

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Atiye UYGUR

Ankara-2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Atiye UYGUR

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara-2009

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	xii

GİRİŞ

KONUNUN ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHİ

§ 1. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	1
I. Konunun Önemi	1
II. Konunun Sınırlandırılması ve İnceleme Planı	2
§ 2. HEKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ	5
I. Tıp ve Hekimlik Mesleği.....	5
II. Hekimin Sorumluluğu	9

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§ 3. SORUMLULUK HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE İLKELER.....	12
I. Genel Olarak Sorumluluk Kavramı.....	12
II. Sorumluluğun Türleri	14
A. Genel Olarak	14
B. Sözleşme Sorumluluğu	14
C. Sözleşme Dışı Sorumluluk.....	16
§ 4. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAVRAMI VE TIBBÎ SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI.....	18
I. Genel Olarak	18
II. Hekimin Hukuki Sorumluluğunu Doğuran Sebepler	19
A. Genel Olarak	19

B. Hekimin Culpa In Contrahendodan Sorumluluğu	20
C. Hekimin Vekaletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluğu	22
D. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu	24
III. Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temelleri.....	26
A. Kişilik Hakları ve Hekimin Sorumluluğu	26
B. Hekimin Sorumluluğu ile İlgili Pozitif Kaynaklar.....	28
IV. Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Sorumluluğu	30
A. Mukayeseli Hukukta	30
1. Roma Hukukunda	30
2. Alman Hukukunda.....	32
3. İsviçre Hukukunda.....	35
4. İngiliz Hukukunda	37
5. Amerikan Hukukunda.....	40
B. Türk Hukukunda	44
§ 5. HEKİMLİK MESLEĞİ VE HEKİMLİK FAALİYETİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR.....	45
I. Hekim ve Hekimlik Kavramları	45
A. Genel Olarak	45
B. Hekimlik Mesleği ve Şartları	46
1. Türk Vatandaşı Olmak	46
2. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Bulunmak.....	46
3. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak.....	46
4. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak.....	46
C. Teşhis ve Tedavi Kavramları	50
D. Tıbbi Müdahale Kavramı	51
II. Hekimin Hukuki ve Mesleki Statüsünün Belirlenmesi	56
A. Serbest (Bağımsız) Çalışan Hekim.....	56

B. Bağımlı Çalışan Hekim	57
1. Özel Hastanede Çalışan Hekim	57
2. Kamu Hastanesinde Çalışan Hekim	59
§ 6. TIP ETİĞİ AÇISINDAN SORUMLULUK.....	62
I. Genel Olarak.....	62
II. Etik ve Meslek Etiği	63
III. Meslek Etiği ve Tıp Etiği	65
IV. Tıp Etiği ve Deontoloji.....	66
V. Tıp Etiği, Deontoloji ve Hukuk.....	68
VI. Tıp Etiğine Özgü İlkeler.....	70
A. Yararlılık İlkesi	71
B. Zarar Vermeme İlkesi	72
C. Özerkliğe Saygı İlkesi.....	73
D. Adalet İlkesi	75
VII. Tıp Etiği Açısından Hekim- Hasta İlişkileri	77
A. Genel Olarak	77
B. Hekim –Hasta İlişkisinde Modeller	79
1. Buyurgan Hekim Modeli.....	80
2. Danışman Hekim Modeli	81
3. Katılımcı Hekim Modeli	82
§ 7. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, KAPSAMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ	83
I. Genel Olarak.....	83
II. Hekimlik Sözleşmesinin Tanımı	84
III. Hekimlik Sözleşmesinin Unsurları	85
A. Bir Hizmetin İfası: Teşhis-Tedavi-Tıbbî Müdahale	85
B. Hizmetin Hastanın Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması	87

C. Tedavinin Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın ve Hastanın İyileşememe Riskini Taşımaksızın Üstlenilmesi.....	88
D. Tarafların Anlaşması.....	91
E. Ücret.....	92
IV. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ile İlgili Görüşler.....	94
A. Hizmet Sözleşmesi Görüşü.....	95
B. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü.....	98
C. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü.....	103
D. Vekalet Sözleşmesi Görüşü.....	104
E. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	110
V. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Kapsamı.....	112
A. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	112
B. Hekimlik Sözleşmesinin Kapsamı.....	116

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLERİ.....	118
I. Genel Olarak.....	118
II. Hekimlik Sözleşmesinin Tarafları.....	119
A. Hekim.....	119
B. Hasta.....	122
III. Hekimin Sözleşmeden Doğan Yükümleri.....	123
A. Genel Olarak.....	123
1. Edim Yükümleri.....	124
a. Asli Edim Yükümü.....	124
b. Yan Edim Yükümü.....	124

2. Yan Yükümler (Diğer Davranış Yükümleri)	125
B. Hekimin Sözleşmesel Yükümlerinin Kapsamı ve Sınıflandırılması	127
1. Hekimin Asli ve Yan Edim Yükümleri	127
2. Hekimin Yan Yükümleri	129
IV. Hekimin Teşhis Koyma ve Tedavi Yükümü	131
A. Genel Olarak	131
B. Hasta Öyküsünün Alınması ve Muayene	132
C. Tıbbî Araştırma, Tetkik ve Teşhis	134
D. Tedavi Yöntemi Seçme ve Uygulama	135
V. Hekimin İşî Bizzat Görme Yükümü	138
A. Genel Olarak	138
B. Hekimin Yardımcı Şahıs Kullanması ya da Yerine Başka Bir Hekimi Koyması	139
VI. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümü	142
A. Genel Olarak	142
B. Aydınlatma Yükümünün Hukukî Dayanakları	144
C. Aydınlatma Yükümünün Türleri	149
1. Müdahale Aydınlatması	150
a. Teşhis Aydınlatması	151
b. Süreç Aydınlatması	151
c. Riziko Aydınlatması	153
2. Koruma / Tedavi Aydınlatması	155
3. Özel Aydınlatma Türleri	155
D. Aydınlatma Yükümünün Kapsamı Ve Sınırları	157
1. Genel Olarak	157
2. Aydınlatma Yükümünün Daha Dar Olduğu Haller	159
3. Aydınlatma Yükümünün Daha Geniş Olduğu Haller	160

4. Aydınlatma Yükümünün Tamamen Ortadan Kalktığı Haller	161
a. Acil Durumlar	161
b. Hastanın Kendi İradesi ile Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi	162
c. Aydınlatma Yükümünden İyileştirme Amacıyla Vazgeçilmesi	164
d. Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması	168
E. Aydınlatma Yükümlüsü	169
F. Aydınlatılacak Kişi	171
G. Aydınlatmanın Zamanı Ve Şekli	172
1. Zamanı	172
2. Şekli	173
H. Aydınlatma Yükümünün İspatı	175
VII. Hekimin Hastanın Rızasını Alma Yükümü	178
A. Genel Olarak	178
B. Rıza Alma Yükümünün Hukuki Dayanakları	179
C. Rızanın Hukuki Niteliği Ve Geçerlilik Koşulları	182
1. Hastanın Aydınlatılmış Olması	185
2. Ehliyet	186
a. Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası	188
b. Kanunî Temsilcinin Haksız Yere Rıza Göstermemesi	191
3. Rızanın Açıklanma Zamanı ve Şekli	194
a. Zamanı	194
b. Şekli	195
4. Rızanın Konusu ve Kapsamı	197
5. Varsayılan Rıza	200
6. Ameliyatın Genişletilmesi	201
7. Rızanın Geri Alınması (Cayma)	205

VIII. Hekimin Özen Gösterme Yükümü.....	205
A. Genel Olarak.....	205
B. Hekimin Özen Gösterme Yükümünün Hukukî Niteliği ve Özellikleri	210
C. Hekimin Özen Gösterme Yükümünün Türü ve Derecesi.....	213
D. Yargıtay Uygulamasında Hekimin Özen Gösterme Yükümü	215
E. Hekimin Özen Gösterme Yükümünü Arttıran Unsurlar.....	218
1. Tıbbî Eğitim Seviyesi ve İhtisas Alanı.....	218
2. Denenmemiş Bir Tedavi Yönteminin Uygulanması	219
3. Tıbbî Müdahalede Riskin Derecesi	221
IX. Hekimin Sadakat ve Sır Saklama Yükümü	222
A. Genel Olarak	222
B. Hekimin Sadakat Yükümü.....	224
C. Hekimin Sır Saklama Yükümü.....	225
1. Genel Olarak	225
2. Sır Saklama Yükümünün Hukuki Dayanakları.....	227
3. Sır Saklama Yükümü Olan Hekimin Tanıklıktan ve Bilirkişilikten Çekinme Hakkı	232
4. Hekimin Sır Saklama Yükümünün İstisnaları.....	234
a. Hastanın Rızası	234
b. Bildirimde Bulunma Zorunluluğunun Olduğu Haller	235
1. <i>Türk Ceza Kanunu'na göre Hekimin Bildirimde Bulunma Zorunluluğu</i>	237
2. <i>Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na göre Hekimin Bildirimde Bulunma Zorunluluğu</i>	239
X. Hekimin Kayıt Tutma Yükümü	241
A. Genel Olarak	241
B. Kayıt Tutma Yükümünün Hukuki Dayanakları.....	241
C. Kayıt Tutma Yükümü İle İlgili Bazı Sorunlar	244

1. Kayıt ve Belgelerin Saklanması Sorunu.....	244
2. Kayıt ve Belgelerin Kimde Kalacağı Sorunu.....	245
3. Kayıt ve Belgeler Kime Ait Olduğu Sorunu	246
§ 9. HASTA HAK VE YÜKÜMLERİ.....	247
I. Hasta Hakları.....	247
A. Genel Olarak	247
B. Hastanın Hekimini Seçme Hakkı.....	250
C. Hastanın Bilgilendirilme ve Aydınlatılma Hakkı	251
D. Hastanın Tedaviyi Reddetme Hakkı	252
E. Hastanın Özel Hayatına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı.....	256
F. Hastanın Onurlu Ölüm Hakkı	257
G. Hastanın Başvuru ve Şikayet Hakkı	259
II. Hastanın Sözleşmeden Doğan Yükümleri.....	261
A. Hastanın Asli Edim Yükümü: Ücret Ödeme	261
B. Hastanın Yan Yükümleri	262
1. Hastanın Bilgi ve Belge Verme Yükümü	262
2. Hastanın Yapılacak Olan Müdahale ve İncelemelere Katlanma Yükümü.....	265
3. Hastanın Talimat ve Tavsiyelere Uyma Yükümü	266
§ 10. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	267
I. Genel Olarak	267
II. Sözleşmenin İfa ile Sona Ermesi.....	269
III. Hekim ya da Hastanın Tek Taraflı İrade Açıklamaları İle Sona Ermesi.....	271
A. Genel Olarak.....	271
B. Azil	272
C. İstifa	274
IV. Hekim Ya Da Hastanın Ölümü, Ehliyetsizliği ya da İflası Halinde Sözleşmenin Sona Ermesi	275

A. Ölüm	275
B. Ehliyetsizlik	276
C. İflas	279

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNE AYKIRILIKTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

§ 11. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	281
I. Genel Olarak	281
II. Sözleşme İlişkisinin Varlığı	283
III. Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırılık)	285
A. Genel Olarak	285
B. Asli Edim Yükümünü İhlal	285
B. Yan Yükümleri İhlal	286
IV. Kusur	288
A. Genel Olarak	288
B. Hekim Açısından Kusurun Değerlendirilmesi	290
1. Genel Olarak Tıbbî Kusur	290
2. Tıbbî Uygulama Hataları (Malpraktis)	293
a. Tıbbî Standart Kavramı	294
b. Tıbbî Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayırımı	297
c. Tıbbî Uygulama’dan Hatalı Örnek Durumları	301
1. <i>Teşhis (Tanı) Hataları</i>	301
2. <i>Tedavi Hataları</i>	304
a. <i>Müdahale Yapılmaması</i>	305
b. <i>Eksik Ön Muayene ve Yetersiz Hasta Öyküsü</i> <i>Alma</i>	307

c. Hastanın Vücudunda Yabancı Madde Unutulması	308
d. Teşhise Yönelik Gerekli Tetkiklerin Yapılmaması.....	309
e. Yanlış Tedavi Yöntemi, Yanlış İlaç Seçme ve Uygulama	310
f. Yanlış Organın ya da Hastanın Ameliyat Edilmesi.....	312
g. Kontrol, Gözetim ve Tedavi Sonrası Bakım Hataları.....	313
3. Tıbbî Meslek Kusuru Kavramı	316
a. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kuralları	317
b. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kurallarına Aykırılık.....	320
4. Yan Yükümleri İhlal İle İlgili Kusurlar	321
a. Genel Olarak	321
b. Hekimin Özen Gösterme Yükümü İhlali	322
c. Hekimin Aydınlatma Yükümü İhlali	323
d. Hekimin Sadakat ve Sır Saklama Yükümü İhlali	327
e. Hekimin Kayıt Tutma Yükümü İhlali	329
V. Zarar	330
A. Genel olarak	330
B. Sözleşmeden Doğan Zarar	335
1. Genel Olarak.....	337
2. Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Zarar	340
VI. Uygun İliyet Bağı	340
A. Genel Olarak	340
B. Hekimlik Sözleşmesinde Uygun İliyet Bağı.....	344

§ 12. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU AÇISINDAN İSPAT	
SORUNU.....	346
I. Genel Olarak.....	346
II. Hastanın İspat Yüğü	347
III. Hekimin İspat Yüğü	350
IV. Sorumluluğun Tespitinde Bilirkişinin Rolü	353
A. Genel Olarak	353
B. Yüksek Sağlık Şurası	354
C. Adli Tıp Kurumu.....	356
D. Üniversiteler	358
§ 13. SORUMLULUKTAN KURTULMA ANLAŞMASI	359
I. Genel Olarak.....	359
II. Hekim ve Sorumluluktan Kurtulma Anlaşması	361
SONUÇ	365
KAYNAKÇA	370

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Art.	: article (madde)
ATF.	: İsviçre Federal Mahkeme Kararları Resmi Külliyatı
Aufl.	: Auflage (baskı)
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni kanunu)
BGH.	: Deutscher Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK.	: Türk Borçlar Kanunu
BverfG.	: Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil (İsviçre Medeni Kanunu)
CMK.	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CO.	: Code des Obligations (İsviçre Borçlar Kanunu)
çev.	: Çeviren
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber (editör)
İBK.	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası

JdT.	: Journal des Tribunaux
JZ.	: Juristenzeitung (Tübingen)
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
LG.	: Landesgericht
m.	: Madde
MedR.	: Medizinrecht
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Nummer (sayı)
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu Almanca Metni)
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TDK.	: Türk Dil Kurumu
TDN.	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TTB.	: Türk Tabipleri Birliği
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
v.	: versus (karşı)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YÜHFD.	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

GİRİŞ

KONUNUN ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI VE TARİHİ

§ 1. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN ÖNEMİ

Hekimlik sözleşmesi, yaşama, sağlık ve kişilik hakları ile çok yakından ilgili olma özelliği ile iş görme sözleşmeleri arasında farklı bir yere sahiptir. Serbest çalışan hekim ve hasta – ya da kanuni temsilcisi- arasında kurulan bu sözleşme, taraflar arasında güç dengesinin olmadığı ve yoğun bir güven temelinde varlık kazanan bir hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişkinin özünde, saygı, güven, şefkat, özen ve merhamet gibi insani duygular yoğunlukla yer aldığından, hekimlik sözleşmesi, diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı özellikler de taşır.

Hekim, en başta hastasına faydalı olabilmek amacıyla bir takım mesleki faaliyetlerini yerine getirirken, tıbbî etik ilkelere, tıbbın kabul edilmiş kurallarına uygun davranmak zorundadır. Hukuk ise, hekimin bu faaliyetlerini kendi koyduğu ilke ve kanunlara göre değerlendirmektedir. Zira, hekimlik faaliyetleri hukuken son derece değerli kabul edilen ve en temel kanunlar ile koruma altına alınan bir alanda gerçekleşmektedir: maddi, manevi bütünlüğü oluşturan tüm kişilik değerleriyle insan. Tıp ve sağlık hukukunun büyük bölümü etik değerler ve ilkeler üzerine kurulmuştur. Etik tartışmalar, soyut ve kaygan zeminlerde yapılsa da, hukuki düzenlemelere büyük etkisi olduğu şüphesizdir. Örneğin, tıbbî etikteki *zarar*

vermeme ilkesi, hukukun emrettiği “*primum non nocere*” yani kimseye zarar verme kuralı ile örtüşmektedir.

Hekimin herhangi bir müdahaleyi yapıp yapamayacağı, hangi sınırlar ve hangi şartlar ile yapabileceği, meydana gelen olumsuz sonuçlardan hekimin sorumlu olup olmayacağı gibi konular, hukuk tarafından cevaplanması gereken sorulardır. Hekimin, tıbbî faaliyetlerini doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen birçok kanun, tüzük ve yönetmelik sağlık hukuku mevzuatı kapsamında yer almakta iken, hekimin sorumluluğunu özel olarak düzenleyen hükümler mevcut değildir. Bu nedenle, ortaya çıkan hukuki problemler için genel nitelikli hükümlere başvurularak çözülmeye çalışılmaktadır. Türk Özel hukukunda, hekimin hukuki sorumluluğu konusu ilgi gören bir konu olarak, birçok makaleye ve bazı monografik eserlere konu olmuştur. Ancak ne yazık ki, yakın zamana kadar incelemeler hep aynı kapsam ve içerikle sınırlı kalmıştır. Dolayısıyla, hekimlik sözleşmesi, yükümleri ve hekimin sözleşmeden doğan hukukî sorumluluğu, ayrıntılı olarak ele alınıp, incelenmesi gereken bir konudur. Çağdaş yaşam ve tıpta ki gelişmeler, son 20-25 yıl içinde etik, tıp ve hukuk alanında, yeni başlıkları tartışmaya açmış ve bu nedenle hekimin tıbbi faaliyetleri, adı geçen üç alanda da, farklı açılardan daha yoğun bir şekilde incelenmeye başlanmıştır. Özellikle, son yıllarda, uluslar arası ve ulusal platformlarda, doktrin ve uygulamadan, tıp ve hukuk insanlarının sık sık, sempozyum ve panellerde bir araya gelmeleri de, konunun daha da artmakta olan önemini vurgular niteliktedir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Hekimin, mesleki faaliyetleri nedeniyle, tıbbî etik, ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk (medeni hukuk) açısından farklı sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. Hekimin, özel hukuk (medeni hukuk) açısından sorumluluğu, hastası ile girdiği dört farklı hukuki ilişki temelinde şekillenebilir. Bunlar, hekimin culpa in contrahendodan, vekaletsiz iş görmeden, haksız fiilden ve sözleşmeden doğan sorumluluklarıdır. Türk özel hukuku açısından genel kapsamda incelenmiş olsa da, serbest çalışan hekimin, hastası ile kurduğu bir sözleşme ilişkisi olan *hekimlik sözleşmesinden doğan hukuki sorumluluğu* yeterince detaylandırılarak, araştırma konusu yapılmamıştır. Bu nedenle ve ayrıntılı bir inceleme yapabilmek arzusu ile konumuzu, serbest çalışan hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi nedeniyle doğan hukuki sorumluluğu olarak sınırlamış bulunuyoruz.

Hekimlik mesleğinin, çok eski çağlara dayanan geçmişi nedeniyle, öncelikle kısa bir tarihçe vererek başladığımız çalışmamızın birinci bölümünü, hekimin hukuki sorumluluğu ile ilgili temel kavramlar oluşturmaktadır. Özellikle, sorumluluk kavramının ne olduğu, hekimin hangi sebeplerle sorumlu olabileceği ve tıbbî sorumluluğun hukuki temelleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Evrensel nitelik taşıyan bir takım değerler çerçevesinde, hekimin hukuki sorumluluğunun – özellikle hekimlik sözleşmesi temelinde- Roma hukukunda, Alman, İsviçre, İngiliz ve Amerikan hukuklarında nasıl yer aldığı, mukayeseli hukuk başlığıyla ve temel hatları ile incelenmiştir. Hekimlik mesleği, hekimlik faaliyetleri, hekimin hukuki ve mesleki statüsü belirlendikten sonra, bu çalışmada özellikle var olmasını istediğimiz, tıp etiği, deontoloji, tıp etiğine özgü ilkeler ve hasta –hekim ilişkisindeki modellere yer

verilmiştir. Hekimlik sözleşmesinin tanımlanması, unsurlarının, kapsamının ve hukuki niteliğinin –ayrıntılı görüş ve tartışmalara yer verilerek – belirlenmesi ile birinci bölüm tamamlanmıştır.

Çalışmamızın ve konunun merkezini oluşturan, hekimlik sözleşmesinin tarafları ve sözleşmeden doğan yükümleri ayrıntıları ile ikinci bölümde ele alınmıştır. Sözleşmeden doğan yükümlerin neler olduğu, asli edim yükümü ve yan yüküm ayrımlarıyla, hekimlik sözleşmesi kapsamında hukuki nitelendirmeleri de yapılarak belirlenmiştir. Özellikle, hekimin, hastasını aydınlatma, rızasını alma, özen gösterme, sadakat ve sır saklama, kayıt tutma yükümleri, örnek olay ve yargı kararları ile desteklenerek incelenmeye çalışılmıştır. İkinci bölüm, hekimlik sözleşmesini sona erdiren sebepler incelenerek tamamlanmıştır.

Üçüncü ve son bölümde, hekimlik sözleşmesinin ihlali nedeniyle hukuki sorumluluğun meydana gelmesi, sorumluluğun hangi şartlarda gerçekleşeceği belirlenerek açıklanmıştır. Bir hekimlik sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmesi, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının, birlikte var olması ile ortaya çıkan sorumluluk açısından hekimin kusurunun değerlendirilmesi, tıbbi uygulama hataları, tıbbî standart kavramı, mesleki kusur gibi konuya özgü kavramlar ayrıntıları ile ele alınarak incelenmiştir. Bu bölümde, yaşanmış örneklerle, Türk ve yabancı mahkeme kararlarına, sıklıkla atıf yapılmıştır. Hekimin hukuki sorumluluğunun ortaya konması açısından ispat konusu, sorumluluğun tespitinde bilirkişilik kurumunun rolü ve hekimin sorumluluktan kurtulma anlaşması da incelenerek, üçüncü bölüm tamamlanmıştır.

§ 2. HEKİMLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. Tıp ve Hekimlik Mesleği

Hekimlik dünyanın en eski mesleklerinden biridir ve kökleri tarih öncesi döneme dayanır. O dönemde, ruhların hastalık sebebi olduğu inancı nedeniyle, tedavi sanatı ile uğraşanların ruhlar dünyasıyla ilişkiye girebilecek, doğanın gizli güçlerine hükmedebilecek biri olması gerekiyordu. Dolayısıyla, hekim aynı zamanda kabilenin büyücüsüydü¹. İlk insanlar, deneme yanılma yoluyla birçok bitki, hayvan ve madenin tıbbi etkisini öğrenebildi. İlk cerrahi müdahaleler de büyücü hekimler tarafından yapıldı.

İlk çağda, yazının icadıyla ilerleyen eski yüksek medeniyetlerde (Mezopotamya-Sümer, Akkad, Babil, Mısır, Çin, Hitit, Hint, Yunan, Roma ve İskenderiye Uygarlıklarında) tıba dair inançlar, görüşler ve uygulamalar da kaydedildi². M.Ö. 5000 yıllarında Orta Asya'dan gelerek Bağdat ile Basra arasına yerleşen ve Mezopotamya'da (Dicle ve Fırat nehri arsında) doğan Sümer uygarlığı ilk medeni hayatı başlattı. Hekimlik ile ilgili ilk yazılı bilgilere sahip olan Eski Mısır medeniyeti (M.Ö.3400-600) papirüs bitkisinden elde edilen ve rulo şeklinde kullandıkları kağıtlara tecrübelerini ve bilgilerini kaydetti. Tıp bilgilerinin kaydedildiği papirüslerin en önemlileri onları bulan bilim adamlarının adı ile anılan; ilaç reçetelerinin ve sağlık öğütlerinin verildiği *Edwin Smith* (M.Ö.17.yy); cerrahi

¹ **Sarı, Nil:** “*Tarih Öncesinde Tıp*” TıpTarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 7.; **Demirhan Erdemir,** Ayşegül: Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi, Bursa 1996, s.3.,

² **Sarı, “İlkçağ’da Tıp”** TıpTarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 13.; **Majno, Guido:** The Healing Hand, Man and Wound in The Ancient World, London, 1991, s. 69 vd.

tedavilerin anlatıldığı *Ebers* (M.Ö.16.yy) ve kırık-çıkık tedavilerinin ele alındığı *Hearts* (M.Ö.16.yy.) papirüsleridir³.

Anadolu'nun ilk yüksek medeniyetini kuran Hatti'leri egemenliği altına alan Hititler (M.Ö.1800) dönemine ait, çivi yazısı ile işlenmiş 30000 den fazla tablet içinde, Hitit tıbbına ait bilgiler içeren 22 tablet bulunmaktadır.

Eski Çin medeniyetinde, tıp ile ilgili en eski yazılı bilgiler, yazdıkları kitaplarda yer alan tıp bilgileri nedeniyle hekim oldukları kabul edilen üç imparatora aittir. *Fuhsi* (M.Ö.2953 – M.Ö.2900) yin-yang nazariyesini ortaya koymuş; *Chen-Nungh* (M.Ö.2737 - M.Ö.2800) tıp bitkilerini tanıtır, ilaç tarifleri vermiş; *Huang-Ti* (M.Ö.2697- M.Ö. 2600) akupunktur ile tedavinin de yer aldığı, tıbbın kanunu kitabını yazmıştır⁴.

M.Ö. 2300 yıllarında gelişen eski Hindistan Medeniyetinde ise, Hint tıbbına ait en eski kaynaklar *yaşam bilgisi* anlamına gelen *Veda*'lardır⁵. M.Ö.800 yıllarına kadar etkili olan dört kutsal metin (*Rig-veda*, *Sama-veda*, *Ayur-veda*, *Atharva-veda*) din ve tıp bilgilerini içerir. Daha sonra, hekimlerin kendi adları ile anılan derleme kitaplarda da, hastalıklar, ilaç reçeteleri ve cerrahi girişimler anlatılır⁶.

M.Ö.900 yıllarından itibaren ortaya çıkan ve büyük düşünürler ve bilginler yetiştiren Yunan uygarlığı, üstün ve zengin tüccar sınıfına dayanan kent kültürü ile

³ **Sarı**, s.14.; **Demirhan Erdemir**, s.165.

⁴ **Demirhan Erdemir**, s. 177 vd.

⁵ **Demirhan Erdemir**, s. 173 vd.

