi etkisinin ortadan kalkmamasını sağlayacak müdahaleyi ivedi olarak yapmalıdır.

Hastanın düzenli ilaç kullanılmasını gerektiren bir kronik hastalığının bulunduğu durumlarda, ilacın kesilmesine karar vermek son derece zararlı, ölüme götüren rahatsızlıklara sebebiyet verebilir. Örneğin, HIV virüsü taşıyan bir hasta, bağışıklık sistemini sıfırlayan bu virüs nedeniyle savunmasız ve herhangi bir hastalığın kendisini ölüme götürme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu virüsü taşıyan hastaların düzenli olarak kullanmaları gereken ilaçlar bulunmaktadır[476]. Hekimin bunun gibi kronik rahatsızlıklar taşıyan hastaların kullandıkları ilaçları kesmeden önce çok dikkatli hareket etmesi, hastayı deyim yerindeyse adım adım gözlemleyerek, gerekirse derhal ilaç tedavisine kalınan yerden devam etmesi gerekir.

Hekimin hastaya, ilaç olarak kullanılma izni verilmemiş ya da ruhsatı daha sonra iptal edilmiş bir ilacı kullandırmaması gerekir[477]. Bu durumda da hekimin tıbbi hatası doğacaktır.

---

[473] **AŞÇIOĞLU,** s. 83; **HAKERİ,** s. 810; **GÖKCAN,** s. 257.
[474] **HAKERİ,** s. 810.
[475] **HAKERİ,** s. 810; **GÖKCAN,** s. 257.
[476] **TÜMER, Aygen/ÜNAL, Serhat,** *"HIV/AIDS Epidemiyolojisi ve Tedavide Yenilikler"*, Türk HIV Aids Dergisi, C. 12, S. 1, Ankara 2014, s. 16.
[477] **HANCI,** s. 103; **GÖKCAN,** s. 257.

dd. Cerrahi Müdahalede Hata Yapılması

Hekim, hastaya uygulayacağı tedavi cerrahi müdahale de içerebilir. Bu kapsamda ameliyat yöntemi de yer alır. Hastaya yapılacak cerrahi müdahalenin, tıp biliminin standartlarına uygun şekilde yapılması ve uygun cerrahi müdahale metodunun kullanılması gerekir[478].

Cerrahi müdahale denildiğinde akla ilk gelen kavram, şüphesiz en zorlu tedavi yöntemlerinin başında sayılan ameliyattır. Ameliyat, hasta üzerinde tedavi amacıyla uygulanan kesme, dikme işlemidir. Hekimin ameliyata hazırlık sürecinde hastanın ameliyata uygunluğunu özenle denetlemesi gerekir. Ameliyat sırasında steril olmayan bir malzemenin kullanılması, hastanın vücudu üzerinde açılan bir yaranın dikişsiz bırakılması, vücutta ameliyatta kullanılan bir malzemenin unutulması gibi eylemler, hekimin cerrahi müdahale sürecinde gerçekleştirdiği tıbbi hata teşkil eder[479].

Hekimin başta ameliyat olmak üzere cerrahi müdahalelerinde gerçekleştireceği en önemli hataların başında, bir medikal malzemenin hastada unutulması ya da çift organlardan sağlıklı olanın cerrahi müdahaleye maruz bırakılması gelir. Yargıtay, cerrahi müdahalede hasta vücudunda yabancı bir cismin unutulmasını ağır bir kusur olarak nitelendirmekte olup, bu tarz vakıalarda verdiği kararlarda hekimin kusurlu olduğunu açıkça belirtmiştir[480].

Hekimin hastanın sağlam uzvunu ameliyat etmesi Yargıtay'a göre tıbbi hata teşkil eder. Örneğin bir kararda[481] hekimin, sol üst çenede yer alan çürük dişi çekmesi gerekirken, sağ üst çenede yer alan dişi çekmesi neticesinde hekimin kusurlu olduğu

---

478 **GÖKCAN,** s. 258.

479 **GÖKCAN,** s. 259.

480 Yargıtay 13. HD. 14.03.1983 tarih, 1982/7237 E. ve 1983/1783 K. sayılı karar. Kararda, böbrek ameliyatında davacıda iki metre uzunluğunda gazlı bez unutulmuş olmasının doktorun özensizliği ve objektif ağır kusuru olduğu belirtilmektedir. (YKD. C. 9 S. 7, s. 1036); Yargıtay 12. CD. 26.05.2016 tarih, 2015/12938 E. ve 2016/8875 K. sayılı karar. Kararda, spinal anestezi altında, kadın hastalıkları ve doğum hekimi tarafından sezaryen ile doğum yapan bir hastanın vücudunda gazlı bez unutulmuş, hasta bu nedenle ikinci bir operasyon geçirmek zorunda kalmış, bağırsağının kesilip alınması gerekmiştir. Davaya konu olayda hekimin birden fazla kusuru olduğu belirtilmektedir. Bu kusurlar; hekimin ameliyat sahasını, malzeme sayımı yapmadan kapatmış ve hasta vücudunda gazlı bez unutmuş olması, ikinci olarak da hastanın gazlı bezin vücudunda unutulduğu operasyon sonrasında hekime başvurarak sorun olduğunu belirtmesine karşın, hekimin vücutta yabancı bir cisim olduğunu teşhis edememiş olmasıdır. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.03.2019); Yargıtay 4. HD. 16.05.2013 tarih, 2012/9921 E. ve 2013/8979 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.03.2019).

481 Yargıtay 4. CD. 11.12.2003 tarih, 2002/28399 E. ve 2003/11352 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.03.2019).

belirtilmiştir. Yine bir başka kararda[482] Yargıtay, hastanın sağ dizi yerine sol dizinin ameliyat edilmiş olmasının hekimin tıbbi uygulama hatası teşkil edeceğine hükmetmiştir.

Cerrahi müdahale öncesinde ve sonrasında hastanın enfeksiyon kapmasına sebebiyet verilmesi de tıbbi hata olacaktır. Ancak hekimin, hastanın enfeksiyon kapmaması için her türlü şartı oluşturduğu, başka bir deyişle hekimin yüksek özen gösterdiği ve gerekli tıbbi standardın sağlandığı anlaşılıyor ise, hekimin tıbbi hatasından söz edilemez[483].

ee. Konsültasyon İstenmemesi

Tıp biliminin sürekli gelişmesi, branşların artmasına, uzmanlaşmanın daha da önem kazanmasına yol açmıştır. Bu durum, hekimin ilgili uzmanlara danışması yükümlülüğü getirmekte olup, konsültasyon istenmemesi bir tıbbi hata olarak kabul edilir[484].

Gerçekten, hastaya uygulanan tedavi esnasında bir komplikasyon gelişmesi ya da hastada mevcut bir hastalığın tedavi sürecini olumsuz yönde etkilemesi durumunda, hekimin öncelikle tedaviye kendisinin devam edip etmemesi gerektiği noktasında bir karar vermesi, takiben de uzmanlık alanı dışında bir değerlendirme ihtiyacı olup olmadığını belirlemesi gerekir[485].

Yargıtay bir kararında [486]; hastanenin acil polikliniğine sırt ve kol ağrısı şikayetleriyle getirilen hastanın acil nöbetçisi hekim tarafından muayene edilmesi, tansiyon ve şeker ölçümü yapılması, EKG' sinin çekilmesi, üç saat müşahedeye alınması sonrasında evine gönderilmesi ve birkaç saat sonra hastanın kalp krizi

[482] Yargıtay 13. HD. 24.09.2013 tarih, 2012/25915 E. ve 2013/22618 K. sayılı kararı. Karardan aynen; *"Mahkemece, davacının davalıların kusuruyla sağ dizinden ameliyat edilmesi gerekirken sol dizinden de ameliyat edildiği kabul edilerek davacılar lehine uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.03.2019).

[483] **GÖKCAN,** s. 259.

[484] **HAKERİ,** s. 816; **GÖKCAN,** s. 261; **SOMER,** s. 164.

[485] **GÖKCAN,** s. 261.

[486] Yargıtay 12. CD. 16.03.2017 tarih, 2015/14397 E. ve 2017/2125 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.03.2019).

nedeniyle hayatını kaybetmesinde hekimin dahiliye veya kardiyoloji polikliniği konsültasyonu istememiş olması nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bir başka kararda[487]; hastane acil servisine baş ağrısı, göğüs ağrısı ve kusma şikayetleriyle başvuran hastanın tansiyonunun ölçülmesi, EKG' sinin çekilmesi, hemogram ve kardiyak enzimlerine bakılması, damar yolu açılması, gözlem altına alınması ve yaklaşık dört saat boyunca gözlem altında tutulmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda dahiliye ve kardiyoloji uzmanı hekimlerden de konsültasyon istenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bir Yüksek Sağlık Şurası kararında, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimin, bebeğin izlenmesi sürecinde radyoloji uzmanından konsültasyon istememesi kusurlu ve tıbbi hata teşkil eden davranış olarak değerlendirilmiştir[488].

Özellikle acil pratisyen hekimlerin karşılaştıkları vakıalarda konsültasyon istemelerinin önemi daha da artmaktadır. Zira hastanenin acil servisine günümüzde her ne kadar adeta her hasta başvurmakta ise de, acil servise başvuran hastanın kural olarak acil bir medikal statüde olduğu, herhangi bir organını ya da hayatını kaybetme ihtimalinin çok daha yüksek olduğu aşikardır. Bu tarz olaylarda, hekimin, hem hastanın en verimli teşhis ve tedavisinin gerçekleştirilmesi, hem de doğacak sorumluluğun etkin bir tıbbi müdahale ile bertaraf edilmesi için, konsültasyon istemesi çok önemlidir.

ff. Yeterli Mesleki Kapasitede Olunmamasına Karşın Tedaviyi Üstlenme Kusuru

Hekimin, uzmanlık alanı kapsamında olmayan bir vakıayla karşılaşabilir. Ya da kendisinin uzmanlık alanı olmasına karşın mesleki yeterliliği haiz olmadığı bir vakıa karşısına çıkabilir[489]. Bazı istisnalar haricinde, mevzuatımızda belirli bir hastalığın mutlaka uzman hekim tarafından teşhis ve tedavi edilmesi gerektiğine ilişkin bir sınırlama yoktur[490]. Başka bir deyişle bir hekim, hekim olma vasfını haiz ise, o takdirde hastaya tıbbi müdahalede bulunabilir. Ancak mevzuatta bir engel olmaması, hekimin

[487] Yargıtay 12. CD. 02.09.2015 tarih, 2014/21442 E. ve 2015/12522 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.03.2019).
[488] **HANCI,** s. 60; **HAKERİ,** s. 847.
[489] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 118.
[490] **GÖKCAN,** s. 261.

her hastaya tedavi gerçekleştirmesini meşru kılmaz. Aksine, hekimin bir hastaya tıbbi müdahalede bulunmadan önce, hastayı tedavi etmeye uygun mesleki kapasiteye sahip olup olmadığını, işin üstesinden gelip gelemeyeceğini muhakeme etmesi gerekir[491]. Zira hasta, hekimin kendisini geliştirmek için basamak olarak kullanacağı, ya da hekimin tecrübe kazanması için sağlığı feda edilebilecek bir kimse değildir. Hekimin böyle bir davranış içerisine girerek, medikal yönden daha olumlu bir neticeye ulaştıramayacağı aşikar olan hastayla ilgilenmeye başlaması, başlı başına özensiz bir davranıştır[492].

Hastaya ilk müdahalenin yapılması şüphesiz tıbbi bir gerekliliktir. Ancak ilk müdahale aşaması haricinde, hastanın tedavisi kompleks bir nitelik arz edebilir. Hekim hastanın yararı adına, tedavinin kendi bilgi ve mesleki tecrübe seviyesini aştığını doğru zamanda fark etmeli ve hastaya zarar vermeden ilgili uzman hekime ya da sağlık kuruluşuna sevki gerçekleştirmelidir[493]. Eğer hekim, hastanın rahatsızlığının kendi mesleki bilgi ve tecrübesini aştığını zamanında fark etmesi gerekirken bunu yapmaz ise; ya da hastanın tedavisinin kendisinin mesleki tecrübe seviyesinin üzerinde olduğunu fark etmesine rağmen tedaviye devam eder ise, tıbbi hata söz konusu olur. Yine hekimin tedaviyi yürütemeyeceğini fark ettiği anda hastayı tedavisini başarıyla düzenleyebilecek bir hekime yönlendirmesi aynı zamanda hekimin hizmetten çekilme hakkının da bir sonucudur[494].

Alman hukukundan örnek bir olayda[495], başparmağı testereyle kesilen hastanın kopan parmak ucuyla bir genel cerraha başvurması sonucunda genel cerrah mikro cerrahi konusunda yeterli bilgi ve deneyime sahip olmamasına karşın, parmağı diker ve kangren gelişir. Yaşanan olayda cerrahın acil müdahale yaptıktan sonra hastayı uzmana veya kliniğe sevk etmemesi kusurlu davranış sayılmıştır.

Yargıtay, 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında üstlenme kusuru kavramını kullanmış ve konunun uzmanı olmayan bir hekimin, teşhis ve tedaviyi yükümlenmesini

---

491 **HAKERİ,** s. 847.
492 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 408.
493 **HAKERİ,** s. 847; **GÖKCAN,** s. 262.
494 **TÜRE, M. Gökhan/TÜRE, Oğuzhan,** *"Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı",* TBB Dergisi, S. 131, Y. 2017, s. 303.
495 **GÖKCAN,** s 262.

üstlenme kusuru olarak nitelendirmiştir[496]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu' nun "üstlenme kusuru" kavramına 2017 yılında verdiği bir kararda[497] da yer verdiğini ve kavramı kabul ettiğini görmekteyiz. Bu kararların bizce iki önemi bulunmaktadır. Birincisi, Yargıtay' ın yüksek dairesi tarafından verilen kararda zikredilen üstlenme kusuru, doktrinde ifade edilmeye başlanan bir kavram olduğundan, Yargıtay' ın tıp hukuku doktrinini yakından takip ettiğini görürüz. İkinci olarak ise, kararın Ceza Genel Kurulu tarafından verilmesi, hiyerarşik olarak CGK altında kademelenen dairelerin de bu kavramı dikkate almak mecburiyetinde kalmalarını sağlayacaktır.

D. Komplikasyon

1. Kavram

Komplikasyon, tıbbi ve hukuki anlamları olan, tıp hukukunu çok yakından ilgilendiren ve tıbbi uygulamanın denetimi bakımından üst seviyede yer tutan, önemli bir kavramdır. Hekimlik mesleğinin icrasında, bir rahatsızlığın bertarafı ya da salt estetik kaygılarla yapılan her tıbbi müdahalede istenmeyen, ancak tıbbi müdahalede bulunulan bireyde zarar meydana getiren bir netice ile karşılaşılabilme olasılığı bulunmaktadır[498]. Komplikasyon, tıbbi anlamıyla vücutta bir hastalığın ya da dış tesirin sebep olduğu farklı bir hastalık ya da arazdır[499]. Ancak çalışmamızda hukuki sorumluluk değerlendirildiğinden, bizim için esas önem arz eden, komplikasyonun hukuki nitelendirmesidir. Bu bakımdan, komplikasyonun hukuki tanımı ise, tıp bilimi prensiplerinin yükümlediği her türlü önlemin alınmasına ve alınan önlem doğrultusunda tıbbi müdahale gerçekleştirilmesine karşın, gerçekleşmesi istenmeyen, hekimliğin doğasına bağlı olarak gelişen, objektif dikkat ve en yüksek özen gösterilse dahi

[496] Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, 2014/12-103 E. ve 2014/552 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.03.2019).
[497] Yargıtay CGK. 16.05.2017 tarih, 2017/12-271 E. ve 2017/278 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.03.2019).
[498] **DEMİR,** s. 42.
[499] **GÖKCAN,** s. 276.

önlenemeyecek, hastada ortaya çıkan olumsuz tıbbi neticelerdir[500]. Doktrinde farklı tanımlar[501] da yer almaktadır.

Bir görüşe [502] göre komplikasyon, kaçınılmaz ve öngörülemez hallerin karşılığıdır. Bir başka görüş [503], komplikasyon kavramı içerisinde "hasta için öngörülemeyen durumların", "öngörülebilir ancak önlem alınamayan durumların", "öngörülebilir ve göze alınan durumların" ve "öngörülebilir ve önlemi alınmış olan durumların" girdiğini ifade eder. Kanaatimizce komplikasyon, hekimin öngörememesi ve öngörse dahi göze alınabilecek riski yansıtmaktadır. Tıbbi uygulamada komplikasyon olarak nitelendirilen zarar doğuran davranışlar, hukuk açısından makul karşılanarak tıbbi hata olarak kabul edilmezler[504].

Burada öngörülemezliğin yanı sıra göze alınabilecek riske yer verilmesi de oldukça makuldür. Zira tıbbi uygulamalarda kural, hastanın tıbbi durumunu kötüleştirmeden, kendisini sağlığına kavuşturmak olmasına karşın, gerçekleşmesi düşük olasılıkta olsa da bazı risklerin alınması zorunludur[505]. Duruma basit bir örnek olarak, diyabet ve morbid obezitesi olan bir kadının, myomektomi operasyonu geçirmesi gerekliliği var ise, o takdirde diyabet ve obezite nedeniyle post-operatif dönemde operasyon yarasının kapanmasının normal bir hastaya kıyasla daha uzun bir zaman alacağı ve hastanın acı çekerek standarttan daha uzun bir süre hayatına devam etmesi gerekebileceği riski dikkate alınır ve bu durumun bilincinde tedaviye girişilir. Başka bir deyişle hastanın, rahatsızlığını bertaraf etmekteki faydası ile oluşabilecek komplikasyon riskinin potansiyel zararı arasında fayda – zarar dengesi kurularak hareket edilir. Zira tıbbi etikte geçmişten bu yana kabul görmüş, tazminat ve sorumluluk hukukunda

[500] **HANCI,** s. 30; **ÖZEL/LEBLEBİCİ,** s. 195; **DEMİR,** s. 42; **ÖZTÜRKLER,** s. 197; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 511; **YAYCI,** s. 33; **ŞİMŞEK,** s. 3552; **VAN DEN BERK,** s. 157; **YARDIM,** s. 17.

[501] **HAKERİ,** s. 782. Burada yazar, komplikasyonu tıbbi kural ve gereklere uygun davranılmasına rağmen neticenin değişmemesi olarak nitelendirmiş, izin verilen risk olduğunu da belirtmiştir. **GÖKCAN,** s. 276. Burada yazar, komplikasyonu, tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranış gösterilmesine karşın, benzer girişimlerde de meydana gelebilme olasılığı kabul edilmiş ancak kişinin sağlığı gereği izin verilen risk olarak tanımlamıştır.

[502] **GÖKCAN,** s. 277.

[503] **YAYCI,** s. 33; **GÖKCAN,** s. 277; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 517.

[504] **AYKIN/ÇINARLI,** s. 511.

[505] **AYKIN/ÇINARLI,** s. 512; **BAKAR,** s. 9.

önemini daha da artıran etik ve sorumluluk ilkesi olan *"Primum nihil nocere"* nin varlığı hekim tarafından her zaman gözetilmelidir[506].

Uygulamada, tıbbi müdahaleler çerçevesinde ortaya çıkan belli başlı komplikasyonlara örnek olarak; kemik kırılması, hücre kanlanması, enfeksiyon, felç, emboli, tromboz, iç organ zedelenmesi, yara tedavi arızaları, post operatif müdahaleler, düşük ayak sendromları gösterilebilir[507].

Yargıtay da çok sayıda kararında komplikasyon kavramına atıfta bulunmuştur. Örneğin, hastanın komplikasyon konusunda, tıbbi müdahale öncesinde uyarılması gerektiği[508], kulakta aralıklı akıntı, işitme azlığı ve çınlama şikayetlerinin giderilmesi için operasyon geçiren hastanın yüzünde felç oluşması [509], bademcik ameliyatı sonrasında kanama, dilin kesilmesi ve vücudun sağ tarafında kısmi felç oluşması[510], komplikasyon olarak nitelendirilmiştir.

Öngörülemeyen zarardan dolayı hekimin sorumlu tutulması düşünülemez. Hekimlik sözleşmesi ile netice garantisi verilmemekte, hekim en yüksek özeni göstermeyi ve tıbbi standart doğrultusunda mesleğini icra etmeyi taahhüt ettiği değerlendirilmektedir. Gerek ceza hukuku bakımından gerekse özel hukuk bakımından hekim sorumluluğunda esas aranan, kusurun varlığıdır[511].

2. Komplikasyon ile Tıbbi Hata ile Arasındaki Fark

Tıbbi hata (malpraktis) ile komplikasyon arasındaki farkın belirlenmesi büyük önem taşır. Zira hekimin bir tıbbi hata yapması halinde, kural olarak ileri sürdüğü temel savunma sebebi olayın bir komplikasyon olduğudur. Hekimin tıbbi hatası ile komplikasyon arasındaki farkı şöyle tanımlamak mümkündür. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen ve bilgi ve beceri noksanlığı sonucu oluşmayan zarar komplikasyon;

---

506 **DEMİR,** s. 43.
507 **DEMİR,** s. 43.
508 Yargıtay 13. HD. 07.02.2014 tarih, 2013/23012 E. ve 2014/22561 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 18.03.2019).
509 Yargıtay 13. HD. 14.11.2018 tarih, 2016/29362 E. ve 2018/10672 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 18.03.2019).
510 Yargıtay 13. HD. 17.07.2018 tarih, 2016/14530 E. ve 2018/7895 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 18.03.2019).
511 **HAKERİ,** s. 782; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 513.

özen yükümlülüğüne aykırı davranış neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçlar ise tıbbi hata teşkil eder[512].

Tıbbi müdahalenin klasik kabul görmüş tıbbi kriterler ve uluslar arası literatüre göre yapılması durumunda, meydana gelen istenmeyen zarar, komplikasyon olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbın kabul ettiği olağan risk ve sapma çerçevesinde gerçekleştirilmiş ise, istenmeyen sonuç meydana gelse dahi tıbbi hata olarak değerlendirilemez [513] . Ancak hekimin, hastayı olası komplikasyonlar konusunda aydınlatmış olması şarttır. Aydınlatılmayan hastanın meydana gelen komplikasyon neticesinde zarara uğraması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı tıbbi hata teşkil eder. Aydınlatmanın kapsamı, yukarıdaki açıklamalarımızda değinildiği üzere, riskin kapsamına göre değişiklik gösterir. Riskin gerçekleşme olasılığı ve ağırlığı arttıkça, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişler[514]. Komplikasyon çerçevesinde aydınlatma konusunda Yargıtay'ın çeşitli kararları da yol gösterici niteliktedir. Örneğin Yargıtay bir kararında[515], bilateral total tiroidektomi ameliyatı

---

[512] **YAYCI,** s. 33; **GÖKCAN,** s. 279.

[513] **HANCI,** s. 30; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 516.

[514] **ŞİMŞEK,** s. 3553.

[515] Yargıtay 13. HD. 02.07.2014 tarih, 2013/23012 E. ve 2014/22561 K. Karara konu olayda hasta, kendisine "bilateral total tiroidektomi" ameliyatı yapıldığını ve ameliyat sonrasında kendisinde ses kısıklığı, nefes darlığı oluştuğunu, toplum içerisine çıkamadığını, ameliyatın muhtemel sonuçları hakkında kendisine bilgi verilmediğini belirterek tazminat talep etmiştir. Kararda; *"Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve istihdam ettiği doktorunun teşhis ve tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesi isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca "Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK.nun 321/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Önemli bir diğer düzenleme de AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİDİR. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence*

sonrasında hastada meydana gelen arazın komplikasyon olduğunu kabul etmiş ancak bu arazın komplikasyon olarak nitelendirilmesine karşın, hekimin bu risk konusunda hastayı aydınlatması gerektiğini belirtmiştir. Bir başka kararda[516] lazerle göz ameliyatı

---

altına almakla yükümlüdürler." Sözleşmenin 4. maddesinde ise, "Meslek Kurallarına Uyma" başlığı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir. Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "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 muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim ile Meslek Etiği kurallarının 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim yada hastanededir. Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan "Bilgilendirilmiş Onam" belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen bir onam belgesi de bulunmamaktadır. Davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır. Hal böyle olunca bu konuda varsa davalı delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir." denilerek komplikasyon konusunda hastanın aydınlatıldığının dosya kapsamından anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 19.03.2019).

[516] Yargıtay 13. HD. 22.01.2014 tarih, 2013/32755 E. ve 2014/1498 K. sayılı kararı. Karara konu olayda, gözdeki miyop rahatsızlığı nedeniyle lazer ile ameliyat olan hasta, gözlerinde görme kaybı meydana geldiği iddiasıyla tazminat talepli dava açmıştır. Kararda; *"...Davalı tarafından ibraz edilen 31.1.2009 tarihli Hasta Bilgilendirme Formu aslında işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı olup, bu rızanın az yukarda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olduğu açıktır. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında da açıklama bulunmaktadır. Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacının, davalı doktor tarafından diğer davalıya ait hastanede 31.1.2009 tarihinde miyop rahatsızlığı sebebiyle lazer yöntemi ile ameliyat edildiği ve sonrasında oluşan görme kusuru nedeni ile eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda; her iki göze yapılan lasik uygulamasının sonrasında keratokonus hastalığının ortaya çıktığı, lasik uygulaması sonrası ortaya çıkan bu durumun komplikasyon olduğu, ortaya çıkan*

olan hastanın gözlerinde meydana gelen görme kaybının komplikasyon olduğu kabul edilmiş ve hastanın aydınlatıldığının hekim tarafından ispatlanması halinde herhangi bir kusur izafe edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay' ın komplikasyon kavramının varlığını kabul ettiği kararlarda, özellikle ve detaylı bir şekilde İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' nin 4. ve 5. maddelerine atıfta bulunduğu da dikkat çekmektedir.

Komplikasyon yönetiminin iyi yapılmamış olması da tıbbi uygulama hatası teşkil eder. Komplikasyon yönetimi, komplikasyon sonrasında ortaya çıkan zararın ortadan kaldırılması adına hastaya yapılan tıbbi müdahaledir[517]. Örneğin kadın hastalıkları ve doğum branşı hekimlerinin doğumda omuz distosisi (bebeğin omzunun rahimden çıkış esnasında takılması) nedeniyle bebekte brakial pleksus zararı (boyundan kola giden sinir ağının zedelenmesi) meydana gelmesi nedeniyle çok sayıda şikayetle karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Bu konuda Yargıtay' ın da dikkate aldığı tıbbi değerlendirme omuz distosisine bağlı brakial pleksus' un meydana gelmesinin bir komplikasyon olduğu ancak hekimin omuz distosisinin bertarafı için yapılması gereken "komplikasyon sonrası" müdahale ve manevraları yapmakta herhangi bir kusuru ve ihmali olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği yönündedir[518].

Komplikasyonların en yoğun görüldüğü tıbbi müdahaleler, cerrahi girişimler olarak karşımıza çıkar[519]. Gerçekten, canlı bir organizma üzerinde çalışmayı esas alan tıp bilimi, dinamik yapıya sahiptir[520]. Bu dinamizm, cerrahi müdahale ile birleştirildiğinde, beraberinde bilinmezliği ve gelişebilecek komplikasyonlara açıklığı getirmektedir. Bizzat karşılaştığımız bir tıbbi vakıanın bu konuda örnek teşkil ettiği kanaatindeyiz: Hasta lomber disk hernisi (bel fıtığı) operasyonu geçirmek için hastaneye

---

komplikasyon ile sağ gözde gözlük düzelmesi ile %90, sol gözde %40 çıktığı, davalıların gerek ameliyat endikasyonları gerekse uygulama tekniği açısından kusurunun bulunmadığı, yapılan ameliyatın tıp bilimine uygun olduğu doktorun özensiz bir davranışı bulunmadığı mütalaa edilmiştir. Hal böyle olunca, davacıya yapılan ameliyatın kusurlu ve hatalı olmadığı, davacıda oluşan görme kaybının ameliyat sonrası oluşabilecek nitelikte olduğu, davalının davacıyı ameliyat öncesinde yapılacak operasyonla ilgili ortaya çıkabilecek komplikasyonlarla ilgili olarak bilgilendirildiği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, mahkemece davanın reddine yönelik verilen kararın zuhulen bozulduğu anlaşılmış olmakla davalının karar düzeltme talebinin kabulüne ve Dairemizin 13.6.2013 gün, 2013/14354 esas, 2013/16113 karar sayılı Bozma ilamının kaldırılarak, kararın yukarda açıklanan sebeplerle Onanmasına karar verilmelidir." http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 19.03.2019).

[517] **AKYILDIZ,** s. 211.

[518] Yargıtay 13. HD. 09.03.2016 tarih, 2015/4087 E. ve 2016/7357 K. sayılı karar. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019).

[519] **GÖKCAN,** s. 280.

[520] **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 92; **HAKERİ,** s. 775; **GÖKCAN,** s. 171.

gitmiş, burada yapılan operasyon sonrasında ayağında titreme ve belinde ağrı şikayetleri olduğunu ileri sürmüştür. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından alınan iki bilirkişi raporunda da bel fıtığı operasyonu sonrasında ortaya çıktığı iddia edilen bulguların komplikasyon olduğuna işaret edilmiştir.

Tıbbi hata ile komplikasyon arasındaki fark tıp doktrini, tıbbi uygulama, tıbbi standart kavramlarının ışığında, bilimsel ve nesnel gerçeklerle açığa çıkartılmalıdır. Zira bu ayrımı tespit edebilmek, hekimler için dahi zor olabilir. Bu doğrultuda belirli temel kriterlerin yol gösterici olması, ancak bu kriterlerin her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle olayda belirleyici olan; hastanın olay esnasındaki tıbbi durumu ve hekimin uygulaması başta olmak üzere durumu değerlendirecek olan hekimlerdir.

3. Sorumluluğa Etkisi

Hekimlikte kural hastanın durumunu kötüleştirmeden tıbbi sorunu bertaraf etmektir. Ancak bu her zaman mümkün olmaz ve istenmeyen, öngörülemeyen sorunlarla karşı karşıya kalınabilir. Hekimin tüm önlemleri almasına ve en yüksek özeni göstermesine rağmen, istenmeyen ve öngörülemeyen olumsuz neticelerle karşı karşıya gelebilmesi mümkün olup, buna komplikasyon denir. Komplikasyonun varlığı halinde ortaya çıkan olumsuz sonuç, tıbbi hata teşkil etmez. Dolayısıyla komplikasyon tanısı konulan zararlı sonuçtan hekim sorumlu tutulmaz[521]. Zira hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmiş ve bu esas doğrultusunda mesleğini icra etmiştir[522]. Bu durum özel hukuk çerçevesinde geçerli olduğu gibi, ceza hukuku ve disiplin soruşturması bakımından da geçerlidir.

Yargıtay da kararlarında [523], hekimin komplikasyon nedeniyle sorumlu olmadığına işaret etmektedir. Her ne kadar komplikasyonun hekimin sorumluluğunu

[521] **ÖZEL/LEBLEBİCİ,** s. 195; **DEMİR,** s. 46; **GÖKCAN,** s. 278.
[522] **HANCI,** s. 29.
[523] Yargıtay 13. HD. 23.05.2018 tarih, 2015/42946 E. ve 2018/6144 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay 13. HD. 27.09.2017 tarih, 2016/7750 E. ve 2017/8617 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay 13. HD. 15.03.2017 tarih, 2015/15331 E. ve 2017/3251 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay 13. HD. 23.05.2018 tarih, 2015/42946 E. ve 2018/6144 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay

doğurmadığı kabul edilmekte ise de; hekimin komplikasyon yönetimi noktasında bir özen eksikliğinin bulunması durumunda, sorumluluğu doğacaktır. Örneğin hekimin lomber disk hernisi ameliyatını yaptıktan sonra hastada düşük ayak sendromu ortaya çıkması halinde, ortaya çıkan düşük ayak sendromu bir komplikasyondur. Buna karşın hastada düşük ayak komplikasyonu ortaya çıktığını bilen hekimin, hastayı tekrar operasyona almak yerine zamanla düzeleceğini telkin etmesi, post-operatif dönemde ortaya çıkan komplikasyon yönetimi eksikliği teşkil eder ve hekim bu nedenle kusurlu davranmış olur.

13. HD. 05.04.2018 tarih, 2015/41712 E. ve 2018/4243 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay HGK. 26.11.2014 tarih, 2013/13-1204 E. ve 2014/965 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019); Yargıtay HGK. 13.04.2011 tarih, 2010/13-717 E. ve 2011/129 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 22.03.2019). Bu kararların tamamının ortak özelliği, Yargıtay' ın, hekim tarafından tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmış olması ve buna rağmen neticenin değişmemiş olması durumunda, hekimin sorumlu olmadığını kabul etmiş olmasıdır.

Üçüncü Bölüm

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Hekimin mesleğinin icrası kapsamında yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, hastanın sağlığı üzerinde istenmeyen neticeler meydana gelebilir. Bu noktada hekimin, meydana gelen zararı tazmin sorumluluğu gündeme gelir. Özel hukuk çerçevesinde sorumluluk, bir kişinin hukuka aykırı bir fiil ile bir başkasına vermiş olduğu zararın tazmini ile mesul olması anlamı taşır [524] . Tazminat sorumluluğu bir özel hukuk yaptırımı olup, hekimin tıbbi müdahaleden doğan özel hukuk sorumluluğu ve buna bağlı olarak tazminat sorumluluğu, Türk hukukunda genel kanunlar içerisinde kendine yer bulmuştur[525]. Hekimin sorumluluğunun kaynağı, haksız fiil, sözleşmeye aykırılık ve vekaletsiz iş görmedir[526]. Kural olarak sorumluluk vekalet sözleşmesinden kaynaklanmakla birlikte, hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunmayan hallerde, haksız fiil sorumluluğu mevcuttur. Esasen, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı, aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyor ise, hastanın ya da hasta yakınlarının açacakları davada vekalet sözleşmesine aykırılığın yanı sıra haksız fiile dayanmaları da mümkündür[527].

Hekimin tazminat sorumluluğunun belirlenmesi noktasında, hukuki sebepler birbiriyle çakışabilir. Uyuşmazlığın haksız fiil hükümlerine mi, yoksa vekalet sözleşmesine aykırılık hükümlerine mi tabi olması gerektiği noktasında tereddütler yaşanabilir. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi hataya uygulanacak borçlar hukuku prensibinin belirlenmesinde, Türk Borçlar Kanunu hükümleri aydınlatıcı nitelik arz eder. Türk Borçlar Kanunu' nun 114/2. maddesi uyarınca, uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye aykırılık hükümlerine haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceği belirlenmiştir. Yine Türk Borçlar Kanunu' nun 60. maddesi, *"Bir kişinin sorumluluğu,*

---

[524] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 474 – 475; **SEÇER,** s. 109.
[525] **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 27.
[526] **ÖZTÜRKLER,** s. 133; **HAKERİ,** s. 872; **GÖKCAN,** s. 988; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 27.
[527] **HAKERİ,** s. 872.

birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir." hükmünü içermekte olup, zarar görenin menfaatine en uygun hükmün uygulanması gerektiği belirlenmiştir.

Hekimin tazminat sorumluluğunda karşımıza dört temel unsur çıkmaktadır. Bunlar; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır[528]. Çalışmamızın aşağıda yer verilecek bölümünde, bu dört ana unsur incelenecektir.

B. Hukuka Aykırılık

Hekimin hukuka aykırı eylemi, sözleşmeye aykırılık şeklinde olabileceği gibi, haksız fiil şeklinde de gerçekleşebilir[529]. Hukuk düzeninin koyduğu kurallara riayet edilmediği takdirde, objektif bir norm olan hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Bir hakkın kötüye kullanılması da hukuka aykırı bir eylemdir[530].

Bir kimsenin, bir başkasına tıbbi müdahalede bulunması, kural olarak o kişinin vücut bütünlüğüne ve sağlık hakkına müdahale anlamı taşır ve yasaktır[531]. Ancak hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını gideren durumlar mevzuatta belirtilmiştir[532]. TMK[533] md. 24/2' ye göre ve TBK[534] md. 63' e göre hukuka aykırılığı bertaraf eden durumlar genel olarak sayılmıştır. Bunlar hastanın aydınlatılmış rıza göstermesi, hastanın üstün yararının bulunması ve kamu yetkisinin kullanılmasıdır[535]. Bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda, zarar mevcut olsa dahi hekimden tazminat talep edilemez[536]. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin

---

528 **GÖKCAN,** s. 988; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 28.
529 **ŞATIR,** s. 61; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 28.
530 **AYKIN/ÇINARLI,** s. 187.
531 **GÖKCAN,** s. 989.
532 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 28.
533 TMK md. 24/2: *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*
534 TBK md. 63: *"Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz."*
535 **SARITAŞ,** s. 119; **SEÇER,** s. 136; **ÇAKAL,** s. 62.
536 **HAKERİ,** s. 872.

dışında, kural olarak hekimin, hastanın sağlığına ve vücut bütünlüğüne müdahalede bulunması, tıbbi kurallara riayet edilmesi ve sözleşmeye uygun davranış gerçekleştirme halinde hukuka uygun olacaktır[537].

Kişinin hayatına ve cismani bütünlüğe dair hakları, en üstün niteliği haiz, mutlak haktır[538]. Mutlak hak, mahiyeti gereği, herkese karşı ileri sürülebilme etkisi ihtiva eder. Dolayısıyla, rıza olmadan bunlara yapılan herhangi bir müdahale hastanın yararına olsa dahi, hukuka aykırı olur ve kişilik hakkına saldırı teşkil eder[539]. Ancak kişinin salt rızasının olması, her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Zira kişinin bu değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak hakkı, beden ve ruh bütünlüğünü sürdürebilmesi ve varlığını koruyabilmesine imkan verdiğinden, kamu düzenini ilgilendirir[540]. Dolayısıyla hekimin tıbbi müdahalesine gösterilen rızanın hukuka aykırılığı bertaraf edebilmesi için, müdahalenin ahlaka, adaba ve kamu düzenine uygun gerçekleştirilmesi şartı aranır. Eş söylemle rızanın geçerliliği, ancak rızayı gösterecek kişinin tasarruf edebileceği haklara yönelik ise söz konusu olabilir[541]. Bu noktada, hekimin ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılık söz konusu ancak rıza da mevcut ise, bu rıza TBK[542] md. 52 uyarınca ancak tazminatta indirim yapılmasına olanak sağlar.

Hekimin sözleşmeye aykırılık şeklinde görülen hukuka aykırı eylemi, hastayı aydınlatma yükümlülüğüne ya da sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde tezahür edebilir[543]. Bu eylemi gerçekleştirerek, hekim hem sözleşmeye aykırılık gerçekleştirmekte hem de hukuka aykırı davranışta bulunmuş olmaktadır. Dolayısıyla hekimin, hastanın aydınlatılmış rızasını alması zarureti vardır[544]. Hekimin hastanın ya

---

[537] **GÖKCAN,** s. 989.

[538] **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 28; **KAHRAMAN,** s. 482; **AKİPEK ÖCAL,** s. 115.

[539] **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 174; **DEMİR,** Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları, s. 38; **AKİPEK ÖCAL,** s. 117.

[540] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 490; **KAHRAMAN,** s. 503; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 28.

[541] **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 490; **KAHRAMAN,** s. 503.

[542] TBK md. 52: *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."*

[543] **GÖKCAN,** s. 989.

[544] Yargıtay 13. HD. 16.02.2017 tarih, 2015/15350 E. ve 2017/1911 K. Karara göre; *"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." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına*

da yakınlarının aydınlatılmış rızasını alma imkanı yok ise, örneğin hastanın ayırt etme gücü bulunmuyor ve yakınlarına ulaşılamamakta ise, hekimin müdahale için beklemesi daha büyük zararların doğmasına sebep olacak ise, hastada zararın meydana gelmesini ve daha ağır tıbbi sonuçların doğmasını önlemek adına üstün nitelikte özel yararın varlığından söz edilebilir[545].