⁶ Hint medeniyetinin tıp kitapları ileride Ortaçağ İslam ve Avrupa tıbbını etkileyen eserler olmuştur. **Sarı**, s.14. Ayrıca Bkz. **Hot**, İnci: “Ortaçağ'da Batı Tıbbı” TıpTarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s.59 vd. ; **Dinç**, Gülten: “Ortaçağ'da İslam Tıbbı” TıpTarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 73.

ileride Avrupa uygarlığının temelini teşkil edecektir⁷. Yunan tıbbı, *mitolojik devir* ve Hippokrat’la başlayan *bilimsel devir* olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Mitolojik devirde Yunan yaşamında olduğu gibi Yunan tıbbı da tanrılarla iç içeydi. Hastalığın, olağanüstü sebeplere dayandığına inanılır ve tanrılardan medet umulurdu⁸. M.Ö.460-377 yılları arasında yaşamış olan, modern tıbbın babası ve pozitif tıp biliminin kurucusu olan *Hipokrat* ile Yunan tıbbı bilimsel devreye girmiştir⁹. Hipokrat, tıptaki olağanüstü mistik gücü reddederek, her şeyin doğal bir nedeni olduğunu, nedeni bilinmeyen şeylerin kutsallık kavramı ile açıklanmasının doğru olmadığını savunmuştur. Bugünkü modern tıbbın kökeninde de bulunan bu yaklaşım, o zamana kadar bilinen tıp, hastalık ve tedavi kavramlarını köktenci bir şekilde sorgulamaktadır¹⁰.

M.Ö.331 de Büyük İskender tarafından kurulan İskenderiye şehri, M.Ö.III üncü yüzyılda tıp düşünce ve uygulamasının en önemli merkezlerinden biri olmuştur.

⁷ **Sarı**, s. 15.; **Majno**, s. 141 vd.

⁸ “Örneğin Tanrı Apollon hem şifa verir, hem de okları ile salgın hastalıklar yollayarak insanları cezalandırırdı. Artemis, Hera ve Aphrodite doğum tanrıçalarıydı. Yarı at, yarı insan şeklindeki efsanevi Kentauros Khiron’dan hekimliği öğrenen **tıp tanrısı Asklepios (Eskülap)** yılan sarılı bir asayı elinde tutar şekilde temsil edilirdi. Yine Efsaneye göre, Asklepios’un bütün hastaları tedavi ettiği, hatta ölüleri bile dirilttiği haberine kızan tanrıların tanrısı Zeus Asklepios’u cezalandırmış ve bir yıldırımla onu öldürmüştür. Asklepios’un çocukları da tıpla uğraşan tanrı ve tanrıçalar olarak tanınırdı. Örneğin oğulları Machaon cerrahların temsilcisi, Podaleiros iyileşmeyi iyileştiren, Telesphoros iyileşme döneminin nekahat tanrısı idi. Kızları Hygieia halk sağlığı ile ilgilenir (hijyen kelimesi buradan gelir), Panacea ise otlarla verilen şifa verici kuvvetlerin (panzehir buradan gelir) tanrıçası idi....” Bkz. **Sarı**, s. 24.; **Demirhan Erdemir**, s.187.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bz. **Demirhan Erdemir**, s.188 vd.

¹⁰ *Hipokrat* tıp biliminde önemli bir dönemin başlamasına neden olduğu gibi, Hipokrat yemini olarak bilinen ve hekimlerin mesleklerine başlarken ettikleri yemin ile de özdeşleşmiştir. Ancak daha sonra yapılan bazı bilimsel araştırmalar, bu konuda bazı yanlışlıkların olduğunu ortaya koymaktadır. “Artık, ilk yazılı hekim andını Hipokrat’tan 2000 yıl önce yaşamış ve tarihte bilinen ilk hekim olan ve aynı zamanda mimar, devlet adamı IMHOTE’P’in yazdığı bilinmektedir.” Ayrıntıları için bkz. **Örs**, Yaman: “Hekim Andıyla ilgili Temel Yanılgılar” Toplum ve Hekim, Mart 1992, s.27.; **Oğuz**, Yasemin: “Hekim Andı ve Benzeri Metinler (Eleştirel bir Yaklaşımla)” Deontoloji, Ankara 1999, s. 2-3.; “...bu yemin büyük olasılıkla Hippokrat’tan kaynaklanmadığı için Hippokrat Ruhu Yemini demek gerekir. Bu yemin hekim için getirilen kürtaj, aktif ötenazi ve taş çıkartma yasakları, sır saklama yükümlülüğü, zarar ve haksızlıklardan koruma, her hastaya saygı gösterme, tıbbi öğretilere saygı ve hekimlik bilgisinin saklı tutulması gibi konuları içermektedir.” Bkz. **Engelhardt**, Dietrich v.: “Tıp Etiğinin Sistematiği ve Tarihi Üzerine” Tıbbın Gündelik Yaşamında Etik, İstanbul 2001, s. 6.

Bu dönemde, İskenderiye müzesi ve kütüphanesi, özellikle edebiyat, matematik, astronomi, coğrafya ve tıp alanında bilimin ilerlemesinde en etkili kaynaklar olmuştur¹¹.

Bir dünya imparatorluğu olan Roma döneminde, devlet yönetimine, hukuk ve askerliğe çok önem verilmiş ancak bazı hekimlerin önemli tıp eserleri vermiş olmalarına rağmen tıp alanında fazla bir gelişme sağlanamamıştır¹². Roma'nın en ünlü hekimi, tıpta bazı temeller kurmaya çalışan, kaslar ve kemikler üzerinde incelemeler yapan ve Hippokrat'tan sonra antik çağların en büyük tıp otoritesi sayılan *Galen* (M.Ö.130-201) dir¹³.

Ortaçağ dönemi salgın ve öldürücü hastalıklar, savaşlar ve istilalar ile geçerken, bilim, felsefe ve sanat kilisenin otoritesi altına girmişti. Tedavi için aziz ve azizelerden medet umulan bir dönem yaşandı¹⁴. Aynı dönemde İslam¹⁵ dünyasında, kimya ve tıpla ilgili olarak, pozitif bilim ve denemeye dayanan, klinikte gözleme yer veren çalışmalar görülmüyordu. İslam tıbbında bu dönemde görülen ilerlemelerin nedeni ise Eski Mezopotamya, Mısır, Çin, Hint, İran, Roma ve eski Yunan'dan gelen birçok bilgiye sahip olmasıdır¹⁶.

Avrupa'da 15. ve 16. yüzyılda gerçekleşen Rönesans, tıp dünyasında da daha önceki bilgileri redderek yola çıkan Alman hekim, gezgin ve simyacı *Paraselsus* sayesinde olmuştur. Tıpta Rönesansın esası, dogma ve skolastik düşünceye karşı çıkma, gözlem ve araştırma ile sağlam bir temel kurma ve kesin sonuçlara ulaşmaya

¹¹ **Demirhan Erdemir**, s.192 vd.; **Majno**, s.314 vd.

¹² **Sarı**, s. 15.; **Demirhan Erdemir**, s. 195 vd.

¹³ **Majno**, s. 395 vd. ; **Demirhan Erdemir**, s. 197 vd.; **Sarı**, s. 20 vd.

¹⁴ **Hot**, s. 59 vd.

¹⁵ Türk-İslam Devletlerinde Tıp konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirhan Erdemir**, s.270 vd.

¹⁶ **Demirhan Erdemir**, s. 209 vd.

dayanır. Örneğin, Versalius geniş anatomi bilgisi ile, İngiliz hekim Harvey “*Kalp bir pompadır, kan dolaşıyor*” şeklindeki görüşü ile Rönesansın önemli temsilcileri olmuşlardır¹⁷.

Binlerce yıl boyunca ruhlara, tanrılara, cinlere atfedilen hastalıkların gözle görülmeyen küçük canlıların eseri olduğu ancak 19.yüzyılda *Pasteur*’ün bakterilerin hastalık yaptığını kanıtlaması ile anlaşılmıştır. Bakteriler üzerindeki yeni buluşlar 20.yüzyılın ilk yarısında gerçekleştirilmiş, penisilin mucizesi bu dönemde gerçekleşmiş, hekimlikte yeni ufuklar açılmıştır. Bir diğer açıdan ise 20.yüzyılın ikinci yarısında uygulanan suni kalp, ciğer ve böbrek nakli gibi ileri tekniklerle ciğer açan gelişmelerin başlangıcı yapılmıştır.

II. HEKİMİN SORUMLULUĞU

Hekimlik mesleği, tarihin en eski çağlarından beri kişiye güç sağlayan bir meslek olarak görülmüştür. Zehirli maddeleri, fizik ve biyoloji etkenlerini tanıyan hekim bunları serbestçe kullanabildiği gibi, hastasına ait sırları da elinde tutuyor olması, onların güçlerinin kontrol altına alınması, bunların kötüye kullanılması halinde ortaya çıkabilecek sonuçlardan toplumun korunması gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, sosyal hayatı düzenleyen kuralların koyulmaya başlanması ile birlikte, hekimin davranışlarını düzenleyen kuralların da getirildiğini görmekteyiz. Devirlerin ve ülkelerin uygarlık düzeyine bağlı olarak gelişen bu

¹⁷ Altıntaş, Ayten: “*Rönesans Tıbbı*”, TıpTarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 91 vd.

belgelerin incelenmesi, hekimin sorumluluğunun ortaya konması yönünden önem taşımaktadır¹⁸.

M.Ö.2700 yılında Mezopotamya'daki tabletler, haksız kazanç sağlayan din adamlarının ve kusurlu hekimlerin cezalandırıldıklarını göstermektedirler. Babil Kralı Hammurabi (M.Ö.1958-1916) tarafından oluşturulan ilk yazılı kanunlar içinde de hekimler ile ilgili hükümlere rastlamak mümkündür. Hammurabi Kanunlarında, tıp uygulamalarına ait özel maddelerin de bulunması, o devirde hekimlik mesleğinin kurumsallaştığını, cerrahi müdahalelerin yapıldığını ve hekimlerin bir takım kurallara uymakla yükümlü olduğunu göstermektedir¹⁹. Bu kurallar, hekimin yapacağı bir cerrahi müdahalede ne kadar ücret alacağı; başarısız bir ameliyat sonunda ise kısasa kısas yöntemi ile cezalandırılacağını göstermektedir. Örneğin: “*Şayet hekim, birisine bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse veya onun gözünü harabederse iki eli kesilir...(m.219)*”²⁰.

Eski Mısır'da, tıp bilgileri bir kitapta toplanmış, hekimlerin de bu kitapta yer alan bilgi ve usullere göre davranması beklenmiştir. Eğer hekim, bu kurallara uyarak tedavi uygulamışsa, hastanın iyileşmemesi ya da ölmesinden sorumlu tutulmazdı. Ancak hekim, bu bilgilerden ayrılır ve kendi bildiğine göre bir tedavi uygulayarak hastanın ölmesine neden olursa, kendisi de ölüm cezası ile cezalandırılırdı²¹.

Eski Yunan sitelerinde, hekimlik sadece hür insanlar tarafından yerine getirilen serbest bir faaliyet olarak kabul edilir, tıp öğrenimine önem verilmez idi. *Hippokrat* sayesinde Atina sitesinde ise, rahip ve sihirbazların tekelinden çıkarılan

¹⁸ **Bayraktar**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 41 vd.

¹⁹ **Sarı**, s. 54.

²⁰ **Bayraktar**, s. 42.

²¹ **Sarı**, s. 55.; **Bayraktar**, s. 44.

hekimlik için bir tıp öğrenimi gerekli kılınmış ve önemli ilkeler benimsenmiştir. Bu kurallara göre, hekim, hasta karşısında dikkatli davranacak, kayıtsız kalmayacak, kadınlara çocuk düşürmek için herhangi bir işlem yapılmayacak ve hastasına zehir vermeyecektir. Böylece, tıp ahlakının, mesleki özenin ve hekimin sorumluluğunun ilk temelleri atılmıştır²².

²² Buna karşılık, bazı düşünürler, örneğin Platon, “*hekim ölüme sebep olsa bile cezadan muaf olmalıdır*” görüşünü savunmuştur. Bkz. **Bayraktar, s. 45.**

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE İLKELER

§ 3. SORUMLULUK HUKUKU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI

Sorumluluk, iki farklı anlamda kullanılan bir kavramdır.

Sorumluluğun bir anlamı, borçlunun malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde borçlunun malvarlığına başvurarak alacağın zorla (cebri icra yolu ile) yerine getirilmesi imkanındır. Bu anlamdaki sorumluluğa “... *ile sorumluluk*” da denmektedir²³. Bu durumda borçlu kural olarak bütün *malvarlığı ile* sorumludur.

Sorumluluğun ikinci anlamı ise, genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Bu sorumluluğa “... *den sorumluluk*” denmekte²⁴ ve borcun üç kaynağı olarak kabul edilen *sözleşme*, *haksız fiil*, *sebepsiz zenginleşme* nedeniyle doğan tazmin etme yükümlülüğüne karşılık gelmektedir²⁵.

²³ **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000, s. 13.; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 79.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, Hemen hemen hiç değiştirilmemiş 2.bası, İstanbul 1985, s. 37 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 21.; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 36.; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 1976, s. 20.

²⁴ **Oğuzman** /**Öz**, s. 14.; **Eren**, s. 79.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.37.

²⁵ **Kılıçoğlu**, (borçlar) s. 21.

Hukuki sorumluluk açısından kural, herkesin, mal ve şahıs varlığında meydana gelen zarara kendisinin katlanmasıdır: *Casum sentit dominus*²⁶. Bu kuralın katı bir şekilde uygulanması, bazı durumlarda haksızlıklara neden olabileceğinden, çeşitli hukuk düzenleri buna istisnalar getirmişlerdir. Böylece bazı sebeplerin varlığı halinde, zarar görenin uğradığı zararı başka bir kimseye yüklemesi olanağı kabul edilmiştir. Bunlara *sorumluluk sebepleri* denir. BK. m.51 hükmüne göre bu sebepler *kusur*, *sözleşme* ve *kanun* olmak üzere üç başlık altında toplanabilir²⁷. Sorumluluk sebeplerinden ilki olan kusur, kusur sorumluluğunu meydana getirir. Hukuk düzeninin kınadığı bir davranışla, yani kendi kusuru ile bir başkasına zarar veren kimse, bu zararı gidermek yani tazmin etmek zorundadır. Örneğin, haksız fiil sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluk halidir. BK.m.51'e göre bir diğer sorumluluk sebebi, sözleşmedir. Bir kimse, bir sözleşme ilişkisinde, borca aykırı davranmış ise diğer tarafın zararını karşılamak zorunda olduğu gibi (BK. m.96), bir kimse bir sözleşme ile –örneğin sigorta, kefalet, garanti sözleşmesi – bir başkasının uğrayacağı zararı gidermeyi de üzerine alabilir. Üçüncü olarak, bir kanun hükmü de sorumluluk sebebi olabilir ve gerçekleşen zarar, kusur ve sözleşmeden bağımsız olarak kanun gereği başka bir kişiye yükletilir. Sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ve vekaleti olmadan başkası hesabına iş görme halleri, sorumluluk sebebinin kanun hükmü olduğu hallere örnek olarak verilebilir²⁸. Bu sorumluluk sebepleri doğrultusunda sorumluluk türleri sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ayrılmaktadır. Özel (nisbi) bir yükümlülüğe (borca) aykırı davranış, sonunda borçlunun alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne

²⁶ “*Casuma Sentit Dominus*= Umulmayan hallerden doğan zarara, zarar gören katlanır” ilkesi, kusursuz bir davranış ya da doğal olaydan doğan bir zarara zarar görenin katlanması gerektiği düşüncesini vurgular.” Bkz. **Kılıçoğlu**, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Ankara 2002, s. 4 vd.

²⁷ **Deschenaux**, Henri / **Tercier**, Pierre: Sorumluluk Hukuku, çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 4 vd.

²⁸ **Eren**, s. 446.

sözleşme sorumluluğu denir. *Sözleşme dışı sorumluluk* ise, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel ve objektif bir yükümlülüğün ihlalinin doğan zarardan sorumluluk söz konusu olmaktadır²⁹.

II. SORUMLULUĞUN TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

Doktrinde, sorumluluk hukuku üç ayrı anlamda kullanılmaktadır: Geniş anlamda sorumluluk hukuku, sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu; dar anlamda sorumluluk hukuku, sadece sözleşme dışı sorumluluğu; en dar anlamda sorumluluk hukuku ise sebep ve tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmektedir³⁰.

Sözleşme dışı sorumluluk da üçe ayrılarak incelenmektedir. Bunlar kusur sorumluluğu (haksız fiil sorumluluğu), sebep sorumluluğu ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluktur.

B. SÖZLEŞME SORUMLULUĞU

Sözleşme³¹, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir³². Hukuki sonuçlarına

²⁹ Ayıntılı bilgi için Bkz. **Eren**, s. 460 vd.; **Deschenaux / Tercier**, s. 2 vd.

³⁰ **Eren**, sorumluluk hukukunu sözleşme dışı zararlardan doğan tazmin yükümlülüğünü (sorumluluğunu) düzenleyen objektif kurallar bütünü olarak kabul etmekte ve böylece sözleşme sorumluluğunu sorumluluk hukukunun dışında bırakan dar anlamda sorumluluk hukukunu benimsemektedir. Ayrıntıları için Bkz. **Eren**, s. 445. **Deschenaux / Tercier**, s. 3.

³¹ **Sirmen**, Lale: “*Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*” Prof.Dr.Hüseyin Cahit Oğuzoğlu Armağan, Ankara 1972, s. 441-471.

³² **Eren**, s. 185.; **Oğuzman/Öz**, s. 43.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s.54.; **Kılıçoğlu**, (borçlar) s. 37 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 115 vd.; **Akipek**, Şebnem / **Küçükgüngör**, Erkan:

göre sözleşmeler, satım, kira, istisna sözleşmesi gibi borç sözleşmeleri³³, alacağın temliki, taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin ayni sözleşme gibi tasarruf sözleşmeleri ve evlenme sözleşmesi gibi statü sözleşmeleri olarak ayrılmaktadır³⁴.

Sözleşmenin, taraflar arasında meydana getirdiği borç ilişkisi, bazı haklar ve yükümlülükler içerir. Borçluyu alacaklıya bağlayan ve yerine getirmesi ya da uyması gereken yükümlülükler *edim yükümleri* ve *yan yükümler* olarak ikiye ayrılır. Sözleşmeden doğan sorumluluğun temelini de, işte bu yükümlerin yerine getirilmemesi ya da ihlal edilmesi oluşturmaktadır³⁵. Ancak, bu nedenle sorumluluğun ve dolayısıyla tazminat borcunun doğabilmesi için, söz konusu yükümlerin borçlunun kusurlu bir davranışı ile ihlal edilmesi ve bu ihlalden bir zarar doğması gerekir.

Sözleşmeden doğan yükümlerin ihlal edilmeleri, farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar, sonraki kusurlu imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme ya da kötü ifa, temerrüt ve bağımsız yapmama yükümlerinin ihlalidir.

Sözleşmeler Rehberi, Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2002, s. 19.

³³ Borç doğuran akitler (sözleşmeler), borç altına giren taraf bakımından, akdi ilişkinin kanunda düzenlenmiş olup olmaması bakımından ve akdi ilişkinin süresi bakımından da ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayrıntıları için Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 45 vd.; Akitler (sözleşmeler) edimler bakımında, şekil bakımından, isim bakımında, unsurları bakımından, amaç ve muhtevaları bakımından da sınıflandırılabilir. Ayrıntıları için Bkz. **Feyzioğlu**, s. 362 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu** ise, borç sözleşmelerinin çeşitleri açısından temel olarak bir tarafa - iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ayrımı ve ön sözleşme – asıl sözleşme ayrımı üzerinde durmaktadır. Ayrıntıları için Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 118 vd.

³⁴ Sözleşme türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek / Küçükgüngör**, s. 19 vd.

³⁵ **Eren**, s. 993 vd.; **Kılıçoğlu**, (borçlar) s. 19 vd. ; Ayrıca Bkz. **Tercier**, Pierre: Les Contrats Spéciaux, Fribourg 2003.

C. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK

Kusur sorumluluğu (haksız fiil sorumluluğu), sebep sorumluluğu ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk, sözleşme dışı sorumluluğun üç ana kolu olarak kabul edilmektedir.

Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı bir sorumluluk olarak hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler. Kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için bu tür sorumluluk *kusur sorumluluğu* ya da *kusura dayanan sorumluluk* olarak da adlandırılmaktadır³⁶. Sözleşme sorumluluğunda olduğu gibi, daha önce yüklenilen bir borca aykırılıktan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğu genel davranış kurallarına aykırılık ile ortaya çıkmaktadır³⁷. Zarar verenin davranışı hukuki ve ahlaki yönden kınanabilir ise, meydana gelen olumsuz sonuca katlanmalı ve zararı gidermelidir³⁸. Ancak, Borçlar Hukukunda sorumluluk ve haksız fiilin varlığı bakımından kusurun hangi tür (kast ya da ihmal) ve derecede (ağır ya da hafif) olduğu önem taşımamaktadır³⁹.

*Sebeb sorumluluğu*⁴⁰ ya da *kusura dayanmayan sorumluluk*⁴¹ zarara sebep olma esasına dayanmadığı için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-

³⁶ **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 9 vd.; **Eren**, s. 468.; **Oğuzman/Öz**, s.469.; **Kılıçoğlu**, s. 192.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 497.; Ayrıca Bkz. **Hatemi**, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.

³⁷ **Oğuzman/Öz**, s.467. ; Haksız Fiil Sorumluluğu için ayrıca bkz. **Tercier**, Pierre: Le Droit des Obligations, Fribourg 2004, s. 333 vd.; **Engel**, Pierre: Traite des obligations en droit suisse, Berne, 1997, sh. 437 vd.; **Werro**, Franz: Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003, sh. 260 vd.

³⁸ **Eren**, s. 449.; **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 45 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.468.; **Atamer**, Yeşim: Haksız Fiilerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s.31.

³⁹ Ancak haksız fiil sorumluluğunda kusurun derecesi sorumluluğun kapsamı bakımından önem taşımaktadır. Bunun dışında kusurun derecesi, illiyet bağının kesilmesi ve sorumluluk anlaşması açısından da bazı farklar yaratmaktadır. Ayrıntıları için Bkz. **Kılıçoğlu**, (borçlar) s. 220 vd.

⁴⁰ Objektif sorumluluk olarak da ifade edilen bu sorumluluk kavramı, ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkmıştır. Bkz. **Deschenaux / Tercier**, s. 16.

sonuç ilişkisinin var olması yeterlidir⁴². Bu sorumlulukta kusur değil, kanunun öngördüğü belirli bir sebebin (olgunun) gerçekleşmiş olması önemlidir. Sorumluluğun bağlandığı olgulara gözetim veya objektif özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işletme veya nesneye sahip olma gibi örnekler verilebilir⁴³.

Hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk ya da fedakarlığın denkleştirilmesi ancak hukuk düzeninin kabul ettiği durumlarda uygulanır. Bu durumlarda hukuk düzeni bir kimsenin başkasını zarara uğratmasına izin vermekte daha doğru bir ifadeyle, birbiriyle çatışan iki hukuki değerden birini diğerine üstün tutmaktadır. Zarara katlanacak kişiye yükletilen fedakârlığa karşılık, failden, davranışı hukuka aykırı olarak kabul edilmese de, mağdurun zararını tazmin etmesi talep edilmektedir⁴⁴. Meşru savunma, hakkın kuvvet kullanmak suretiyle korunması, zaruret halinde başkasının malına zarar verilmesi durumunda ve bazı komşuluk ilişkilerinde durum böyledir⁴⁵.

⁴¹ “Kusura dayanmayan sorumluluk halleri de esas itibariyle bir haksız fiil sorumluluğudur. Ancak bu durumda bazı soyal düşünceler ve hakkaniyet gerekleri, doğan zarar nedeniyle kusuru bulunmayan bazı kişilerin sorumlu tutulmalarını gerektirmiştir.... O halde kusursuz sorumluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağı unsurları aranacaktır.” Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 222 vd.; Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesindeki ilkeler için ayrıca Bkz. **Tandoğan**, (kusura dayanmayan) s. 7 vd.; **Eren**, s. 449 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.472 vd.

⁴² Sebep sorumluluğu da, olağan sebep sorumluluğu ve ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçalar Kanunu ve Medeni Kanunda düzenlenmiş olan olağan sebep sorumluluğuna, adam çalıştırmanın sorumluluğu (BK.m.55), bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğu (BK. m.58), ev başkanının sorumluluğu (MK.m.369) örnek olarak verilebilir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 85.maddesinde düzenlenen motorlu araç işletenin sorumluluğu tehlike esasına dayanan bir sorumluluktur ve bir mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu da getirilmiştir. Bir diğer örnek de 2872 sayılı Çevre Kanunu m.28 ile getirilen çevreyi kirletenin kusursuz sorumluluğudur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 472.; **Eren**, s. 453 vd. 609 vd.; **Kılıçoğlu**, BK.m.58 de düzenlenmiş olan bina ve yapı malikinin sorumluluğunun tehlike esasına dayandığını düşünmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 223 vd.

⁴³ Sebep sorumluluğunu haklı gösteren değişik düşünceler ortaya atılmıştır; bunlar hakkaniyet düşüncesi, tehlike düşüncesi, egemenlik alanı düşüncesi vb. olarak sayılabilir. Bkz. **Eren**, s.451 vd.; **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 93 vd.

⁴⁴ “Gerçekte bu hallerde haksız fiil sorumluluğundan değil, hukuka aykırı olmayan bir fiilden sorumluluktan söz edilmesi gerekir.” Bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 470.; **Tandoğan**, (kusura dayanmayan) s. 48.; **Hatemi**, s. 70 vd.

⁴⁵ **Eren**, s. 459.

§ 4. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KAVRAMI VE TIBBÎ SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

I. GENEL OLARAK

Hekim, sahip olduğu mesleği gereği çeşitli faaliyetlerde bulunmakta, bunu mesleki ilkelere ve tıp biliminin öngördüğü şekilde yerine getirmektedir. Hukuk da, hekimin bütün bu faaliyetlerini, kendi koyduğu ilke ve kanunlara göre değerlendirmektedir. Tıbbi faaliyetler gerekli dikkat ve özen çerçevesinde gerçekleştirilirken bile, hasta için büyük riskler taşıyan faaliyetlerdir. Modern tıbbın riskleri ve tıbbi müdahalelerin komplikasyonları, hekimleri oldukça zorlamaktadır. Bu durumda, tıbbi müdahaleyi yürüten kurum ya da kişinin hukuki sorumluluğu açısından, hastanın yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin gerçekleşen, bu değerlere zarar veren, risk ya da komplikasyonların nasıl ve kimin sorumluluk alanında kaldığını tespit etmek büyük önem taşımaktadır⁴⁶. Hekimin, her hangi bir müdahaleyi yapıp yapamayacağı, hangi sınırlar içinde yapabileceği, hastanın rızasının aranıp aranmayacağı, olumsuz sonuçlanan tedavi veya müdahaleden hekimin sorumlu olup olmayacağı hukuku ilgilendiren konulardır⁴⁷.

Tıbbî sorumluluk, hekimin, mesleki faaliyetlerini yürütürken gerçekleştirdiği tıbbî müdahaleler ve eylemler nedeniyle farklı açılardan ortaya çıkan sorumluluklarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu anlamda, tıbbi müdahaleler başta olmak üzere, hekimlik mesleğine özgü faaliyetler, sorumluluk hukuku alanında farklı görünüm biçimlerinde karşımıza çıkabilmektedir. Tıbbi sorumluluk, temel

⁴⁶ **Şenocak**, Zariye: “*Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları*” Tıbbi Standartlar ve İspat, Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 241.

⁴⁷ **Bayraktar**, s.27.; **Giesen**, Dieter: *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen 1988, s.3 vd.

olarak, özel hukuk (medeni hukuk) sorumluluğu, ceza hukuku sorumluluğu ve idare hukuku sorumluluğu şeklinde sınıflandırılarak incelenmektedir⁴⁸.

II. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNU DOĞURAN SEBEPLER

A. GENEL OLARAK

Hekimin, sağlık ve tıp hukukuna ilişkin kuralları kusurlu olarak ihlal etmesi nedeniyle, idari ve cezaî sorumluluğu ya da hastasına vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü anlamında özel hukuk (medeni hukuk) sorumluluğu karşımıza çıkmaktadır⁴⁹.

Herhangi bir kurum ya da kuruluşa bağlı olmadan, mesleğini serbest olarak sürdüren hekimin sorumluluğu, hastası ile girmiş olduğu dört farklı hukuki ilişki temelinde söz konusu olabilir. Hekimin hukuki sorumluluğuna doğuran bu nedenler, *culpa in contrahendo*, *vekaletsiz iş görme*, *haksız fiil* ve *sözleşme* olarak şekillenmektedir. İnceleme konumuzu, bu sebeplerin içinden *serbest çalışan hekimin sözleşmeye dayalı hukuki sorumluluğu* olarak belirlemiş olmakla birlikte, diğer sorumluluk sebepleri üzerinde de kısaca durmak istiyoruz.

⁴⁸ Tıbbi sorumluluğun türleri için bkz. **Demir**, Mehmet: “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, AÜHFD., Yıl 2008, Cilt: 57, S.3, s. 228 vd.; Hekimin Medeni Hukuk Sorumluluğu için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğu*”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Cilt: 4, S.1, Ankara 1996, s. 9 vd.; **Özsunay**, Ergun: “*Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu*” A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları, İstanbul 2007, s.89-96.

⁴⁹ Hekimin, tıbbi müdahalesi ve mesleki faaliyetleri açısından kusursuz sorumluluğu sınırlı hallerde sözkonusudur. Bunlar, adam çalıştırmanın sorumluluğu (BK.m. 55), yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk (BK.m.100) , eser malikinin sorumluluğu ve özel yasalarda yeralan, tipik tehlikeli olgulara dayalı tehlike sorumluluğu durumlarıdır. Ancak çalışmamız kapsamında bunların üzerinde ayrıca durmayacağız. Bu konuda bilgi için bkz. **Özpınar**, Berna: Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.

B. HEKİMİN CULPA IN CONTRAHENDODAN SORUMLULUĞU

Culpa in contrahendodan sorumluluk⁵⁰, sözleşme kurulması sürecinde, sözleşmenin kurulması amacıyla hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açan tarafların, hem yaşam, sağlık ve mülkiyet, hem de malvarlığına ilişkin değerlerinin diğer tarafça korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur⁵¹. Doktrin ve uygulamada, sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerinde bulunmak; sözleşme görüşmelerini uygun olmayan bir zamanda yarıda bırakmak; karşı tarafın menfaatlerini yeterince açıklamada bulunmayarak gereği gibi dikkate almamak; özensiz bir şekilde bilgi ve öğüt vermek; koruma ve muhafaza yükümlerinin ihlal edilmesi culpa in contrahendo olarak kabul edilen durumlardır⁵².

Hukuki niteliği oldukça tartışmalı olan⁵³ culpa in contrahendodan sorumluluk, Türk hukukunda, kanuni veya edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine ve aynı zamanda TMK.m.2 de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır⁵⁴. Buna

⁵⁰ Culpa in contrahendo, *sözleşme görüşmelerinden ya da sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk* ifadesine karşılık gelmektedir. Bkz. **Eren**, s. 1083.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.19.; **Oğuzman/Öz**, s. 311.; **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 115.

⁵¹ “Sözleşme kurulması sürecindeki kusurdan sorumluluk (culpa in contrahendodan sorumluluk) güven sorumluluğu kapsamına dahildir. Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında ve sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalden kaynaklanan sorumlulukları da kapsayan bir üst kavramdır.” **Kırca**, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 137 vd.

⁵² Culpa in contrahendo kavramı, ilk defa *Jhering* tarafından ortaya atılmıştır. *Jhering*’e göre taraflar arasında sözleşme görüşmeleri başlamakla birlikte, onların birbirlerine karşı artan ölçüde özen gösterme yükümleri doğar. Özellikle, diğer tarafı sözleşmeyi kurmak veya belirli şartlarda kurmak konusundaki kararlarında etkileyebilecek noktalar hakkında doğru bilgi vermek, karşı tarafın şahsını ve malını zarardan korumak için tedbirleri almak bu yükümlere dahil olanların başında gelir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s.19.; **Eren**, s. 1084.; **Kırca**, s. 160 vd.; **Demir**, Mehmet: “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı*” Prof.Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 265.

⁵³ Culpa in contrahendodan sorumluluğun hukuki niteliği ile ilgili görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 1085 vd.; **Kırca**, s. 138 vd.; **Demircioğlu**, H.Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

⁵⁴ **Serozan**, Rona: “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD

göre, birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas ya da işlem yapma temasına giren kişiler arasında, içeriği sadece koruma (veya genel davranış) yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi doğar. Bu ilişkiye katılanlardan biri, koruma yükümlerini ihlal ederse, bundan diğer taraf aleyhine doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır⁵⁵. Sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisi, bir edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirilmekte ve borç henüz edim yükümleri doğmadan, kişilerin sosyal temasa geçmiş olmaları nedeniyle yan yükümlerin (koruma yükümlerinin) ihlalden doğmaktadır⁵⁶.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin en önemli kaynağı sözleşme ilişkisi olsa da, hekimin culpa in contrahendodan da sorumluluğu doğabilir. Hekim sözleşme görüşmeleri öncesinde kusurlu olarak, hastasının zarar görmesine neden olur ise bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir⁵⁷. Hekimin, uzmanlık alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabilecekmiş izlenimi vererek oyalaması; gerek olmadığı halde cerrahi bir müdahaleye ikna edebilmek için sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgi vermesi ya da

1968, s.108 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 19 vd.; **Eren**, s. 1091.; **Akyol**, s.50.; **Şenocak**, (ifa yardımcısı) s. 277 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 312 vd.

⁵⁵ Culpa in Contrahendodan sorumluluk için yapılan bir diğer tartışma ise, doğan zararın tazmin edilmesi için BK. m.41 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerinin mi yoksa BK.m. 96 ve devamında yer alan borca aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağı meselesidir. Bu iki seçenek, özellikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (BK.m.55-m.100), ispat yükü (BK.m.41-m.96) ve zamanaşımı (BK.m.60-m.125) konularıda birbirlerinden farklı düzenlemeler getirmektedir. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 59 vd.; **Eren**, s. 1085 vd.; **Serozan**, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III.Cilt., 2.Baskı, İstanbul 1998, 248 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 975 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 321vd.; Ayrıca bkz. **Yarg.13.HD.**, 13.11.1995 T., E.9375, K.9860, **Uygur**, Cilt:I, s. 1037.; YHGK, 11.6.2003 T., E.2003/13-414, K. 2003/410.

⁵⁶ **Eren**, s. 41.; Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkileri ile ayrıntılı bilgi için bkz. **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I., Allgemeiner Teil, 14.A., München 1987, s. 14 vd.; **Serozan**, MHAD, s. 108 vd.; **Kırca**, s.108.

⁵⁷ **Demir**, Mehmet: “*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.153.

herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması gibi durumlarda, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.

C. HEKİMİN VEKALETSİZ İŞ GÖRME NEDENİYLE SORUMLULUĞU

Hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için tıbbi müdahalede bulunan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve hastanın rızasının da olumlu ya da olumsuz yönde var olmadığı durumlarda, hekimin, hastanın yararına tıbbi bir müdahalede bulunması halinde vekaletsiz iş görmeden⁵⁸ söz edilmektedir. Örneğin, bilinci kapalı bir hastaya, hekimin tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapacağı müdahale BK. m. 410 -411 de düzenleme altına alınan vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilir ve hukuka uygun görülür⁵⁹. Aynı şekilde, bir toplantı ya da bir seyahat esnasında aniden fenalaşan bir kişiye, yakında bulunan bir hekimin ilk müdahalede bulunması yine vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilecektir. Bu hallerde, hastanın varsayılan rızasına ve üstün özel yararına uygun bir tıbbi müdahale olduğundan, bunun bir haksız fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır (TMK. m.24/II.)⁶⁰.

⁵⁸ Vekaletsiz iş görme ile ilgili olarak bkz. **Tandoğan**, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 74 vd.; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt:II, 3.Baskı, Ankara 1987, s. 676 vd.; **Zevkliler**, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8.Baskı, Ankara 2004, s. 376 vd.; **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2000, s. 457 vd.; Ayrıca bkz. **Tercier**, s. 765 vd.; **Lachat**, Anne Heritier: Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003, s. 2184 vd.

⁵⁹ **Güven**, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000, s. 123.

⁶⁰ **Zeytin**, Zafer: “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu” Roche Sağlık Günleri, 1/Tebliğler, İstanbul 2007, s. 102.

Vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurulmuş bir başka durum ise, ameliyat devam ederken beklenmeyen ve hayati önem taşıyan bir durumun ortaya çıkmasıdır⁶¹. Kural olarak hekim, hastasını aydınlatarak rızasını almış ve yapacağı tıbbi müdahale bu şekilde başlamıştır. Ancak, tıbbi müdahale devam etmekte iken daha önceden tespit edilememiş olan hayati bir durum ortaya çıkarsa ve hekim hastasının rızasını almadığı halde (ya da varsayılan rızasına⁶² dayanarak) ameliyata devam ederse yine vekaletsiz iş görmüş kabul edilir. Hekimin buradaki amacı hastanın ağır bir zarara uğramasını engellemek ya da hastanın hayatını kurtarmaktır⁶³. Bu amaçla hareket eden hekim, hasta ile aralarında hekimlik sözleşmesi var olsaydı, göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür (BK.m.411). Vekaletsiz olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin bu fedakarlığı, ona, sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekime nazaran daha az özenli hareket etme hakkı vermez⁶⁴. Diğer yandan BK. m.411/II. göre vekaletsiz iş gören, iş sahibinin ağır bir zarara uğramasını engellemek için faaliyette bulunmuşsa, sorumluluğu daha hafif olarak takdir edilir⁶⁵ hükmünün, hekimlik faaliyeti açısından uygulanması uygun değildir. Zira, insan hayatı ve sağlığı üzerinde faaliyet gösteren hekimin, herhal ve şart altında özenli hareket etmesi asıldır⁶⁶.

⁶¹ Bkz. Ameliyatın Genişletilmesi § 8. VII. B. 6.

⁶² Bkz. Varsayılan Rıza § 8. VII. B. 5.

⁶³ **Ayan**, s. 61.; Vekaletsiz iş görme, caiz olan /geçerli ve caiz olmayan /geçersiz vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılmakta ve farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. İş sahibinin çıkarına uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekaletsiz iş görmeye *caiz olan vekaletsiz iş görme* denir. Buna karşılık vekaletsiz iş gören öyle sansada aslında iş sahibinin çıkarına olmayan, ya da iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan ya da vekaletsiz iş görenin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi çıkarına yapmış olduğu ya da iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekaletle dayanarak iş sahibinin bir işini görmesi durumuna da *caiz olmayan vekaletsiz iş görme* denir. Ayrıntıları için bkz **Zevkliler**, s. 377 vd.; **Tandoğan**, Cilt:II (borçlar) s.681 vd. ; **Yavuz**, s. 475 vd.

⁶⁴ **Ott**, Werner E.: Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978, s.79.

⁶⁵ **Tandoğan** (vekaletsiz), s. 214 vd.

⁶⁶ Hastayı ağır bir zarar tehlikesinden korumak için müdahalede bulunan hekime sadece zorunlu ve faydalı masrafların (BK.m.413/I) değil, mutad bir tedavi ücretinin de ödenmesi gerektiği kabul

Hekim tarafından yapılan vekaletsiz iş görme niteliğindeki tıbbi müdahale, hastanın daha önce tedaviyi reddettiği bilinerek veya somut olayın özelliklerine göre bilinmesi gerekerek yapılmış ise, hekim tıbbi müdahale nedeniyle meydana gelen bütün zararlardan ve kazadan dahi sorumlu tutulur. Ancak, hastanın olumsuz iradesi hukuka ve ahlaka aykırı ise dikkate alınmayacağı gibi, bir haksız fiilden bedeni bir zarara uğrayan kişinin, tedavi yoluyla zararının artmasına engel olmak mümkün olduğu halde, buna rıza göstermemesi bir müterafik (ortak) kusur niteliğinde kabul edilir⁶⁷.

D. HEKİMİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Tıbbi müdahaleler sonucu, genellikle hastanın mutlak hak niteliği taşıyan kişilik değerleri –yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü vb.- ihlal edilmektedir. Hasta ve hekim arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi yok ise, vekaletsiz iş görmenin şartları da mevcut değilse, hekim haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulabilir (BK.m.41 vd.). Kaldı ki, taraflar arasında kurulmuş geçerli bir hekimlik sözleşmesi olsa bile, hekimin hastanın beden ve ruh bütünlüğüne yönelik her türlü davranışı aynı zaman da haksız fiil de teşkil edebilir⁶⁸. Örneğin, hekimin kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek, hasta organ yerine sağlıklı organı ameliyat etmesi ve maddi- manevi

edilmektedir. Hastanın gerçekleşen tıbbi müdahale sonrasında icazet vermesi halinde ise, hekim ve hasta arasında normal bir hekimlik sözleşmesi ilişkisi ortaya çıkacağı için ücret ödenmesi talep hakkı da kıyas yolu ile uygulanan genel hükümlere göre doğacaktır. **Ayan**, s. 114.; **Resioğlu**, Seza: Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V.Sempozyum, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 13.; **Ott**, s.80.

⁶⁷ **Tandoğan**, (vekaletsiz) s.230.; **Ott**, s. 81.; **Ayan**, s. 115.

⁶⁸ Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları (European Group on Tort Law, Principles Of European Tort Law) madde 2.102. de, korunan menfaatler başlığı altında “*En geniş ölçüde korunan menfaatler; yaşam, fiziksel, zihinsel bütünlük ve özgürlüklerdir.*” olarak belirlenmektedir. Bkz. <http://civil.udg.es/tort/Principles/pdf/PETL.Turkish.pdf> Turkish Translation by Erdem Büyüksağış.

zarara neden olması, sözleşme ile üstlendiği yükümleri ihlal etmesi nedeniyle sözleşmeye dayanan sorumluluğuna sebep olacağı gibi, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu da doğuracaktır. Dolayısıyla, hasta böyle bir durumda, hekime karşı tazminat talebini BK.m.41 de düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerine de dayandırabilir⁶⁹.

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında, aslında yapısal bir farklılık yoktur. Her iki sorumluluk düzeninde de, hekimin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü korunması ve tıbbi müdahalenin güvenli bir şekilde özenli olarak sunulmasını amaçlayan bir dizi yükümlülüğü vardır⁷⁰. Ancak zamanaşımı, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk ve kusuru ispat yükü açısından farklı hükümlere tabidirler. Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu, zamanaşımı için BK.m.125, yardımcı kişinin sorumluluğu için BK.m.100, kusurun ispatı için ise BK.m.96 hükmüne tabi iken; hekimin haksız fiil sorumluluğu zamanaşımı için BK.m.60, yardımcı kişinin sorumluluğu için BK.m.55, kusurun ispatı için ise BK.m.41 hükümlerine tabidir⁷¹.

⁶⁹ **Şenocak**, (özel sorunlar) s. 243.; Hekimin Haksız Fiile Dayanan Sorumluluğu ve Koşulları için bkz. **Reisoğlu**, s. 3 vd.; **Demir**, (armağan) s. 270 vd.

⁷⁰ **Straeter**, J.: Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, 2006, s. 33 vd.

⁷¹ **Şenocak**, (özel sorunlar) s.243.; **Ayan**, s. 62.

III. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ TEMELLERİ

A. KİŞİLİK HAKLARI VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

Hekimlik faaliyetleri, kişilik hakları ile yakından ilgili faaliyetlerdir. Çalışma alanı, kişilik hakları kapsamında korunan vücut bütünlüğü, yaşama⁷² ve sağlık hakkı⁷³ gibi değerler⁷⁴ olduğu için hekimlik mesleği, diğer meslek gruplarından çok farklı özelliğe sahiptir. Hekim, elinde bulundurduğu mesleki bilgi ve yetenekleri nedeniyle, hastanın vücut bütünlüğüne, hatta varlığına müdahale gücüne sahiptir⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, hekim, hastasının sorununu çözmek için bir takım tıbbi müdahaleler yaparken, hastanın kişilik haklarına da doğrudan ya da dolaylı olarak etki edilecek bir takım eylemler yapmaktadır. Hukukun, hekim ve tıbbi uygulamalar ile yakından ilgilenmesi, hekimlik faaliyetinin insan hayatının ayrılmaz bir parçası olarak büyük önem taşıması, insanı iyileştirebilecek imkanlara rağmen bazı durumlarda ölüm veya telafisi imkansız sonuçlar meydana getirebilecek nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır.

Kişilik hakları, Anayasa başta olmak üzere Medenî Kanun ve çeşitli düzenlemeler ile koruma altına alınmış mutlak haklardandır. “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevî varlığı*” başlıklı Anayasa’nın 17 nci maddesinde

⁷² Yaşam hakkı ya da hayat hakkı, bireyin yaşaması için gerekli fiziksel ve zihinsel fonksiyonlarına saygı gösterilmesi ve onların korunmasını ifade eden en temel haktır (Any. m.17/I). Hayat hakkının mutlak ve temel niteliği, hukuk sistemi içinde geçerli olan bütün değerler tarafından korunmayı gerektirir. **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s. 119 vd.; Ayrıca bkz. **Tercier**, Pierre: Le Nouveau Droit de la Personnalité, Zurich 1984, s. 53 vd.

⁷³ Sağlık hakkı insan hakları içinde ayrı bir kategori olarak yer alan ve insan haklarının ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasını ifade eden haklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt**, Enver: “*İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı*” Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 13 vd.

⁷⁴ Kişilik hakkı ve kişilik hakkı kapsamında korunan değerler için bkz. **Ateş**, s.118 vd. ve 163 vd.; **Serozan** Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005 s. 166.; **Zevkliler**, s. 306 vd.; **Akipek /Akıntürk**, s. 232.

⁷⁵ **Polat**, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s. 26.

şu düzenleme yapılmıştır: “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu hüküm, tıp hukukunun en temel hukuki kaynağını oluşturmaktadır.

Türk Medenî Kanunu ise 23 üncü maddesinde kişiliğin korunması ile ilgili olarak “*Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı*” başlığı altında, üç fıkraya yayılan şu düzenlemeyi yapmıştır: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*” Ayrıca, Türk Medenî Kanunu’nun 24 üncü ve Türk Borçlar Kanunu’nun 47 inci maddelerinde kişilik hakkına ve o kapsamda yer alan haklara yapılan hukuka aykırı saldırı ve müdahalelerin, hangi yaptırımlara tabî olacağını hüküm altına almışlardır.

Bu maddelerin birlikte değerlendirilmesinden çıkarılacak sonuca göre; yine kanun ile düzenlenen (TMK. m.23, m.24) hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hekimin, iyileştirmek amacı ile de olsa, hastaya uyguladığı her tür tıbbi müdahale esas itibariyle kişilik haklarına, vücut bütünlüğüne yapılan hukuka aykırı saldırılardır. Buna göre bir tıbbi müdahale esas olarak şu durumlarda hukuka uygun hale gelebilir; *hastanın rızası*, belirli şartlarda başvurulabilecek *varsayılan rıza*, *daha*

üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması ve zaruret halidir.

A. HEKİMİN SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ POZİTİF KAYNAKLAR

Hekimin tıbbî faaliyetlerini doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen birçok kanun, tüzük ve yönetmelik sağlık mevzuatımız içinde yer almakta, ancak, bunların hiç birinde hekimin hukuki sorumluluğuna yer veren özel hükümler yer almamaktadır. Bu durumda, ortaya çıkan hukuki problemler için genel nitelikte hükümler, hukuk dallarının ilgi alanlarına göre uygulanarak, çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır⁷⁶. Çalışma konumuz açısından, hekimin sözleşmeye dayanan hukuki sorumluluğu, Bk. m.96 vd. düzenlenmiş olan hükümlere tabidir⁷⁷. Aslında, hekimlik sözleşmesi hukuki yapısı itibariyle - kurulması, geçerliliği, sona ermesi vb. – genel olarak diğer Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı değildir. Ancak, hekimlik sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden farklı kılan, esas itibariyle konusu, amacı, tarafların durumu ve büyük ölçüde mesleği şekillendiren etik ilkelerdir.

Tıp hukukunun, temel belirleyici normu olan Anayasası'nın 17 inci maddesinden sonra, hekimlik faaliyetlerini ilgilendiren ve bu çalışmada da sık sık atıf yapılan hukuki düzenlemelerin başlıcaları ise şu şekilde sıralanabilir:

⁷⁶ Bkz. **Ertay**, Şeref: “*Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu*” Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 1980, S.1., s.176 vd.

⁷⁷ **Belgesay**, Mustafa Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953, s. 75.; **Reisoğlu**, s.3.; **Aşcıoğlu**, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların, Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Ankara 1993, s.64 vd.

Kanunlar

- 1219 sayılı ve 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun
- 1593 sayılı ve 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu
- 2219 sayılı ve 1933 tarihli Hususi Hastaneler Kanunu
- 6023 sayılı ve 1953 tarihli Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁷⁸
- 2238 sayılı ve 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
- 2827 sayılı ve 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Tüzükler

- 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
- 1983 tarihli Özel Hastaneler Tüzüğü,
- 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
- 2002 tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü

Yönetmelikler

- 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği
- 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
- 2002 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği
- 2004 tarihli Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği
- 2008 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik

⁷⁸ 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 59/g fıkrasına dayanılarak 01.02.1999 tarihinde, "hekimlerin mesleklerinin gereklerini yerine getirirken uymaları zorunlu olan hekimlik meslek etiği kurallarını belirlemek amacıyla", Hekimlik Meslek Etiği Kuralları yayımlanmıştır.

Bu sayılanların dışında birçok Yönetmelik ve Tüzüğün yanı sıra, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan çok sayıda genelge, yönerge ve tebliğ de mevcuttur⁷⁹.

Uluslararası Belge ve Sözleşmeler

- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşme
- Dünya Hekimler Birliği⁸⁰ tarafından yayımlanan Etik Bildirgeler (Lizbon, Bali, Amsterdam Bildirgeleri gibi)

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. MUKAYESELİ HUKUKTA

1. ROMA HUKUKUNDA

Medeni hukukun gerçek kaynağı, Roma hukukudur. Medeni Kanunda yer alan sistematik ve soyut kavramlar, hep Roma hukukundan gelmektedir. Roma hukukunun öncelikle 1100 yılında Bologna Üniversite'nde Roma kaynaklarının (*Digesta*) keşfedilmesi ile parladığını ancak esas çıkışı tarihçi hukuk okulu

⁷⁹ Bkz. www.saglik.gov.tr

⁸⁰ World Medical Association www.wma.net

(*pandektist hukukçular*) ile doğal hukuk okulu (*digestacı hukukçular*) tarafından birlikte sahip çıkmaları ile gerçekleşmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹.

Roma'nın ilk zamanlarında, hür vatandaşlar tarafından hor görülen hekimlik faaliyetleri, köleler tarafından yerine getiriliyordu. Roma Hukuku'nda, hekimin sorumluluğu ile ilgili olan ilk kurallara XII Levha Kanunlarında rastlanmakta idi. Bu dönemde hekimler, temel olarak ihmal ve acemilikleri nedeniyle sorumlu tutulmuşlardır. Ancak, hekimin sorumluluğuna ilişkin en önemli düzenleme *Lex Aquilia* ve *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* de yer almakta idi⁸².

Lex Aquilia, hekimin faaliyetleri sonucu, Roma vatandaşının mal varlığında meydana gelen eksilme veya bozulma halinde uygulanmak için yürürlüğe konmuş, esas itibariyle de hekimin ihmali ya da bilgisizliği sonucu bir kölenin ölmesi veya yaralanması halinde uygulanan tazminata ilişkin bir kanun niteliğindedir. Hekim, eğer, yanlış bir ilaç kullandıysa ya da bir ameliyatı başarı ile yapmış olmakla birlikte, daha sonra hastasının bakımı ile ilgilenmeyerek onu bıraktıysa da sorumluluk altına girmekte idi. *Justinian Corpus Iuris Civilis*'dan alınan bu kurallar, yüzyıllar sonra kurulan modern hukuk sistemlerinin de temelini oluşturmuştur⁸³.

Daha sonra, pretörlerin uygulamaları ile Romalı vatandaşların ölümü veya yaralanması durumunda da geçerli sayılmış olan *Lex Aquilia*'nın, hekimin sorumluluğu açısından en önemli özelliği acemilik, ihmal, bilgisizlik gibi hallerin ilk

⁸¹ **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, genel Bölüm, İstanbul 2005, s. 58 vd.; Roma Hukukunun Çağdaş Hukukları etkilemesi üzerine daha ayrıntılı bilgiler için bkz. **Koschaker**, Paul / **Ayiter**, Kudret: Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1971, s. 1 vd.; Ayrıca Bkz. **Küçük**, Eşref: "XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeni Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku" AÜHFD yıl 2007, Cilt: 56, Sayı:4, s. 123-205.; **Oğuz**, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 109 vd.

⁸² **Bayraktar**, s.45 vd.; Ayrıca bkz. **Giesen**, (international) s. 3 vd.

⁸³ **Giesen** (international) s. 3.

defa ağır kusur olarak belirtilmiş olmasıdır⁸⁴. *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*⁸⁵ ise, hekimin, sadece kasden işlenen suçlar için cezai sorumluluğunu düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Roma Hukuku'nda hekimin cezai sorumluluğu açısından kasden meydana getirilmeyen ciddi bir sonuç olmadıkça, hekimin ağır bir şekilde cezalandırılmasına gidilmiyordu⁸⁶.

1. ALMAN HUKUKUNDA

Alman Hukukunda, hekim ve hasta arasında kurulan *tedavi sözleşmesi* (*Behandlungsvertrag*) veya *hekimlik sözleşmesi* (*Arztvertrag*) olarak adlandırılan sözleşmenin, bir hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşü benimsenmektedir⁸⁷. Bu görüşün temelinde ise, Roma hukuku'nda vekâlet sözleşmesinin ivazsız yapılması yatmaktadır⁸⁸. Alman hukukunda, vekalet sözleşmesi kesinlikle ivazsız olmalıdır

⁸⁴ Bayraktar, s. 46.