Hekimin tıbbi girişiminin tıbbi kurallar dışında olması durumunda da hukuka aykırılık doğacaktır. Burada söz edilen, hastaya müdahalede bulunmadan önce alınması gereken aydınlatılmış rıza değil, aydınlatılmış rıza olsa dahi, hekimin tıbbi kurallara riayet etmemesidir. Bu durumda da hekimin hukuka aykırı davranışı teşekkül etmiş olacaktır. Örneğin bir çene cerrahının kendi uzmanlık alanı dışına çıkarak Radyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun' a aykırı olarak hastaya röntgen ışını uygulaması, hukuka aykırı bir davranış olur[546].

C. Kusur

1. Kusur Kavramı ve Çeşitleri

Hekimin sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğudur[547]. Kusur, sorumluluk hukuku bakımından hoş görülmeyen ve kınanan bir davranış olup, tıp hukuku bakımından ise, sözleşme ya da haksız fiil sorumlulukları yönünden kurucu unsurdur[548].

---

paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Bu düzenlemelerde aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir." http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 27.03.2019).

[545] **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 29.

[546] **AŞÇIOĞLU,** s. 70; **GÖKCAN,** s. 990.

[547] **ÖZTÜRKLER,** s. 133; **ÖZAY,** s. 127; **ŞATIR,** s. 80; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 184.

[548] **ÖZTÜRKLER,** s. 133; **HAKERİ,** s. 873; **DOĞAN, Murat,** *"Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar.

Kusur, bazı durumlarda ağır, bazı durumlarda ise hafif olabilir[549]. Hekimin, hukuka aykırı netice doğuracak davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi (kast) ya da hukuka aykırı neticenin meydana gelmemesi amacıyla aynı hal ve şartlarda ortalama bir hekim tarafından gösterilecek özenin gösterilmemesi (ihmal) hallerinde hekimin kusuru ortaya çıkar[550]. Dolayısıyla sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olarak iki alt başlığa ayrılır[551].

Kast, hukuka aykırı sonucun öngörülerek, bilerek ve istenerek yerine getirilmesi olup, kusurun en ağır türüdür[552]. Örneğin, hekimin hastadan daha fazla ücret alabilmek için bilerek ve isteyerek hastanın rahatsızlığını tam olarak bertaraf etmemesi ya da hekimin hastanın kısa bir süre sonra tekrar kendisine başvurmasını hedefleyerek tedaviyi eksik gerçekleştirmesi bu kapsamdadır. Yine hekimin yasal olmamasına karşın kürtaj (tıbbi tahliye) yapması ya da hastanın aydınlatılmış rızasını almadan onu denek olarak kullanması[553] ya da bilerek mikroplu iğneyi sterilize etmeksizin hastaya yapılan enjeksiyonda kullanması[554] kasten gerçekleştirilen kusurlu eylemlere örnektir.

Hekimin gerçekleştirdiği müdahalelerde kasten gerçekleştirilen kusurlu eylemlere, kusurun diğer görünüş biçimlerine kıyasla daha az rastlanır[555]. Eş deyişle ihmal, kasta kıyasla çok daha sık görülen bir kusur biçimidir. Öyle ki, bu konuda genellikle kusur denildiğinde akla hekimin ihmali geldiğini belirten yazarlar[556] da bulunmaktadır.

İhmal, özen eksikliğini ifade eder. İhmalin saptanması noktasında ölçüt ise, hekimin mensubu olduğu kategoride yer alan ortalama bir hekimin göstereceği davranıştır[557]. Bu bakımdan bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimin ihmalinin

---

BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf, s. 40; **GÖKCAN,** s. 992; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 30; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 184.

549 **BULUT,** Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, s. 69.

550 **SEÇER,** s. 136; **DOĞAN,** Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, s. 41.

551 **ŞATIR,** s. 81; **GÖKCAN,** s. 992; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 30.

552 **DOĞAN,** Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, s. 43.

553 **GÖKCAN,** s. 992.

554 **ÖZAY,** s. 129; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s. 245.

555 **ÖZAY,** s. 129; **HAKERİ,** s. 873.

556 **ÖZTÜRKLER,** s. 133. Yazar, burada kusurun kast ve ihmal olarak iki alt başlığa ayrılmasına rağmen genelde kusur denildiğinde akla hekimin ihmali davranışı geldiğini belirtmiştir.

557 **HAKERİ,** s. 874; **BAŞPINAR,** s. 27; **DOĞAN,** Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, s. 44; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 31; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 193.

tespitinde dikkate alınacak ölçüt, aynı branşta ve aynı deneyime sahip ortalama bir hekimin göstereceği davranıştır. Başka bir deyişle eşdeğer nesnel kıstaslara göre hareket edilmesi gerekir. İhmal değerlendirmesi yapılırken tıbbi müdahalenin zorluğu ve tıbbi müdahaleye konu rahatsızlığın derecesi de değerlendirilmeli, hekimin kişisel mazeretleri dikkate alınmamalıdır[558]. Örneğin, hekimin uyuşmazlık konusu tıbbi hatanın yaşandığı gün çok sayıda hasta baktığı hekim tarafından gerekçe gösterilemez.

Hekimin kusurunun ağırlığının tazminat miktarının değerlendirmesindeki rolü konusunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe[559] göre, hekimin kusuru hafif de olsa mevcut ise, tüm tazminat miktarından sorumlu olup, tazminatta indirim yapılamaz. Bu görüşün temel dayanağı, hekimlik mesleğinin mahiyeti gereği esasen vekalet sözleşmesi olması ve vekilin işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlı olmasıdır. Yargıtay da kararlarında bu doğrultuda hareket etmektedir[560].

İkinci görüş[561] ise, hekimin kusurunun ağırlığının tespitinin, tazminat miktarının belirlenmesinde, özellikle manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde önem arz

---

558 **HAKERİ,** s. 874.

559 **HAKERİ,** s. 874; **ŞATIR,** s. 81. Bu konuda ŞATIR şöyle demektedir: *"Teorik olarak yapılan bu ayrıma karşın, Özel Hastane/doktor arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olması nedeniyle istikrarlı olarak doktorun "hafif kusur"undan dolayı dahi dikkate alınmalıdır. Kasten yapılan eylem sonucu hastaya zarar veren doktor tam sorumlu olduğu gibi, en hafif ihmalinde dahi tazminat miktarında bir indirim söz konusu değildir. Vekalet sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanan bu uygulama Yargıtay 13. Hukuk Dairesince benimsenmiştir."*

560 Yargıtay 13. HD. 26.10.2004 tarih, 2004/6493 E. ve 2004/15431 K. sayılı kararı. Kararda, bir özel hastaneye başvuran davacı anne ve baba, ikiz bebeklerinin prematüre doğduğunu, prematüre doğum nedeniyle yirmi beş gün bebeklerin küvözde kaldıklarını, bu sırada aşırı oksijen yüklemesi nedeniyle bebeklerden birinin tamamen, diğerinin ise bir gözünün görme yetisini kaybettiğini, bebekleri düzenli olarak davalılardan hekime götürdüklerini ve gözde çapaklanma ve sulanma olduğunu belirttiklerini, buna karşın hekimin durumun normal olduğunu kendilerine belirterek kendilerini yönlendirmediğini ve zararın meydana geldiğini belirterek hekim ve hastane işletmecisi şirket adına dava açmışlardır. Dava sürecinde, dosya bilirkişi raporu alınmak üzere Yüksek Sağlık Şurası' na gönderilmiş, Yüksek Sağlık Şurası raporuna göre istihdam eden hastane ve hekim 1/8' er oranda kusurlu bulunmuştur. Yerel Mahkeme kusur oranlarını dikkate alarak tazminat miktarından indirim yapmış, Yargıtay ise temyiz incelemesinde, davalılar ile davacı hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesinden kaynaklandığını, vekilin görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde zararın tümünden sorumlu olacağını belirtmiş ve kararı bozmuştur. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 27.03.2019); Yargıtay 13. HD. 21.05.2007 tarih, 2007/2531 E. ve 2007/7045 K. Kararda, hekimin tam kusurlu olmasa dahi bütün zararın tazmininden sorumlu olduğu, zira hekimin en hafif kusurundan dahi tam sorumlu olarak sayılması gerektiği belirtilmektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 27.03.2019)

561 **GÖKCAN,** s. 993. Burada yazar, kusurun ağırlık tespitinin, tazminatın kapsamının tayininde ve özellikle manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde önem arz ettiğini belirtmektedir. Aynı görüşü savunan farklı yazarlar için bkz. **ÖZTÜRKLER,** s. 147; **SARITAŞ,** s. 110; **SEÇER,** s. 137.

ettiğini savunmaktadır. Kanaatimizce, TBK[562] md. 51/1 hükmü dikkate alındığında birinci görüşe katılabilmek mümkün olamamaktadır.

TBK md. 51/1 hükmünün mevcudiyetinin yanı sıra, meselenin psikolojik yönüne de değinmek gerekir. Şöyle ki, hekimin kusurunun derecesinin tazminat miktarına etki etmediği düşüncesinin kabul edilebilmesi, hem hekimlerin defansif tıbba yönelmelerine yol açmakta, hem de hastaların en basit konularda dahi astronomik miktarlı tazminat talebinde bulunmalarına sebebiyet vermektedir. Özellikle kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ve üroloji uzmanları, adeta her uygulamalarında son derece büyük bir çekince ile hareket eder hale gelmişlerdir.

2. Meslek Kusuru

Hastanın teşhis, tedavi ve tedavi sonrası tıbbi takibinde, hekimler en önemli rolü üstlenirler. Hekimin kusurunun incelenmesi noktasında doktrinde karşımıza çıkan en önemli kavram kanaatimizce meslek kusurudur. Hukukumuzda tanımı yapılmamakla birlikte, hukuk literatüründe meslek kusuruna ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, geniş anlamda değerlendirildiği takdirde, hekimin, tıbbi durum uyarınca hedefe elverişli olmayan ve zarar doğuracak tüm davranışları meslek kusuru kavramını oluşturur[563]. Bu bakımdan meslek kusuru, yapma veya yapmama şeklinde doğabileceği gibi, tedavi öncesinde, tedavi esnasında ve tedavi sonrasında meydana gelebilir. İkinci görüşe göre, meslek kusuru tıp biliminin eriştiği bilgi seviyesi çerçevesinde gösterilmesi gerekli özene riayet edilmemesidir. Buna göre genellikle tedavi hatası başlığı altında amaca uygun ve elverişsiz her türlü tıbbi tedbir anlatılmak istenmiştir[564]. Bu görüşlerden genel kabul gören, tıp biliminin genel olarak tanınan, kabul görmüş kurallarının kusurlu ihlalidir[565].

Bir tanıma[566] göre, *"tıbbın teorik ve pratik alanlarında genel olarak kabul edilip tanınmış olan objektif mesleki kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin*

[562] TBK md. 51/1: *"Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."*
[563] **ÖZDEMİR,** s. 177; **ÖZTÜRKLER,** s. 168.
[564] **ÖZDEMİR,** s. 177; **ÖZTÜRKLER,** s. 169.
[565] **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 32.
[566] **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 246.

gösterilmemesi sonucu, hukuka aykırı bir davranışta bulunması" meslek kusurudur. Dolayısıyla hekimin salt meslek kurallarına riayet etmesi meslek kusurunun oluşmaması için yeterli olmayıp, aynı zamanda gerekli dikkat ve özeni de mesleki faaliyeti çerçevesinde uygulaması gerekir[567]. Yargıtay' ın eski tarihli bir kararında[568] da meslek kusuru kavramına yer verildiği görülür.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' nin 4. maddesine göre *"Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* Meslek kusuru tanımı uyarınca bu kavramın "tıp biliminin genel olarak tanınmış kuralları" ve "tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılık" olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır[569].

Esasen, meslek kusuru ile sıradan hatalar arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Ancak tıp biliminin kendine özgü yapısı, tıp hukukunun ve bunun alt başlıklarından biri olan kusurun da kendine özgü yorumlanması gerekliliğine yol açmıştır[570]. Zira tıbbi olarak kabul edilmiş kuralların olayda belirlenmesi ve bunların uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesi kolay bir iş değildir. Tıp bilimince genel olarak benimsenmiş bir kuralın mevcudiyetinden söz edebilmek için, hekimlerin büyük bölümü tarafından aynı koşullar altında (hasta yaşı, hasta özellikleri) benzer olaylara (hastalık tipi) sürekli uygulanma aranır[571]. Elbette hekimin tıbben bilinen ancak henüz yeterince yaygınlaşmamış yöntemleri de uygulamasının bir mahsuru yoktur. Hekim, hastanın sağlığına kavuşması için yaptığı risk değerlendirmesi neticesinde az uygulama alanı bulan yöntemin daha verimli olacağına dair somut gerekçelere sahip ise, o takdirde bu yöntemleri de hastanın aydınlatılmış rızasını almak suretiyle uygulayabilir.

Hekim, hafif de olsa kusuru bulunuyor ise sorumluluk altına girer. Zira hekimin, hastanın zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan derhal saptayıp, somut durumun gerektirdiği tüm önlemleri noksansız bir

---

567 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 34.

568 Yargıtay 4. HD. 07.03.1977 tarih, 1976/6291 E. ve 1977/2541 K. sayılı kararı. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 05.01.2019) (**AŞÇIOĞLU,** s. 66**; GÖKCAN,** s. 989; **KAYA,** s. 57).

569 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 33; **ÖZDEMİR,** s. 179.

570 **ÖZTÜRKLER,** s. 169.

571 **ÖZDEMİR,** s. 179; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 34.

şekilde almak ve uygun tedavi yöntemini belirleyerek bunu uygulamak zorundadır[572]. Meslek kusuru, tıbben doğru kabul edilen kural ve usulleri takip etmemektir. Uygulamada bu kusurun somut vakıalarda mevcut olup olmadığının değerlendirmesi, kural olarak bilirkişiler tarafından yapılır[573].

D. Zarar

Hekimin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık, kusur, nedensellik bağı şartlarının yanı sıra, zararın meydana gelmesi gerekir[574]. Zararın bulunmadığı yerde tazmin edilecek bir unsur bulunmamaktadır[575]. Hastanın dile getirdiği tüm şikayetler tıbbi hata teşkil etmediği gibi, her tıbbi hata da zarar doğurmamaktadır[576]. Zarar, aşağıda inceleneceği üzere, maddi olabileceği gibi, manevi olarak da kendisini gösterebilir[577].

Gerçekten, zarar dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde görünür. Bunlar, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarardır. Dar anlamda zarar, teknik anlamdaki maddi zarar olup, kişinin malvarlığındaki eksilme olarak görülür[578]. Geniş anlamda zarar ise, kişinin malvarlığına ilişkin olan zararın yanı sıra, şahıs varlığında ortaya çıkan manevi zararı temsil eder[579].

Dolayısıyla hekimin tıbbi uygulama hatası yapması durumunda karşılaşılan zarar iki çeşittir. Bunlar, hastanın veya yakınlarının malvarlığı değerlerinde eksilme olarak görülen maddi zarar ve şahsi değerler üzerinde görülen bozulma olarak görülen manevi zarardır.

---

572 Yargıtay 13. HD. 25.10.2018 tarih, 2016/29192 E. ve 2018/10060 K. sayılı kararı. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019); Yargıtay 13. HD. 23.10.2018 tarih, 2016/28594 E. ve 2018/9940 K. sayılı kararı. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019); Yargıtay 13. HD. 16.10.2018 tarih, 2016/28494 E. ve 2018/9451 K. sayılı kararı. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019; Yargıtay 13. HD. 28.06.2018 tarih, 2015/41778 E. ve 2018/7411 K. sayılı kararı. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2019).

573 **BAŞPINAR,** s. 32; **YILMAZ,** s. 68.

574 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 385.

575 **AŞÇIOĞLU,** s. 99; **ÖZTÜRKLER,** s. 43; **SARITAŞ,** s. 121; **ÖZAY,** s. 119; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35; **SEÇER,** s. 137.

576 **İNCE/YAZICI,** s. 95.

577 **AŞÇIOĞLU,** s. 99; **HAKERİ,** s. 875; **SEÇER,** s. 137.

578 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 384; **AŞÇIOĞLU,** s. 99; **ÖZTÜRKLER,** s. 43; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35.

579 **ÖZTÜRKLER,** s. 43; **GÖKCAN,** s. 999.

Maddi zarar kapsamına tedavi giderleri, çalışma gücünden kayıp, eşin ya da yakının hayatını kaybetmesi nedeniyle destekten yoksun kalınması, ölüm sebebiyle meydana gelen giderler, cenaze giderleri girmektedir[580]. Maddi zararın söz konusu olabilmesi için üç unsurun birlikte gerçekleşmesi şarttır. Bunlar; malvarlığı, malvarlığında bir azalma meydana gelmesi ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir[581]. Tıbbi müdahale nedeniyle doğabilecek doğrudan zarar, hastanın vücut bütünlüğü ve hayatı ve sağlığı üzerinde meydana gelebilecektir. Vücut bütünlüğüne ilişkin zararın kapsamı TBK[582] md. 54' te belirtilmiştir.

Hekimin kusurlu ve hukuka aykırı uygulaması neticesinde sağlığı zarar gören kişi, tamamen ya da kısmen çalışamaması nedeniyle ileride iktisadi olarak uğrayacağı yoksulluk nedeniyle doğacak zararlarını ve bu nedenle yaptığı tüm giderleri talep etme hakkını kazanır[583]. Ancak hekim, iyileşme garantisi vermediğinden kural olarak hastanın hekime ya da hekimin görev yaptığı hastaneye ödediği tutarı da zarar olarak gösterebilmesi mümkün görülmemelidir. Ancak hatalı tıbbi uygulama nedeniyle daha sonra bu tıbbi uygulamanın doğurduğu zararın bertarafı için yapılan tedavi giderleri maddi zarar kapsamına girmektedir.

Manevi zarar, bireyin kişilik değerlerinde, şahıs varlığında, iradesi dışında meydana gelen eksilme olup, bireyin kişiliğini oluşturan hukuki değerlerde söz konusu olan ihlal nedeniyle uğradığı objektif eksilme ve kayıplar nedeniyle ortaya çıkar[584]. Manevi zarar, bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla, bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevi acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır[585]. Manevi zararın varlığına bağlı olarak istenebilen manevi tazminatın dayanağını, TBK[586] md. 56 ve 58 oluşturmaktadır. Bu her iki madde, TMK md. 24' te

---

580 **ÖZAY,** s. 119; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35.

581 **ÖZDEMİR,** s. 185.

582 TBK md. 54' e göre bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır.

583 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35.

584 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 391; **ÖZAY;** s. 133; **SARITAŞ,** s. 134; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 250; **GÖKCAN,** s. 1001; **ŞATIR,** s. 171; **BULUT,** Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, s. 76.

585 **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 250; **GÖKCAN,** s. 1001; **ŞATIR,** s. 171. **ÖZDEMİR,** s. 189.

586 TBK md. 56: "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak*

yer alan kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemenin uygulamasını teşkil eder[587]. Ayrıca, hekimin sözleşmeye aykırı bir davranışının bulunması durumunda, kişilik haklarının da ihlali neticesinde hastanın, manevi tazminat talebini TMK md. 24 ve 25 hükümlerine dayandırması da mümkündür.

E. Nedensellik Bağı

Hekimin sorumluluğunun şartlarından biri de nedensellik bağıdır. Nedensellik bağının mevcut olmadığı bir olayda, hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi kabul edilemez. Nedensellik bağının başta mevcut olup sonrasında kesildiği hallerde de hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[588]. Nedensellik bağı, ortaya çıkan zarar ile sorumluluğun bağlandığı davranış ya da olay arasındaki neden – sonuç ilişkisinin göstergesidir[589]. Eş söyleyişle hekimin haksız fiili ya da sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle zararın meydana gelmiş olması gerekir[590].

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda kabul gören teori, "uygun nedensellik bağı" teorisidir[591]. Gerçekleşen neticeyi olayların normal akışı ve hayat tecrübeleri doğrultusunda meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir neticenin gerçekleşme ihtimalini objektif olarak önemli ölçüde artırmış bulunan zorunlu şart ile netice arasındaki bağlantıya, uygun nedensellik bağı denilmektedir[592]. Yargıtay da kararlarında[593] uygun nedensellik bağı teorisini kabul ettiğine ilişkin değerlendirmelere yer vermiştir.

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."
TBK md. 58: *"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."*

587 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 36.

588 **ÖZAY,** s. 120; **ÖZDEMİR,** s. 191.