⁸⁵ Rives, James B.: “*Magic, Religion and Law: The Case of the Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*” Religion and Law in Classical and Christian Rome, Editors: Clifford Ando / Jörg Rüpke, 2006, s. 47-67.

⁸⁶ Bayraktar, s. 48.

⁸⁷ Aşçıoğlu, s.19.; “BGB 662 hükmüne göre vekalet ücretsizdir. Vekil vekaleti kabul etmekle, kendisine vekalet veren tarafından bırakılan işi ücretsiz yapmayı yükümlenir. Vekalet akdinin ücretsiz oluşu, avukatlık sözleşmesine vekalet hükümlerinin uygulanmasını engeller.” Aynı durum, hekimlik sözleşmesi için de geçerli olduğundan, Alman hukukunda hekim ve hasta arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Günergök, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003, s. 22, dipnot 5.

⁸⁸ “Mandatum, bir kimsenin, diğer birine bir muameleyi ivazsız olarak idare etmesi için vekâlet verdiği rızaî bir akiddir.” Koschaker /Ayiter: s. 242 vd. “...rızaî akitlerden olan vekâlet *mandatum* akdi ile vekil, vekâlet verenin kendisine tevdi ettiği işi veya işleri ücretsiz olarak ifa etmeyi taahhüt eder...Roma Hukuku'nda, taraflar işin yapılmasına mukabil bir ücret ödeneceğini şart koşmuşlarsa, bu akit vekâlet akdi olmaktan çıkar, yerine göre bir istisna akdi ya da hizmet akdi olur....Roma Hukuku'nda, fıkri hizmetler yüksek hizmet sayılırdı; mesela bir avukatın, bir hekimin, bir profesörün çalışmaları hiçbir zaman hizmet akdine konu teşkil etmezdi....Ancak, vekâlet akdinde vekile, emeğine mukabil bir karşılık verilebilirdi. Fakat, bu alelâde bir ücret değildi, buna *honorarium*, *şeref ücreti* denirdi. Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s.150 vd.; “Klasik hukuk çağında ...*mandatum*’un konusunu oluşturan iş karşılığında bir ücret ödenmesinin öngörülmemesi onu diğer akitlerden ayıran en belirgin özelliğidir.....Gerçi zamanla, *mandatum*’da da yapılan iş için bir miktar para ödenmesi usulü yaygınlaşmaya başlamıştır.....” Karadeniz, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş

(BGB § 662). Ancak, hekimlik faaliyetleri bir bedel karşılığında yapılan faaliyetlerdir⁸⁹. Bu nedenle, Alman doktrini, başkasına ait işin idaresi, bir ücret karşılığında üstlenilmiş ise, ortada vekaletin değil, ücret karşılığında bir işin görülmesini konu alan hizmet sözleşmesinin (BGB § 611) veya eser sözleşmesinin (BGB § 631) bulunduğunu kabul etmektedir⁹⁰. Dolayısıyla, serbest olarak çalışan hekimin hastası ile kurduğu sözleşme ilişkisi, Alman Medeni Kanunu'nun bu düzenlemeleri karşısında zorunlu olarak hizmet ya da eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Hekimin hukuki sorumluluğuna, geleneksel yaklaşım, tedavi hatası (*Behandlungsfehler*) ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi (*Aufklärungsfehler*) şeklinde değerlendirilmektedir⁹². Alman hukukunda, hekimin sorumluluğu açısından aydınlatma yükümü çok önemli bir yere sahiptir⁹³. Hastanın, tıbbi müdahaleler için vereceği rızanın geçerliliği açısından büyük önem taşıyan bu

İlişkileri, Ankara 1976, s.211 vd. ; “Roma’da ücret şart koşulacak olsa idi vekâlet değil, yerine göre locatio conductio operis (istisna akdi) veya locatio conductio operarum (iş veya hizmet akdi) olurdu.” **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s.373.; “...*Mandatum*’un ücretsiz olmasının en önemli nedeni, bu sözleşmenin güçlü toplumsal borçlardan doğan yardım karakteridir. Ancak, zamanla bu yardım, *honorarium* adı verilen bir şeref ücreti ile ödüllendirilmeye başlanmıştır.” **Oğuz**, Arzu: Roma ve Türk Hukuku’nda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C.41, S.1-4, 1989-1990, s. 262.; “Roma Hukuku’nda vekâlet akdi rızâî ve ücretsizdir...bir dostluk ilişkisine dayanır. Vekil bir kazanç peşinde koşmamalı, adeta kendi menfaatini takip eder gibi vekâlet akdini ifa etmelidir....Bir hekimin, bir avukatın, bir profesörün çalışmaları gibi fikrî hizmetler vekâlet *mandatum* akdi kabul ediliyordu.” **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 213 vd.; “....Vekâlet akdinde vekil (mandatarius), vekâlet verene (mandans, dominus negotii) ait bir işi ücretsiz olarak yapmayı üstlenmektedir. Her türlü hukukî veya fiilî iş için vekâlet verilebilirdi....” **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.99 vd.

⁸⁹ **Ayan**, s. 52.; **Sarial**, s. 39.

⁹⁰ **Medicus**, Dieter: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 8. Auf. München 1997, s. 198.; **Deutsch**, Erwin / **Matthies**, Karl H.: Arzt –Haftungsrecht, 2.Auflage, Köln 1987, s. 10 vd.; **Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 107.

⁹¹ **Deutsch**, Erwin/ **Spickhoff**, Andreas: Medizinrecht, Berlin 2003, s.41 vd.

⁹² **Brüggemeier**, Gert: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Heidelberg 2006, s. 456.

⁹³ Hekimin, hastasını aydınlatma yükümlülüğünün temelini, Alman Anayasası Art. 2 II. 1 ile koruma altında olan kişinin kendi geleceğini belirlemesi hakkı (*Selbstbestimmungsrechts*) ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı (*körperliche Integrität*) oluşturmaktadır. Bkz. **Brüggemeier**, s.457 vd.; **Roggo**, Antoine: Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002, s. 75 vd.; **Stockter**, Ulrich: Präventivmedizin und Informed Consent, Berlin 2008, s. 102 vd.

mesleki yükümlülük, hekimlik sözleşmesi açısından da özenle yerine getirilmesi gereken bir yükümdür. Aydınlatma yükümünün ihlali, hekimin meslek hatasından sonra en çok dava açılan konu olmakta ve bu yükümün ihlali genel sorumluluk sebebi halini almaktadır⁹⁴. Hekimin aydınlatma yükümü, Alman hukukunda müdahale Aydınlatması (*Eingriffsaufklärung*) ya da kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*), koruma aydınlatması (*Sicherungsaufklärung*) ya da tedavi aydınlatması (*Therapeutische Aufklärung*) olarak ikili bir ayırım altında incelenmektedir⁹⁵. Bu ayırım, doktrini de etkilemiş ve genel olarak kabul görmüştür.

Hekimin, sözleşmeye dayalı sorumluluğu açısından önemli olan bir diğer yükümü, özen gösterme yükümüdür. Hekim, hastasına karşı ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlarda göstermesi gereken özeni göstermek zorundadır⁹⁶. Bu şekilde objektifleştirilmiş özen yükümünü⁹⁷ ise, öncelikle hekimin tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul görmüş kurallarına uyması ile mümkün olabilecektir⁹⁸. Hekimin kusurlu olarak, tıp bilimi ve uygulamasının tanınıp kabul edilmiş kurallarına aykırı hareket etmesi halinde özen gösterme yükümüne aykırı davranmış olacağı gibi, davranışı kendisine bir meslek kusuru (*kunstfehler*) olarak da yükletilebilecektir⁹⁹. Örneğin, Alman Federal Yüksek mahkemesinin bir kararına

⁹⁴ Ayrıntıları için bkz. **Zeytin**, (Aufklärungspflicht) s. 1143 vd.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Laufs**, Adolf / **Uhlenbruck**, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., München 2002, § 62. ; **Roggo**, s. 79.; **Giesen**, Dieter: Arzthaftungsrecht, Die Zivilrechtliche Haftung aus Medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, Tübingen 1995, 169 vd.

⁹⁶ Hekimin özen gösterme yükümü, hekimlik sözleşmesinin niteliği gereği diğer sözleşmelerde olduğundan daha fazla öne çıkmaktadır. Bu yönde görüşleri vurgulayan mahkeme kararları için bkz. BGE 113 II 429, 431.; BGE 111 II 72, 74., BGE 120 Ib 411, 413.; BGE 120 II 248, 250.; BGE 116 II 519, 521.; BGE 115 II 62, 64.

⁹⁷ **Giesen** (arzthaftung) s. 84 . Ayrıca bkz. BGE 118 IV 130, 133.; BGE 116 IV 306, 308.

⁹⁸ **Deutsch / Matthies**, s. 33.; **Giesen**, (international) s. 104 vd.; Ayrıca bkz. BGE 64 II 200, 207.; BGE 113 II 429, 432.; BGE 117 II 563, 566.

⁹⁹ **Roggo**, § 6, s. 56 vd. ; **Giesen**, (arzthaftung) s. 97 vd.; “*Treu und Galuben*” BGB § 242 genel prensibi, kişinin kasıtlı ya da ağır ihmalinin olduğu davranışları açısından, beklenmedik bir risk

göre, hekimin ilaç dozu ayarlamak için baktığı tıp kitabının hatalı baskısı nedeniyle, %2.5 şeklinde hazırlaması gereken ilacı %25 NaCL ile hazırlamıştır. Mahkeme böyle bir durumda, hekimin *bilgisizlik* ya da *dikkat eksikliği* nedeniyle hastasına karşı olan özen gösterme yükümünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹⁰⁰.

Alman Hukukunda, taraflar arasında bir sözleşmenin olmadığı ve hekimin hastanın iradesine dayanmaksızın ancak, onun iyileşmesini sağlamak için, onun yararına bir tıbbi müdahalede bulunması halinde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰¹.

2. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Hukukunda, hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği esas itibariyle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (Art. 394-406 OR)¹⁰². Ancak dış hekimlerinin tedavi söz konusu olmaksızın dış protezi yapmaları istisna (eser), aile hekimliği sözleşmesi (*Hausarztvertrag*) ise hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir.

İsviçre doktrin ve yargı kararlarında, hekimlik sözleşmesi kapsamında aydınlatma yükümü, hekimin sözleşmeden doğan yükümlerinden biridir¹⁰³. Hekim, hastasına açık ve anlaşılabilir bir usul içerisinde teşhis, tedavi, alternatif yöntemler,

gerçekleşmiş olsa bile dikkate alınmaktadır. Bkz. **van Dam**, Cees: European Tort Law, Oxford 2006, s. 213 vd.

¹⁰⁰ BGH, 7 July 1970 NJW 1970, 1963.

¹⁰¹ **Ayan**, s. 60.; **Deutsch / Matthies**, s. 16 vd.

¹⁰² **Ott**, s.23.; **Tercier**, (contrats) s. 655 vd.; **Werro**, s. 2022 vd.; **Fellmann**, Walter: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abteilung, Die Einzelnenvertragsverhältnisse, 4.Teilband, Der einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Bern 1992.

¹⁰³ ATF 117 Ib 197.; ATF 116 II 519.; ATF 108 II 59.; ATF 105 II 284.

cerrahi müdahale söz konusu ise, riskleri, iyileşme ihtimalleri, hastalığın muhtemel seyri, mali boyutu ve sağlık sigortası yönünü açıklamalıdır. Bu bilgilerin kapsamı ve yeterliliği ise, hekimin kendisi tarafından belirlenecek ancak, bu yapılırken, somut olaydaki hastanın durumu ve kişisel özellikleri dikkate alınacaktır¹⁰⁴. Hekimin hastaya uyguladığı ve asıl olarak vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelen tıbbi müdahale, hastasını yeterince aydınlatılması suretiyle elde edilecek olan rızasına dayanmalıdır¹⁰⁵. Zira, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmayan ya da başka hukuka uygunluk şartlarını taşımayan tıbbi müdahaleler, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğünün ihlali olarak hukuka aykırı bir nitelik taşırlar¹⁰⁶.

Hekimin hastanın iradesine dayanmaksızın, ancak, onun iyileşmesini sağlamak için ve onun yararına bir tıbbi müdahalede bulunması halinde, Alman Hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da vekaletsiz iş görme¹⁰⁷ hükümlerinin (Art.419-424 OR) uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Hekimin, sözleşmeden doğan sorumluluğunun tespit edilebilmesi için, borca aykırılığın dolayısıyla, hukuka aykırılığın incelenmesi gerekir ki, bu da hekimin mesleki bir hatasının ya da sözleşmeyi kötü ifa etmesi ile ortaya çıkabilir. Bu durumda hekim, tamamen ya da kısmen ifa etmeme ya da kötü ifa nedeniyle kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece, hastanın uğradığı zararı tazmin etme sorumluluğu

¹⁰⁴ ATF 113 Ib 420.; ATF 108 II 59.; ATF 105 II 284.

¹⁰⁵ İsviçre hukukunda, tıp alanında aydınlatma yükümünün daha etkili uygulanabilmesi, rızanın açık olarak alınmaya çalışılması ile sağlanmaktadır. Bkz. ATF 1b 420.; ATF 108 II 59.; ATF 105 II 284.

¹⁰⁶ **Wiegand**, Wolfgang: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, Handbuch des Arztrechts, Honsell (Hrsg.), Zürich 1994, s.119 vd.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk –İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957.

¹⁰⁸ **Ayan**, s. 60.; **Tercier** (contracts) s. 765 vd.; **Lachat**, s. 2184.

altındadır¹⁰⁹. İsviçre hukukunda, hekimin sorumluluğu çerçevesinde, tıbben belirli bir sonucun hekimden, onun bilgi ve becerisine göre bekleniyor olması sözkonusu ise de, bu hiçbir şekilde sonucu garanti ettiği anlamını taşımaz zira bu hekimin bir yükümü değildir¹¹⁰. Dolayısıyla, beklenen sonucun yerine getirilememiş olması, sözleşme ilişkisi ile yüklenilen borcun yerine getirilmemesi (Art.97 OR) ile aynı tutulamaz¹¹¹. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, bu yaklaşım “...sağlık alanındaki hızlı gelişmeler/yenilikler dikkate alındığında, tıbbi müdahaleler tahmin edilemez riskler de taşıyabilir...”¹¹² ifadeleriyle vurgulanmaktadır¹¹³.

3. İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiltere’de hukuk sistemi, temel olarak mahkeme kararlarına (*case law*) dayanarak gelişen Common Law sistemidir¹¹⁴. İngiliz hukukunda yazılı bir medeni kanun olmasa da, belirli bazı kanunlar (*Act*) önemleri ve etkileri git gide daha fazla artarak common law sistemini desteklemektedirler. Bu kanunlara, Aile Reform Kanunu (*Family Law Reform Act 1969*), Tüketiciyi Koruma Kanunu (*Consumer Protection Act 1987*), Hayvan Kanunu (*Animals Act 1971*), İnsan Hakları Kanunu

¹⁰⁹ ATF 133 II 121.; İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz.; ATF 117 II 563.; ATF 115 Ib75.; ATF 113 II 429.; Art.97 OR (BK:m.96 vd.) için ayrıca bkz. **Thévenoz**, Luc: Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003, s. 553 vd.

¹¹⁰ **Kuhn**, Moritz: “Die Arzthaftung in der Schweiz” MedR 1999, s. 248 vd.

¹¹¹ **Thévenoz**, s. 567 vd.; ATF 133 II 121 s.124.

¹¹² ATF 120 II 248.

¹¹³ İsviçre hukukunda hekimin hukuki sorumluluğu için ayrıca Bkz. 23.4.2003 tarihli ATF 129 II 312.; 19.12.2002 tarihli ATF 129 III 135.; 16.7.2007 tarihli ATF 133 III 527.; 13.1.2006 tarihli ATF 132 V 18.; 23.5.2002 tarihli ATF 128 IV 188.; 2.5.2002 tarihli ATF 128 V 169.; 10.7.2007 tarihli ATF 133 II 257.; 12.1.2007 tarihli ATF 133 V 224.

¹¹⁴ “Anglo-Amerikan hukuk sistemi, case law (yargısal uygulama), common law (töre hukuku) ve equity (hakkaniyet) ön planda yer aldığı hukuk sistemidir. İngiltere ve Amerika’nın içinde yer aldığı bu hukuk sisteminde, statutory law (yazılı hukuk) arka planda yer alır.” Bkz. **Serozan** (medeni), s. 61.; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Slapper**, Gary / **Kelly**, David: English Legal System, 5th Edition, London 2001.

(*Human Rights Act 1998*), Haksız Fiil Kanunu (*Torts Act 1977*), Sözleşmeler Kanunu (*Contracts -Rights of Third Parties- Act 1999*) örnek olarak verilebilir¹¹⁵.

Uluslararası alanda, hekimin sorumluluğuna bakıldığında, sağlık hizmeti almak üzere kurulan diğer sözleşme ilişkilerinin aksine, hekim ve hastası arasında kurulan sözleşme ilişkisinde hekim, en çok ihmal ya da özensizlik nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. İngiliz hukukunda da, gerekli dikkat ve özeni göstermeme (*negligence*)¹¹⁶, tıbbi uygulama hatalarının temelini oluşturmaktadır¹¹⁷. Hekim, sözleşme ile üstlendiği yükümü (*duty of care*) yerine getirmedi (*breach of duty*) ve bu şekilde hastasının zarara uğramasına neden oldu ise, hukuken sorumlu olmaktadır. Böyle bir durumda, hastanın uğradığı maddi–manevi zararlar (*pecuniary loss, non-pecuniary loss*)¹¹⁸, kendi kusurlu davranışından kaynaklandığı ispat edilen hekim tarafından tazmin edilecektir. Sözleşmenin ihlal edilmesi anlamına gelen borca aykırılığın varlığı *reasonable pyhsician* kriterine göre tespit edilmektedir¹¹⁹. Bu kriter gereği özensizlik, aynı şartlarda ortalama bir hekimin yapması gerekeni yapmamış olmak ya da yapmaması gereken bir davranışı gerçekleştirmek olarak ifade edilmektedir. Örneğin, hekimin özensiz ve üstünkörü bilgi vermesi sonucu kanser hastasının tedavisine 9 ay geç başlanması ve iyileşme şansının %42 den

¹¹⁵ **van Dam**, s. 80 vd.; İngiliz Özel Hukuku ile ilgili genel bilgi için ayrıca Bkz. **Birks**, Peter: English Private Law, Oxford 2004.

¹¹⁶ Bkz. **Birks**, Chapter 14., “*Negligence: Basic Concepts*”; **van Dam**, s. 189 vd.

¹¹⁷ **Giesen**, (international) s. 8.; **Speller**, S.R.: Law of Doctor and Patient, London 1973.; Ayrıca bkz. **Stauch**, Marc / **Wheat**, Kay: Sourcebook on Medical Law, London 1999.

¹¹⁸ *Pecuniary loss* (maddi zararlar), tedavi ve bakım masrafları; *non-pecuniary loss* (manevi zararlar) ise, yaşanan acı, ızdırıp ve ruhsal kayıplara karşılık gelmektedir. Ayrıntıları için Bkz. **Giesen** (international) s. 225 vd.; **van Dam**, s. 1205 vd.

¹¹⁹ *Reasonable person*, common law sisteminde var olan ve kişilerin davranışlarını objektif olarak değerlendirebilmek için kullanılan hukuki bir fiksiyondur. Üstlenilmiş bir sorumluluk açısından, özen borcunun gereği gibi yerine getirilip getirilmemiş olduğunun belirlenebilmesinde kullanılmaktadır. Reasonable person kriteri, hem haksız fiil sorumluluğu hem de sözleşme sorumluluğu açısından kullanılan bir kriterdir. Bu kriter aslında, Roma hukukundan günümüze kadar gelen *bonus pater familias* kavramının bir uzantısıdır. Reasonable person kriteri için bkz. **van Dam**, s. 193 vd. ve 803 vd.

%25'e inmesi ve bu nedenle uğranılan zarar, hekimin ihmalden (özensizliğinden) kaynaklanmaktadır¹²⁰. İngiliz hukukunda, hekimin kusurlu davranışı ile hastanın iyileşme şansını belli oranda ya da tamamen kaybetmesi arasında, bir illiyet bağı olduğu ispatlanır ise meydana gelen zarar hekimin sorumluluğu sonucunu doğurmaktadır. Buna göre, hekimin haksız fiili ya da borca aykırı davranışı, zararın gerçekleşme ihtimalini en az %51 oranında artırmış olması gerekmektedir¹²¹.

İngiliz hukuku açısından, yargısal uygulamalar (*case law*) kadar örf adet hukuku (*common law*) ve etik ilkeler de hukuk sitemine yön vermektedir¹²². İngiliz tıp hukukunun büyük bölümü de, etik ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Ancak, klinik uygulamalar farklı düzenlemelerin yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmakta, özellikle hastanın aydınlatılması ve sırlarının saklanması (kişisel verilerinin korunması) gibi konular, yakın tarihli içtihatlarda tartışma konusu haline getirilmektedir¹²³. Ayırt etme gücüne sahip, bilinci açık, yetişkin bir kişinin rızası alınmadan yapılacak olan tedavi, her açıdan hukuk dışı bir hareket olarak değerlendirilmektedir¹²⁴. Ancak, bir kaza ya da başka bir nedenle, bilinci kapalı olan kişiye kendi yararına olarak rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahale, zorunluluk hali nedeniyle (*principle of necessity*) hukuka uygun kabul edilmektedir¹²⁵. Mahkeme kararları da, bu görüşlerin doğrultusunda gelişerek içtihat hukukunu ortaya çıkarmaktadır: “*Kişi, tedavi olmak istemediğini açık bir şekilde ifade ederse, hekimlerin kendisine tedavi uygulamaları*

¹²⁰ Gregg v. Scott (2002) EWCA Civ 1471, (2003) Lloyd's Rep Med 105.; Aynı yönde Hotson v. East Berkshire AHA.; Bkz. **Birks**, s. 142.

¹²¹ Konunun ayrıntıları için bkz. **Markesinis**, Basil/ **Deakin**, Simon: Tort Law, Oxford 1999.; **Fleming**, John: The Law of Torts, 9th Edition, Sidney 1998.; **van Dam**, s. 275.

¹²² **Serozan** (medeni) s. 61.; **Stauch/Wheat**, s. 20.

¹²³ **Biggs**, Hazel: “Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis” Ankara Barosu- AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 53.

¹²⁴ **van Dam**, s.502.

¹²⁵ Airedale N.H.S. Trust v. Bland, Ref: 1993 2 WLR 316, http://www.swarb.co.uk/c/hl/1993airedale_bland.html (erişim: 2.1.2009)

*hukuk dışıdır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özerkliği daha üstün bir hak olarak korunmalıdır...*¹²⁶. Örneğin, bir mahkeme kararında, gerçekleşme ihtimali çok düşük olan tipik bir risk, cerrahi müdahale öncesinde hastaya açıklanmamış ama, ne yazık ki, ameliyat sırasında gerçekleşmiştir. Hasta, gördüğü zarardan dolayı hekimi dikkatsizlik ve beceriksizlik ile itham etmiştir. Mahkeme, çok uzun ve detaylı tartışmalar sonucunda, hekimi bu nedenle değil ama *hastasını, ameliyat öncesinde riskleri de dahil ederek gereği gibi aydınlatmadığı* gerekçesi ile sorumlu tutmuştur¹²⁷.

4. AMERİKAN HUKUKUNDA

Amerikan hukuku, yargısal uygulamaların (*case law*), örf-adet hukuku (*common law*) ve hakkaniyet (*equity*) ilkelerinin ön planda olduğu, Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahildir. Bu nedenle, İngiliz hukukunda ki ve Amerikan hukukunda ki uygulamalar, bazı farklılıklar dışında, birbirine benzemektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, hekimin hukuki sorumluluğu özellikle 19.yy ikinci yarısında birçok davaya konu olmuş, tıbbi uygulama hatası (*malpractice*) olduğu sonucuna varılan davalarda ise ani bir artış görülmeye başlanmıştır. 1970'lerin sonundan itibaren hekimler aleyhine çok yüksek rakamlarda tazminatlara hükmedilmesi, hekimlerin uzmanlık dalı seçimlerini bile etkileyecek boyuta ulaşmış,

¹²⁶ Re T 1992 4 ALL ER 649 AT 652, Aynı yönde R Burke v. GMC 2005 3 FCR 169 para 30. Bkz. **Biggs**, s. 54.

¹²⁷ Chester v. Afshar 2004 UKHL 41.; Ayrıca bkz. Chatterson v. Gerson 1981 QB 432.

tıp ve hukuk alanında yoğun bir gerginliğin başlangıcı olmuştur¹²⁸. Bu bağlamda, ciddi bir patlama yapan tıbbi uygulama hatası (*malpractice*) davalarıyla, davacılar ve avukatları hak etmedikleri olağanüstü yüksek ve haksız ödüller (tazminatlar) kazanmakta, çok yüksek sigorta primlerinin getirdiği yükün altında ezilen hekimler ise, zaman zaman muayenehanelerini kapatmak zorunda kalmaktadırlar¹²⁹. Amerika’da çok ciddi maliyetlere neden olan tıbbi uygulama hatalarının büyük çoğunluğunun ise ihmal ve teknolojinin kullanılmasından kaynaklandığı saptanmaktadır¹³⁰.

Amerikan hukukunda, tıbbi sorumluluk açısından hekim ve hasta ilişkisine baktığımızda, öncelikle bu ilişkinin karşılıklı bir anlaşma üzerine kurulduğunu, hasta istemiyor ise, hekimin kural olarak tedavi etme ya da tedavi etmeyi kabul etme yükümlülüğü olmadığını görmekteyiz¹³¹. Hekim, kural olarak hastasına karşı sorumlu iken, bazı durumlarda hekimin hastaya karşı olan yükümleri, 3.kişileri de kapsayacak şekilde genişleyebilir. Örneğin, hekimin, hastanın iletişim kurmasını engelleyen bir hastalığı var ise, hastalığın riskleri ile ilgili olarak hastanın eşine bilgi verme görevi vardır. Amerikan hukukunda, tıbbi sorumluluk iddiaları daha çok ihmal ve özensizlik nedenine, genel anlamda ise haksız fiil hukukuna (tort law)

¹²⁸ **Tancredi**, Laurence / **Nelkin**, Dorothy ; “*Medical Malpractice and Its Effect on Innovation*” The Liability Maze, The Impact of Liability on Safety and Innovation, Editors: Peter W.Huber / Robert E. Litan, U.S.A. 1991, s. 251.

¹²⁹ Konunun hukuki, tıbbi ve politik boyutları açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **Baker**, Tom: The Medical Malpractice Myth, Chicago 2005.

¹³⁰ **Tancredi** / **Nelkin**, s.252. Ayrıca bkz. **Bovbjerg**, Randall R.: “*Problems and Solutions in Medical Malpractice*” The Liability Maze, The Impact of Liability on Safety and Innovation, Editors: Peter W.Huber / Robert E. Litan, U.S.A. 1991, s. 274 vd.

¹³¹ **Basanta**, W. Eugene: A Primer on Medical Liability Law in the United States, Bkz. <http://www.law.umkc.edu/irelandclassmaterials/2007materials/MedLaibPrimer.ppt>

dayanmaktadır¹³². Haksız fiile dayalı olarak açılan davada, davacının ispat etmesi gereken konular: davalının kendisine karşı bir yükümünün olduğu; bu yükümün ve vücut bütünlüğünün ihlal edildiği ve bir zararın doğduğudur.

Hekim ve hasta ilişkisi, hekimin uzmanlığına dayalı olarak mesleki yükümlülükleri de içeren özel bir ilişkidir. Hekim hastasına karşı ister haksız fiil nedeniyle ister sözleşme ilişkisi nedeniyle sorumlu olsun, kendisinden belirli bir davranış şekli içinde hareket etmesi beklenir¹³³. Bir hekimin, öncelikle aynı şartlar altında ortalama/mantıklı (*reasonable*)¹³⁴ bir hekimin sahip olması gereken tıbbi bilgi ve yeteneğe sahip olması beklenir. Daha sonra ise, bu bilgi ve yeteneğini, ortalama bir hekimin uygulayacağı şekilde uygulamış ve yine tıbbî değerlendirmesini ortalama bir hekimden beklenen düzeyde yapabilmiş olmalıdır. Bu değerlendirmeler, hekimin görevini gerektiği gibi yerine getirip getirmediğini belirleyen *objektif kriterlere* ve hekimin içinde bulunduğu şartlara göre yapılır. Hekimden beklenen, hiçbir zaman üstün ya da mükemmel bir sonucu elde etmesi değil, tıbbi standartlara uygun hareket etmiş olmasıdır¹³⁵.

Hekimin, hukuken sorumlu tutulabilmesi için hastanın uğradığı zarar ile hekimin, kendi ihmali ile tıbbi standartların altında kalan teşhis, tedavi ya da bakımı arasında uygun illiyet bağı kurulabilmelidir. Amerikan hukukunda bu alanda görülen davalarda *expert witness* denen uzman bilirkişilerin görüşleri alınmaktadır¹³⁶. Bu

¹³² **Sage**, William M./ **Kersh**, Rogan: Medical Malpractice and The U.S. Health Care System, New York, 2006.; Ayrıca bkz. **Koenig**, Thomas H./**Rustad**, Michael R.: In Defense of Tort Law, New York 2001.

¹³³ Amerikan Hukukunda, genel olarak hizmet sözleşmelerinden doğan sorumluluğun şartları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Herzog**, Peter: Die Haftung bei Dienstleistungen in den Vereinigte Staaten, Haftung der Dienstleistungsberufe, Heidelberg 1993.

¹³⁴ Bkz. § 4. IV. A. 4.

¹³⁵ **Basanta**, s. 3.

¹³⁶ **Basanta**, s. 6.

konuda raporlar hazırlayan uzman bilirkişiler, genellikle gerçek neden (*cause in fact*) ya da yaklaşık neden (*proximate cause*) üzerinde durmaktadırlar. Hastanın, hekiminden tıbbî uygulama hatası (*medical malpractice*) nedeniyle talep edeceği zararın kapsamı ise, şu şekilde belirlenmektedir: yapılan ya da yapılacak olan tıbbi masraflar, gelir kaybı, işgücü ve kazanç kaybı, yaşanan ya da yaşanacak olan fiziksel ya da duygusal ağrı/acı ve eşi-çocukların ya da ailenin kayıpları.

Amerika’da, hekim ve hasta ilişkileri açısından önemli bir kanun olan Federal Patient Self-Determination Act (PSDA) 1 Kasım 1991 yılında yürürlüğe girmiş ve kişinin kendi sağlığı ve yaşam hakkı üzerinde, öncelikle kendisinin söz sahibi olması gerektiği vurgulanmıştır¹³⁷. Özellikle, hekim ve hasta arasında gerçeklere dayalı dürüst bir ilişkinin kurulması, karşılıklı açık soruların sorulması ve yine açık/dürüst cevapların verilebilmesi PSDA ile amaçlanan hedeflerin tümünü özetler niteliktedir¹³⁸. Bu nedenle, hastanın tedavi ile ilgili karar vermesinden önce, kendisine gerekli bilgilerin verilmesi gerekir. Amerikan içtihat hukuku “.....*hastanın vereceği izne temel teşkil etmek üzere gerekli olan her türlü olgudan haberdar edilmesini...*” yasal bir sorumluluk olarak ifade etmektedir¹³⁹.

¹³⁷ **Clarke**, B.David: “*The Patient Self-Determination Act*” Health Care Ethics, Critical Issues, John F.Managle, David C.Thomasma, Maryland 1994, s. 93 vd.

¹³⁸ **Clarke**, s. 106.; Özellikle kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi, ölme hakkı (right to die), tıbbi vasiyet (advance directive, living will) 1975 yılında Karen Ann Quinlan ve 1983 yılında Nancy Cruzan olayları ile Amerikan kamuoyunda çok derin etik tartışmaları başlatan olaylar olmuşlardır. Ayrıntıları için bkz. Cruzan v. Director , Missouri Department of Health, 110 S.Ct. 2841 (1990).; Ayrıca bkz. **Schaller**, Barry R.: Understanding Bioethics and Law, USA 2008, s. 165 vd.

¹³⁹ Salgo v. Leland Stanford University Trustees 317 P 2d Cal, 1957. Bkz. **Biggs**, s. 55.

B. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Türk hukukunda 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun temel olmak üzere, tıbbi faaliyetlerin yürütülmesi ile ilgili pek çok kanun, tüzük ve yönetmelik bulunmaktadır. Ancak, bu düzenlemeler de, daha çok hekimlerin görevlerini yaparken uymaları gereken mesleki ya da idari kurallara yer verilmektedir.

Özel hukukta hekimin sorumluluğu, ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmadığı için ortaya çıkan sorunlar sorumlulukla ilgili genel hükümlerden yararlanılarak çözülmeye çalışılmaktadır. Örneğin, bu hükümlerin başında, hekimin hastası ile ilgili olarak ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğunda BK.m.41 vd.; hekimin hasta ile arasındaki sözleşmeye dayalı sorumluluğunda, borca aykırılık ve sonuçlarını düzenleyen BK.m.96 vd.; hekimin vekaletsiz iş görme nedeniyle sorumluluğunda BK.m.410-m.411 hükümleri; hekimin yerine başkasını koyması durumunda BK.m.390-m.391 de düzenlenen vekaletle ilişkin kurallar kıyasen uygulanacaktır.

Hekimin hukukî sorumluluğunun, bilimsel olarak incelenmesi özellikle, yakın geçmişte, hekim-hasta ilişkisini belirleyen etik değerlerde önemli değişimler yaşanmış olmasına da bağlı olarak, artış göstermiştir. Ülkemizde de, daha önce genel hatları ile incelenmiş olan hekimin hukuki sorumluluğu, meydana gelen gelişmeler ışığında, konunun daha özel ayrıntıları ile incelenmeye başlanmıştır. Özel hukuk boyutu kadar, ceza hukuku açısından da, hem hekimlerin hem de hukukçuların ortak bir platformda buluştukları pek çok ulusal ve uluslar arası sempozyum ve panelin

düzenlenmekte olması ise, bilimsel çalışmaların kazandığı ivmeyi açıkça ortaya koyar niteliktedir.

§ 5. HEKİMLİK MESLEĞİ VE HEKİMLİK FAALİYETİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. HEKİM VE HEKİMLİK KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK

Tıp, hastaları iyi etme ilmi, tababet ise, tıp bilgisi yani, hekimlik olarak tanımlanır¹⁴⁰. Tababet yani hekimlik, verilen bir tanımda şu şekilde ifade edilmiştir: *“Tababet, hastalıkları veya sakatlıkları önleme, tedavi etme veya hafifletme amacını taşıyan ve hastalıklar bilimine, patolojiye ve tabii bilimlerin verilerine dayanılarak yapılan bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan uygulamadır.....Hekim ise tababeti icra eden kimsedir.”*¹⁴¹.

Hekim, tıbbın uygulayıcısı olarak çeşitli tıbbi faaliyetleri yerine getirirken, hukuk da hekimin faaliyetlerini koyduğu kurallar çerçevesinde değerlendirmektedir. Hangi durumlarda hekimin hukuken sorumlu olacağının belirlenebilmesi için öncelikle hekimlik mesleği ve şartları, hekimin gerçekleştirebileceği tıbbi faaliyetler ve bunların hukuka uygunluk koşullarının incelenmesi gerekir.

¹⁴⁰ TDK. Türkçe Sözlük, Cilt: 2, s. 2106.

¹⁴¹ Bayraktar, s.24.

B. HEKİMLİK MESLEĞİ VE ŞARTLARI

Hekimlik, belirli bir meslekî eğitim sürecinin başarı ile bitirilmesi ve ayrıca devletin yetkili organlarından çalışma ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu bir meslek ve sanattır¹⁴². Hukukumuz bakımından kimlerin hekimlik mesleğini icra etmeye yetkili oldukları, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu birlikte değerlendirilerek belirlenmekte ve dört kanuni şart ortaya çıkmaktadır¹⁴³:

1. Türk Vatandaşı Olmak¹⁴⁴
2. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Bulunmak
3. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak¹⁴⁵
4. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak

Hekimlik sıfatının kazanılabilmesi için gereken yasal şartları, sağlık mevzuatının temel kanunu niteliğindeki 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1 inci maddesinde şu şekilde belirlemiştir: *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır”*.

¹⁴² Ayan, s. 5.; Aşçıoğlu, s.43.; İpekyüz Yavuz, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 16.

¹⁴³ Ayan, s. 6 vd.

¹⁴⁴ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m. 7 de istisnai de olsa, yabancı uyruklu hekimlerin de Türkiye de çalıştırılabilmesine olanak tanımaktadır. Söz konusu madde metni şu şekildedir: *“Ayrıca özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da, kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.”*

¹⁴⁵ 1980 yılından itibaren bu zorunluluk sadece serbest çalışan hekim için söz konusudur. Bkz. Civaner, Murat / Okuyan Amato, Zuhale: Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbi Etik İhlalleri, İzmir 1999, s. 14.

Bu durumda, Türkiye Cumhuriyetinde hekimlik mesleğinin icra edilebilmesinin ilk şartı Türk olmak¹⁴⁶; ikinci şartı ise Türkiye de bir Tıp Fakültesini¹⁴⁷ başarı ile bitirerek diploma sahibi olmaktır. Diğer yandan kişinin, hekimlik mesleğinin icrasına sürekli ya da geçici olarak engel bir halinin de olmaması gerekir. Türk vatandaşı ve bir tıp fakültesinden mezun olmasına rağmen, hekimin hangi hallerde sürekli ya da geçici olarak mesleği icra etmekten men edileceği 1219 sayılı Kanunun 28. inci ve Tabipler Birliği Kanununun 39 ve 49/I maddelerinde belirtilmiştir¹⁴⁸.

Tabip Odasına kayıtlı bulunmak da, serbest çalışan hekimler ve kamu kurumunda görev yapmakla beraber ayrıca kurumlarının dışında serbest çalışan (örneğin muayenehane açan) hekimler için mesleği icra edebilme şartlarından biridir¹⁴⁹. Ülkemizde 1980 yılına kadar, her hekim için Türk Tabipleri Birliği'ne

¹⁴⁶ Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, ülkemizde, 3359 sayılı SHTK. m.7 de, istisnai olarak yabancı uyruklu hekimlerin sözleşmeli olarak çalıştırılabilmesine imkan verilmiş olsa da, Türkiye de hekimlik yapabilmek için Türk olmak şartı *Bayraktar* tarafından şu ifadeler ile eleştirilmektedir: “Ülkede bulunan hekimleri korumak amacı ile konulmuş olan bu ilke ile, her hekim yalnız kendi ülkesinde hekimlik yapabilirken bundan insan sağlığı, yaşama hakkı büyük zarar görecektir. Tıp biliminin uygulanışı ve verileri her yerde aynıdır...” eleştirmekte ve hekimliğin uluslar arası bildiri ve antlaşmalarla düzenlenerek, uygulanışının evrenselleştirilerek insan sağlığına ve yaşama hakkına verilen değerin gerçekleşmesine yardımcı olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Bayraktar**, s. 119.; Aynı yönde **İpekyüz Yavuz**, s. 17.; **Demir**, (AÜHFD) s. 233.

¹⁴⁷ 1219 sayılı Kanun'un 4.maddesine göre tıp fakültesi diploması yabancı bir ülkeden alınmış ise Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması gerekir.

¹⁴⁸ 1219 sayılı Tıbbet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.28: “Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya müebbeden hidematı âmmeden memnuiyet (sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık) veya meslek ve sanatı sui istimal (kötüye kullanma) suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan veya icrayı sanat etmesine mâni ve gayrıkabili şifa bir marazı akli (iyileşmesi imkansız bir akıl hastalığı) ile mâlul olduğu bilmuayene tebeyyün eden (muayyene sonucu tespit edilen) tabipler Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletinin teklifi (Sağlık Bakanlığı'nın teklifi) ve Ali Divanı Haysiyet (Yüksek Haysiyet Divanının) kararıyle icrayı sanattan menolunur (meslek icra etmekten yasaklanır) ve diplomaları geri alınır.”

¹⁴⁹ **Aşçıoğlu**, s. 43.; TTBK. m.7/I: “....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....”. Bunun dışında kalan hekimlerin ise tabip odalarına üye olmaları kendi isteklerine bırakılmıştır: TTBK. M.7/II: “Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odasına üye olabilirler.”

(Tabip Odalarına) kayıt olma zorunluluğu varken, 1980 sonrasında üyelik sadece serbest çalışan hekimler için zorunlu hale getirilmiştir¹⁵⁰.

Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre, *pratisyen hekimler* ve *uzman hekimler* olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Pratisyen hekimler sadece lisans eğitime dayalı olarak tıp mesleğini icra eden kişiler; uzman hekimler ise, lisans eğitimini tamamladıktan sonra belirli bir dalda lisansüstü eğitim yani uzmanlık eğitimi görmüş kişilerdir¹⁵¹.

Tıp Fakültesi mezunu olup, hekim sıfatını kazanmış kişiler kural olarak tıbbın bütün alanlarında tıbbi müdahale yetkisine sahiptir. Ancak, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün yaptığı düzenlemeler¹⁵² doğrultusunda, belirli bir dalda uzman olmak ve bunu ilan etmek bakımından uzmanlık belgesine sahip olmak gerekmektedir¹⁵³. Türk hukukunda kural olarak, genel uzmanlığın çalışma alanı özel uzmanlık dallarının varlığına rağmen sınırlandırılmamıştır.

Ancak, 1219 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi, genel ve belli bir bölgeye ait his iptali ile yapılan büyük ameliyatların uzman hekimler tarafından yapılacağı hükmünü getirmiştir ki bu maddeye göre, özel cerrahi uzmanlık almamış hekimler, ancak zorunlu – uzman bulunmaması, getirilme olanağının olmaması gibi –

¹⁵⁰ Civaner/ Okuyan Amato, s. 14.

¹⁵¹ Ayan, s. 5.

¹⁵² 19.6.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 2 maddesi uzman tanımını şu şekilde yapmaktadır: “*uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar.*” Tüzüğün “uzmanlık yetkisini kullanma” başlıklı 4 üncü maddesi ise: “*bu tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar.*” diyerek Kanun ile yapılmamış olan bir yasaklamayı, tüzük ile yapmıştır. Bu durum bir yandan eleştirilirken, bir yandan da tıbbın çok hızlı gelişmesi karşısında, tıbbi müdahaleler açısından uzmanlık alanının göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 98-99.

¹⁵³ 1219 sayılı Kanun m.8.

durumlarda hastaya müdahale de bulunabilirler. Diğer bir ifadeyle, normal şartlarda bu tür müdahaleler, pratisyen hekimler tarafından yapılamaz¹⁵⁴. Yargıtay’da bir kararında¹⁵⁵ “....Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbî müdahalede bulunurken; doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur.” demektedir.

Ancak günümüzde, tıp biliminin çeşitli uzmanlık dallarına ayrılmış olması ve bu bölümlerin içinde de büyük gelişmelerin yaşanması, uzmanlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Bugün, en az büyük cerrahi müdahaleler kadar önem taşıyan birçok teşhis ve tedavi yöntemi bulunmaktadır. Bu nedenle *Bayraktar*’ın haklı olarak ifade ettiği gibi, uzman olmayan ya da kendi uzmanlık alanları dışında faaliyete girişen uzman hekimlerin yanlış teşhis ve tedavi de bulunma ihtimalleri ortaya çıkacaktır¹⁵⁶.

Hekimlikte uzmanlaşma dalları, süreleri ve kapsamı mevzuat içinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁵⁷. Uzman hekimler, kendi uzmanlık alanlarına göre isimler

¹⁵⁴ “Ancak, ihtisası bulunmayan bir hekimin bu neviden önemli bir cerrahi müdahaleye teşebbüs etmesi, kanaatimce müdahalenin tıbbilik vasfını ortadan kaldırmaz. Sadece, kendi bilgi seviyesinin çok üstünde bir müdahaleye girişmiş olan hekim için “özen borcunun ihlali”ni ifade eder. Ayrıca, kusurun ağırlığı ve dolayısıyla tazminat miktarının belirlenmesinde etken olur (BK. m.43/I).” Bkz. **Ayan**, s. 7.

¹⁵⁵ **Yarg.** 4.HD., T.6.5.1991, E.1990/5104, K.1991/429 www.kazanci.com. (erişim tarihi: 17.10.2008)

¹⁵⁶ Bkz. **Bayraktar**, s. 117.

¹⁵⁷ 1219 sayılı Kanuna dayanarak Bakanlar Kurulu kararı ile 14.05.2002 de kabul edilen **Tıpta Uzmanlık Tüzüğü** 24790 sayılı Resmi Gazetede 19.06.2002 tarihinde yayımlanmıştır. Tüzüğün 1.maddesi, tıp veya diş hekimliği uzmanlık dallarını, bu dallarda uzman olabilmek için gerekli koşulları, bu alanlarda uzmanlık eğitimi verecek kurum ve kuruluşların nitelikleri ile uzmanlık eğitiminin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Tüzüğün 4. maddesi ise “Bu Tüzük hükümlerine

alırlar ve bu dala ilişkin cerrahi müdahaleleri yapabilirler. Anabilim dalları: *Temel Tıp Bilimleri* (Anatomi, Biyokimya, Biyofizik, Fizyoloji, Deontoloji...), *Dahili Tıp Bilimleri* (Adli Tıp, Çocuk Hastalıkları, Dermatoloji, Farmakoloji, Hemotoloji, Halk Sağlığı, Kardiyoloji, Psikiyatri, Radyoloji....) ve *Cerrahi Tıp Bilimleri* (Genel Cerrahi, Çocuk Cerrahisi, Kadın Hastalıkları, Kulak Burun Boğaz, Kalp ve Damar Cerrahisi, Ortopedi ve Travmatoloji...) şeklinde uzmanlık alanları olarak faaliyet göstermektedirler.

C. TEŞHİS VE TEDAVİ KAVRAMLARI

Teşhis yani tanı koyulması, hekimlik faaliyetinin çok önemli bir parçasıdır. Teşhis, hastada, fiziksel ya da ruhsal anomalilerin bulunup bulunmadığının araştırılması ve bulunması halinde tıbben ne olduğunun tespit edilmesi amacıyla yapılan bir tür tıbbi müdahaledir¹⁵⁸. Oluşmuş hastalığı ya da sakatlığı teşhis etme amacıyla yapılan tıbbi müdahalelere, röntgen ve laboratuvar tetkikleri, biyopsi uygulaması, vücuttan doku alınarak incelenmesi vb. örnek olarak verilebilir¹⁵⁹

Tedavi (*Behandlung-Healing*), insan vücudunda hekim tarafından gerçekleştirilen ve hastalıkları, acıları, zararları, şikayetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olan tüm müdahale ve tedbirleri ifade etmektedir. Tedavi, serbest hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinde, hekimin asli edim yükümü olarak karşımıza

göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbî faaliyette bulunamazlar.” hükmünü getirmiştir.

¹⁵⁸ **Çilingiroğlu**, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 18.

¹⁵⁹ **Savaş**, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007, s. 56.

çıkılmaktadır. Hastalıklar fiziksel, psikolojik ya da patolojik olabileceği gibi hastalık olarak değerlendirilemeyen sağlık şikayetler için de hekime tedavi talebi ile başvurulabilir; örneğin istenmeyen bir gebeliğin sonlandırılması ya da menopoza ile ilgili olarak yaşanan fiziksel-ruhsal sıkıntılar gibi¹⁶⁰.

D. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıbbi müdahale¹⁶¹, tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet olarak tanımlanabilir¹⁶². Hekimin tedavi amacına yönelik olan bu faaliyetleri, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere uzanan geniş bir yelpaze içinde yer almaktadır¹⁶³. Tıbbi müdahale faaliyetleri ise, *“kişileri sakatlık ya da diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama gibi*

¹⁶⁰ **Hakeri**, s.212.

¹⁶¹ Tıbbi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili kişisel değerleri bakımından büyük önem taşımaktadır. *Özsunay*, kural olarak kişinin, sağlık kazandırıcı ya da bir hastalık veya sakatlığı giderici nitelikteki tıbbi müdahalelere izin verebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1977, s.108 vd.; **Çilingiroğlu**, s. 15 vd.

¹⁶² **Ayan**, s. 5. Doktrinde yapılan birçok tanımlama içinde tıbbi müdahaleye ait tüm unsurları içeren ve en kapsamlı olanı **Çakmut** tarafından yapılmıştır: *“Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis redavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelerle kadar uzanan her çeşit faaliyettir.”* **Çakmut Yenerer**, Özlem: Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003., s. 24.

¹⁶³ Doktrinde tıbbi müdahaleler çeşitli sınıflandırmalar ile incelenmektedir. Örneğin, *Ayan*, tıbbi müdahaleleri; 1. Tıp Alanında Yaygın Bir Uygulamaya Kavuşmuş Olup Olmamalarına Göre, 2. İcra Ediliş Tarzına Göre, 3. İcra Yerine Göre olmak üzere dört ana başlıkta incelemektedir. Ayrıntıları için bkz. **Ayan**, 10 vd. Daha dar kapsamlı bir ayırım ise *İpekyüz Yavuz*’un çalışmasında yer almaktadır: 1.Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler, 2. Beden Bütünlüğüne Dokunmamakla Birlikte Bedeni veya Ruhi Sağlığa Yönelik Müdahaleler. Ayrıntıları için bkz. **İpekyüz Yavuz**, s. 30 vd.

sebeplerle, konusunda eğitim almış kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde gerçekleştirilen, kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen fiiller olarak” tanımlanabilir¹⁶⁴. Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden bazıları: hasta ve işlevini yerine getiremeyen bir organın ilaç ile tedavi edilmesi¹⁶⁵, teşhis amacı ile sorunlu bir organdan parça alınması (biyopsi), her tür cerrahi müdahaleler (ameliyatlar), estetik amaçlı tıbbi müdahaleler¹⁶⁶, organ ve doku nakli¹⁶⁷, cinsel faaliyete ilişkin bazı müdahaleler (sterilizasyon¹⁶⁸, kastrasyon¹⁶⁹, gebeliğin sona erdirilmesi¹⁷⁰, cinsiyet değişikliği¹⁷¹) vb. şekilde sıralanabilir.

¹⁶⁴ Savaş, s. 54.; Ayrıca bkz. **Özpınar**, Berna: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri, Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 269 vd.

¹⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Soyaslan**, Doğan: “Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 329.

¹⁶⁶ Estetik ameliyatlar, kişinin doğuştan veya sonradan bir kaza sonusunda meydana gelmiş ve onun dış görünüşünü -çoğu zaman psikolojisini de- bozan deformasyonların giderilmesine yönelik onarıcı /güzelleştirici tıbbi müdahalelerdir. Sadece güzelleşmek amacı ile yapıldığında bile kişinin ruhsal sağlığı açısından önemli olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özay**, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2006, s.23 vd.

¹⁶⁷ “Organ aktarma, artık işlevini ifa edemeyen hücre, doku veya bir organın çıkarılması ve yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir.” **Ayan**, s.17.; Türkiye’de, organ aktarmalarının hukuksal koşulları 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Konu Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesinde yer aldığı gibi 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanununda da yer almaktadır. Ayrıntılar için bkz. **Hakeri**, s. 425 vd. ; **Erman**, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 216 vd.; Ayrıca bkz. **Sarıal**, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.; **Akünel**, Teoman: “2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılınması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler” Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.19-30.; **Akıncı**, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli (Organ – Doku) Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.; **Akıncı**, Şahin: “Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 65 vd.

¹⁶⁸ 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4 üncü maddesinde sterilizasyon (kısırlaştırma) şu şekilde tanımlanmıştır: “Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.” Sterilizasyon, ergin kişinin kendi talebi (yazılı rıza) ile tıbbi sakınca olmayan hallerde uygulanabilir. Ayrıca, kanunun 6 ncı maddesi, sterilizasyon yaptırmak isteyen kişinin evli olması halinde sadece kendisinin değil, eşinin de rızasının alınması gerekir. **Ayan**, s. 25 vd.; **İpekyüz Yavuz**, s.36 vd. **Erman**, s.206 vd. ; TCK. m.101/1’e göre bir kimseyi rızası dışında kısırlaştırma (zorla kısırlaştırma) suçtur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hakeri**, s.469 vd.

¹⁶⁹ Kastrasyon (Hadım etme), kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin bütünüyle ortadan kaldırıldığı ve kişilik üzerinde çok ciddi olumsuz etki yaratabilen bir tıbbi müdahaledir. Hukukumuzda, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Yapılan müdahalenin *tıbbi* olabilmesi için gereken unsur, yetkili bir kişinin yani konumuz açısından hekimin, tıp biliminin kabul edilen kurallarına göre müdahale yapmış olmasıdır. Ancak, bir tıbbi müdahalenin *hukuka uygun bir müdahale* olabilmesi için, hastanın geçerli ve hukuka uygun aydınlatılmış rızasının alınmış olması gerekir. Bu durumda, hukuka –ve mesleki etik ilkelere- uygun bir tıbbi müdahalenin gerçekleşebilmesi 3 temel şartın varlığına bağlıdır demek, yanlış olmayacaktır¹⁷²:

ile dolaylı olarak düzenlenmiş ve m. 4/3 de kastrasyon, “*bir ameliyatın seyri esnasında ortaya çıkan tıbbi zorunluluk*” ile sınırlanmıştır. Bu işlem için kişinin rızası aranmamaktadır. Doktrinde, böylesine önemli sonuçları olan bir tıbbi müdahalenin ayrıca ve ayrıntılı düzenlemeye tabi tutulması gereği ve hastanın aydınlatılmış rızasının aranmasının önemi vurgulanmaktadır. Bkz. **Ayan**, s. 27 vd.; **İpekyüz Yavuz**, s.37 vd.; **Yenerer Çakmut**, s.126.; Farklı bir yaklaşım için bkz. **Erman**, s.210 vd.