589 **SARITAŞ,** s. 101; **ÖZAY,** s. 120; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 248; **ÖZDEMİR,** s. 191.

590 **HAKERİ,** s. 875; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 37; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 211.

591 **SARITAŞ,** s. 102; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 248; **GÖKCAN,** s. 1001; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 211.

592 **SARITAŞ,** s. 102; **GÖKCAN,** s. 1001.

593 Yargıtay 4. HD. 14.07.2004 tarih, 2004/2472 E. ve 2004/9452 K. sayılı kararı. Kararda; *"Nedensellik, haksız eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Türk*

Sözleşmesel çerçevede bakıldığında, eser sözleşmeleri bakımından nedensellik bağının daha geniş yorumlandığı görülmektedir[594]. Eser sözleşmesinde hekimin bir sonucu garanti ettiği kabul edildiği için, garanti edilen sonucun elde edilememesi halinde nedensellik bağının mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Ancak vekalet sözleşmesi bakımından, hekimin sonucu garanti etmesi gibi bir değerlendirme yapılamaz. Bu nedenle hastanın, hastalığın olumsuz neticesinden kurtarılamaması nedeniyle hekim sorumlu tutulamayacaktır. Hekimin kusurlu eylemi nedeniyle hatalığın zararlı neticesi gerçekleşmiş ya da önemli ölçüde artış söz konusu olmuş ise, bu durumda nedensellik bağının varlığından söz edilebilir. Hekimin kusuru olmasaydı dahi hastalığın doğal gelişmesi kapsamında olan zararlı sonuç meydana gelecektiyse, kusurla zarar arasında nedensellik bağı yoktur[595].

Nedensellik bağının varlığını ispat yükümlülüğü hastaya aittir[596]. Belirtmek gerekir ki, burada hastadan tam ispattan ziyade emarelere dayalı bir ispatta bulunması beklenmektedir. Ancak uygulamada, açılan davalarda hastanın ispat yükümlülüğü noktasında çok yüksek bir çaba sarf etmesi dahi gerekmemektedir. Zira bu konuda mahkemeler dosyayı Adli Tıp Kurumu' na sevk etmekte ya da üniversite hastanelerinden seçilecek uyuşmazlık konusu branş ve yan branşlarda uzman hekimler tarafından bilirkişi raporu düzenlenmesini istemekte, alınan bilirkişi raporları ile nedensellik bağının mevcut olup olmadığı belirlenmektedir[597]. Hatta hakimin tereddütte kaldığı durumlarda, nedensellik bağının bulunduğuna dair açıkça bir değerlendirme

---

hukukunda kabul gören "uygun nedensellik bağı teorisi" hukuki sorumluluğun temel şartıdır. Buna göre "bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır" (HGK. 9.4.1964, K.538). Somut olayda davacının şirket adına sözleşme yapamaması ile dava konusu olay arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin tarafı olan şirket, davacı yerine başka birini sözleşme yapmakla görevlendirebileceği veya davacı vekilini gönderebileceği gibi imza tarihi değiştirilmek suretiyle de söz konusu sözleşmeyi imzalayabilirdi ki, basiretli tacirden de bu beklenir. O halde dava konusu haksız eylemle uygun nedensellik bağı nda bulunmayan bu kalem zararın reddi gerekirken kısmen kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir." değerlendirmesi yapıldığı ve uygun nedensellik bağı teorisinin kabul edildiği görülmektedir. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.03.2019); Bu konuda başkaca kararlar da bulunmaktadır. Yargıtay 4. HD. 13.09.1988 tarih, 1988/4147 E. ve 1988/7408 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.03.2019); Yargıtay 4. HD. 04.07.1983 tarih, 1983/6000 E. ve 1988/6724 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 16.03.2019); **ŞATIR,** s. 180.

[594] **AŞÇIOĞLU,** s. 102; **HAKERİ,** s. 876; **GÖKCAN;** s. 1002.

[595] **HAKERİ,** s. 876; **GÖKCAN,** s. 1002.

[596] **BUDAK,** s. 351; **SARITAŞ,** s. 106; **ÖZTÜRKLER,** s. 43; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 37; **GÖKCAN,** s. 1003.

[597] **ÖZAY,** s. 121; **GÖKCAN,** s. 1003.

içermeyen bilirkişi mütalaaları, tekrar ek mütalaa düzenlenmek üzere bilirkişilere verilmekte ve nedensellik bağının mevcudiyeti hakkında detaylı bir değerlendirme yapılması istenmektedir. Dolayısıyla doktrinde nedensellik bağının varlığını ispat yükümlülüğünü hastanın ispatlaması gerektiğine dair yapılan değerlendirme, uygulamada yerini "hekimin nedensellik bağı varlığının mevcut olmadığını ispat yükümlülüğüne" bırakma eğilimindedir.

Yargıtay' ın nedensellik bağının varlığının mevcut olup olmadığının incelenmesi bakımından katı bir değerlendirme yapmadığı ve hasta lehine takdir hakkı kullandığı durumlarla karşılaşılabilmektedir[598]. Hatta karşılaşılan bazı kararlar[599] son derece

[598] Bu konuda **HAKERİ** (s. 876)**,** hukukumuzda nedensellik bağının ispatı noktasında bir kesinlik aranmadığını, bu konuda katı davranılmadığını, gerçekleşen zarar ender bir zarar olsa dahi, büyük bir olasılıkla hekimin eyleminin mümkün sonucu olarak kendisini göstermesi halinde uygun nedensellik bağının varlığının kabul edildiğini belirtmektedir. Ayrıca; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, s. 249; Yargıtay 4. HD. 15.03.1993 tarih, 1991/11451 E. ve 1993/2534 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 18.03.2019).

[599] Yargıtay 13. HD. 23.11.2016 tarih, 2015/29698 E. ve 2016/21777 K. sayılı kararı. Kararın özeti şöyledir: Davacı anne ve baba, davalı hastanede sezaryen ile doğum gerçekleştirildiğini, bir kız bebek dünyaya geldiğini, bebeğin doğduğu andan itibaren sürekli ağladığını, vücudunda morarmalar olduğunu ve emme zorluğu yaşadığını, bebeğin durumu hakkında doğduğu gün davalı hastaneye sürekli bilgi verdiklerini ancak herhangi bir değerlendirme yapılmadığını, ertesi gün taburcu edildiklerini, bebeğin evde de şikayetlerinin devam ettiğini, en sonunda baygınlık geçirdiğini, bunun üzerine özel bir muayenehaneye götürüldüğünü, bu özel muayenehanede ilk yardımı yapılarak hayata döndürüldüğünü ve ambulans ile hastaneye kaldırıldığını, ancak hastaneye yetiştirilmeye çalışılırken vefat ettiğini belirterek maddi ve manevi tazminat talepli dava açmışlardır. Aynı zamanda ceza soruşturmasına da girişildiği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme tazminat talepli davanın ilk derece yargılaması neticesinde davanın reddi yönünde karar vermiştir. Davacıların temyizi üzerine inceleme gerçekleştiren Yargıtay, somut olayda davacıların, davalı hastanede dünyaya gelen bebeklerinin doğuştan taşıdığı Hyalen Membran hastalığının belirtileri görülmesine karşın, davalı hekim tarafından teşhis ve tedavide geç kalındığının davacılar tarafından ileri sürüldüğünü, Adli Tıp Kurumu ihtisas kurulundan savcılık dosyasına alınan raporda, yeni doğan bebeğin doğumundan sonra fiziki muayenesinin yapılarak muayene bulgularının APGAR skorunun kayıt edilmesi, bir doz Kvit ve Hepatit aşısının ilk dozunun yapılmasının rutin uygulama olduğu, müşahade evrakına muayene edilen yeni doğan bebeğin APGAR skorunun ve fiziki muayene bulgularının kayıt edilmemesinin, iyi emmediği ifade edilen ve otopsisinde mikroskobik incelemede Hyalen Membran saptanan bebeğin hastaneden tetkik yapılmadan taburcu edilmesinin eksiklik olduğunun belirtildiğini, yine Adli Tıp Kurumu' ndan alınan bir diğer raporda da bebeğin ölümünün Hyalen Membran hastalığından meydana geldiğinin yeni doğan bebeğin APGAR skorunun ve fiziki muayene bulgularının kayıt edilmemesinin, iyi emmediği ifade edilen ve otopsisinde mikroskobik incelemede Hyalen Membran saptanan bebeğin hastaneden tetkik yapılmadan taburcu edilmesinin eksiklik olduğunun, ayrıca bu nedenle çocuk doktorunun kusurlu olduğunun belirtildiği, ancak bebeğin tedavisi yapılsa dahi yaşamasının kesin olmadığından, kusurlu eylem ile ölüm arasında kesin bir nedensellik bağı kurulamayacağını bildirdiğinin anlaşıldığını, olaya bakıldığında doğuştan Hyalen Membran hastalığı ile dünyaya gelmiş olan bebeğin hastalığının zamanında teşhis ve tedavi edilmesi noktasında savcılık ve mahkemece alınan bilirkişi raporlarının aynı doğrultuda olduğu ve davalı çocuk doktorunun fiziki muayene bulguları ile APGAR skorunu yapılan testler ile belirleyip kayıt altına almadığı ve hastalığın belirtilerini gösteren bebeğin durumunun zamanında değerlendirilmediği ve teşhis konulamadığı, bu nedenle zamanında tedaviye başlanamadığı ve davalı doktorun kusurlu olduğunun anlaşıldığı, bu durumda Yerel Mahkemece yapılması gerekenin davacı tarafın tazminat taleplerini değerlendirip hasıl olacak sonuca göre davanın kabulüne karar vermesi olduğunu, ölüm ile kusurlu eylem arasında

radikal ve kanaatimizce defansif tıbbı daha da artıracak niteliktedir. Temel bir sorumluluk prensibi olan nedensellik bağının, hastanın ya da yakınlarının yaşadığı maddi - manevi zarar dikkate alınarak yok sayılması ve hukuka aykırılık, kusur ve zarar unsurlarının sorumluluk için yeterli olduğuna ilişkin değerlendirme yoluna gidilmesi isabetli değildir.

Nedensellik bağının kesilmesi durumunda da hekimin sorumluluğu ortadan kalkar. Nedensellik bağını kesen nedenler mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve hastanın kusurudur. Mücbir sebep, borçlunun faaliyeti ve işletmesi dışında meydana gelen, borcun ihlaline kaçınılmaz şekilde sebep olan, öngörülemez ve önlenemez olaydır[600]. Bu durumda hekimin hatalı tıbbi uygulama iddiasıyla sorumluluğunun doğabilmesi mümkün değildir. Örneğin bir Kardiyoloji uzmanı renal anjiyografi esnasında hiçbir sebep olmamasına karşın beyin kanaması geçirerek bilincini yitirir ve bu nedenle vücuduna hakim olamayıp düşerek hastanın renal arterini (böbrek atardamarını) zedeler ise, meydana gelen zarar ile kusurlu davranış arasındaki nedensellik bağının kesildiği söylenebilir. Elbette mücbir sebep nedeniyle nedensellik bağının kesilmesi son derece istisnai ve nadir bir olay olarak değerlendirilmektedir.

Üçüncü kişinin kusuru nedeniyle de nedensellik bağı kesilebilir. Gerçekten, üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle hekimin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak sorumluluğun ortadan kalkması için, üçüncü kişinin davranışının, nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması aranır[601]. Örneğin, hekimin hastaya kullanmasını tavsiye ettiği ilaç etki doğurmayacak ve aylarca hastanın karaciğer ve böbreklerini yoracak ve hatta zarara uğratacak nitelikte olmasına karşın, hastaya bu ilacı temin etmek için gittiği eczanede böbrek ve karaciğerde hızla tahribata yol açacak bir başka ilacın verilmesi durumunda, hekimin kusurlu davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı kesilmiş olur.

---

nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle yanlış değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesinin usule ve yasaya aykırı olup bozma sebebi olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Yargıtay, nedensellik bağının tespit edilemediği vakıada kusurun tespit edilmiş olmasını yeterli saymıştır. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 18.03.2019)

600 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 408; **SARITAŞ,** s. 103; **ÖZAY,** s. 121; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 212.

601 **ÖZAY,** s. 121; **ÖZDEMİR,** s. 192.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hekimin sorumluluğunu ortadan kaldıracak üçüncü kişi eyleminin ağırlığıdır[602].

Hastanın kusuru nedeniyle nedensellik bağının kesilmesi için de aranan koşul, hastanın kusurunun gerek ve yeter ağırlığı haiz olmasıdır[603]. Şayet hastanın kusuru, nedensellik bağını kesecek ağırlıkta değilse, tazminatta indirim yapılması gerekir. Örneğin ortopedi ve travmatoloji hekiminin hastanın kırık parmağını kaynaması için alçıya alması ve hastaya üç hafta boyunca parmağın alçıda kalması gerektiğini belirtmesine karşın hastanın alçıyı sadece bir hafta muhafaza edip, takiben çıkartması durumunda parmak kemiğinin kaynamaması nedeniyle hekimin sorumluluğundan söz edilemez.

II. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Hekimin hukuki sorumluluğu, hekimlik mesleğinin icrası kapsamında, tıbbi müdahale gerçekleştirdiği hastada oluşan zararlı sonuçların tazmini kapsamında etkisini gösterir. Hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi zarar, nedensellik bağı ve hukuka aykırılık kavramlarını da ihtiva ettiği takdirde, hekimin zararı tazmin yükümlülüğü doğacaktır[604]. Kusurlu hekim, hastaya verdiği zarardan dolayı ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etmek zorunda olup, tazminat, zararlandırıcı fiilin yaptırım gücüdür[605]. Bu talep doğrudan hasta tarafından herhangi bir dava açmadan da ileri sürülebilir. Ancak uygulamada hastaların dava açmaları adeta kural halini almıştır. Zarar gören hasta, tıbbi tazminat davası açmak suretiyle, uğramış olduğu zararın kusurlu hekim tarafından tazmin edilmesini talep edecektir[606].

---

[602] Üçüncü kişinin eyleminin nedensellik bağı nı kesecek ağırlığı haiz olmadığına ilişkin bizzat tecrübe ettiğimiz bir vakıada Adli Tıp Kurumu Başkanlığı' nın düzenlediği bilirkişi raporunun sonuç kısmı şöyledir: *"Adli tahkikat dosyasında kayıtlı bilgiler, tıbbi belgeler ile otopsisinde tespit edilen bulgular birlikte değerlendirildiğinde trafik kazasına bağlı kişide oluşan travmatik değişimlerin lokalizasyonları, özellikleri ve ağırlıkları itibariyle zamanında tanı konularak uygun takip ve tedavisinin yapılması durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı cihetle hekimlerin kusurlu eylemlerinin trafik kazasına bağlı yaralanma ile kişinin ölümü arasındaki nedensellik bağı nı kesmeyeceği oybirliği ile mütalaa olunur."*

[603] **SARITAŞ,** s. 104; **ÖZAY,** s. 121; **ÖZDEMİR,** s. 193; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 214.

[604] **SARITAŞ,** s. 131, **ÖZAY,** s. 130; **HAKERİ,** s. 878; **KAYA,** s. 69.

[605] **ÖZAY,** s. 130.

[606] **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 249.

Tazminatın belirlenmesi noktasında, hekimin sorumluluğunun kaynağının sözleşmeye ya da haksız fiile dayanması söz konusu olabilir. TBK md. 114/2 uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama alanı bulabilir olmasına imkan sağlanmıştır[607].

Tazminatın miktarı belirlenirken zarar görenin zararın meydana gelmiş olmasına sevinmemesini sağlayacak miktarlara hükmedilmesi önem taşır. Zira tazminat miktarı belirlenirken miktarın çok yüksek tutulması halinde, hastaların son yıllarda ülkemizde gelişen, hekimler aleyhine tazminat davası açma yolundaki istekleri daha da artacak, bu durum da belirttiğimiz üzere, defansif tıp uygulamalarının daha da yaygınlaşmasına sebebiyet verecektir. Ödenen tazminatın hastayı tatmin etmesi, ancak hastayı "benzer bir olay yaşansa da tekrar tazminat alsam" düşüncesine sevk edecek miktarı da bulmaması gerekir[608].

Yapacağı bir tıbbi hata nedeniyle hekimin ödeyeceği iki tür tazminat tipi vardır. Bunlar, maddi tazminat ve manevi tazminat olarak iki ana gruba ayrılır.

A. Maddi Tazminat

1. Genel Olarak

Tazminat sorumluluğu açısından, hastanın uğradığı zararlardan biri, maddi zarardır. Maddi zararların karşılanması için ödenen tazminat da maddi tazminat olarak adlandırılır[609]. Genel olarak tazminatın sınırı, maruz kalınan zararlar toplamıdır. Bu müeyyide ile maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin iktisadi bakımdan yaşadığı kaybın geri getirilmesi hedeflenir[610].

Maddi tazminat kapsamında, bedensel zarar ve ölüm olarak iki temel alt başlık yer almaktadır. Bedensel zarar içeriğinde, hekimin hatalı uygulaması nedeniyle mahrum kalınan kazanç kaybı, teşhiste geç kalınması halinde teşhis konulabilmesi için yapılan

---

607 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 392.
608 **HAKERİ,** s. 878.
609 **HAKERİ,** s. 878; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 249; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 42; **BULUT,** Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu, s. 75.
610 **ÖZAY,** s. 130.

ilave masraflar, ilave tedavi ve ilaç masrafları, yol ve ulaşım masrafları yer alır. Ölüm nedeniyle talep edilebilecek maddi tazminata ise destekten yoksun kalma tazminatı ve cenaze giderleri gibi unsurlar dahildir. Hekimin tüm bu tutarları karşılaması yani tazmin etmesi gerekecektir[611].

Destekten yoksun kalma tazminatı bakımından belirtmek gerekir ki, hekimin hukuka aykırı fiili neticesinde ölen hastanın desteğinden yoksun kalanlara bu hak tanımıştır. Yoksa, bu tazminatın talep edilmesi için muhakkak mirasçı olma şartı aranmamaktadır. Destekten yoksun kalanla, hekim arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığından burada vekalet ya da eser sözleşmesi hükümleri değil, haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulur[612].

2. Kapsamı ve Tayini

Maddi tazminat çerçevesinde, bedensel zarar nedeniyle doğan bir maddi tazminat söz konusu olabilir. Bedensel zarar TBK md. 54 uyarınca tedavi giderleri,

---

[611] Yargıtay 3. HD. 16.09.2014 tarih, 2014/6966 E. ve 2014/11870 K. sayılı kararı. Kararda; *"Estetik amaçlı yapılan ameliyat neticesinde, davalı doktorun göğüs ve burun estetiğine ilişkin olarak yaptığı operasyonda Adli Tıp Kurumu raporunda da belirtildiği üzere davalı doktorun kusurlu ve yapılan operasyonun da yine raporda belirtildiği üzere ayıplı olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığından, yapılan işe, işin ayıplı olmasına, davalının kusuruna ve yapılan ödemelere göre değerlendirilip, davacının ameliyat ücreti olarak ödediği bedelin iadesine ilişkin olarak tespit yapılıp hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın operasyon bedeli olarak ödediği bedele ilişkin alacak talebinin tümden reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.04.2019); Yargıtay 13. HD. 28.11.2002 tarih, 2002/11318 E. ve 2002/12909 K. sayılı kararı. Kararda; *"Davacının, davalı doktor tarafından diğer davalı Hastanede ameliyat edildiği tarafların kabulündedir. Davacı, davalı doktor Ümran'ın diğer davalı hastanede çalışmaktayken yaptığı ameliyatta karnında bırakılan bez dolayısıyla meydana gelen ciddi sorunlar dolayısıyla işyerini kapattığını, çeşitli tetkikler yaptırarak, bir çok defalar doktor, yol, taksi ve ilaç için para ödediğini, ayrıca tekrar ücret ödeyerek yeniden ameliyat olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi zararının tazminini istemiştir. HUMK.nun 74. maddesine göre hakim her iki tarafın iddia ve savunması ile bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Bilirkişi davacının maddi zararını hesaplarken, davacının ilk ameliyat masrafları ile birlikte ilk ameliyatın yapıldığı 10.3.1997 tarihinden ikinci ameliyatla gazlı bezin çıkarıldığı 5.5.1999 tarihine kadar 26 ay boyunca yapmış olabileceği tedavi giderleri ve ikinci ameliyatla ilgili tedavi giderlerini hesaplamış ayrıca 10.3.1997 ile 5.7.1999 tarihleri arası kazanç kaybını hesaplayarak maddi zararın miktarını belirlemiştir. Oysa varsayıma dayalı bilirkişi raporu hüküm kurmaya elverişli değildir. Mahkemece, davacıdan maddi tazminata ilişkin isteklerinin hangi kalemlerden ibaret olduğu açıklattırılıp, bu çerçevede delillerinin neler olduğu, davalılardan da karşı delilleri sorularak tüm deliller toplandıktan sonra uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulundan toplanan deliller çerçevesinde ve gazlı bezin karnında unutulmasının davacının mutat iştigaline engel teşkil edip etmeyeceği, ediyorsa kaç gün edeceği de araştırılarak, Yargıtay denetimine uygun elverişli rapor alınarak, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 04.04.2019)

[612] **ÖZAY,** s. 130; **HAKERİ,** s. 880.

kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ya da tamamen kaybedilmesinden doğan kayıp ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak belirlenmiştir.