¹⁷⁰ Hukukumuzda gebeliğe son verilmesi 2827 sayılı Kanun ve bu Kanun’a dayanılarak çıkarılan 14.11.1983 tarih ve 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükle düzenleme altına alınmıştır. Gebeliğe son verilmesi nüfus planlaması veya ananın sağlığını koruma amacıyla, ana rahminde şekillenmeye başlamış olan ceninin bir tıbbi müdahale ile ortadan kaldırılmasıdır. Bu tıbbi müdahale gebe olan kadının(yazılı) rızası ile, kadın evli ise eşinin de rızası alınarak yapılır. Bkz. **Ayan**, s. 28 vd.; **İpekyüz Yavuz**, s.38. Ayrıca, yukarıda adı geçen Kanun ve Tüzük hükümleri ile Türk Ceza Kanunu hükümlerinin birlikte değerlendirildiği “*çocuk düşürme*” suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hakeri**, s. 443 vd.

¹⁷¹ Cinsiyet değişikliği, kişinin bir cerrahi müdahale sonucunda o ana kadar sahip olduğu cinsiyet özelliklerinin ortadan kaldırılması ve karşı cinsin görünümüne kavuşturulmasıdır. Bkz.. **Ayan**, s. 30 vd; Türk hukukunda cinsiyet değiştirme operasyonlarının yasal olarak düzenlenmesi, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun’a eklenen 29/2 nci maddesi ile gerçekleşmiştir. Daha sonra 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanun’nu konuyu 40 ıncı maddesinde daha ayrıntılı ve kapsamlı olarak düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek**, Jale /**Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Yenilenmiş 6.Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 492 vd.; **İpekyüz Yavuz**, s.39 vd.; **Erman**, s. 211 vd.; Ayrıca konu ile ilgili görüşleri için bkz. **Güven**, Kudret: “*Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1., S.1., Ankara 1997, s. 45-80.; **Atamer** M.Yeşim: “*Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu*” 22.09.2006, www.lambadaistanbul.org (erişim tarihi: 21.10.2008)

¹⁷² **Hakeri**, s. 93 vd.; **Savaş**, s. 54.

1. *Tıbbî müdahaleyi yapan kişinin hekim olması*¹⁷³,
2. *Hastanın aydınlatılarak rızasının alınmış olması*¹⁷⁴,
3. *Tıbbın geçerli kurallarına göre gerekli ve bu kurallara uygun bir tıbbi müdahalenin yapılmış olması.*

Özel hukukta, kişilik haklarını oluşturan kişilik değerlerine yapılan hukuka aykırı saldırılar, TMK.m.24/II gereğince dört durumda hukuka uygun olarak kabul edilebilir: “*kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası*”, “*üstün özel yarar*”, “*kamu yararı*” ve “*kanunun verdiği yetkinin kullanılması*”. Hastanın kendisinin ya da kanuni temsilcisinin rızasının elde edilemediği durumlarda, hastanın yaşamının kurtarılması ve sağlığına kavuşturulması için yapılan tıbbi müdahale *üstün özel yarar* nedeni ile hukuka uygun kabul edilir¹⁷⁵. Diğer yandan, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için hekimin kanun tarafından yetkilendirilmiş yani bu konuda bir hakka sahip olması gerekir. Hekim kanundan doğan yetkisine dayanarak ve hakkını kullanarak bir takım faaliyetlerde bulunmakta ve bunlar hakkın icrası nedeniyle hukuka uygun nitelik taşımaktadır. Tıbbi müdahalelerde hakkın icrası, tıp meslek ve sanatının kullanılışından ileri gelmektedir¹⁷⁶. Hekim olma ve hekimlik mesleğini icra edebilme şartları, sağlık mevzuatının temel kanunu niteliğindeki 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

¹⁷³ Savaş, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un sadece hekimlik kurallarını değil, diğer sağlık mesleklerine ilişkin kuralları da düzenlediğinden ve bütün tıbbi müdahaleleri değil sadece tedavi etmeye yönelik faaliyetleri hekimlerin münhasıran yapmaya yetkili olduğunu belirttiği gerekçesi ile tıbbi müdahalenin sadece diplomalı hekimler tarafından yapılabileceği görüşüne katılmamaktadır. Bkz. Savaş, s. 64 vd.; Aynı doğrultu da Erman da, tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişileri, hekimler, sağlık görevlileri ve diğerleri şeklinde daha kapsamlı ele almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, s. 93 vd.

¹⁷⁴ Hukuka Kişilik haklarını oluşturan kişilik değerlerine yapılan saldırılar, özel hukuka uygunluk sebepleri olarak TMK.m.24/II de düzenlenmiştir. Bunlar “*kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası*”, “*üstün nitelikte özel yarar*”, “*kamu yararı*” ve “*kanunun verdiği yetkinin kullanılması*” olarak düzenlenmiştir. Bkz. Akıntürk, (başlangıç hükümleri) s. 400 vd.; Kılıçoğlu, s. 203 vd. ; Eren, s. 563 vd.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 206.

¹⁷⁶ Bayraktar, s. 111.

ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun hükümleri ile belirlenmiştir. Bu şartlar sırası ile *Türk olmak, Türkiye de bir Tıp Fakültesini başarı ile bitirerek diploma sahibi olmak, hekimlik mesleğinin icrasına sürekli ya da geçici olarak engel bir halinin olmaması ve serbest çalışan hekimler için Tabip Odasına kayıtlı bulunmaktır.*

1219 sayılı Kanun, sağlık mensubu olarak tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri; hekim, diş hekimi, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler ve diş protez teknisyenleri olarak saymışsa da, biz konumuz açısından hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleleri esas almaktayız. Kural olarak, hekimlik sıfatını kazanmış olan kişiler her tür tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahiptir. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün¹⁷⁷ 2 inci maddesine göre uzmanlık eğitimi yapanlar, o dalda sanatlarını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olurlar.

Hastanın aydınlatılarak rızasının alınmış olması, hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından önemli bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu nedenle, tıbbi müdahale –yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmeden önce- hastanın yapılacak müdahale ile ilgili olarak ayrıntılı olarak aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması gerekir. Hastanın açık ya da doğrudan rızası olmasa dahi, varsayılan rızası, kanuni temsilcisinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır¹⁷⁸.

Hukuka ve mesleki etik ilkelere uygun bir tıbbi müdahalenin gerçekleşebilmesinin bir diğer temel şartı ise, tıbbın geçerli kurallarına göre gerekli olması ve bu kurallara uygun bir şekilde yapılmasıdır. Esas olarak, bir tıbbi

¹⁷⁷ RG. Tarih:19.6.2002, Sayı: 24790

¹⁷⁸ **Hakeri**, s. 103.; Hekimin Hastanın Rızasını Alma Yükümü için Bkz. § 8.VII.

müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verecek kişi, hekimdir. TDN m. 6 hükmü gereğince hekim uygulayacağı tedavi yöntemini seçmekte özgür bırakılmış ve bunu hiçbir etki altında kalmadan vicdani ve mesleki kanaatine göre yapması öngörülmüştür.

II. HEKİMİN HUKUKİ VE MESLEKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

A. SERBEST (BAĞIMSIZ) ÇALIŞAN HEKİM

İnceleme konumuz, herhangi bir kuruma istihdam ilişkisi ile bağlı olmayan ve serbest çalışan hekimin, kendisine başvurmuş olan hasta ile aralarında kurulan geçerli bir hekimlik sözleşmesi temeline dayanan sorumluluğudur. Bağımsız çalışan hekim ile hastası arasında kurulan sözleşmeye, hekimlik sözleşmesi (*Arztvertrag*) ya da tedavi sözleşmesi (*Behandlungsvertrag*) adı verilmektedir¹⁷⁹. Biz, bir tıp uzmanına başvuran hasta ve hekim arasında güvene dayalı olarak kurulan akdi ilişkiyi *hekimlik sözleşmesi* terimi ile ifade etmeyi uygun buluyoruz¹⁸⁰. Bir hastanın, tıp uzmanına başvurmada ki amacını ise, teşhis, tedavi, tıbbi müdahale, tedavi amacı dışında kaldığı iddia edilen müdahaleler –örneğin estetik amaçlı müdahaleler- hatta tıbbi bilgi alma, danışma gibi kavramların tümünü içine alacak şekilde geniş

¹⁷⁹ Ayan, s. 44.

¹⁸⁰ Aynı doğrultuda bkz. İpekyüz Yavuz, s.13.; Özey, s. 29.; Demir, (Kurultay) s.154.; Demir, (AÜHFD) s.232.; Demir, (armağan) s. 261.; Akkanat, Halil: “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 25 vd.; “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi” terimi için Özdemir Hayrünnisa: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.30 vd.; “Tıbbi Müdahale ya da Hekimlik Sözleşmesi” terimi için Şenocak Zariife: “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, AÜHFD. Cilt 50, Sayı:4, Ankara 2001, s. 66 vd.; “Tedavi Sözleşmesi” terimi için Zeytin, (tedavi) s. 101.; Er, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.36.

değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, bir kişinin henüz fazla bir belirti göstermeyen ya da kendisine sıkıntı yaratmayan ırsî bir hastalık ile ilgili olarak bir hekime başvurarak bilgi alması da hekimlik sözleşmesinin içeriğini oluşturabilecektir.

Bağımsız çalışan hekim ifadesi, hekimin tıbbi faaliyetini kendine ait muayenehane, ev ya da klinikte gerçekleştirmesine karşılık gelirken, belirli bir hastane ya da kuruma bağımlı olarak çalışan hekimin mesai saatleri dışında gerçekleştirdiği tıbbi faaliyetler için de geçerlidir. Örneğin, Üniversite hastanelerinde yarı zamanlı çalışan öğretim üyesi hekimler ile, kamu ya da özel bir hastanedeki çalışmaları bittikten sonra, özel muayenehanesinde hasta kabul eden hekimler de kural olarak bu kapsamda değerlendirilecektir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmeliğin 8 inci maddesinde *muayenehane* şu şekilde tanımlanmıştır: “*Hekimlerin (dış hekimleri dahil) mesleklerini serbest olarak icra etmek üzere münferiden kanun hükümlerine göre açtıkları özel sağlık kuruluşlarıdır.*”

B. BAĞIMLI ÇALIŞAN HEKİM

1. ÖZEL HASTANEDE ÇALIŞAN HEKİM

24.5.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun 1. maddesi hangi hastanelerin özel hastane sayılacağı belirtilmiştir. Özel hastanelere¹⁸¹ ilişkin

¹⁸¹ Özel hastane kavramı için bkz. **Demir**, (armağan) s. 274.; **Hatırnaz**, Gültezer: Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007, s.39.; **Akkanat**, s.25 vd.; **Özdemir**, s. 63.;

ayrıntılı düzenlemeler ise Özel Hastaneler Tüzüğü¹⁸² ve Özel Hastaneler Yönetmeliğinde¹⁸³ gösterilmiştir. Sağlık Bakanlığı'nın iznine tabi olarak açılan özel hastanelerin işleticisi gerçek kişi olabileceği gibi, dernek, vakıf veya ticaret şirketi şeklindeki herhangi bir tüzel kişi de olabilir¹⁸⁴.

Özel hastanede çalışan hekim, özel hastane statüsüne tabi bir sağlık kuruluşunda, istihdam ilişkisi içinde, tam veya kısmi zamanlı çalışan hekim olarak ifade edilmektedir. Ancak, bazı cerrahi müdahaleleri yapmak üzere bir özel hastaneyi devamlı ya da zaman zaman kullanan hekim bu kapsam içinde değerlendirilmemelidir.

Özel bir hastaneye tedavi olmak için başvuran hasta ile hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Böyle bir durumda yine bir özel hukuk ilişkisi söz konusu olacaktır¹⁸⁵ ancak, sözleşme ilişkisi tedaviyi üstlenen hekim ile değil, hastane ile hasta arasında *hastaneye kabul sözleşmesi*¹⁸⁶ adı altında kurulacaktır¹⁸⁷. Bu nedenle, hukuki sorumluluk açısından, özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde kural olarak hastane yönetiminin sorumluluğu söz konusudur¹⁸⁸. Bu durumda hekim, hastane adına sağlık hizmeti veren kişi yani

Savaş, Halide: “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, S.3, Yıl 2007, s. 102 vd.

¹⁸² R.G. Tarih: 01.10.1983, Sayı: 17924.

¹⁸³ R.G. Tarih: 27.03.2002, Sayı: 24708.

¹⁸⁴ **Özdemir**, s.62.

¹⁸⁵ Özel Hastanelerde Yapılan Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk için bkz. **Ayan**, s. 128 vd.; Ayrıca bkz. **Savaş**, (özel hastane) s. 299 vd.; **Zeytin** (tedavi) s. 104.

¹⁸⁶ **Ayan**, s. 133 vd.; **Akkanat**, s. 25 vd.; **Savaş**, (özel hastane) s. 101.

¹⁸⁷ Alman Hukukunda, Hastaneye Kabul Sözleşmesi'nin 3 ayrı çeşidi kabul edilmektedir: Bunlar “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, “Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi” ve “Hekimlik Sözleşmesi ilaveli Tam Hastaneye kabul sözleşmesi” dir. İsviçre hukukunda ise sadece ilk iki hastaneye kabul sözleşmesi türü kabul edilekte ve “Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Kabul Sözleşmesi” benimsenmektedir. Ayrıntıları için bkz. **Ayan**, s. 133 vd.; Ayrıca bkz. **Hatırnaz**, s. 25 vd.

¹⁸⁸ **Hakeri**, Hakan: “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 163.; **Er**, s. 338 vd.; **Hatırnaz**, s.72 vd.

BK.m.100 anlamındaki ifa yardımcısıdır¹⁸⁹. Ancak sözleşme ilişkisinin doğrudan hekim ile hasta arasında kurulduğu istisnâsi bazı durumlarda, hekim sorumlu tutulurken, özel hastanenin de organizasyon ile ilgili kusurundan bahsedilmektedir. Organizasyon kusuru açısından özel hastane ve kamu hastaneleri arasında, ne tazminat ne de cezai sorumluluk açısından bir fark bulunmasa da, özel hastanelerden *“devletin denetiminde teşkilatlanmış, hasta üzerinde özel güven oluşturmuş ve hizmetin karşılığını genelde kendi belirlediği tek taraflı tarifeye göre alan”* kurumlar olarak, daha yüksek özen göstermeleri beklenmektedir¹⁹⁰.

2. KAMU HASTANESİNDE ÇALIŞAN HEKİM

Hekim, devlet başta olmak üzere bir kamu kurum veya kuruluşuna ait hastanede 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu veya hizmet akdi ile çalışmakta ise kamu hastanesinde çalışan hekim olarak tanımlanır.

Diğer yandan, bir kamu hastanesine¹⁹¹ başvuran hasta ile kamu hastanesinde çalışan memur statüsündeki hekim arasındaki ilişki bir *kamu hukuku ilişkisi* olup, BK. da düzenlenmiş olan adî vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı

¹⁸⁹ **Ayan**, s. 45.; **Hakeri**, s.39.

¹⁹⁰ Hastane yönetiminin, hastane bakımı kavramı içinde yer alan ve organizasyon kusuru olarak kabul edilen durumlar için şu örnekler verilebilir: kan grubunun tespitinde hata yapılması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmamış olması; bozuk yiyecek verilmesi nedeniyle zehirlenmelere yol açılması..vb. Ayrıca, hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve işleyişi, hastane yönetiminin organizasyon yükümlülükleri arasındadır. Ayrıntıları için bkz. **Hakeri** (hastane yönetimi) s. 164.; **Akkanat**, s. 30 vd.; **Hatırnaz**, s. 113 vd.

¹⁹¹ *“Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu kuruluşu tarafından kurulup işletilen sağlık teşekkülleridir. Bunlar doğrudan doğruya kamu yönetiminin bir parçasını oluştururlar ve hem kuruluşları, hem de işleyiş ve kapatılmaları bakımından Kamu Hukuku Kurallarına tabi tutulurlar.”* Ayrıntı için bkz. **Ayan**, s. 171 vd.; Üniversite hastaneleri de kamu hastanesi niteliğindedir. **Hakeri**, s. 43.

bulmaz¹⁹². Devlet ve üniversite hastaneleri, kamu hizmetinin görüldüğü yerlerdir. Burada mesleklerini icra eden hekimlerin yerine getirdikleri hizmet, kamu hizmeti niteliğindedir¹⁹³. Dolayısıyla, hasta ile aralarında bir sözleşme ilişkisi yoktur ve kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler nedeniyle, ortaya çıkan zararlar için sorumluluk durumu, özel hukuk kurallarına göre değil kamu hukuku kurallarına göre çözümlenir¹⁹⁴. Yargıtay da, 1992 tarihli bir kararında, gerekli tıbbi müdahalenin gerçekleşmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan dava için “.....Davalı, devlet hastanesi doktoru ve kamu görevlisidir. Davanın açık hükmü karşısında ona yöneltilmesi mümkün değildir. Davalı doktorun ceza mahkemesinde mahkum edilmiş olması da sonuca etkili olmaz”¹⁹⁵. Aynı yönde bir karar üniversite hastaneleri içinde verilmiştir: “Üniversite bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle davalı üniversiteye bağlı bir sağlık kuruluşu olan tıp fakültesinde görülen hizmet, bir kamu

¹⁹² **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.12-13.; **Akipek**, Şebnem: Alt Vekalet, Ankara 2003, s.42.; Devlet hastanesindeki doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi, ameliyat yapması vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Bu konumdaki doktorun, hastasına bir zarar vermesi halinde kamu görevlisinin zarar vermesi söz konusu olduğundan, dava açılması halinde Anayasanın m.129/5 gözetilmesi gerekir. Ayrıca bkz. **Uygur**, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri , Cilt: VII, Ankara 2003, s.8483 ve ayrıca dipnot:14.

¹⁹³ Sağlık hizmetinden dolayı idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur, zarar, idari işlem veya eylem ve illiyet bağının varlığı aranmaktadır. İdarenin hizmet kusuru ise genel olarak hizmetin kötü işlenmesi, geç işlenmesi veya hiç işlememesi olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Ayrıntılar için bkz. **Kızılyel**, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu” Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 205 vd.; Ayrıca bkz. **Gözübüyük**, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara 1997, s. 347 vd.; **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.749.; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2003, s.334 vd.

¹⁹⁴ **Ayan**, s.46 ve s.171 vd.; **Hakeri**, s. 39.; **Güran**, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu” Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 77 vd.; Buna karşılık **Zeytin**, “..Sağlık hizmetinin sırf kamu kurum ve kuruluşları tarafından sunulması, sağlık görevlilerinin devlet memuru statüsünde olması bu ilişkiden doğan uyumsuzlukların özel hukuk hükümlerine göre hukuk muhakemelerinde görülmesini engellemelidir.....Kamunun sunduğu sağlık hizmetinin teknik ve dar anlamda kamu hizmeti olarak değerlendirmek için iki unsurun var olması gerekir: karşılıksızlık ve idarenin kamu yetkisini (gücünü) kullanması. Örneğin, ana ve çocuk sağlığına ilişkin temel sağlık hizmeti veya salgın hastalıklar nedeniyle verilen sağlık hizmetleri teknik ve dar anlamda kamu hizmeti olarak değerlendirilebilir...” görüşünü savunmaktadır. Ayrıntıları için bkz. **Zeytin** (tedavi) s. 104.

¹⁹⁵ **Yarg.** 4.HD., T.31.3.1992, K.1250/1992, E.4461/1992. www.kazanci.com (erişim tarihi: 7.6.2007)

*hizmeti niteliğindedir. Davacının iddiasına göre, hizmet iyi işlememiş ve kendisi bu yüzden zarar görmüştür. Olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemek ve davacının tazminat talebi hakkında karar vermek görevi ise idari yargı yerine aittir.*¹⁹⁶ Sonuç itibariyle, kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı tazminat sorumluluğu¹⁹⁷ devlete aittir¹⁹⁸. Bu nedenle tazminat davası idareye karşı açılacaktır. Bu bağlamda, idare, sorumlu olan hekime veya diğer sağlık personeline¹⁹⁹ rücu etme hakkına sahiptir (Any. m.129/IV). Ancak, belirtmek gerekir ki, bütün bunlar, hekim veya diğer sağlık personelinin kişisel sorumluluğunu engelleyici nitelikte değildir²⁰⁰.

¹⁹⁶ **Yarg.** 4.HD., T.4.6.1981, K.7226, E. 8081. www.kazanci.com (erişim tarihi: 7.6.2007)

¹⁹⁷ “İdarenin tazminat sorumluluğu, idarenin sorumluluğundan daha dar bir kavram olup, sadece maddi bir değerle ifade edilebilen ve eski hale getirilmesi her zaman mümkün olmasa da tazmin edilebilen zararlardan doğar. İdarenin tazminat sorumluluğundan kasıt, idarenin kamu hizmeti sunması amacıyla tesis ettiği işlem ve eylemleri sonucu kişilere verdiği zararların tazminin giderilmesidir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kızılyel**, s. 204.

¹⁹⁸ **Hakeri** (hastane yönetimi) s. 162.; T.C. Anayasası m.129/5: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir.”

¹⁹⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. Maddesinde bu Kanuna tabi çalışan memurların sınıfları belirlenmiş ve III. fıkra “Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı”na kimlerin dahil olduğu sayılmıştır: “Bu sınıf sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş hekimi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojisi, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile.....sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personeli kapsar”.

²⁰⁰ Kamu hastanesinde görevli hekimlerin kusurları dolayısıyla, açılacak davaların büyük ölçüde idari yargının görev alanına girdiği; ancak doktrin ve yargı uygulamasında, yalnız hizmetten ayrılabilen nitelikteki kişisel kusur hallerine münhasıran ve istisnai olarak, adli yargıda doğrudan hekime karşı dava açılabilirliği de kabul edilmektedir. Bkz. **Çelen**, Alper: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “Kamu Görevlisi Hekimin Kişisel Kusur Sorumluluğuna İlişkin Kararı” Değerlendirme” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:1, 2008 s. 328-331.

§ 6. TIP ETİĞİ AÇISINDAN SORUMLULUK

I. GENEL OLARAK

Tıp hukukunun büyük bölümü, etik değerler ve ilkeler üzerine inşa edilmiştir²⁰¹. Her ne kadar etik tartışmalar soyut ve çok kaygan zeminlerde yapılsa da, tıp alanında yapılan hukuki düzenlemelere öncül oldukları şüphesizdir. Normatif bir düzenlemenin, uygulamada etkin olabilmesi için, öncelikle toplumsal araştırmaların yapılması; farklı disiplinler arasında tartışılması; uygulamanın teknik ve alt yapısının, insan iş gücünün uygunluğunun değerlendirilmesi gerekir²⁰².

Dünya Hekimler Birliğinin, 1948 de yayımlanan ilk etik bildirgesi, mesleki bağlılık yemini üzerine hazırlanan ve hekimin tüm hayatını hastasının iyiliği ve yararı için adayacağını ifade eden bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰³. Hekimin, bu kadar yoğun bir etik yükümlülük altına sokulmasının nedeni, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nazi Almanyası'nda, Amerika Birleşik Devletleri ve müttefikleri ülkelerde yaşanan, bazı olumsuz gelişmelerdir. Bu dönemde hekimler, birçok insan hakları ihlallerine müdahil olmuş, araştırma amaçlı olduğu söylenen ama yaşlılar, zihinsel engelliler, güçsüzler, Yahudiler, Çingeneler üzerinde yapılan insanlık dışı girişimlerde bulunmuşlardır²⁰⁴. Bunun üzerine yayımlanan ve insan

²⁰¹ Biggs, s. 53.

²⁰² **Büken Örnek**, Nüket: “*Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslar arası Bildirgelerde Hasta Hakları*” Ankara Barosu- AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 35.

²⁰³ Bkz. Cenevre Bildirgesi 1948 www.wma.net

²⁰⁴ 20 Nazi doktor, oksijensizliğe dayanıklılık testi; donmaya dayanıklılık testi; deneysel amaçlı olarak sarılık, sıtma, tifüs, kolera, difteri, çiçek oluşturularak değişik ilaçların denenmesi; çeşitli zehirlerin ölümcül etkilerinin denenmesi; üremenin kontrolü ve sterilizasyon; ikizler üzerinde çeşitli mukayeseli çalışmaların yapılması; yapay siyam ikizi oluşturulması gibi insanlık dışı girişimleri nedeniyle, Nürnberg Mahkemesinde yargılanmış, 7 doktorun asılarak idam edilmesine, 9 doktorun ise uzun yıllar hapis yatmasına karar verilmiştir. (19 Ağustos 1947). Bkz. **Aksoy**, Şahin: “*Tıp Etiğinin Ülkemizdeki ve Dünyadaki Tarihi*” Çağdaş Tıp Etiği, Editörler:

üzerinde yapılan araştırmaların etik yönü ile ilgili ilk bildirge niteliğini taşıyan Nürnberg Bildirgesi; deneklerin rızasının alınması, öncesinde hayvan deneylerinin yapılması, mutlaka sorumlu bir araştırmacının bulunması gibi kuralları belirlemiştir²⁰⁵.

Tıp etiği, günümüzde daha çok biyomedikal etik ya da bioetik olarak adlandırılan ve hekim-hasta ilişkilerinde ortaya çıkan ahlaki değer sorunlarını inceleyen bir disiplin olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁶. Bu kapsamda, yapılan çalışmaların amacı, *tümüyle olanaklı olan ve izin verilen* arasındaki farkı belirleyerek sınırı çizmektir²⁰⁷.

II. ETİK VE MESLEK ETİĞİ

Toplum halinde yaşamanın bir gereği olarak, insanların sürekli olarak bir ilişki ve etkileşim içinde olmaları, değerleri ve normları yaratmaktadır²⁰⁸. Bunların içinde, *ahlak*, sosyal hayatı düzenleyen kurallar oldukları gibi felsefi açıdan da²⁰⁹

Prof.Dr.Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr. Öztan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, İstanbul 2003, s. 8.

²⁰⁵ **Büken Örnek**, (etik) s. 36.; **Schaller**, s. 6.

²⁰⁶ “*Tıp etiği, biyoetikle yakından ilişkilidir ancak eşanlamlı değildir. Tıp etiği öncelikli olarak tıp uygulamalarından kaynaklanan konulara odaklanırken, biyoetik, daha geniş olarak biyolojik bilimlerin gelişmesi ile ortaya çıkan ahlaki sorunlar ile ilgilenen ve çok geniş bir konudur...*” Bkz. **Medical Ethics Manual**, World Medical Association, , 2005, s. 11. (Dünya Hekimler Birliği, Tıp Etiği Elkitabı adı ile Türkçe’ye çeviren: Dr. Murat Civaner.) www.wma.net

²⁰⁷ **Büken Örnek**, (etik) s. 36.; Dar anlamda bioetik, tıp etkinliğinde, değer sorunlarını konu edildiği, tartışıldığı, araştırıldığı, çoğu zaman başta felsefe olmak üzere değişik disiplinlerden gelen kişilerin çalıştığı, disiplinlerarası bir akademik alanı anlatmaktadır. Bkz. **Çobanoğlu**, s. 189 vd.; Tıp Etiğinin üzerinde tartışılan güncel konularına örnekler, için bkz. **Cohen-Almagor**, Raphael: *Medical Ethics At The Dawn of the 21st Century*, New York 2000.