Tedavi giderleri, hastanın tıbbi müdahale neticesinde, hatalı tıbbi müdahalenin getirdiği zararın bertarafı amacıyla hasta tarafından yapılan tedavilere dair giderlerdir. Bunlar, muayene, tahlil, teşhis, ameliyat, ambulans, yol, bakım, fizik tedavi masrafları olabilir[613]. Örneğin hastanın evinde tedavi gördüğü süre boyunca hastabakıcı tutması halinde ya da herhangi bir organını kaybetmiş olması ve protez takması halinde bunlar tedavi giderleri kapsamına girer[614]. Ya da hastaya özel bir hastanede testis torsiyonu tanısı konamamış olması nedeniyle daha sonra bir başka özel hastanede organın vücuda zarar vermemesi için ameliyatla alınması durumunda, ikinci hastanede yapılan ameliyatın bedeli tedavi giderine dahildir.

Hastanın çalışma gücü, fikren ve bedensel kuvvetini kazanç elde etmek hedefiyle kullanması anlamı taşır. Burada esas dikkate alınacak olan, kazancın azalması ya da yitirilmesi olmayıp, kazancın elde edilmesine ilişkin kuvvetin azalması ya da yitirilmesidir[615]. Dolayısıyla zarar gören hastanın, bu çerçevede maddi tazminata hak kazanması için, tıbbi müdahale esnasında çalışıyor olması gerekmez. İş arayan bir hastanın gördüğü zarar, ya da on yaşında bir çocuğun ileride iş bulması ve dolayısıyla buradan kazanç sağlaması da pekala mümkündür[616].

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle de maddi tazminat doğabilir. Ekonomik geleceğin sarsılması, zarar gören hastanın bedensel bütünlüğünün zedelenmesi nedeniyle, çalışma gücünde bir kayıp meydana gelmese dahi, iş bulmakta ya da işini korumakta eskiye kıyasla daha zorlanmasıdır[617]. Örneğin, bir ses sanatçısının guatr operasyonu geçirdiği esnada yapılan tıbbi hata nedeniyle ses tellerine zarar gelmesi ve ses yapısında olumsuz bir değişiklik meydana gelmesi halinde, mesleki açıdan durumunu sarsacak ve ekonomik geleceğinin sarsılmasına sebebiyet verecektir.

Hastanın tıbbi hata nedeniyle yaşamını yitirmesi durumunda destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir. Destekten yoksun kalma tazminatının tıp hukuku

---

613 **SARITAŞ,** s. 133; **ÖZAY,** s. 130; **KAYA,** s. 70.
614 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 42.
615 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 42.
616 **AŞÇIOĞLU,** s. 101; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 42.
617 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 42.

bakımından görünümü, hayatını kaybeden hastanın desteğinden yoksun kalanların zararının karşılanmasıdır[618]. Tıbbi hata nedeniyle yaşamını yitiren hasta ile desteğinden yoksun kaldığını iddia edenler arasında sürekli, fiili ve düzenli bir destek ilişkisi olması gerekir[619]. Hastanın düzenli olarak destek sağlaması bu tazminata hak kazanmak için aranan kesin şart olmayıp, aynı zamanda ileri dönemde de bu yardımı sağlayacak kişi destek olarak kabul edilir. Burada ilk açıklanan durum eylemli destek, ikincisi ise farazi destek olarak nitelendirilir[620]. Kadın hastalıkları ve doğum branşı kapsamında olan doğumlarda da, bebeğin sağ doğmaması halinde, ceninin desteğinden yoksun kalındığı iddiasıyla maddi tazminat talep edildiğine rastlanmaktadır. Ancak TMK[621] md. 28 uyarınca çocuğun hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla kazandığına işaret edildiğinden, sağ doğmayan bebeğin desteğinden yoksun kalındığı iddiasıyla maddi tazminat talep edilemeyecektir. Nitekim Yargıtay da karşılaştığı olaylarda[622] bu yönde kararlar vermektedir. Destek kavramı, yalnızca nakdi olarak değerlendirilmez. Örneğin bir ev hanımının ölümü halinde de yakınları destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir[623].

Cenaze giderleri ise, tıbbi hata nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi durumunda defin masrafları, otopsi, yemek, davetiye, ilan, mezarlık vb. giderleri içerir[624]. Anlaşılacağı üzere, cenaze giderlerinin kapsamına giren masraflar, hastanın yaşamını yitirmesiyle doğrudan ilgili olup, ölenin sosyo-ekonomik durumuna uygun olmalıdır[625].

Tazminat miktarının tayini noktasında zararın ortaya konması şarttır. Bu nedenle hastanın hem zararın varlığını hem de miktarını ispat külfeti vardır[626]. Bu külfet, Türk Borçlar Kanunu' nun 50/1. maddesi[627] gereği zarar gördüğünü iddia eden (davacı/davacılar) üzerindedir. Ancak zararın miktarı net ve şüphesiz şekilde belirlenemiyor ise hakim, somut olayın koşullarını dikkate alarak hastaya ödenecek

---

618 **AŞÇIOĞLU,** s. 101; **HAKERİ,** s. 880; **ÖZDEMİR,** s. 196; **KAYA,** s. 71.
619 **HAKERİ,** s. 880; **KAYA,** s. 71.
620 **HAKERİ,** s. 880.
621 TMK md. 28: *"Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder."*
622 Yargıtay 4. HD. 16.06.2010 tarih, 2009/11806 E. ve 2010/7278 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 06.04.2019); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.01.1979 tarih, 1978/5550 E. ve 1979/93 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 06.04.2019)
623 **HAKERİ,** s. 880.
624 **AŞÇIOĞLU,** s. 101; **KAYA,** s. 71; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 44; **DERYAL,** s. 371.
625 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 44.
626 **HAKERİ,** s. 880; **ÖZDEMİR,** s. 197.
627 TBK md. 50/1: *"Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır."*

tazminat tutarını belirler[628]. Fakat bu noktada belirtmek gerekir ki hakim, alacaklı olan hasta tarafından ispatlanan zararın ispat edilemeyen bölümünü tayin ve takdir ile belirler[629]. Gerçekten, tazminat miktarının belirlenmesinde mahkemelerce bilirkişi incelemesi yaptırıldığı görülmektedir. Mahkeme, tıbbı hataya dayalı maddi tazminat talep edilen davalarda, öncelikle kusur incelemesi yaptırır. Kusur incelemesini müteakiben, eğer var ise, meslekte kazanma gücünden kayıp ve diğer bedensel zararların oranı tespit edilmek amacıyla tekrar bilirkişi incelemesi gerçekleştirilir. Sırasıyla bu aşamaların geçirilmesi sonrasında dosya hesap bilirkişisine tevdi edilir. Hesaplama yapacak bilirkişinin aktüer ya da uzman aktüer bilirkişi olması önem arz etmektedir[630]. Zira yetkin ve yüksek mahkeme içtihatları ile doktrine hakim olarak yapılan hesaplama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun[631] 30. maddesi ile belirlenen usul ekonomisi ilkesine uygun düşecektir. Elbette uygulamada hesap bilirkişi raporlarına taraflarca itiraz edildiği bilinmektedir ancak bu noktada hakimin de yapılan itirazın usulen ya da dosyada karar verilmesini ertelemek amacıyla mı yapıldığını denetleyebilecek uzmanlıkta olmasını gerektirmektedir.

Hekim kusurlu olsa dahi, somut olayın şartlarına ve sair olgular dikkate alınarak tazminattan indirim yapılabilmesi gerekir. Ancak Yargıtay[632], yukarıda da ifade edildiği üzere, hekimin en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğuna dair bir içtihat geliştirmiş olup, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir[633].

Uygulamada tıbbi hata nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep edilen davalar neticesinde mahkemece, ortaya çıkan olumsuz neticenin hekimin hatasından kaynaklanmadığı belirlenmekle birlikte, daha da yüksek bir özen gösterilmesinin gerektiği ifade edilerek manevi tazminata hükmedilmekte, bu nedenle hekimin icra tehdidi ile karşı karşıya kalmasına sebebiyet verilmektedir. Ancak maddi tazminat

---

[628] TBK md. 50/2: *"Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."* Bu noktada aynı zamanda TBK md. 114/2 hükmü uyarınca haksız fiil sorumluluğuna dair hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağını belirtmek gerekir.

[629] **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 393.

[630] **HAKERİ,** s. 881; **ÖZTÜRKLER,** s. 353.

[631] RG 4 Şubat 2011, 27836.

[632] Yargıtay 13. HD. 06.07.2006 tarih, 2006/5518 E. ve 2006/11185 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 08.04.2019)

[633] **HAKERİ,** s. 881.

şartları oluşmadığı takdirde manevi tazminata da hükmedilemez. Dolayısıyla hekimin tıbbi hatası gerekçe gösterilerek meydana gelen acı ve üzüntü doğuran olayın ağırlığı ne olursa olsun, hekimin maddi bir zararı tazmin yükümlülüğü bulunmadığı belirlenmiş ise manevi zararın tazminine, takdiren ve vicdanen karar verilebilmesi mümkün değildir[634].

B. Manevi Tazminat

1. Genel Olarak

Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi hata nedeniyle oluşan manevi zararı bertaraf etmek için mahkeme tarafından hükmedilecek olan tazminata manevi tazminat denir[635]. Manevi zarar, yukarıda yer verildiği üzere, bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla, o kimsenin duyduğu bedensel ve manevi acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır[636]. Tıp hukuku açısından manevi zarar ise, hatalı bir tıbbi müdahale neticesinde hastanın duyduğu manevi ya da bedensel acının, hayat zevklerinde meydana gelen azalmanın bir yansımasıdır[637].

---

[634] Yargıtay 13. HD. 13.03.2016 tarih, 2015/4466 E. ve 2016/9071 K. Kararda özetle; *"Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK'nın 76. maddesi gereği hakimin görevidir. Davacılar doktorun ihmali ve yanlış tedavi sonucu zarara uğradıkları iddiası ile eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 18/07/2012 tarih ve 2749 karar sayılı raporunda; müteveffa S. K. 'nün ölümünün uterus atoni kanaması ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu, öncesinde sezaryen ameliyatı olan kişinin doğumunun sezaryenle yapılma endikasyonunun doğru olduğu, kişinin ölümüne neden olan uterus atoni kanamasının öngörülemez ve önlenemez bir durum olduğu, anne ve bebek ölümlerine neden olabilecek ağır bir tablo olduğunun tıbben bilindiği, uterus atoni kanamasının kısa sürede tanısının konulduğu, gerekli takip, medikal ve cerrahi tedavisinin yapıldığı da dikkate alındığında hekimlere ve sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığını bildirmiştir. Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu esas alınarak davalıların kusuru bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat talebinin reddine, olayın ağırlığı, neticesi ve meydana geliş şekli itibariyle davacılar üzerinde bırakmış olduğu etkinin kısmen de olsa hafifletilmesi gerekliliğinin hakkaniyete uygun olacağı, olayın manevi tatmin ihtiyacını doğuracak nitelikte olduğu, davacılarda oluşabilecek elem, keder, ıstırap ve üzüntünün derecesi, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, dava taraflarının ekonomik ve sosyal konumları ve durumları gerekçesiyle manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece davalıların kusurunun bulunmadığı kabul edilmiş olup bu yön davacılar tarafından temyiz edilmemekle kesinleşmiştir. Hal böyle olunca manevi tazminatın şartları oluşmadığından davacıların manevi tazminat taleplerinin de reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."* http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 08.04.2019)

[635] **HAKERİ,** s. 882.

[636] **AŞÇIOĞLU,** s. 101; **DEMİR,** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, s. 250; **GÖKCAN,** s. 1001; **ŞATIR,** s. 171. **ÖZDEMİR,** s. 189.

[637] **ÖZTÜRKLER,** s. 43; **ÖZAY,** s. 133.

Manevi tazminatın dayanağı TBK md. 56 ve 58 hükümleri olup, bu hükümler TMK md. 24 ile getirilen kişilik haklarının korunmasını sağlar[638]. TBK md. 56 uyarınca bir kimsenin bedensel bütünlüğüne zarar gelmesi durumunda kendisine, bu zararın ağır olması ya da ölüm halinde ise yakınlarına manevi tazminat ödenebileceği belirlenmiştir.

Yargıtay' a göre manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalı ve zenginleşme amacı olmamalıdır. Manevi tazminat malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın giderilmesini amaç edinmediği gibi, bir ceza olarak da değerlendirilemez[639]. Kapsamı ve tayini oldukça güç olan manevi tazminatta, hakim TBK md. 56 uyarınca manevi tazminata dair somut olayda beliren şartları, takdir yetkisini de ortaya koyarak değerlendirir[640].

2. Kapsamı ve Tayini

Manevi tazminat talebinde, hastanın üzüntü, elem ve ızdırabı nedeniyle zararı bulunmaktadır[641]. Eğer zarar gören, ağır bir bedensel zarara uğramış ya da yaşamını yitirmiş ise, o takdirde zarar görenin yakınları da manevi tazminat talep edebilirler[642]. Bu duruma yansıma yoluyla manevi tazminat talep edilmesi denir. Bilirkişi incelemesi, maddi tazminat talebinin değerlendirilmesi bakımından büyük önem taşır. Zira kusurlu eylemin hekim tarafından meydana getirildiği hakim tarafından açıkça anlaşılamıyor ise, o takdirde uzman görüşüne başvurarak hekimin tıbbi bir hata yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekecektir. Aynı zamanda, hastanın bedensel zararının ağırlığının bilimsel olarak yapılacak değerlendirme ile tespit edilmesi de önem taşır. Gerçekten tıbbi hata iddiasıyla açılan tazminat davalarında bedensel zararın ağırlığının nesnel olarak belirlenmesi, genellikle Adli Tıp Kurumu' nun ilgili ihtisas dairesinin

638 **HAKERİ,** s. 882; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 36.

639 Yargıtay 13. HD. 06.11.2018 tarih, 2016/29361 E. ve 2018/10305 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.04.2019); Yargıtay 13. HD. 11.10.2018 tarih, 2018/5229 E. ve 2018/9301 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.04.2019); Yargıtay 13. HD. 22.02.2018 tarih, 2015/39721 E. ve 2018/2299 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.04.2019); Yargıtay 13. HD. 20.02.2018 tarih, 2016/6167 E. ve 2018/2180 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.04.2019)

640 **HAKERİ,** s. 882.

641 **AŞÇIOĞLU,** s. 101; **EREN,** s. 812; **KAYA,** s. 74.

642 **NOMER,** s. 265; **KAYA,** s. 74; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 45; **SALDIRIM, Mustafa,** Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu, Ocak 2013, s. 255.

değerlendirmesi ile yapılır. Burada Adli Tıp Kurumu, meslekte kazanma gücü kaybının oranını tespit eder. Bu oran dikkate alınarak mahkemece bedensel zararın ağırlığı göz önünde bulundurulur[643].

Manevi tazminat, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmalı ve üzüntünün dindirilmesini amaç edinmelidir. Manevi tazminatın takdirinde ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, hatalı eylemin niteliği, atfedilen kusur oranı, davacı tarafta yaratılan elem ve acının ağırlığı dikkate alınmalıdır[644]. Dolayısıyla birden fazla parametrenin manevi tazminat takdirinde değerlendirilmesi gerektiği görülür.

Hem cismani zararda hem de kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde hakimin takdir edeceği manevi tazminat miktarı, tatmin duygusunu sağlamanın yanı sıra hukuka aykırı davranışın bir daha meydana getirilmemesi için caydırıcı bir özellik ve etkinlik de taşımalıdır[645].

Uygulamada manevi tazminat taleplerinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu görülmektedir. Ancak manevi tazminat, zarara uğrayan tarafından bilinebilir ve takdir edilebilir olduğundan, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulabilmesinin mümkün olduğu söylenemeyecektir[646].

Yansıma şeklinde manevi tazminat taleplerinde bedensel zararın ağırlığının bulunmaması durumunda, bu talebin reddine karar verilmesi gerekir. Yargıtay' ın yerleşik içtihatlarının[647] da bu yönde olduğu görülmektedir.

---

643 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. HD. tarafından adeta tasdiklenen bir olayda yerel mahkeme, çocuğun % 5,1 oranında meslekte kazanma gücü kaybı tespit edilen dava dosyası bakımından davacı anne ve babanın manevi tazminat talebini, ağır bir cismani zarar meydana gelmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

644 **HAKERİ,** s. 883.

645 **ÖZAY,** s. 135. Bu konuda Yargıtay 3. HD. 15.10.2015 tarih, 2014/20170 E. ve 2015/15923 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019); Yargıtay 21. HD. 13.09.2011 tarih, 2011/1661 E. ve 2015/6613 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019); Yargıtay HGK. 23.06.2004 tarih, 2004/13-291 E. ve 2004/370 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019).

646 **HAKERİ,** s. 884. Yargıtay 13. HD. 14.10.2005 tarih, 2005/8333 E. ve 2005/15194 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019).

647 Yargıtay 21. HD. 13.10.2015 tarih, 2015/2544 E. ve 2015/18250 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019); Yargıtay 21. HD. 01.12.2003 tarih, 2003/9485 E. ve 2003/9701 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 14.04.2019) .

C. Sorumluluğun Sınırlanması ve Ortadan Kaldırılması

Sorumluluğun sınırlanması ve ortadan kaldırılması noktasında karşımıza sorumsuzluk anlaşması kavramı çıkar. Sorumsuzluk anlaşması, TBK md. 115' te düzenlenmiş bulunan, sözleşmenin ihlalinden doğan zarar meydana gelmeden önce taraflar (alacaklı ve borçlu) arasında yapılan, tazminat talebinin ortaya çıkmasını kısmen ya da tamamen engelleyen, bağımsız veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılabilen anlaşmadır[648].

Sorumsuzluk anlaşması iki alt başlıkta değerlendirilir. Bunlar sırasıyla hekimin kendi kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması ve yardımcı şahsın kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşmasıdır.

Son dönemde sayıları gittikçe artan tıbbi hata gerekçesiyle açılan davalar göz önüne alındığında, hekimin sorumluluğunun doğmasını baştan bertaraf etmek için sorumsuzluk anlaşması yapmak istemesi söz konusu olabilir. Nitekim hastanın aydınlatıldığını ve tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğini yazılı delil ile ispatlamak adına kullanılan aydınlatılmış onam formlarının uygulamada hekimin sorumsuzluk anlaşması olduğuna ve hastanın tazminat talebi ileri sürmesi halinde bu talebin dinlenmeyeceğine ilişkin, son derece yanlış ancak yaygın bir düşünce olduğu da görülmektedir. Ancak bu noktada, hastanın aydınlatılmış rıza formunu imzalaması ile hekimin sorumsuzluk anlaşmasının birbirinden farklı kavramları nitelendirdiğini belirtmek gerekir.

Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, hastanın kendi vücudu üzerinde karar verme yetisinden, eş deyişle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından ileri gelir[649]. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek, kişinin kendisi için mutlak hakları olan kişilik, yaşama ve sağlığı üzerindeki haklarının ihlali anlamı taşıyacak olan tıbbi müdahalede bulunulmasına rıza gösterdiği anlamı taşır, yoksa hekimin sorumsuzluk anlaşması ile bir ilgisi bulunmamaktadır[650]. Zira rıza üzerine hekim, hastaya müdahalede bulunarak tıp biliminin gereklerini, önceden belirlenmiş amaçları yerine getirmek adına kullanacaktır.