²⁰⁸ **Kılhoğlu**, İsmail: *Ahlak - Hukuk İlişkisi*, İstanbul 1988, s. 48 vd.; **Ateş**, s. 67.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güriz**, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2003.; **Hirsch**, Ernest E.: *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri*, Ankara 2001.

önemli bir disiplini ifade eder²¹⁰. Ahlak, bir sosyal bilim dalı olarak toplum içerisinde oluşmuş örf ve adetlerin, değer yargılarının, normların ve kuralların oluşturduğu sistem bütünüdür. Bu sistem bütünü ise, bir bireyin, bir grubun ya da tüm toplumun doğru ya da yanlış davranışlarını belirler ve yönlendirir²¹¹. Türkçe’de ahlak ve ahlaksal davranış düzeninin karşılığı olarak kullanılan etik kelimesi²¹², İngilizce’de (*ethics*)²¹³ belirli bir meslek grubu kapsamında faaliyet gösterenlerin uymaları gereken iş ahlakı kurallarının bütünüdür²¹⁴.

Felsefenin bir kolu olan etik²¹⁵, davranışlarımızın, tutumlarımızın ve eylemlerimizin insanî değerlerimiz açısından iyi, doğru, kabul edilebilir olup olmadıklarına ilişkin çalışmalardır²¹⁶. Diğer bir ifadeyle, etiğin ilgi alanı, insan tutum ve davranışlarının iyi/doğru ya da kötü/yanlış şeklinde yapılan değerlendirmeleridir. İnsanoğlu var olduğu ilk günden beri dürüstlük, yardımseverlik, sadakat, doğruluk vb. değerler daima *iyi* olarak kabul görmüş, buna karşın yalancılık, hile, aldatma, sahtekarlık, hırsızlık, cana kıyma gibi davranışlar *kötü* olarak insanlık vicdanında yer

²¹⁰ **Güriz**, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 10.Baskı, Ankara 2005, s. 15 vd.; Ayrıca bkz. **Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı ve Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara 2005.

²¹¹ **Aktan**, Coşkun Can: Ahlak ve Ahlak Felsefesi, İstanbul 1999. Ayrıca bkz. <http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak.htm>.

²¹² Etik kelimesi Latince köklü ve karakter anlamına gelen *ethos*, *ethikos*, *ethica* kelimelerinden gelmektedir. Bkz. **Black**, Black’s Law Dictionary, St.Paul, 1990, s. 184.

²¹³ Longman/Metro, Büyük Sözlük, İstanbul 1993, s. 480-481.

²¹⁴ Meslek ahlakı kavramı özel olarak T.C. Anayasası’nın 135 nci maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları yönünden düzenlenmekte ve kamu tüzel kişilerinin tanımı “....meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ...” ifadeleri ile yapılmaktadır. Ayrıca bkz. **Aslan**, Mahmut: İş ve Meslek Ahlakı, Ankara 2005.; **Ateş**, s. 77. Dipnot: 217.

²¹⁵ Etik, hukuk dogmatikğine paralel olarak ahlak dogmatikği olarak da adlandırılan bir ahlak teorisidir. İnsanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, normları, kuralları, doğru-yanlış, iyi-kötü gibi ahlaksal açıdan araştıran bir felsefe disiplini. Aynı zamanda etik, felsefenin, insanların değer biçme ihtiyaçlarından doğan çeşitli sorunlarını, sistematik bir tarzda inceleyen bir koludur. Ayrıntıları için bkz. **Hirsch**, s. 63-69.; Ayrıca bkz. **Kuçuradi**, İonna: Etik, Ankara 1994.

²¹⁶ **Aydın**, Erdem: Tıp Etiği, Ankara 2006, s. 2.; **Beauchamp** L. Tom /**Childress**, F.James: Principles of Biomedical Ethics, New York 1979, s. 8.

almıştır²¹⁷. Etik değerler, evrensel niteliktedir ve dünyanın hemen hemen her yerinde belli etik değerlerin insanlar tarafından algılanışı ortaktır²¹⁸.

Etik ve ahlak, ortak kodlar içerebilirler ancak birbirinden farklı kavramlardır. Etiğin evrensel niteliğine karşılık ahlak²¹⁹, her toplumda değişik algılanabilecek bir takım gelenekler, alışkanlıklar, töreler, örf-adetler, tabular ya da yaşama şekilleri gibi tutum ve davranışları ifade eder. Bu nedenle, etik ve ahlak, zaman zaman aynı anlamda kullanılmalarına rağmen farklıdırlar. Etik, tüm insanlık tarafından paylaşılırken, ahlakî değerler bireysel, yerel, insandan insana ya da toplumdan topluma değişebilir değerler olarak görecelidir²²⁰.

III. MESLEK ETİĞİ VE TIP ETİĞİ

Etik değerlerin, genel ve evrensel niteliğine karşın, meslek ve faaliyet alanlarında, daha farklı bir şekilde ve kendine özgü bir takım değerler ile ortaya koyulduğunu görmekteyiz. Bilgi ya da teknik içerik olarak bir mesleği yapma yetkinliğine ulaşma yolları farklı olsa da, mesleklerini uygularken profesyonellerin sergilemeleri beklenen belirli davranış biçimleri bulunmaktadır. Meslek etiği, belirli bir meslek grubunun, mesleğe ilişkin olarak oluşturup koruduğu, meslek üyelerine

²¹⁷ Aydın, s. 2. ; Hirsch, s. 65.; Kuçuradi, (etik) s. 25 ; Kılhoğlu, s. 165 vd.

²¹⁸ Beauchamp/Childress, etik değerlendirmenin hiyerarşik seviyelerini şu şekilde sıralamaktadırlar:(1) Değerlendirme ve olaylar, (2) Kurallar, (3) Prensipler, (4) Etik Teoriler. ...bkz. Beauchamp/Childress, s. 5

²¹⁹ Ahlak kuralları iki ayrı kategoride incelenebilir: 1. Kişisel ahlak kuralları, (sübjektif ahlak kuralları) kişilerin benimsedikleri ahlak kurallarını ifade eder ve kişinin yaşadığı toplumdan çoğu kez soyutlanamaz. Zaman zaman farklı görüşleri olsa da, toplum tarafından benimsenen ahlak değerleri toplum üyelerinin çoğunluğunca benimsenir. 2. Sosyal ahlak kuralları, (objektif ahlak kuralları) daha çok toplum düzeyinde ve kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde etkinliği görülen kurallardan oluşur. Bu kurallar, toplumun kişilerden istediği davranış modellerini gösterir. Sosyal ahlak kuralları topluma ve zamana göre değişebilir. Ayrıntıları için bkz. Güriz, s.15 vd.

²²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güriz, (felsefe) s. 255 vd.; Hirsch, s. 65 vd.

emreden, onları belli bir şekilde davranmaya zorlayan, kişisel eğilimlerini sınırlandıran, yetersiz ve ilkesiz üyeleri meslekten dışlayan ve mesleki hizmet ideallerini korumayı amaçlayan meslekî ilkeler bütünüdür²²¹. Mesleki faaliyetle ilgili olarak kişinin, etik ve hukukî kurallara göre, belirli bir durum karşısında ne yapması ya da ne yapmamasına ilişkin soru ve sorunlar, meslek etiğine aittir. Bu soru ve sorunlar, uluslar arası bildirgeler, sözleşmeler ve meslek ahlak kurallarında cevaplanmaya çalışılmaktadır.

Tıp etiği, tıp bilimi ve sağlık alanındaki faaliyetlerdeki tutum ve davranışların iyi ya da kötü yönünden değerlendirilmesi etkinliğidir²²². Bir başka ifadeyle, tıp etiği, tıp uygulaması sırasında hekim-hasta, hekim-hekim, hekim-kurum, hasta-sağlık politikası, denek-araştırmacı hekim vb. ilişkilerde belirlenen değer sorunlarıyla ilgilenmektedir²²³. Günümüzde, özellikle hekim-hasta ilişkisi, tıp ile toplum ilişkisi, sağlık hizmetleri ya da diğer pek çok tıbbî olgu etik değerler açısından sorgulanmakta, geleneksel değerler yeniden analiz edilmekte ve yeni etik yaklaşımlar geliştirilmektedir. Bugün, tıp etiğinden beklenen, bir bilim adamının, ilgili alanda araştırma yaparken; mesleğini icra ederken genel olarak neleri yapması ve neleri yapmaması gerektiği ve bir bilim adamının belirli bir durumda karşılaştığı bir sorunu nasıl çözmesi gerektiği sorusunu yanıtlamasıdır²²⁴.

IV. TIP ETİĞİ VE DEONTOLOJİ

²²¹ Çobanoğlu, Nesrin: Tıp Etiği, Ankara 2007, s. 11-12.; Beauchamp/Walters, s.2

²²² Tıp etiği kavramı, diğer meslekler için söz konusu olan genel tanım ve özelliklerin yanı sıra başka unsurları da içine almaktadır. Dolayısıyla, tıp etiği dediğimizde hekim, hemşire, hastane yöneticisi ya da diğer sağlık çalışanları ile birlikte tüm toplum kurum ve bireylerini ilgilendiren bir etkinlik alanından söz etmekteyiz. Aydın, s. 3.; **Medical Ethics Manual** , World Medical Association, , 2005, s. 47. (Dünya Hekimler Birliği, Tıp Etiği Elkitabı adı ile Türkçe'ye çeviren: Dr. Murat Civaner.) www.wma.net

²²³ Çobanoğlu, s. 13.

²²⁴ Bkz. Kuçuradi, İonna: Etik ve Meslek Etikleri, Ankara 2000.; Schaller, s. 20 vd.

Deontoloji de, eski Yunanca'dan gelen ve Türkçe'ye yükümlülükler bilgisi olarak çevrilen bir kelimedir²²⁵. Deontoloji kavramı, felsefe alanında geniş olarak kullanılırken, uygulama alanında, özellikle tıpta, hekimler tarafından *tıbbi deontoloji* şeklinde kullanılmaktadır. Deontoloji, uyulması gerekli standartların –kuralların – tümünü içeren bir kavramdır. Deontoloji, hukuk alanında olduğu gibi, kurallar bütününe tartışmaya açık olmaksızın, tıpkı bir yasa metni gibi *normatif bilgi* olarak aktarır²²⁶.

Tıbbi deontoloji, hekimin mesleki faaliyetlerini yerine getirirken, uymak zorunda olduğu yasal ve ahlakî yükümlülükleri, özellikle hastalarına ve meslektaşlarına karşı uymaları gereken ödevleri içeren bilgilerin tümüdür²²⁷. Burada vurgulanması gereken, tıp etiği ve deontolojinin aynı anlama gelmediği ve aralarında ince ama önemli ayrılıkların olduğudur. Tıbbi deontoloji açısından, tespit edilmiş kurallara uyulması ve onların, yeni nesillere aktarılması söz konusu iken, tıbbi etik, tıbbi faaliyetlerde değer ve ilkelerin analizi, yorumu ve tartışmaları ile ilgilenmektedir²²⁸. Ayrıca etik, var olan kuralları sorgulayabildiği, savunabildiği ya da eleştirebildiği için deontolojiyi de içine alır. Deontolojide ise, bu sorgulama yapılmaz; ilgi alanı, yürürlükte olan ödev ve sorumluluklardır. Bu nedenle, deontoloji, etik ve hukukun kesiştiği alanda yer alır demek yanlış olmayacaktır²²⁹.

Tıbbi Deontoloji kapsamında; hekimin genel olarak davranış tarzı, mesleklerini icra ederken uymaları gereken kurallar, yapmaları ya da kaçınmaları

²²⁵ “Deonto” yükümlülük, “loji” bilgi/bilim; Deontoloji: yükümlülükler bilgisi yani kişilerin üzerine düşen ödev ve yükümlülüklerinin neler olduklarını bilmeleri anlamını taşır. **Aydın**, s. 3-4.

²²⁶ **Çobanoğlu**, s. 23.; “*Ancak deontolojinin kuralları da, eylemin doğru ya da yanlış olduğu değer yargılarını içinde barındırmaktadır.*” Bkz. **Beauchamp / Childress**, s. 33 vd.; **Schaller**, s. 9 vd.

²²⁷ **Çobanoğlu**, s. 23.; **Beauchamp / Walters**, s. 12.

²²⁸ **Aydın**, s. 4.

²²⁹ **Çobanoğlu**, s. 25.

gereken davranışlar, hakları ve yükümlülükleri, meslektaşları ve meslektaşlarının hastaları ile kuracakları ilişkiler vb. ile ilgili uyulması gereken kurallar yer alır. Bu kurallar, sağlık mevzuatımız içinde, 1960 yılında yayımlanan *Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*'nde düzenlenmiş olan hükümlerde de görülmektedir²³⁰. Tıbbi Deontoloji kapsamındaki bu kurallara uymamak, hukukî anlamda hakların ihlal edilmesine ve hekimin sorumluluğunun da doğmasına neden olacaktır.

V. TIP ETİĞİ, DEONTOLOJİ VE HUKUK

Genel olarak etik, deontoloji ve hukuk çok yakın ilişki içindedir. Özellikle tıp gibi, insan ilişki ve etkileşimlerinin yoğun olduğu bir alanda bu ilişki son derece net ortaya çıkmaktadır. Örneğin, hekim hastasının özerkliğine saygı göstermek ve herhangi bir tıbbi müdahaleden önce hastasını aydınlatarak rızasını almak zorundadır: bu bir etik ve deontolojik ilke olduğu kadar, aynı zamanda bir hukuk kuralıdır. Ancak, elbette, etik, deontoloji ve hukuk farklı bakış açıları ile farklı hedeflere yönelmiş olabilirler. Bu hedeflere ulaşılmaya çalışırken, hiçbir zaman herhangi birinin devre dışı bırakılması mümkün olmadığı gibi, aralarında bir hiyerarşinin güdülmesi de uygun değildir²³¹.

²³⁰ R.G. Tarihi: 19.2.1960, No.: 10436

²³¹ “Günümüzde Kuzey Amerika’da ve Batı Avrupa’da yasal düzenlemelerin tıp üzerinde etkisinin gittikçe arttığını biliyoruz. Bu kuşkusuz gereksinime yanıt olarak ilerleyen bir süreç, ama tıpkı ilaçların yan etkisi gibi, hukukunda istenilmeyen etkileriyle karşılaşılabilir. Örneğin, yapılan geniş çaplı araştırmalar, tanı ve tedavi girişimlerinin pek çoğunun gerçek gereksinimden kaynaklanmadığını, yasal düzenlemeler karşısında hekimin kendisini savunabilmek kaygısıyla istediğini ortaya koyuyor.”Bkz. **Namal**, Arın: “Hasta Hakları ve Etik” A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 30 vd.; Bu konuda başka bir görüş de, şu şekilde ifade edilmektedir: “Pozitif hukuk kurallarının hukuka uygun olup olmadıkları tartışılabilir, değiştirilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak, tıp mensuplarının etik kuralları ile hukuk kuralları çatıştığında, etik kuralları bahane ederek, suç da dahil haksız fiilleri gerçekleştirmelerini, hukuk

Etik, hukuku aşan bir şekilde, istenen, arzu edilen davranış, ideal ve erdemleri hedef gösterir. Hukuk kuralları düzenlenirken, bu idealler ve olması gereken davranış şekillerinden güç alınır. Çoğu zaman, etik değerler ve hukuk değerleri birbirine paraleldir. Bunun en güzel örneği, her iki alanda da geçerli olan *Salus aegroti suprema lex* (hastanın iyiliği en üstün yasadır) ilkesi ile kendisini gösterir²³². Tıbbi etik de, sağlık mevzuatına ait hukuk kuralları gibi sağlık hizmeti verenlere ve alanlara yetki verir ve sorumluluk yükler. Ancak, etik açısından, kural dışına çıkıldığında devlet müeyyidesi söz konusu olmazken, hukuk kurallarının da devlet müeyyidesi vardır²³³. Bir başka ifadeyle, davranış kurallarına uyulmadığı zaman hukuk, sahip olduğu maddi yaptırımla bu kurallara uyulmasını sağlar. Tıbbi etik ise, hem genel etik değerlerle hem de hukuki değerlerle uyum içinde olmak zorundadır. Hukuk ve toplumsal değerlerin benimsemediği hiçbir şey, bir mesleğin etik ilke ve kuralı olamaz²³⁴. Ancak, etik ve tıbbi etik soyut kavramlardan hareketle normlar koymaya çalışırken, hukukun sınırları kesindir²³⁵. Örneğin, 2238 sayılı Organ Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun²³⁶, organ nakli ile ilgili olarak alıcının, vericinin ve hekimin hukuki sorumluluklarını belirlemiştir. Organ nakli ile ilgili olarak kimsenin maddi menfaat sağlamaması gerektiği, vericinin özgür iradesi

kurallarına uymayı reddetmeleri önerilmekte ve bu görüşü desteklemek için bazen de (sanki hukuk her zaman hasta kişiler aleyhine durumları düzenliyormuş ve hekimlerin her hareketi hasta yararınaymış gibi) hasta yararı bahane edilmektedir...Hekimlik sıfatını haksız fiil veya suç işlemek için imtiyaz statüsü haline getiren, etik kural ile hukuk kuralı çatıştığında hukuku ihlal edin, uluslar arası belgelerde bunu sizden bekliyor diye hekimleri hukuk kurallarını ihlal etmeye davet etmek ve ceza da dahil hiçbir hukuki sorumluluklarının olmayacağını iddia etmek bilimsel olmadığı gibi hukuki de değildir.”Bkz. Ünver, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu,Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 23 vd.; Bioetik ve hukuk ilişkisi açısından ayrıca bkz. Schaller, s.20 vd.

²³² **Pribilla**, Otto: “*Hukuk ile Etik Arasında Hekim*” Tıbbın Gündelik Yaşamında Etik, Araştırmadan Terapiye Disiplinler Yelpazesi, Yayınlayan: Dietrich v.Engelhardt, Türkçesi: Arın Namal, İstanbul 2001, s. 324.

²³³ **Doğan**, Hanzade: “*Tıbbi Etik ve Hukuk: Benzerlikler ve Ayrılıklar*” Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal) Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s.1

²³⁴ **Aydın**, s. 5.; **Schaller**, s. 28 vd.

²³⁵ **Doğan**, s. 2.

²³⁶ R.G. Tarih: 3.6.1979, Sayı: 16655.

ile organını vermeye rıza gösterdiği belgenin yazılı ve iki tanık huzurunda alınması gerektiği vb. kurallar yasa tarafından belirlenmiştir. Etikte ise, organ nakilleri, sınırlı kaynakların tahsisi başlığı altında incelenmekte ve genellikle özerklik ve adalet ilkeleri çatışmaktadır. Buradaki özerklik, sadece alıcı ve vericinin değil aynı zamanda, nakil ünitesindeki hekimin de özekliğini kapsamaktadır. Yasalara uygun gibi gerçekleşmiş görünen bir organ naklinde, etik ilkeler ihlal ediliyor olabilir²³⁷.

Hekimin davranışlarının, hukuk ve etik alanından farklı bakış açıları ile değerlendirilmesi, özellikle son 25-30 yıllık süreçte, beyin ölümünün saptanması, hastanın tıbbi vasiyeti, ölme sürecindeki bakım (özellikle pasif ötenazi) ve üreme tıbbi, genetik araştırmalar vb. konularda geniş kapsamlı tartışmalara neden olmaktadır²³⁸.

VI. TIP ETİĞİNE ÖZGÜ İLKELER

Günümüzde, evrensel nitelikte benimsenmiş dört temel etik ilke, tıbbi etik alanda ve uygulamalar sırasında dikkate alınan ilkeler olarak kabul görmektedir²³⁹. Bunlar; *yararlılık ilkesi, zarar vermeme ilkesi, özerkliğe saygı ilkesi ve adalet ilkesi* dir.

²³⁷ Ayrıntılar için bkz. **Doğan**, s. 4.; Organ ve Doku nakli için ayrıca bkz. § 5. I. D.

²³⁸ **Pribilla**, s. 325 vd.; Ayrıca bkz. **Monagle**, John F./**Thomasm**, David C.: Health Care Ethics, Critical Issues, Maryland 1994.; Ayrıca bkz. **Cohen –Almagor**, Raphael: Medical Ethics At The Dawn of The 21st Century, New York 2000.

²³⁹ Tıp, değişik şekillerde insanoğlu var olduğu günden bu yana var olmuş bir uğraş olanı olsa da, tıp etiğinin bir disiplin olarak ortaya çıkması aslında yakın tarihlere dayanmaktadır. 1945'ten sonra dönüm noktası niteliği taşıyan tıbbi gelişmeler, tıp etiğini de üzerinde daha yoğun tartışılan bir konu haline getirdi ve pek çok farklı ilke üzerinde görüşler açıklanmaya başlandı. Ancak, günümüzde evrensel tıp etiği açısından bu dört temel ilkenin kabul edilmesi ilk kez *Tom L. Beauchamp* ve *James F. Childress* tarafından 1979 yılında yayımlanan Principles of Biomedical Ethics adlı kitapları sayesinde olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksoy**, s.7 vd.

A. YARARLILIK İLKESİ

Hipokratik etik geleneğinin başladığı yıllardan günümüze kadar hekim-hasta ilişkisinin temel ilkesi, zarar vermeme ilkesi ile birlikte hastaya yararlı olmak anlamında yararlılık ilkesidir (*principle of beneficence*). Hasta, sağlığı ile ilgili rahatsızlıklarının giderilmesi amacıyla hekime başvurduğunda, hekim ile hasta arasında adı konmayan etik bir sözleşme durumu ortaya çıkar. İşte, bu sözleşmenin vazgeçilmez hedefi, hastanın yarar görmesidir. Hekim, burada, hastanın yarar ve iyiliğini en birinci değer olarak görerek sorumluluk yüklenmektedir²⁴⁰. Tıp etiği, her şeyden önce hastaya yararlı olmayı öngörmekte ise de, yararlılık ilkesi içinde *mutlak yararlı olmak - yarar ve zararın dengelenmesi* şeklinde iki ayrı ilkeyi barındırır²⁴¹. Özellikle değişen ve gelişen tıp uygulamaları nedeniyle, 1960'lı yıllardan sonra, üzerinde çok tartışılan yararlılık ilkesine mutlak olarak bağlı kalmak günümüzde çok mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, hiçbir cerrahi müdahalenin hastaya zarar vermeden – yara açmadan, kanamadan, dikiş atılmadan vb. – yarar sağlaması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, mutlak yararlı olmak değil, yarar ve zararın dengelenmesi ve yarar lehine ağırlıklı kararların, yararlılık ilkesi uyarınca hayata geçirilmesi daha doğrudur. Diğer yandan, son yıllarda hızlı bir gelişim gösteren hasta hakları ve hastanın özerkliğine saygı kapsamında, değerlendirilmesi hekim tarafından

²⁴⁰ Aydın, s. 10.; Beauchamp / Childress, s. 57 vd.

²⁴¹ Elçioğlu, Ömür/Kırımhoğlu, Nurdan: “Tıp Etiği İlkeleri” Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Prof.Dr.Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr. Öztan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, İstanbul 2003, s. 30.

yapılan yararlılık ilkesi ile aydınlatılmış rızasının alınması ilkesi, zaman zaman çatışabilmektedir²⁴².

B. ZARAR VERMEME İLKESİ

Zarar vermeme ilkesi (*principle of nonmaleficence*), hukuk alanında da kullanılan ve latince olarak *primum non nocere* şeklinde ifade edilen ilke, hekimin yaptığı müdahale ile hiçbir şekilde zararlı bir sonuca neden olmamasını emreder. Aslında zarar vermeme ve yararlılık ilkesi, birbirine paralel ilkelerdir; yararlı olmak zarar vermemeyi de içine alabilir ya da zarar vermemek yararlı olmak şeklinde de algılanabilir²⁴³. Tıp uygulamasının birçok alanının, hem yararlılık hem de zarar vermeme ilkesini içine alması nedeniyle bu iki ilkeyi birbirinden ayırmak zordur, ancak yine de, ayrı ilkeler olarak ele alınmaları gerekir. *Beauchamp / Childress*'e göre, öncelikle genel etik söylemden –tıp ve biyoloji açısından- farkı belirleyebilmek için, bu iki ilkeyi ayrı ayrı incelemek gerekir. İkinci olarak da, genel etik kurallar bile bizim başkalarına zarar vermeme görevimizi, başkalarına yararlı olma görevimizden, savunulabilir şekilde üstün tutmaktadır. Örneğin, yüzme bilmeyen birini derin bir suya itmeme görevimiz, boğulmakta olan birini kurtarma görevimizden önce gelir²⁴⁴.

²⁴² Çobanoğlu, s. 19.; Aydın, s.10.

²⁴³ Aydın, s. 10.; Elçioğlu / Kırımlioğlu, s. 32.

²⁴⁴ Beauchamp / Childress, s. 98 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. Güriz (h.başlangıcı) s. 16.

C. ÖZERKLİĞE SAYGI İLKESİ

Son 25-30 yıllık bir süreçte, hekim-hasta ilişkisini belirleyen etik değerlerde önemli değişimler yaşanmıştır. Özerkliğine saygı ilkesi (*principle of autonomy*) de, *Beauchamp/ Childress* tarafından hastanın özerkliğine saygı ilkesi olarak tıp etiği alanına sokulmuş ilkelerden biridir. Bu dönemde, hekim-hasta ilişkisindeki hem teknik, hem de etik yönden geleneksel olarak otorite gücünü elinde tutan, koruyucu ve babacıl (*paternalist*) hekim kimliği yerini; hastasıyla yapıcı işbirliğine giren, onunla iletişimini arttıran, onun kişilik haklarına saygı gösteren ve tıbbî karara hastasını da katan bir kimliğe bırakmıştır²⁴⁵. Kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi, yani özerklik, yine kişilik hakları kapsamında değerlendirilen ve aydınlatılmış onam alınması yolu ile korunabilen bir haktır²⁴⁶. Otonomi (*autonomy*), kişinin davranış şeklini, kendi seçtiği bir plan doğrultusunda belirleyebilmesini ifade eden, kişisel özgürlüğü olarak tanımlanabilir²⁴⁷. Özerk birey özgürce davranabilme, bağımsız olarak kendi başına düşünebilme, kendi hakkında karar verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yetkinliğine sahip olan kişidir²⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2 ile düzenlenen “yaşama hakkına saygı” ilkesi, içeriğinde kişinin özerkliğini de korumaktadır²⁴⁹.

²⁴⁵ Aydın, s. 11.; Tag, Brigitte: “Autonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 213.

²⁴⁶ Beauchamp, / Childress, s. 63.

²⁴⁷ “Autonomy is a form of personal liberty of action where the individual determines his or her own course of action in accordance with a plan chosen by himself or herself.....A person’s autonomy is his or her independence, self –reliance and self-contained ability to decide.” Beauchamp, / Childress, s. 56.

²⁴⁸ Aydın, s. 12.; Loewy, Erich H.: Textbook of Healthcare Ethics, New York 1996, s. 64.