---

[648] **EREN,** s. 1112; **NOMER,** s. 347; **ÖZAY,** s. 136.
[649] **TACİR,** s. 118; **ÇAKMUT**, s. 238; **KAYA,** s. 53; **KAHRAMAN,** s. 486.
[650] **AŞÇIOĞLU,** s. 128; **ÖZAY,** s. 140.

1. Hekimin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

Hekimin, ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik hasta ile ya da yakınları ile yapacağı anlaşma kesin hükümsüzdür[651]. Bu konuda TBK md. 115/1 hükmü[652] son derece açık bir şekilde bu esası ortaya koymuştur. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu' nun yürürlükte olduğu dönemde hekimin, ağır kusuru nedeniyle değil fakat hafif kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağı tartışmalı bir konuydu. Bir görüş[653] hekimin hafif kusuruna ilişkin anlaşmanın geçerli olacağını savunurken, bir diğer görüş[654] hastanın hekime başvurmasında temel amacın hekimin her konuda büyük bir özen ve dikkat ile mesleğinin gereğini yerine getirmesi gerektiği, kaldı ki hekimin mesleğinin icrası için getirilen meslek kurallarına uymakla yükümlü olduğu, bu nedenle hafif kusuru olsa dahi yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağını belirtmekte idi[655]. TBK md. 115/3 hükmü ile bu tartışma ortadan kalkmıştır. Zira kanun koyucu, söz konusu fıkra ile uzmanlık gerektiren bir mesleğin, yalnızca kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen özel izinle yürütülebilir olması durumunda, borçlunun hafif kusurundan dahi olsa yapacağı sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağını belirtmiştir. Hekimlik mesleği de kanun tarafından verilen özel izinle icra edilebildiğinden, hafif kusura ilişkin sorumluluğun sözleşme ile kaldırılması imkanı bulunmamaktadır[656].

2. Yardımcı Kişinin Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

Hekimin, yardımcı şahsın kusurundan dolayı sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağı noktasındaki düzenleme çalışmamızın birinci bölümünde de zikredilen TBK md. 116 ile getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden dolayı sorumluluğu önceden yapılan bir anlaşma ile kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Şüphesiz, bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, borcun

---

651 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 176; **SEÇER,** s. 138.
652 TBK md. 115/1: *"Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*
653 **ÖZAY,** s. 139.
654 **YAVUZ İPEKYÜZ,** s. 145; **SARITAŞ,** s. 137; **KICALİOĞLU,** s. 101.
655 **SEÇER,** s. 138.
656 **HAKERİ,** s. 898; **SEÇER,** s. 139.

ifasında yardımcı kullanmak borca aykırılık teşkil etmemelidir[657]. Ancak, aynı maddenin üçüncü fıkrası[658], yine tıpkı TBK md. 115' te olduğu gibi, özel bir düzenleme içermekte, uzmanlığı gerektiren bir mesleğin yalnızca kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi durumunda yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının mutlak butlan olduğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, hekimin yardımcı kişinin sorumluluğunun bertarafı için yaptığı anlaşma, kusurun derecesine bakılmaksızın, kesin hükümsüz olacaktır[659].

D. Zamanaşımı

1. Genel Olarak Zamanaşımı ve Haksız Fiil Durumundaki Düzenleme

Zamanaşımı, belirli bir zamanın geçmesi ve bunun sonucunda borçlunun ifadan kaçınma hakkına sahip olmasını ifade eder[660]. Hekimin tıbbi hatası nedeniyle maddi ya da manevi zararın doğduğunu belirterek tazminat talep edilmesi halinde zamanaşımı kavramı önem taşır. Zira hekimin yapacağı savunmada, bu talebin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı, zamanaşımı def' i ileri sürülerek ortaya konabilir. Bir uyuşmazlığın tabi olacağı zamanaşımı süresi, uyuşmazlığın hangi hukuki perspektifle nitelendirildiğine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bu çerçevede, uyuşmazlığın vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunun kabul edilmesi halinde, vekalet sözleşmesi için düzenlenen zamanaşımı hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekir; yoksa aynı zamanda haksız fiil hükümlerinin dikkate alınması uygun olmayacaktır[661].

---

[657] **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 426.

[658] TBK md. 116/3: *"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."*

[659] **NOMER,** s. 349; **ÖZDEMİR,** Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebi, s. 284; **SALDIRIM,** s. 465; **SEÇER,** s. 139.

[660] **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 586 – 587; **NOMER,** s. 431; **ÖZAY,** s. 142.

[661] **HAKERİ,** s. 894. Bu konuda **GÖKCAN,** hakimin yükümlülüğünün zarar görene en iyi giderim imkanını sağlamak olduğunu, en iyi giderim kavramının salt tazminat miktarını değil, aynı zamanda zamanaşımı ve ispat konularını da kapsadığını, vekalet sözleşmesi hükümlerine dayanarak tazminat alacağının zamanaşımına uğradığı def' i ileri sürülse dahi hakimin, haksız fiil hükümlerine göre zamanaşımı dolmamış ise, bu nedene dayalı olarak tazminata hükmedilebileceğini, hakimin bütün unsurlar yönünden hangi nedeni gerekçe alarak hüküm kurmasının davacı yönünden lehe olduğunu değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir. **GÖKCAN,** s. 1022.

Türk Hukukunda, aksine bir düzenleme söz konusu olmadığı takdirde tüm alacaklar TBK md. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi olup, sözleşmeden doğan alacakların kural olarak bu süreye tabi olduğunu belirtmek gerekir[662].

TBK md. 72, maddi ve manevi tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini özel olarak düzenlemiştir[663]. Tazminat ilişkisinden doğan talepler de, hukuki nitelikleri dolayısıyla bir alacak hakkı olmasına karşın, kanun koyucu bunların tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından, alacak haklarına ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen TBK md. 146 vd. hükümlerinden ayırmıştır[664]. Buna karşın, sözü edilen bu ayrım, zamanaşımının durması ve kesilmesi gibi konularda olmayıp; süreler ve başlangıç anı yönünden geçerlidir[665]. Maddede üç tür zamanaşımı süresi yer almakta olup, bunlar iki yıllık süre, on yıllık azami süre ve olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresidir.

İki yıllık süre; zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihte işlemeye başlar ve iki yılın geçmesiyle birlikte dolar[666]. Zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi için hekim raporu yeterli olup, zarar görenin sağlık durumunun kötüye gitmesi, ilk zarardan ayrı ve bağımsız olarak iki yıllık sürenin yeniden başlaması anlamı taşır[667]. Ayrıca zarar görenin tazminat yükümlüsünü de öğrenmesi gerekir. Hemen belirtelim ki, iki yıllık sürenin dolması halinde artık on yıllık sürenin dolmuş olup olmamasına bakılmaz, karşı taraf, tazminat talebini ileri sürene karşı zamanaşımı def' i ileri sürebilir[668].

---

662 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 590; **EREN,** s. 1318; **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 347; **GÖKCAN,** s. 1028; **YÜCEL, Özge,** *"Sorumsuzluk Anlaşmaları, Tazminat Sorumluluğunun Tabi Olduğu İspat Kuralları, Görevli Mahkeme ve Zamanaşımı",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan, s. 391.

663 **EREN,** s. 854; **NOMER,** s. 438; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 48; **SALDIRIM,** s. 324.
TBK md. 72/1: *"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, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."*

664 **EREN,** s. 854.

665 **EREN,** s. 854; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 48.

666 **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 206.

667 **EREN,** s. 855; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 49.

668 **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 206.

On yıllık süre; zarar verici fiilin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Burada on yıllık süre bakımından dikkat edilmesi gereken husus, sorumluluğu doğuran olayın ya da fiilin, uzun bir sürece yayılan ve devam eden bir fiil ya da olay niteliğinde olması halinde, on yıllık sürenin bu fiilin ya da olayın sona erdiği anda işlemeye başlaması gerektiğidir[669]. Ancak belirtmekte fayda görmekteyiz, burada söz edilen husus, sürekli bir olayın ya da fiilin varlığıdır. Eş deyişle zarara sebebiyet veren davranışın sürekli olarak tekrarlanması söz konusudur.

Zarar verici fiilin hukuki sorumluluk doğurmasının yanı sıra, kimi zaman suç teşkil etmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş olması durumunda, ceza davası devam ettiği sürece tazminat talepli dava da devam eder[670]. Dolayısıyla mevcudiyeti gereken iki unsur; hem bir ceza davasının bulunması hem de fiilin suç teşkil ediyor olmasının gerekliliğidir[671].

2. Vekalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı Bulması Halinde Zamanaşımı

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki kural olarak vekalet sözleşmesidir. Vekalet sözleşmesine dayalı bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu vakıalarda, TBK md. 147 hükmü uyarınca zamanaşımı süresi beş yıldır[672]. Beş yıllık bu süre, zararın varlığının öğrenildiği tarihten itibaren başlar[673]. Ancak burada karşılaşılan sorun, zararın miktar ve tayininin net olarak öğrenilmesinin mi yoksa salt zarar görüldüğünün öğrenilmesinin mi zamanaşımı süresini başlatacağı noktasındadır. Belirtmek gerekir ki, zararında gelişme ya da olumsuz bir değişiklik olmayan durumlarda zarar görenin bunu öğrenmesi, zamanaşımı süresini başlatır. Örneğin hatalı bir renal anjiyografi nedeniyle hastanın bir böbreğini kaybetmesi durumunda, zamanaşımı işlemeye hastanın böbreğini

669 **EREN,** s. 858; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 50.
670 **EREN,** s. 860; **HAKERİ,** s. 897.
671 **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 51.
672 TBK md. 147: *"Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır: ... Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar..."*
673 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 593; **HAKERİ,** s. 894.

kaybettiğini öğrendiği anda başlar. Zararın kapsamı ve miktarının belirlenmesi aranmaz. Yargıtay' ın bu konuda verdiği kararlar[674] da yukarıdaki düşünceyi yansıtır niteliktedir.

Zararın başta olduğu şekliyle kalmayıp, gelişmesi ve kendini değiştirmesi halinde zamanaşımının işlemeye başlama zamanı konusunda Yargıtay' ın değerlendirmesine göre; ortaya çıkan bu zarar, kendi özel yapısı içerisinde sürekli değişme özelliği gösteriyor ve zararın nitelik ve kapsamında bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, zararda değişme ve gelişme söz konusu olur. Böyle durumlarda zararın kapsamını gelişmekte olan bu durum belirleyecektir ve bu gelişme sona ermedikçe, zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğu ya da ortadan kalktığı öğrenildiğinde işlemeye başlayacaktır[675]. Bu duruma örnek olarak bir üroloji uzmanının sünnet esnasında çocuğun cinsel organında koter cihazıyla bir delik açılmasına sebebiyet olması ve bu olayı takip eden dört yıllık süreçte çocuğun 4 kez farklı tarihlerde ameliyat olması gösterilebilir. Görüleceği üzere, esasen zararlı olay sünnet esnasında meydana gelmiştir ve bilinmektedir ancak sünnet sonrasında gerçekleşen her ameliyat neticesinde zararda değişme meydana gelmekte, ayrıca çocuğun büyümesi nedeniyle zararda gelişme de olmaktadır.

3. Eser Sözleşmesinin Uygulama Alanı Bulması Halinde Zamanaşımı

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün olabilir. Örneğin diş yapımı ya da estetik amaçlı tıbbi müdahaleler eser sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Eser sözleşmesinin uygulanması durumunda,

---

[674] Yargıtay 13. HD. 19.04.2007 tarih, 2006/15155 E. ve 2007/5635 K. Karara konu olayda, kürtaj operasyonu yapılan hasta bitkisel hayata girmiş, uygulanan tanı ve tedavi sonrasında hastaneden taburcu edildiği esnada rahatsızlığında gelişen ya da artan bir durum tespit edilmemiştir. Bu durumda hastanın en geç taburcu edildiği tarih itibarıyla dava açma hakkının doğduğu ve zamanaşımının işlemeye başladığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda açıkça zararın varlığının öğrenilmesinin zamanaşımının başlaması için yeterli olduğu, zararın varlığının öğrenilmesinin zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmadığı belirtilmiştir. Bu konuda Yargıtay' ın verdiği başkaca kararlar da mevcuttur. Yargıtay 13. HD. 16.09.2005 tarih, 2005/5697 E. ve 2005/13292 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.04.2019)

[675] Yargıtay HGK. 11.12.2002 tarih 2002/13-1011 E. ve 2002/1047 K. (**HAKERİ,** s. 898; **YAVUZ İPEKYÜZ,** Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 52 - 54.)

zamanaşımı konusu; alacağın ayıplı ifaya ya da ayıplı ifa dışında nedene dayanması bakımından iki alt başlıkta ele alınır[676].

Ayıplı ifa haricindeki sebeplere dayanan alacak haklarında iş sahibi sıfatını haiz hastanın açacağı davada zamanaşımı TBK md. 147 uyarınca[677] beş yıldır. Kanun koyucu beş yıllık sürenin istisnasına maddede yer vermiş olup, bu istisna "ağır kusur ya da hiç veya gereği gibi ifa etmeme" olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla hekimin ağır kusuru ya da ifanın hiç yapılmaması durumlarında tabi olacağı zamanaşımı beş yıl değil, TBK md. 146' da yer alan süre olan on yıl olarak karşımıza çıkar[678].

Eğer ayıplı ifa sebebine dayanan bir iddia mevcut ise, TBK md. 478' de yer alan özel düzenlemeye bakılır. Buna göre, yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmesi halinde teslim tarihinden başlayarak iki yılın, ağır kusurun varlığı halinde ise yirmi yılın geçmesi halinde zamanaşımına uğrama söz konusu olacaktır[679].

4. Vekaletsiz İş Görme Halinde Zamanaşımı

Hekimin vekaletsiz iş görmesinden dolayı sorumluluğuna gidilmesi durumunda, zamanaşımı önemli bir kavram olarak karşımıza çıkar. Vekaletsiz iş görme yönünden Türk Borçlar Kanunu' nda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir[680]. Bu bakımdan TBK md. 146' da getirilen genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin uygulama alanı bulacağı söylenebilir[681]. Bununla birlikte, özellikle gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye uygulanacak zamanaşımı doktrinde tartışmalı bir konudur. Birinci görüş, uygulanacak zamanaşımının TBK md. 147 hükmünde lafzedilen vekalet sözleşmesinin tabi olduğu süre olan beş yıllık sürenin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir[682]. İkinci bir görüş[683], sebepsiz zenginleşme kurumuna dair Türk Borçlar Kanunu' nun 82. maddesi hükmünün kıyasen uygulanmasını, bu nedenle iki yıl ve on

---

676 **HAKERİ,** s. 897**; GÖKCAN,** s. 1030.
677 TBK md. 147: *"Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır: …Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar…"*.
678 **HAKERİ,** s. 897**; GÖKCAN,** s. 1030; **SALDIRIM,** s. 523.
679 **NOMER,** s. 441; **HAKERİ,** s. 897**; GÖKCAN,** s. 1030.
680 **HAKERİ,** s. 897; **YÜCEL**, s. 392.
681 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 591; **EREN,** s. 1318; **EREN,** Borçlar Özel, s. 908**; HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 347; **GÜMÜŞ,** s. 240; **REMZİ/AYDIN,** s. 316; **AYDIN,** s. 202.
682 **AYDIN,** s. 204.
683 **NOMER,** s. 438.

yıllık zamanaşımı süresinin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir[684]. Üçüncü görüş[685], haksız fiilden ileri gelen alacaklara ilişkin Türk Borçlar Kanunu' nun 72. maddesi hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürer[686]. Dördüncü görüş[687] gerçek olmayan vekaletsiz iş görme neticesinde, haksız fiil perspektifinin göz önünde bulundurularak Türk Borçlar Kanunu' nun 82. maddesi hükmünün kıyas yolu ile uygulama alanı bulması gerektiğini ileri sürmektedir[688]. Son bir görüş[689] ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin tabi olacağı zamanaşımı süresinin, gerçek vekaletsiz iş görmede olduğu üzere Türk Borçlar Kanunu' nun 146. maddesinin uygulama alanı bulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bize göre ayrı bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin, Türk Borçlar Kanunu' nun 530. maddesi hükmü gereği özel bir zamanaşımı süresi de düzenlenmiş olmadığından, son görüşün isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak vekaletsiz iş görmenin gerçekleştiği durumlarda aynı zamanda haksız fiil gerekçesiyle de dava açılma yoluna gidilebilir. Eş deyişle burada haksız fiile dayanarak dava açılması da olasıdır. Bu durumda da TBK md. 72 hükmü gereği iki ve on yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur.

E. Görevli Yargı Yeri

Yukarıda da yer verildiği üzere, günümüzde hekimin tıbbi hata yaptığı iddiasıyla açılan davalar hiç de azımsanacak miktarda değildir ve artış eğilimi göstermektedir. Ancak mevzuattaki gelişmeler doğrultusunda görevli yargı yeri değişiklik göstermekte, ayrıca tazminat istemine konu olayın nerede ve nasıl gerçekleştiği de görevli yargı yerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Tazminat davalarında dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına dair davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme

684 **AYDIN,** s. 204.
685 **TANDOĞAN,** s. 207; **EREN,** Borçlar Özel, s. 913.
686 **AYDIN,** s. 205.
687 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 639; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 751.
688 **AYDIN,** s. 205.
689 **AYDOĞDU/KAHVECİ,** s. 693; **AYDIN,** s. 207.

kural olarak asliye hukuk mahkemesidir[690]. Başka bir deyişle özel mahkemelerin görev alanına giren işler hariç olmak üzere tüm işler asliye hukuk mahkemesinde görülür.[691] Bu kural, Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun 2/1. maddesi ile getirilmiştir.

Ancak, yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[692] ile vekalet ve eser sözleşmeleri tüketici işlemi olarak değerlendirilmiştir[693]. Bu doğrultuda hekim ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde, TKHK hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Zira TKHK md. 3/1-l hükmü içeriğinde tanımlanan tüketici işlemi kapsamında vekalet ve eser sözleşmeleri açıkça zikredilmektedir[694]. Aynı kanunun 73/1. maddesi de, tüketici işlemi olarak nitelendirilen tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğunu belirtmektedir[695]. Dolayısıyla kural, özel hukuk kapsamında görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu halini almıştır[696].

İfade etmek gerekir ki, tüketici mahkemelerinin görevli yargı yeri olması, salt özel hukuk kapsamında hekimlere ve hastanelere yöneltilecek davalar bakımından söz konusudur. Bunun dışında kamuda görev yapan hekimlere ve kamu hastanelerine yöneltilecek davaların idari yargıda ikame edilmesi gerekir[697]. TKHK geçici md. 1/2' ye göre kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen tüketici işlemlerine, hangi kanun yürürlükte iken gerçekleştirilmişler ise, o kanun hükümlerinin uygulanacağı belirlenmiştir. TKHK' nın 87. maddesine göre kanunun, Resmi Gazete' de yayımından altı ay sonra yürürlüğe gireceği belirlenmiştir. Buna göre TKHK, 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu tarihten önceki tüketici işlemlerinde görevli mahkeme, eski hükümlere göre değerlendirilecektir.

---

690 **HAKERİ,** s. 754.

691 **GENÇCAN, Ömer Uğur,** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 125; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 39.

692 RG 28 Kasım 2013, 28835.

693 **ASLAN, İ. Yılmaz,** 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015, s. 23, 27.

694 **KARAKOCALI, Ahmet/KURŞUN, Ali Suphi,** Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), İstanbul 2015; s. 14; TKHK md. 3/1: *"Bu Kanunun uygulanmasında; ... Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder."*

695 **ASLAN,** s. 112.

696 **YÜCEL,** s. 396.

697 **HAKERİ,** s. 755.

Tüketici mahkemesinin görevli mahkeme olarak belirlenmesi öncesinde serbest, özel hastanede ya da dışarıdan çağrılarak görev yapan hekimler aleyhine ikame edilecek tıbbi hataya dayalı tazminat davaları asliye hukuk mahkemesinde görülmekteydi[698]. Günümüzde de halen dava dilekçesinde davalı hekim ile davacı / davacılar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu belirtilerek asliye hukuk mahkemesinde dava açıldığı ve bu davaların asliye hukuk mahkemesi hakimleri tarafından görevsizlik kararı verilerek tüketici mahkemesine gönderildiği görülmektedir. Yargıtay' ın değerlendirmesi[699] de; hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olduğu davalarda görevli yargı yerinin 28 Mayıs 2014 tarihinden itibaren tüketici mahkemesi olduğu yönündedir.

Tüketici mahkemesinde tıbbi hataya ilişkin tazminat talepli dava açılması ve görülmesi kanaatimizce uyuşmazlığın çözümü açısından dezavantaj yaratmaktadır. Bu dezavantajları aşağıda arz etmekte fayda görüyoruz.

Tüketici mahkemesinde görülen davalarda, basit yargılama usulü uygulanır[700]. Bunun nedeni, TKHK md. 73/4 hükmünde, tüketici mahkemesindeki yargılamanın HMK' nın altıncı kısım hükümlerine tabi olduğunun belirtilmiş olmasıdır. Belirtilen bu bölüm basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Basit yargılama usulü tıbbi hata iddiasıyla yargı önüne taşınan bir uyuşmazlığın sıhhatli bir değerlendirme ile bertaraf edilebilmesinin önüne geçmektedir. Zira basit yargılama usulünde taraflar, salt dava ve cevap dilekçeleri ile iddia ve savunma kurarlar. İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi ile başlamış olur[701]. Oysa işin esası olan tıp biliminin başlı başına karmaşık yapısı ve tıp eğitimi almamış bir kişi tarafından kavranmasının yarattığı zorluk, iddia ve savunmanın kurulmasında yazılı yargılama usulünde mevcut olan replik (cevaba cevap) ve düplik (ikinci cevap) dilekçelerinin, yani konunun daha detaylı ve kapsamlı ileri sürülmesinin ve savunulmasının mevcudiyetini gerektirmektedir.

---

698 **AYKIN/ÇINARLI,** s. 263.
699 Yargıtay 13. HD. 13.11.2014 tarih, 2014/30305 E. ve 2014/35473 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019).
700 **KARAKOCALI/KURŞUN,** s. 228; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 46.
701 **GENÇCAN,** s. 1112; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 447.

Basit yargılama usulünün getiriliş amacı, ismine uygun olarak yargılamanın, yazılı yargılamaya kıyasla daha basit, daha kısa ve daha süratli gerçekleştirilmesini sağlamaktır[702]. Bu doğrultuda tüketici mahkemeleri olayı olması gerekenden daha süratli bir şekilde karara bağlamak üzere hareket etmekte, gerek hekim gerekse hasta bakımından maddi vakıa tam olarak aydınlatılmadan karar verilebilmektedir.

TKHK md. 73/2 uyarınca tüketiciler tarafından herhangi bir harç yatırılmadan dava açılabilmesi mümkündür. Bunun anlamı, hekim ya da özel hastane aleyhine dava açmak kolaylaşmış ve harcın gereksiz dava açmayı önleyici etkisi ortadan kalkmıştır[703]. Bu durum özellikle hekimler nezdinde defansif tıbbi perspektifi genişletmenin yanı sıra adli kavramlara uzak bir meslek olan hekimlerin yargılama sürecinde büyük bir endişe ile yaşamalarına sebebiyet vermektedir. Zira hekimin aleyhine açılmış ve görülmekte olan astronomik rakamlı bir dava olduğu düşüncesiyle mesleğini seneler boyunca devam ettirmesi hiç de kolay olmamaktadır.

TKHK, tüketici işlemi tanımı içerisine eser ve vekalet sözleşmeleri dahil olmak üzere, çok sayıda sözleşmeyi dahil etmiş olup, birbirinden farklı konulardaki çok sayıda uyuşmazlığı art arda çözmeye çalışan tüketici mahkemelerinin özel bir uzmanlık gerektiren tıp hukukuna ilişkin meseleyi değerlendirmeleri sıhhatli olamamaktadır. Nitekim Yargıtay' ın son dönemde verdiği kararlarda, davacı tarafın ya da davalı tarafın alınan bilirkişi raporuna itirazlarının değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir[704].

Davanın vekalet ya da eser sözleşmesi dışında haksız fiil hükümlerine ya da vekaletsiz iş görmeye dayandırılması halinde, TKHK' nın tüketici işlemi olarak saydığı bir vakıa söz konusu olmayacağından, görevli mahkeme genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi olur[705].

---

[702] **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 446.

[703] **HAKERİ,** s. 755.

[704] Yargıtay 13. HD. 09.05.2018 tarih, 2015/40782 E. ve 2018/5451 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019); Yargıtay 13. HD. 08.05.2017 tarih, 2015/36944 E. ve 2017/5642 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019); Yargıtay 13. HD. 10.10.2016 tarih, 2015/10193 E. ve 2016/17866 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019); Yargıtay 13. HD. 20.04.2016 tarih, 2015/5821 E. ve 2016/11054 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019); Yargıtay 13. HD. 17.12.2015 tarih, 2015/29559 E. ve 2015/37079 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019); Yargıtay 13. HD. 25.11.2015 tarih, 2014/40412 E. ve 2015/34510 K. http://www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.04.2019).

[705] **HAKERİ,** s. 755.

Hastanın ya da koşulları oluşmuş ise yakınlarının, tazminat talebini salt hekime yöneltmesinin yanı sıra aynı zamanda hekim bir özel hastanede çalışıyor ise ve hasta ile hekim arasında tam hastaneye kabul sözleşmesinin bulunması durumunda müştereken ve müteselsilen olmak suretiyle aynı zamanda özel hastane işletmecisine karşı da ileri sürmesi mümkündür. Hekime ve hastane işleticisine karşı dava açılması durumunda görevli mahkeme yine tüketici mahkemesi olmakta, özel hastanenin ticari şirket olarak örgütlenmesi nedeniyle TTK md. 21/2 hükmü uyarınca davayı görmesi gereken mahkemenin ticaret mahkemesi olduğu görüşü ise Yargıtay tarafından benimsenmemektedir.

F. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

Hekimlerin tıbbi hata yaptıkları iddiasıyla açılan davaların ve yöneltilen tazminat taleplerinin sayısındaki artış, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasının pozitif hukuka dahil edilmesine yol açmıştır. Ülkemizde hekimlerin mesleki sorumluluklarına dair yapılan ilk düzenleme, 16 Mart 2006 tarihinde yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Tebliği[706] olup, bu tebliğ vasıtasıyla hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırabilmelerinin önü açılmıştır[707]. Bu noktada gözetilen başlıca amaç, yurtdışında[708] da yerleşmiş olan, hastaların tıbbi hatalar nedeniyle karşılaştıkları zararlardan doğan haklarının gözetilmesi prensibidir. Ne var ki, belirtilen dönemde bu kendine özgü sigortayı yaptırmak isteğe bağlı olup, zorunluluk öngörülmemiştir.

Devam eden süreçte, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[709] un 8. maddesi

---

[706] RG 16 Mart 2006, 26110.

[707] **AYKIN/ÇINARLI,** s. 753; **ÖZKIDIK, Didem,** *"Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası",* Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2016, s. 250; **YALÇIN, Hakan/ŞAHİN, Afşin,** *"Sorumluluk Hukuku ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası: Türkiye Üzerine Bir Uygulama",* Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2017, s. 49.

[708] Örneğin Danimarka' da hastaların tıbbi hatalardan doğan tazminat imkanlarını geliştirmek adına 1 Haziran 1992 yılından itibaren Danish Law on Insurance for Patients (Hastaların Sigortası Hakkında Kanun) yürürlüğe girmiş ve sağlık sisteminde şikayet ve tazminat haklarını düzenleyen kanun olan Law on Complaint and Compensation within the Healthcare System (Sağlık Sisteminde Şikayet ve Tazminat Hakkında Kanun) kapsamında yer almıştır. **GEZDER, Ümit,** *"Malpractice Liability According to Danish Law",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 12.

[709] RG 30 Ocak 2010, 27478.

ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' a ek 12. madde ilave edilmiş ve hekimler için Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası getirilmiştir[710]. Bu çerçevede, 2010 yılından önce ihtiyari nitelik arz eden bu sigorta, kanunun yürürlüğe girdiği 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren zorunlu sigorta haline gelmiştir[711]. Zira anılan ek 12. maddenin son fıkrası, madde kapsamında sayılan zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verileceğini düzenlemiştir.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, bir sorumluluk sigortası olması nedeniyle, TTK md. 1483 ile getirilen düzenlemeye tabi olup, sigortacı faaliyet gösterdiği dalın kapsamında bulunduğu sürece bu sigortayı akdetmekten kaçınamaz[712]. Bu özel mesleki sigortanın şartları, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları[713] adıyla 21 Temmuz 2010 tarihinde yayımlanmıştır. Aynı tarihli Resmi Gazete' de ayrıca, "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ" ve "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı" da yayımlanmıştır[714].

Sigortanın konusunu, hekimler bakımından, hekimin kusuruyla hastaya verdiği zararlar oluşturur. Zarardan dolayı sigorta şirketinin tazminat ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkması için aşağıdaki şartların[715] varlığı aranır:

- Mesleki faaliyet yerine getirilirken zarar verilmiş olmalıdır.
- Zararın sigortalının (hekimin) kasta dayanmayan ancak kusurlu bir davranışından dolayı meydana gelmesi gerekir.
- Sözleşme süresi içerisinde meydana gelen bir olaydan dolayı aynı süre ya da sözleşme sonrasında tazmin talebinde bulunulması veya sözleşmeden önce meydana gelen bir olaydan dolayı sigorta süresi içerisinde tazmin talebinde bulunulması gerekir.
- Poliçe limitlerinin aşılmaması gerekir.

---

710 **GÖKCAN,** s. 1087; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 753; **BAKAR,** s. 19; **YALÇIN/ŞAHİN,** s. 49.
711 **ÇEKER,** s. 415; **ŞATIR,** s. 230; **GÖKCAN,** s. 1086; **HAKERİ,** s. 926.
712 **ŞATIR,** s. 231.
713 RG 21 Temmuz 2010, 27648.
714 **GÖKCAN,** s. 1087; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 755.
715 **ÇEKER,** s. 415; **ŞATIR,** s. 231 – 232.

Sigortayı yaptırması gerekenler, kamu kurum ve kuruluşlarında ve özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile bunlardan mesleklerini serbestçe icra edenlerdir. Bu kapsam haricindeki kişilerin sigorta yaptırma zorunluluğu yoktur. Örneğin bir tıp fakültesi öğrencisi bu kapsama girmemektedir. Ya da bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, mesleki faaliyette bulunmuyor ise, sigorta yaptırmakla yükümlü değildir[716].

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde icra edilen mesleki faaliyetleri teminat altına alır[717]. Ancak kararlaştırılması durumunda poliçeye yurt dışında gerçekleştirilen tıbbi uygulamaların da dahil edilmesi mümkündür.

Mesleğini serbest olarak icra eden, yani bağımsız çalışan hekim, sigortasını kendisi yaptırmakla yükümlüdür. Özel bir hastanede çalışan hekimin sigortası ise, çalıştığı hastanenin işletmecisi tüzel kişi tarafından yaptırılır. Bu durumda hekim sigortalı sıfatını; özel hastane işletmecisi tüzel kişi ise sigorta ettiren sıfatını haiz olur. Elbette, hekimin bir özel hastaneden bir başka özel hastaneye geçiş yaparak mesleğini devam ettirmesi durumu hasıl olabilir. Bu durumda, hekimin sigortanın başlangıç ve bitiş tarihleri arasında farklı bir hastaneye geçiş yapması söz konusu olur. Bu hallerde önceki sigorta ettiren tarafından yaptırılan sigorta sözleşmesi teminatı devam ediyor ise (yani poliçe iptal edilmemiş ise), yeni göreve başlanan özel hastane işletmecisinin poliçe süresi bitimine kadar sigorta yaptırma sorumluluğu ortadan kalkar[718].

Rizikonun gerçekleştiği an, sigorta sözleşmesinin konusuna dair sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği an ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu andır[719]. Uygulamada zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması sık karşılaşılan bir durum değildir. Bunun yerine zarar gören, tazminat talepli dava ikame etme yolunu tercih etmektedir. Dava dilekçesinin sigortalı olan hekime tebliğ edildiği anda rizikonun gerçekleştiği kabul edilmiştir. Rizikonun gerçekleşmesi halinde hekimin sigortacıya bildirimde bulunması gerekir[720]. TTK md.

[716] **ÇEKER,** s. 416.
[717] **ÖZKIDIK,** s. 255.
[718] **GÖKCAN,** s. 1088; **HAKERİ,** s. 927.
[719] **ÇEKER,** s. 420; **ŞATIR,** s. 235; **HAKERİ,** s. 932; **GÖKCAN,** s. 1093; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 760.
[720] **ÇEKER,** s. 420; **ÖZKIDIK,** s. 261.

1475' e göre, sigortalı, sorumluluğunu gerektirecek olayları on gün içerisinde, kendisine yöneltilen istemleri de derhal sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Hekimin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, TTK md. 1475/3 uyarınca, TTK md. 1446/2 ve 3. fıkra hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirlenmiştir. Dolayısıyla, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmaması ya da geç yapılması, ödenecek tazminatta ve bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan ya da bedelden indirim yoluna gidilir. Burada sigortacının rizikonun daha önce gerçekleştiğini öğrenmiş ise tazminattan indirim yapamayacaktır. Sigorta ettirenin de sigortacının hukuki himaye sağlama zorunluluğu bulunan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında, tebligat üzerine kendisine dava açıldığını vakit kaybetmeden sigortacıya bildirmesi gerekir[721].

Teminat dışında kalan haller; sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ya da etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerden kaynaklı tazminat talepleri, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ve davranış, sigortalının mesleki faaliyetini yerine getirirken alkol, uyuşturucu ya da narkotik madde tesiri altında olması neticesinde meydana gelen olaylar, idari ve adli para cezaları da dahil olmak üzere her türlü ceza ve cezai şartlar olarak karşımıza çıkar[722].

Uygulamada davanın açılması ve dava dilekçesinin tebliği sonrasında sigortalı ve eğer dava özel hastane aleyhine açılmış ise sigorta ettiren sıfatıyla özel hastane, sigortacıya ihbar dilekçesi düzenleyerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 61 hükmü gereği fer' i müdahil olarak davaya katılmasını istemektedir. Sigortacı durumun değerlendirmesi neticesinde davaya fer' i müdahil olarak katılabilir ya da katılmayabilir. Genellikle sigortacının davalı taraf yanında fer' i müdahil olarak yer almayı tercih etmemesi, sigorta poliçesinin kendisi tarafından düzenlenmediği, bir başka sigorta şirketi tarafından düzenlendiği gerekçesine dayanmaktadır. Ancak sigortacının yaptığı değerlendirmede dava neticesinde tazminat ödenme olasılığının yüksek olduğunu görmesi durumunda davaya davalı taraf yanında fer' i müdahil olarak katılması ve tazminat talebinin haksız olduğunu ispatlamaya çalışması lehe olacaktır. Sigortacının davaya fer'i müdahil olarak katılması davalı tarafın lehine ve güven artırıcı bir husustur.

[721] **ŞATIR,** s. 238; **ÖZKIDIK,** s. 261; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 761.
[722] **ÇEKER,** s. 418; **HAKERİ,** s. 927; **AYKIN/ÇINARLI,** s. 758.

Sigortacı, açılmış olan davanın reddini sağladığı takdirde, sigorta sözleşmesi uyarınca ödeme yapmaktan kurtulmuş olur.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında hasar miktarlarının dağılım oranlarına dair 2015 yılı Mart ayı istatistikleri, %60 oranında kadın hastalıkları ve doğum branşına ilişkin tıbbi hata, %20 anesteziyoloji ve reanimasyon alanına ilişkin tıbbi hata, %20 göz hastalıkları branşına ait tıbbi hata nedeniyle sigortacıların ödeme yaptığını göstermektedir [723] . Bu istatistiğe göre, ülkemizde kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının diğer branşlara kıyasla daha fazla tıbbi hataya dayalı tazminat talepleri ile karşı karşıya kaldıkları bir anlamda teyit edilmiş olmaktadır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, 2010 yılında yürürlüğe konmuş olup, amaçlanan, sayıları gün geçtikçe artmakta olan tıbbi hata iddiasına dayalı tazminat taleplerinde hekimin karşılayamayacağı meblağların bir güvencesi olarak sigorta şirketinin öngörülmesidir. Eş söyleyişle, tıbbi hata nedeniyle zarar görenin, zararının parasal açıdan tazmini noktasında hekimlerin iktisadi durumları her zaman buna elvermeyebilmektedir. Örneğin ayda altı bin Türk Lirası net ücret ile görev yapan bir uzman doktorun sebebiyet verdiği tıbbi hata nedeniyle yüz bin Türk Lirası tazminata hükmedilmesi durumunda hastanın bu tutarı eksiksiz bir şekilde hekimden tahsil edebilmesi çok da olası değildir. Kaldı ki mahkeme kararı üzerine girişilecek ilamlı icra takibinde asıl alacak sıfatını alan davada hükmedilen tazminat tutarına ilaveten, yapılacak dosya hesabına olay tarihinden itibaren işleyecek faizin, yargılama masraflarının, nispi avukatlık ücretinin de eklendiği dikkate alındığında zarar görenin tahsil etmesi gereken rakam müddeabihin çok daha üzerinde olmakta, ancak belirttiğimiz üzere, hekimden bu tutarın tamamının tahsil edilebilmesi mümkün olmamaktadır. İkinci olarak hekimin de kendisine yöneltilecek tazminat taleplerine karşı mesleki bağımsızlığını sağlamak, defansif tıbbi uygulamalara girişilmesinden hekimleri uzaklaştırmak amaçlanmaktadır. Ancak bu özel ve zorunlu sigortanın tam anlamıyla işlevini sağladığı kanaatinde değiliz.

[723] **YALÇIN/ŞAHİN,** s. 51.

Zira zarar gören hastanın hekim aleyhine açtığı davada, sigorta şirketleri öncelikle, kendilerine bilgi verildiği (ihbar yapıldığı) durumlarda, sorumlu sigortacının kendileri olmadığını ileri sürerek sorumluluğu kabul etmeme yönünde irade göstermektedirler. Ayrıca bilindiği üzere tıbbi hataya dayalı tazminat davası neticesinde yerel mahkeme tarafından verilen karar, kesinleşmeden icra edilebilir. Eş deyişle yerel mahkemenin tazminata hükmetmesi durumunda, karara karşı hekim tarafından istinaf kanun yoluna başvurulsa dahi, hekim, ilamlı icra takibi ile karşı kalmaktadır. Bir başka deyişle henüz karar kesinleşmemiş iken dahi, hekimin haciz tehdidi ile karşı karşıya kalması söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda hekimin haciz ya da kendisinden tahsilat yapılmaması için yapması gereken, kanun yoluna başvurulan üst mahkemeden tehir-i icra kararı almak ve ilamlı icra takibi dosyasından dosya hesabını ileri bir tarihe (üç ay sonra) yaptırarak, icra dairesi kasasına nakit ya da teminat mektubu olarak bir teminat sunmaktır. İşte bu gibi durumlarda sigorta şirketleri, kararın kesinleşmesi gerektiğini ileri sürerek hekim yerine geçmek suretiyle icra dosyasına teminat yatırma yoluna gitmemektedir. Dolayısıyla sigorta, hekimin menfaatini korumak bakımından kanaatimizce çok işlevli olmamaktadır.

SONUÇ

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temel hukuki niteliği, bir sözleşme ilişkisi olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşme ilişkisi, doktrinde ağırlık kazandığı üzere vekalet sözleşmesidir. Herhangi bir tedavi amacı güdülmeyen, salt estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin ise kural olarak eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Eser sözleşmesi olarak nitelendirmeyi savunanlar tarafından ileri sürülen en önemli dayanakların başında tıp biliminin ilerlemiş olması ve hastalıkların artık tedavisinin çok daha kolay olduğu gösterilse dahi, canlı bir organizma üzerinde bir sonucun taahhüt edilebilmesi, kural olarak, fiilen imkan dahilinde olmayıp, tedavinin gelişmesi, hastalığın tedaviye adaptasyonunu ve kendisin değiştirmesine yol açmaktadır. Somut olayın şartlarına göre eser sözleşmesine uygun bir durum olup olmadığı belirlendikten sonra eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi mümkün olabilir. Bunun dışında hekim ile hasta arasında bir vekalet olmaksızın iş görülmesi halinde, vekaletsiz iş görme söz konusu olacaktır. Herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı, vekaletsiz iş görmenin de geçerlilik alanı bulmadığı hallerde ise hukuki ilişkiye, haksız fiil hükümleri uygulanır.

Hekimin hasta ile arasındaki ilişkinin hukuki niteliği esasen vekalet sözleşmesi olmakla birlikte, sorumluluk doğuran kusur ve hukuka aykırılık unsurları, aynı zamanda haksız fiil de teşkil ediyor ise, hastanın iddia ve talebini, vekalet sözleşmesine aykırılık yerine haksız fiil hükümlerine dayandırması mümkündür.

Teşhis aşamasında ve tedavi sürecinde tıbbi hata yapılması mümkündür. Teşhiste yapılan hatalar ağırlıklı olarak hastanın öyküsünün eksik alınmasından, muayenenin tam ve özenle gerçekleştirilmemesinden, tahlil ve tetkiklerin endikasyona uygun istenmemesinden ya da yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Tedavi aşamasında ise hekimin yanlış bir tedavi yöntemi belirlemesi, konsültasyon istememesi, yeterli mesleki kapasitede olmadığı durumlarda tedaviye devam etmesi ya da cerrahi müdahalede hata yapması ile karşılaşılmaktadır.

Hekimin teşhis öncesinden başlayarak tedavinin başarıyla tamamlanmasından sonra dahi hasta ile arasındaki bağlantı nedeniyle hukuki sorumluluğu doğabilir. Bu

nedenle hekimin hasta ile etkileşim kurduğu her aşamada yüksek bir özen çerçevesinde mesleki faaliyetini yürütmesi gerekir.

Hekimin aydınlatma, rıza alma, tıbbi yardımı aracısız verme, öykü alma, muayene etme, teşhis koyma ve hastaya en uygun tedavi yöntemini seçerek uygulama, sadakat ve özen, kayıt tutma, sır saklama, hesap ve alınanları verme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin herhangi birine riayet edilmemesi durumunda hekimin hukuki sorumluluğunun doğması mümkündür.

Hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması konusunda gösterilmesi gereken dikkat ve özen son derece önemlidir. Zira hekimin tıbbi müdahale neticesinde istenmeyen sonuç ile karşılaşılması durumunda, istenmeyen sonuç bir komplikasyon niteliğinde olsa dahi, aydınlatma ve rızanın alınması noktasındaki eksikliği, tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalmasına sebebiyet verecektir. Kaldı ki, hekimin tıbbi hatası iddiasıyla yapılan tazminat talepli başvurularda rutin olarak aydınlatma ve rıza alma yükümlülüklerinin yerine getirilmediği iddia edilmekte olup, bu konuda ispat yükü de hekim üzerindedir. Aydınlatmanın kapsamı aciliyetin azalması, rizikonun artması, tedavi amacından uzaklaşma ve hastanın açıkça talebi halinde genişlemektedir. Aciliyetin artması, rizikonun azalması, hastanın daha önce aydınlatılmış olması ve hastanın özellikle istemediğini bildirmesi durumlarında daralır.

Hekimin mesleğini yaparken yüksek özen göstermesi gerekir. Bu hekimin temel yükümlülüğüdür. Özen yükümlülüğünü yerine getirmek, mesleki faaliyetin bütününe yayılan bir zorunluluk olduğundan, hekimin mesleğini icra ettiği her aşamada diğer yükümlülüklerinin de yerine getirilmesi sağlanmış olacaktır.

Hekimin mesleğini bağımsız icra etmeyip, bir özel hastanede çalışıyor olması da mümkündür. Bu durumda hastaneye kabul sözleşmesinin varlığından söz edilir. Hastaneye kabul sözleşmesi, hastaneye tam kabul sözleşmesi ve hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesi olarak iki alt başlığa ayrılır. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde tazminat talebi hastaneye yöneltilebileceği gibi, hekime de yöneltilebilir. Zira bu durumda hekim, hastanenin ifa yardımcısı konumundadır. Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinde ise, hekim ile hasta arasında vekalet sözleşmesi kurulmakla birlikte, hastane ile hasta arasında da vekalet sözleşmesi mevcuttur.

Hekimin tıbbi hata yapıp yapmadığı noktasında, istenmeyen neticenin komplikasyon olarak tespit edilmesi, hekimin sorumluluktan kurtulmasını sağlamaya yetmemektedir. Aynı zamanda hekimin komplikasyon yönetimini de yüksek özen göstererek basiretli bir hekimin gerçekleştireceği şekilde yapmış olması aranmaktadır. Aksi takdirde hekim, hastada meydana gelen zararın tazmininden sorumlu olacaktır.

Yargıtay, verdiği kararlarda İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine atıf yapmaktadır. Dolayısıyla İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' nin tıp hukukunun uygulamasında önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. İlaveten, Yargıtay' ın verdiği kararlarda genel perspektifi incelendiğinde, doktrini de yakından takip ettiği görülmektedir.

Yargıtay, hasta aleyhine neticelenen yerel mahkeme uyuşmazlıklarında salt T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı' ndan alınan raporları yeterli bulmamakta, buna ilaveten üniversitede görevli ve uyuşmazlık konularında uzman en az üç kişilik bilirkişi heyetinden açıklayıcı bilirkişi raporu alınmasını gerekli görmektedir.

Hekimin gerek kendisi gerekse yardımcı kişinin sorumsuzluğuna ilişkin yapacağı anlaşmalar Türk Borçlar Kanunu' nun 115. maddesi üçüncü fıkrası ve 116. maddesi üçüncü fıkrası gereği kesin hükümsüz olacaktır.

Vekalet sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' un 3. maddesi ile tüketici işlemi olarak sayılması ve aynı kanunun 73. maddesi birinci fıkrası ile tüketici işlemi olarak nitelendirilen tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olarak belirlenmesi tıbbi uyuşmazlıklardan doğan ihtilafların görülmesi açısından büyük bir dezavantaj yaratmaktadır. Zira bu mahkemelerde basit yargılama usulü uygulanmakta olup, tıbbi konulardaki uyuşmazlıkların daha net anlaşılabilmesi için yazılı yargılama usulünün uygulanması gerekir. Basit yargılama usulünün getiriliş amacı, ismine uygun olarak yargılamanın, yazılı yargılamaya kıyasla daha basit, daha kısa ve daha süratli gerçekleştirilmesi olup, bu usulün uygulandığı tüketici mahkemesi, olması gerekenden daha süratli bir şekilde karar verme yoluna gitmekte ve netice olarak hem hekim hem de hasta bakımından olay tam olarak anlaşılamadan karar verilmektedir. Yine tüketici mahkemesinde, birbirinden farklı çok sayıda uyuşmazlığın bertarafı hedeflenmekte olup, birbirinden farklı konulardaki çok sayıda uyuşmazlığı art

arda çözmeye çalışan tüketici mahkemelerinin özel bir uzmanlık gerektiren tıp hukukuna ilişkin meseleyi değerlendirmeleri de sıhhatli olamamaktadır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası' nın yürürlüğe getirilme amacı, sayıları gün geçtikçe artmakta olan tıbbi hata iddiasına dayalı tazminat taleplerinde hekimin karşılayamayacağı meblağların bir güvencesi olarak sigorta şirketinin öngörülmesidir. Bir başka hedeflenen ise, topluma sunulan en önemli hizmetlerden olan sağlık hizmetinin verilme kalitesini, hekimlerin tazminat talebi korkusuyla defansif anlayışlara yönelmeden, yalnızca mesleki faaliyetlerine odaklanmalarını sağlayarak, üst seviyede tutmaktır. Ancak uygulamada bu özel sigortanın gerektiği şekilde işlediğini söyleyebilmek güçtür. Zira hekim aleyhine ikame edilen davalarda hekimin derhal ihbarda bulunması durumunda sigorta şirketleri sorumluluğun kendilerinde olmadığı savını ileri sürmekte ve davaya hekim yanında fer' i müdahil olarak katılmaya dahi uzak kalmaktadırlar. İkinci olarak, hekim aleyhine açılan tazminat davalarında, kararın kesinleşmeden ilamlı icra takibine konu edilmesi söz konusu olmaktadır. Henüz kanun yolu incelemesinde olan ancak ilamlı icra takibine konu edilmiş tazminat taleplerinin mevcudiyeti halinde, hekim haciz baskısı ile karşı karşıya kalmakta ve sigorta şirketleri kararın kesinleşmesinden önce herhangi bir ödeme yapmayacaklarını bildirmektedirler. Bunun anlamı hekimin, hacizle karşı karşıya kalması ya da icranın geri bırakılması kararı almak adına icra dosyasına teminat yatırmasıdır. Dolayısıyla bu özel sigortanın uygulamasında karşılaşılan problemler oldukça ciddi bir şekilde karşımıza çıkmış bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

AKARTEPE, Alpaslan, *"Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin / BÜYÜKAY, Yusuf, s. 13 – 22.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, *"Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu, Ankara 2017, Editörler. TACİR, Hamide / ALTUNKAŞ, Aysun, s. 111 – 124.

AKSOY GÜLASLAN, Pınar, *"Acil Tıp Uygulamalarında Aydınlatma ve Rıza",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 453 – 468.

AKSÜT, Meliha, Hasta Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2015.

AKYILDIZ, Sunay, *"Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 205 – 213.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018.

ARINCI, Atilla, *"Estetik Cerrahide Hukuki Sorumluluklar ve Eser Sözleşmesi",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 785 – 797.

ARIKAN, Mustafa / KALKAN, Erdal / ERDİ, Fatih / DENİZ, Mehmet / İZCİ, Emir, *"Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri"* Türk Nöroşirurji Dergisi, S. 1, Y. 2016, s. 40 – 48.

ARPACI, Abdülkadir, *"Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 5 – 14.

ASLAN, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015.

ASLANOVA, Kemale, Sağlık Hukuku Ders Notları, İstanbul 2017.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

AYDAŞ, Selma, Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Anlayışları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

AYDIN, Gülşah Sinem, Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme, İstanbul 2017.

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

AYKIN, Aykut Cemil / ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2016.

AYKIN, Aykut Cemil, Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015.

BAKAR, Murat, Türk Toplumunda Tıbbi Malpraktis, Hekimler ve Sağlık Personeline Güven, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.

BAŞAĞAOĞLU, İbrahim, *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 11, S. (1, 2, 3), s. 389 – 392.

BAŞPINAR, Veysel, *"Hekimin Özen Borcu",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin / BÜYÜKAY, Yusuf, s. 23 – 38.

BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953.

BUDAK, Ali Cem, *"Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 337 – 356.

BULUT, Berivan, *"Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 59 – 82.

ÇAKAL, Ayça, Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara 2018.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *"Hekimler Tarafından Tutuklu veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 231 – 250.

ÇEKER, Mustafa, *"Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası",* YÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2011, YÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2012, s. 411 – 422.

ÇİMEN, Esra, *"Hasta – Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 107 – 126.

DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Ankara 2017.

DEMİR, Bahadır, *"Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 37 – 56 (Hekimin Tıbbi Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları).

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

DEMİR, Mehmet, *"Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu",* AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 225 – 257 (Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu).

DERYAL, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012.

DERYAL, Yahya, *"Özel Hastanelerde Hukuki Sorunlar ve Sorumluluklar",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 43 – 62 (Özel Hastanelerde Hukuki Sorunlar ve Sorumluluklar).

DOĞAN, Cahid, *"Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 177 – 196.

DOĞAN, Murat, *"Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin / BÜYÜKAY, Yusuf, s. 39 – 55 (Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı).

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamalarda Ekip İşbirliği ve Güven İlkesi, İstanbul 2016.

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan / ERKOL, Zehra Zerrin, *"Amerika Birleşik Devletleri Hekim ve Hemşire Malpraktis ve Advers Etki Bildirim Sistemi ve Verileri"*, I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 831 – 836.

DURAK, Yasemin, *"Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 147 – 175.

DURAL, Mustafa, *"Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 249 – 258.

ERDOĞMUŞ, Ersoy, Hekim Hakları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018 (Borçlar Özel).

ERSOY, Yüksel, *"Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları",* TBB Dergisi, S. 53, Y. 2004, s. 161 – 189.

ERYILMAZ, Vildan, *"Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 37 – 58.

GENCER, Zafer Adem, Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2014.

GENÇCAN, Ömer Uğur, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013.

GEZDER, Ümit, *"Hekimin Yükümlülükleri*", Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 124 – 145 (Hekimin Yükümlülükleri).

GEZDER, Ümit, *"Malpractice Liability According to Danish Law",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 12 - 25.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 2014 (Borçlar Özel).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2018.

HAKERİ, Hakan, *"Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 18 – 44 (Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları).

HAKERİ, Hakan, *"Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları"*, Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 1 – 9 (Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları).

HAKERİ, Hakan, *"Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 119 – 134 (Türkiye' de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku).

HAKERİ, Hakan, *"Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 31 – 48 (Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma).

HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005.

HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, *"Özel Hastane ve Hekimlerin, Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve 02.07.2014 Tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi Kararı İncelemesi",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 129 – 146.

HİLAL ÇELİK, Nazlı, *"Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Sona Ermesi",* YÜHFD, C. 11, S. 1, Y. 2014, s. 244 – 287.

IŞIK YILMAZ, S. Berfin, *"Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",* TBB Dergisi, S. 98, Y. 2012, s. 389 – 410.

İNCE, C. Haluk / YAZICI, Yüksel Aydın, *"Adli Tıp Bilimi Açısından "Tıbbi Uygulama Hataları" Davalarına Yaklaşım",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 93 – 101.

KAHRAMAN, Zafer, *"Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası"* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 479 – 510.

KAHRAMAN, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.

KARABAĞ, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

KARAKOCALI, Ahmet / KURŞUN, Ali Suphi, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), İstanbul 2015.

KAYA, Mine, *"Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu",* TBB Dergisi, S. 100, Y. 2012, s. 45 – 82.

KAYA, Mine, *"Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2012, s. 134 – 203 (Türk ve Amerikan Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı).

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011.

KİRKİT, Ecem, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2016.

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

KURT, Ekrem, *"Hekimlik Sözleşmeleri",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 59 – 75.

NOMER, Haluk N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2018.

OEHLER, Wolfgang, *"Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, s. 15 – 28.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Baskı, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Baskı, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. Baskı, İstanbul 2018.

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

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2017.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, *"Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü",* TBB Dergisi, S. 105, Y. 2012, s. 263 – 290 (Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebi).

ÖZEL, Çağlar / LEBLEBİCİ, Doğan N., *"Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış"* Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 2, Y. 2007, s. 177 – 200.

ÖZKAN, Hasan / AKYILDIZ (ÖNER), Sunay, Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008.

ÖZKIDIK, Didem, *"Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası",* Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2016, s. 245 – 268.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2017.

POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, 2. Baskı, Ankara 2015.

REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2016.

SALDIRIM, Mustafa, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu, Ocak 2013.

SARITAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2006.

SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, *"İtalya' da Hekimlerin Sorumluluğu ve "Consenso Informato" (Bilgilendirilmiş Rıza)",* YÜHFD, C. 6, S. 2, Y. 2009, Çeviren. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, s. 29 – 42.

SEÇER, Öz, *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu"* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2013, s. 107 – 148.

SEÇİLMİŞ, Mehmet, Acil Servislerde Yaşanan Mediko Legal Problemler, Ankara 2016.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019.

SERT, Gürkan, *"Hasta Hakları",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, s. 125 – 153.

SERT SÜTÇÜ, Selin / CİHAN, Ali Hulki, *"Özel Organ ve Doku Nakillerinde Doktorun Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünün İncelenmesi",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 1 – 16.

SIMON, Jurgen, *"Medical Liability in* Germany*",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 233 – 248.

SOMER, Pervin, *"Multidisipliner Alanlarda Tıbbi Uygulama Hatalarının Tespiti Sorunu",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 157 – 166.

SOMER, Pervin, *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 41 – 57 (Hekimin Hukuki Sorumluluğu).

ŞATIR, Nejdet, Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay – Danıştay İçtihatları, Ankara 2015.

ŞATIR, Nejdet, *"Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorları ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 77 – 87 (Kararlar).

ŞENOCAK, Zarife, *"Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası",* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 65 – 80.

ŞİMŞEK, Uğur, *"Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza",* Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan III, İzmir 2015, s. 3535 – 3556.

TACİR, Hamide, *"Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu, Ankara 2017, Editörler. TACİR, Hamide / ALTUNKAŞ, Aysun, s. 45 – 57 (Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı).

TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Şubat 2011.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1977 (II).

TANDOĞAN, Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Özellikle İsviçre – Türk Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, Ankara 1957.

TEKBEN, Tuğçe, *"Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi",* YÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2011, YÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2012, s. 859 – 906.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993

TEYİN, Aslıhan / ÇINARLI, Serkan, *"Acil Hekimliğinde Adli Görevler ve Hukuki Sorunlar",* I. Uluslararası Katılımlı Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), İstanbul 2016, Editörler. HAKERİ, Hakan / DOĞAN, Cahid, s. 476 – 484.

TUNCAY, Aslı / UYSAL, Melis, *"Hekimin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Rıza Kavramı",* Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 127 – 149.

TÜMER, Ali Rıza, Cerrahi Branşlar Açısından "Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis", İstanbul 2013.

TÜMER, Aygen / ÜNAL, Serhat, *"HIV/AIDS Epidemiyolojisi ve Tedavide Yenilikler"*, Türk HIV Aids Dergisi, C. 12, S. 1, Ankara 2014, s. 4 – 15.

TÜRE, M. Gökhan / TÜRE, Oğuzhan, *"Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı",* TBB Dergisi, S. 131, Y. 2017, s. 295 – 346.

TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Samsun 2009.

ÜNVER, Yener, *"Türk Tıp Hukukunda Rıza",* YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 227 – 288.

VAN DEN BERK, Nergiz, Sağlık Hizmetlerinin Hukuki Boyutu, İzmir 2016.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul 2018.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, *"Hekimin Tazminat Sorumluluğu",* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, Y. 2015, s. 19 – 61 (Hekimin Tazminat Sorumluluğu).

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

YALÇIN, Hakan / ŞAHİN, Afşin, *"Sorumluluk Hukuku ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası: Türkiye Üzerine Bir Uygulama",* Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 26, S. 2, Y. 2017, s. 45 – 56.

YALIN, Nur, *"Organ ve Doku Nakli ile Buna İlişkin Hukuki Sorunlar",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 165 – 206.

YARDIM, İsa, Tüketici Olarak Hasta Hakları, Ankara 2016.

YAYCI, Nesime, *"Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 29 – 40.

YAZAN, Mümtaz Hakan, *"Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu",* Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri, Ankara 2016, Editör. SÜTÇÜ, Selin Sert, s. 17 – 40.

YILDIRIM, M. Fadıl, *"Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü",* Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, Yayına Hazırlayanlar. BAYGIN, Cem / UÇAR, Metin / BÜYÜKAY, Yusuf, s. 57 – 64.

YILDIRIM, Turan, *"Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu",* T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, Editörler. SOMER, Pervin / SÖĞÜT, İpek Sevda, s. 197 – 201 (Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu).

YILMAZ, Kerem, Defansif Tıp, Ankara 2014.

YÜCEL, Özge, *"Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, s. 235 – 249 (Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği).

YÜCEL, Özge, *"Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, s. 193 – 234 (Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları).

YÜCEL, Özge, *"Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, s. 23 – 46 (Kavramlar).

YÜCEL, Özge, *"Sorumsuzluk Anlaşmaları, Tazminat Sorumluluğunun Tabi Olduğu İspat Kuralları, Görevli Mahkeme ve Zamanaşımı",* Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018, Editörler. YÜCEL, Özge / SERT, Gürkan, s. 385 – 401.

YÜKSEL, Sera Reyhani, *"Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu",* MÜHF-HAD, C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 793 – 804.

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018.

ZEYTİN, Zafer, *"Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi",* Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. 2014, s. 103 – 121.