²⁴⁹ “AİHS. m.2 ile altı çizilen yaşama hakkına saygı normu, sadece biyolojik anlamda yaşama kavramını içermez. Bütün yönleriyle ve bu arada, kendi kaderini bizzat belirleme hakkı ve insanlık onuru dahil olmak üzere, insanoğluna mutlak saygıyı kapsayacak şekilde anlaşılır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, s. 104-105

Hekim-hasta ilişkisi açısından, özerkliğe saygı ilkesinin gereği, hekime düşen etik yükümlülük, hastanın özerkliğini –kendi kaderini/geleceğini belirleme hakkını- kullanabileceği bir ortamı yaratmasıdır²⁵⁰. Bu da, hastanın aydınlatılması ile başlayan ve daha sonra kendi özgür iradesi ile tedaviye rıza göstermesi ya da tedaviyi reddetmesine giden süreç içerisinde gerçekleşir²⁵¹. Bu nedenle, olağan koşullarda, hekimin hastasının doğru karar alabilmesine yardımcı olacak şekil ve tarzda onu aydınlatması, sorularına cevap vermesi, gerekli açıklamaları yapması gerekir. Hekimin, hastasına tıbbî bir kararla ilgili olarak yalan söylemesi, yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermesi, hastanın doğru/uygun bir karar almasına engel olacağından, hukuka aykırı olduğu gibi, etik açıdan da özerkliğe saygı ilkesini zedeleyecektir²⁵².

Hastanın, özerkliğine saygı gösterilmesinin bir diğer boyutu ise, her tıbbi müdahale ve araştırmanın aynı zamanda kişinin vücut ve yaşam bütünlüğü ile de ilgili olmasıdır. Kişilerin vücut bütünlüklerine sahip çıkma hakları gereğince, kendi rızaları olmadan herhangi bir tıbbî müdahalede bulunulması, yararlarına olsa bile hukuka aykırı niteliktedir. Bu nedenle, aydınlatılmış onam kavramı, son dönem de hem etik bilimcilerin, hem de hukukçuların gündeminde yer alan ortak bir tartışma konusu olmaktadır.

²⁵⁰ Çobanoğlu, s. 17.; Elçioğlu / Kırımhoğlu, s.35 vd.

²⁵¹ “Hastanın aydınlatılmış rıza ile tercihini ortaya koyması, üç farklı açıdan önem taşır. Etik önemi: Otonomi’ye saygı; Hukuki önemi: Kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi; Psikolojik önemi: kontrol şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jonsen, Albert R./Siegler, Mark/Winslade, William J.: Clinical Ethics, Fifth Edition, New York 2002, s. 48 vd.

²⁵² “Bazı klinik durumlarda, özerkliğe saygı ilkesi önemini kaybedebilir. Örneğin, ağır psikiyatrik hastalık, fiziki sakatlık, acil müdahaleyi gerektiren haller, bilinç kaybı gibi durumlarda hasta özerkliğine saygı ilkesini göz ardı etmek gerekebilir.” Aydın, s. 13.

D. ADALET İLKESİ

Adalet kavramı, çok tartışılan, değişik görüşlere ve yaklaşımlara en fazla konu olan kavramlardan biridir²⁵³. Adalet, özünde bir değerdir ve adalet kavramı da, hem etik hem de hukuksal değer yargılarıyla içerik kazanarak, anlamını bulur²⁵⁴. Tıp Etiği kapsamında ve tıp uygulamalarında, adalet ilkesi (*principle of justice*) ile yer alan adalet kavramı, tıbbî kaynakların ihtiyaçlara göre eşit ve dürüstçe dağıtılmasını hedefler²⁵⁵. Sağlıkta eşitlik, bütün insanların eşit sağlık durumunda olması değil, insanların o ülkedeki sağlık hizmetlerine ulaşma olanağının eşit olarak sağlanması anlamına gelir²⁵⁶. Ancak, diğer ilkelere nazaran adalet ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için oldukça zor soruların cevapları aranmaya çalışılmaktadır. Örneğin, insanlar arasındaki her açıdan birçok farka rağmen, bir insanın hayatını diğerinkinden daha değerli, korumaya daha çok layık görmek mümkün değildir. Bu bağlamda, bir hasta için adil olan bir davranışın, başka biri için adaletsiz olmayacağı; herkesin hakkının eşit biçimde gözetileceği tercihin ne olacağı; hangi ölçülerin kullanılacağı; kime

²⁵³ Adalet kavramı, ilk çağda akla, orta çağda inanca, yeniçağda ise akla-duyguya ve sezgiye dayanarak tartışılmıştır. Çinli düşünür *Konfüçyüs*, adaleti ahlak çerçevesinde değerlendirmiştir. Yunan düşüncesinde adalet, ahlak ve hukuk kavramları arasında bir ayırım yapılmaksızın iyilik sevgisi olarak anlaşılmıştır. *Aristoteles*, denkleştirici ve düzeltici adaletten bahsetmiş; İngiliz düşünürü *Hobbes*, sözleşmeye uymamayı adaletsizlik saymış; Alman filozofu *Kant* ise, “*şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese payına düşeni ver*” şeklindeki üç ilke ile adalet konusunu incelemiştir. Adalet ile pozitif hukuk ilişkisi üzerinde durulurken, adaletin, keyfi uygulamanın reddi anlamına geldiği belirtilmiştir. Ayrıntıları için bkz. Güriz, (h.başlangıcı) s. 220 vd. ; ayrıca bkz. **Güriz**, Adnan: “*Adalet Kavramı*” Prof.Dr.Jale Akipek’e Armağan, 1991, s. 59.; **Kuçuradi**, İoanna: “*Adalet Kavramı*” Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1997, s. 322 vd.

²⁵⁴ **Önal**, Gülsüm: “*Etik ve Hukuk Arasında İnce Çizgi:Adalet İlkesi*” Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal) Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s. 7.

²⁵⁵ **Beauchamp / Childress**, s. 168.

²⁵⁶ **Çobanoğlu**, s. 18.; **Aydın**, s. 14.

karar verildiği kadar, kimlerin karar verdiği ya da vermesi gerektiği, açıklığa kavuşturulması gereken önemli etik konulardır²⁵⁷.

Adalet ilkesinin hayata geçmesi, çok geniş bir sistemin doğru planlanma ve doğru uygulanmasına bağlıdır. Sağlık standartlarının korunması ve yükseltilmesinde hem bireysel hem de toplumsal sorumluluk söz konusudur. Devlet, en başta sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak, sağlık politikalarında, tüm yurttaşlarına eşitlik ve adalet duygusu içerisinde, temel ihtiyaçları karşılayacak doğrultuda hizmet sunmak sorumluluğu altındadır²⁵⁸. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25 inci maddesinde de “*Herkesin yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkının olduğu*” ideal olarak ortaya koyulsa da, pratikte uygulamaların her zaman teori ve idealler ile aynı doğrultuda seyrettiği söylenemez. Dolayısıyla, her ne kadar sosyal devletin en temel görevlerinden biri sağlık ve hayatın güvence altına alınması olsa da, devletin halkına sağladığı imkanlar, ülkenin genel zenginliği ve sağlığa ayırdığı bütçeye göre değişiklik göstermektedir²⁵⁹. Adalet ilkesinin varlığı, *sağlık hizmetlerinin planlanması ve yönetimi; sağlık kurumlarının yönetimi; klinik tanı ve tedavi* şeklinde ifade edilen değişik düzeylerde kendisini göstermektedir²⁶⁰.

²⁵⁷ Önal, s. 10.

²⁵⁸ Nitekim T.C. Anayasası, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler ile ilgili 56.m de *Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması* başlığı altında “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.*” hükmünü düzenlemektedir.

²⁵⁹ Elçioğlu / Kırımhoğlu, s. 38.

²⁶⁰ Sağlık hizmetlerinin planlanması ve yönetiminde adalet ilkesi, genel harcamalar içinde sağlık hizmetlerine ayrılan pay ve sağlık hizmetlerinde sınırlı kaynakların nasıl değerlendirileceği şeklinde iki başlıkta değerlendirilebilir. Örneğin kaynaklar koruyucu sağlık hizmetleri ile tedavi hizmetleri arasında ne şekilde paylaştırılmalıdır ki adalet ilkesine uygun olsun. Sağlık kurumlarının yönetiminde de yine kaynakların hastanenin vereceği sağlık hizmetlerine ne şekilde

Klinik tanı ve tedavi aşamasında adalet ilkesi, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan hastalar arasında tıbbi imkanların nasıl pay edileceği konusunda yol gösterici olmaya çalışacaktır. Adalet ilkesi, hekimin hastalarına eşit davranmasını, tedavide birini diğerinden daha önemli görmemesini sağlar²⁶¹. Ancak, bu ilkenin mutlak olarak hayata geçirilmesi, ne kadar istenirse istensin her zaman çok kolay olmamaktadır. Örneğin, organ bekleyen hastalar arasında, mevcut bir organın nakli konusunda izlenmesi gereken sıraya uyulmaz ise ne olacaktır? Ya da, yoğun bakım ünitesindeki yatak kapasitesinin üstünde hasta olduğu için, hizmette aksama olursa, hekimin sorumluluğunda adalet ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülebilecek midir?

VII. TIP ETİĞİ AÇISINDAN HEKİM-HASTA İLİŞKİLERİ

A. GENEL OLARAK

Hekim ve hasta ilişkisi, tıp etiği açısından özellikle ve ayrıntılı olarak incelenmesi gereken önemli bir konudur²⁶². Hekim olmak, sağlık alanının bir çalışanı olmak, tedavi hizmetlerinin sunulmasının çok ötesinde, hastaya insani değerlerin ağırlığı altında özenle yaklaşabilmeyi zorunlu kılar. Hekimliğin kalbi, hastaya empati ile yaklaşabilmektir²⁶³. Tedavisi mümkün olsa da, çoğu kez ömür boyu hastalıkla

dağıtılacağı sorusunun cevabı adalet ilkesi ile aranacaktır. Örneğin, diyaliz cihazlarının sayısı mı artırılacaktır? Bir yoğun bakım ünitesi mi kurulacaktır? Ya da acil servis mi yenilenecektir?. Ayrıntıları için bkz. **Aydın**, s. 14-15.

²⁶¹ **Elçioğlu / Kırımhoğlu**, s. 38.

²⁶² **Veatch**, Robert M.: The Patient - Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2, USA 1991. 11 vd.

²⁶³ *Dr. Jerome Groopman*, hasta ve doktor iletişiminin ne kadar önemli olduğunu, yaşanmış deneyimlerden örneklerle zenginleştirerek anlatmaktadır. Yazar, doktorların karar alma aşamasında nasıl bir düşünce süreci yaşadıklarını, neden hata yaptıklarını, hasta ve doktor ilişkisinin nasıl hatalı kararlara engel olabileceğini ve sağlığımızı doğrudan etkileyen iletişim

birlikte yaşamayı gerektiren ya da tedavinin başarılı olamayacağı ve ölümün kaçınılmaz olarak beklendiği durumlarda –örneğin, ileri derece kanser hastalarında- empatinin önemi daha da belirginleşmektedir²⁶⁴. Günümüz hekiminden mesleğin ahlak kurallarını özümsemiş olmanın ötesinde, felsefi anlamda bir etik yeterlilik beklenildiğini söylemek mümkündür²⁶⁵. Kaldı ki, bilim ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler, bu özel ilişkiye durmaksızın yeni boyutlar eklemektedir²⁶⁶.

Hekim-hasta ilişkisi, karşılıklı güç dengesinin olmadığı bir ilişkidir²⁶⁷ ve öncelikli beklenti, aralarında güvenin oluşması, karşılıklı saygı ve sevgi ortamının yaratılmasıdır. Hekim ve hasta arasında, daima bir hiyerarşik güç dengesizliği vardır ve etik açıdan bunun denetlenmesi kontrol altında tutulması sorumluluğu hekime aittir²⁶⁸. Diğer yandan, tıp alanındaki teknolojik ve bilimsel ilerlemelere karşın, iletişim, hala hastalıkların teşhis ve tedavisinde klinik işlemlerin özü olarak

becerilerini anlatmaktadır. Kitapta, alanında ün yapmış birçok ünlü doktorun ve ciddi sağlık sorunları yaşamış olan hastaların gerçek deneyimleri yer almaktadır. Ayrıntıları için bkz. **Groopman**, Jerome: *Doktorlar Nasıl Düşünür?*, çeviren: Serhat Ataman, İstanbul 2007.

²⁶⁴ **Atıcı**, Elif: *“Malign Tümör Hastalarında Etik İkilemler: Hukukun Ulaşamadığı İnce Ayrıntılar”* Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal) Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s. 53 vd.

²⁶⁵ **Namal**, s. 30.

²⁶⁶ Tıp etiği açısından 1945 yılından itibaren yaşanan belli olay ya da gelişmeler dönüm noktası niteliğindedir: Nürnberg Mahkemesi (1947-20 Nazi doktorun yaptıkları bir dizi faaliyet için ceza almaları), DNA’nın keşfi (1953), Böbrek Nakli (1954), Oral Kontraseptifler (1960), Kronik Hemodiyaliz Tedavisi (1960), Kalp Nakli (1967), Beyin Ölümü Tanımı (1968), Kürtajın Yasallaşması (1973), Bitkisel hayattaki hastaları yaşam desteğinin çekilmesinin yasallaşması (1945), Tüp Bebek (1978)... Bu yaşananlar bilim adamlarını harekete geçirerek, tıp biliminin o gün için geldiği noktada karşılaşılan etik problemlerin geleneksel bilgiler ve kurallarla çözümlenemeyeceğini, bu nedenle yeni görüşlere ve yeni oluşumlara ihtiyaç duyulduğunu ortaya çıkarmış oldu. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Aksoy**, s. 8 vd.; Ayrıca bkz. § 6.I.

²⁶⁷ Hekimlik, otoriter bir meslektir ve hasta bu güce boyun eğerek konumdadır. Tıbbın bu gücünün nereden kaynaklandığı *Howard Brody*, *Healer’s Power* adlı eserinde açıklamaya çalışmıştır. *Brody*’e göre bu gücün üç kaynağı vardır: Birinci tıbbi güçtür; hekimin ait olduğu disiplinde, tıp sanatı ya da ustalığından gelen güçtür. İkincisi, karizmatik güçtür; hekimin kişilik özelliklerine dayanır, tıbbin disipliner bilgi ve becerisinden bağımsızdır. Üçüncü güç ise, sosyal güçtür ve hekimin toplum içindeki sosyal konumundan ortaya çıkmaktadır. Ancak birbiri ile yakından ilgili olan bu güçler, dördüncü olarak hiyerarşik güç ile tamamlanmaktadır. Hiyerarşik güç, hekimin tıbbi hiyerarşi içinde doğal olarak sahip olduğu güçtür; örneğin bu yönden uzman olan genel bilgi sahibi olanın üstünde yer alır. Ancak tüm bu güçleri bir yana bıraksak da, sırf hasta rolünü üstlenmenin doğası gereği, her zaman için hekim ve hasta arasında bir güç dengesizliği mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Brody**, Howard: *The Healer’s Power*, New York 1993.

²⁶⁸ **Büken Örnek**, (etik), s. 39.

görülür²⁶⁹. Zira, hastaların hekim ile ilişkilerinin niteliği, kendilerine sağlanan tıbbi yardımdan duydukları memnuniyeti güçlü bir şekilde etkiler. Bu ilişkiden, yeterince memnun olmayan hastaların tedaviye uymadıkları, hekimin bilgisinden ve yeteneklerinden kuşkuya düştükleri, iyileşmenin olması gerekenden uzun sürdüğü ve yanlış tedavi nedeniyle hekimlere dava açtıkları görülmektedir²⁷⁰. Ancak, ideal hekim hasta ilişkisini sağlamak, o kadar da kolay değildir²⁷¹. Çünkü hekim-hasta iletişimi, üç belirgin ve oldukça zor özellik temelinde kurulmaya çalışılmaktadır. Bu özellikler, güvenilirlik beklentisi, eşit olmayan güç ilişkisi ve mahremiyet koşulları²⁷² şeklinde sıralanabilir.

B. HEKİM – HASTA İLİŞKİSİNDE MODELLER

Dünyada ve ülkemizde, varlığını sürdüren bir takım hekim-hasta ilişkisi modelleri söz konusudur²⁷³. Bu özel ilişkinin, etik boyutu kadar hukukî boyutuna da etki eden bu davranış modelleri ana hatları ile şu şekilde özetlenebilir:

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Oğuz**, Yasemin: “*Tıp Etkinliğinde Hekimin ve Hastanın Roller*” Deontoloji, Ankara 1999, s. 27 vd. ; **Başağaoğlu**, İbrahim: “*Hekimin Mesleki İlişkileri*” Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 361 vd.

²⁷⁰ **Gordon**, Thomas / **Edwards** Sterling: Doktor-Hasta İşbirliği, Londra 1995, Çeviren: Emel Aksay, s. 3 vd.

²⁷¹ İdeal olarak hekim-hasta ilişkisinin nasıl olması gerektiği sorusu cevaplanırken, üzerinde durulması gereken en önemli başlıklar şu şekilde sıralanabilir. (1) Hekim ve hastanın birbirine etkisinin önemi, (2) Hekimin ödevleri, (3) Hastanın moral değerlerinin rolü, (4) Hasta özerkliği (autonomy) kavramı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirhan Erdemir**, Ayşeğül: “*Hekim-Hasta İlişkileri ve Etik Sorunlar*” Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Prof.Dr.Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr. Öztan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, 2003, s. 131.

²⁷² **Büken Örnek**, Nükhet: “*Hekim-Hasta Arasındaki Güven İlişkisi, Sınırlar ve Sınır İhlalleri*” Medimagazin, 21.05.2007, Sayı:330, www.medimagazin.com.tr (erişim tarihi: 17.04.2008)

²⁷³ **Stockter**, s. 83 vd.

1. Buyurgan Hekim Modeli

Paternalistik yaklaşım, babacıl yaklaşım ya da ataerkil model gibi isimler altında ifade edilen bu model²⁷⁴ hekim mutlak otoritesine dayanmaktadır. Hekim ne derse o olur; hekim -tıpkı bir baba-evlat ilişkisindeki gibi- hastası için neyin iyi, neyin kötü olduğunu bilir; alınması gereken önemli kararları tek başına alma sorumluluğunu da üzerinde taşır²⁷⁵. Bu tek taraflı ilişki içinde, hastanın herhangi bir katılımı söz konusu değildir; fikri sorulmaz ve önemsenmez. Hastanın, bu durumda yapması gereken tek şey kendisine söylenenleri yapmak ya da emirlere uymaktır.

Buyurgan hekim modelinde, hasta hakları ciddi olarak ihlal edilmektedir. Çünkü hasta genellikle bilgilendirilmez, hasta kendi geleceği ile ilgili kararlara katılamaz, tedaviyi reddetme ya da aydınlatılmış onam verme gibi haklarını kullanamaz²⁷⁶.

²⁷⁴ “Etkinlik-edilgenlik biçimindeki ilişki, eski Mısır, Yunan, Avrupa’da karanlık çağlar ve özellikle engizisyon çağı boyunca genel olarak benimsenen hekim-hasta ilişkisi tipidir. Günümüzde, böyle bir ilişki biçimi bilinci kapalı hasta ile hekimin ilişkisinde görülür.” Bkz. **Çobanoğlu**, s. 33 vd.; **Gordon / Edwards**, s. 30 vd.; “Paternalistisches Modell” bkz. **Stockter**, s. 84.

²⁷⁵ **Beauchamp / Childress**, s. 154.; “Hekimlik hakikaten çok otoriter bir meslektir. Karşınıza gelen hasta çaresiz bir şekilde sizin otoriteni kabul etmiştir. Bir kral da olsa, sosyal, ekonomik statüsü sizden ne kadar üstün olursa olsun, size sağlığı için, geleceği için, yaşamı için, hayatta kalabilmek için boyun eğmek durumundadır. ...Hekimler sınır dinlemezler, kişinin özel hayatına müdahale ederler, yasaklar koyarlar, sorumluluklar getirirler....Bu otoriter mesleğin verdiği gücü hekim otoriterce kullanmaya kalkarsa, o zaman buyurgan hekim prototipi ortaya çıkar.” **Özlü**, Tevfik: “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim – Hasta İlişkisi” A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 20 vd.; ayrıca bkz. **Brüggemeier**, s. 463.

²⁷⁶ **Özlü**, s. 23.; **Demirhan Erdemir**, s. 131.; **Çobanoğlu**, s. 33.; “Hekimin tedavi eden olarak üstünlüğü ve paternalist yaklaşım çağdaş tıp içinde geniş ölçüde terk edilmiştir çünkü bu anlayış, aydınlatılmış ve özerkliğine sahip çıkan ideal hasta tipi ile bağdaşmaz.” Bkz. **Tag**, s. 213 vd.

2. Danışman Hekim Modeli

Özellikle Batı Avrupa ve Kuzey Amerika da çok yaygın olarak gelişmiş olan danışman – bilgilendirici (*informative*)- hekim modelinde²⁷⁷ hasta aktif ve karar veren konumda, hekim ise sadece bir danışman durumundadır. Hekimlerin, büyük tazminatlar ödemek zorunda kaldığı bu ülkelerde²⁷⁸, hekimler yasal sorumluluktan kurtulmak için bütün kararları hastaya bırakmak eğilimindedirler²⁷⁹. Teknik bilginin ön planda olduğu ilişki de, hekim-hasta ilişkisinin amacı, hekimin teknik bir uzman olarak hastaya konuyla ilgili bütün bilgileri vermesi, hastanın istediği tıbbi müdahaleyi seçmesi ve hekiminde bu müdahaleyi uygulamasıdır²⁸⁰. Bu ilişki modelinde, tanı ve tedavi süreci tamamen hastanın kararlarıyla hastanın iradesiyle ilerler ve hekim hastanın istediği ölçüde ve onun istediği kadar yardımcı olur. Her ne kadar, buyurgan hekim modeli, ideal bir ilişki olmasa da, hekim o tür bir ilişki de, sorumluluk alarak, risk üstlenerek hastası için en doğru olanı yapma çabası içindedir. Oysa, danışman hekim modelinde, hasta için yararlı ve doğru bir tıbbi müdahalenin olması değil; hastanın istemesi önemli olup, hekim hastanın istediğini yapmakla kendini yükümlü görür²⁸¹. Bu modelde de hasta hakları ihlal edilebilir. Bu bağlamda, hastanın sağlık hizmetinden yararlanma hakkı, hekim tarafından moral ve manevi destek alma hakları ve özenle teşhis ve tedavi görme hakkı zarar görebilir.

²⁷⁷ “Modell des Informed Consent” bkz. **Stockter**, s. 86.

²⁷⁸ Amerika da, ciddi bir patlama yapan tıbbi uygulama hatası (*malpractice*) davalarıyla, davacılar ve avukatları hak etmedikleri, olağanüstü yüksek ve haksız ödüller (tazminatlar) kazanmakta, hekimler ise çok yüksek sigorta primlerinin getirdiği yükün altında ezilmekte ve zaman zaman muayenahanelerini kapatmak zorunda kalmaktadırlar. Bkz. § 4. IV. 5.

²⁷⁹ **Özlü**, s. 23.; **Gordon / Edwards**, s. 31.

²⁸⁰ **Çobanoğlu**, s. 34.; **Demirhan Erdemir**, s. 131.

²⁸¹ **Özlü**, s. 24.

3. Katılımcı Hekim Modeli

Bugün için, en kabul gören ve hekim-hasta ilişkisinde olması gereken durum, hekimle hastasının işbirliği yaptığı, tanı ve tedavi sürecinin karşılıklı bir ekip anlayışı içinde yönetildiği katılımcı hekim modelidir²⁸². Hekim ve hasta karşılıklı bir iletişim ve etkileşim içinde, mevcut sağlık problemi ile ilgili olarak görüşmeler yaparlar. Hekim, uzmanlık alanı ile ilgili teknik bilgilerin yanı sıra, bir öğretmen ya da bir arkadaş gibi hangi tür davranışın daha uygun olabileceğini, tıbbi tedaviye ilişkin hangi kararın doğru olacağı konularında yol gösterir²⁸³. Hasta da, kaygı ve endişelerini, bilmek istediği detayları, düşüncelerini hekime özgürce iletebilir; hekim hastalıktan çok hastasını önemser ve dostça tavsiyelerde bulunur. Böylece birlikte yol alınır; hekim ve hastanın ortak sorumluluğu vardır.

Hasta, bu karşılıklı etkileşim ve iletişim sayesinde hekimine daha derin bir güvenle bağlanırken, başta kendi geleceğini belirleme hakkı olmak üzere tüm haklarına karşı saygı görür. Hekimlerin görevi hastalıkları yok etmek değil, hastaların sorunlarını çözmektir. Tedavi ve iyileştirme farklı şeylerdir dolayısıyla hastanın kendisini iyi hissetmesi sadece hastalığın ortadan kalkmasıyla sağlanamaz. Hastanın endişelerinin, korkularının giderilmesi de çok önemlidir ve bu işi de yapmak hekimlerin görevidir²⁸⁴. Hekim, hastasını yalnızca hastalığıyla değil, onun sosyo-kültürel, psiko-sosyal durumu, ekonomik koşulları, yaşam görüşü, ahlaki

²⁸² Özlü, s. 24 vd.; “Modell des Shared Decision Making” bkz. Stockter, s. 88; “Vom Paternalismus zur kommunikativen Partnerschaft” başlığı altında bkz. Brüggemeier, s. 463 vd.

²⁸³ Çobanoğlu, s. 35.; Demirhan Erdemir, s. 131.

²⁸⁴ Özlü, s. 25. “Hekim- hasta ilişkisinin niteliğini, her şeyden daha çok karar verme sürecindeki katılım belirler. Sıra dışı bir hasta, yaşamı ve tedavisiyle ilgili sorumlulukları paylaşmak ister. Bu tür hastaları anlayıp destekleyen hekimler, hastalarının daha hızlı iyileşmesine yardımcı olabilirler.” Gordon/ Edwards, s.41.

değerleriyle, bir bütün olarak anlamaya çalışmalıdır²⁸⁵. Ancak, hekimlerin de karşısında tek tip bir hasta olmadığı²⁸⁶ düşünülürse, bu işin ne kadar zor olduğu, bir kez daha anlaşılacaktır.

§ 7. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, KAPSAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Serbest çalışan bir hekimle hastası arasındaki hukuksal ilişkinin kaynağını, sözleşmeden doğan borç ilişkisi oluşturmaktadır. Hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi, taraflar arasında güç dengesinin olmadığı ve yoğun güvenin temel alındığı bir hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişki aynı zamanda insani boyutu nedeniyle içerik ve özünde, karşılıklı güvenin yanı sıra, saygı, dikkat ve özen, şefkat ve hatta merhamet duyguları barındırmaktadır²⁸⁷. Bu nedenle, bu sözleşme ilişkisindeki temel amaç hastanın isteğine ve yararına uygun olarak, onun sağlığına kavuşmasını sağlamak için gereken tıbbi faaliyetlerin yapılmasıdır²⁸⁸. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili çoğunluğun savunduğu görüş, hekimin hastasını muayene, hastalığını teşhis ve tedavi etmesinin, bir maddi fiillere ilişkin bir vekâlet çeşidi²⁸⁹

²⁸⁵ **Atıcı**, s.56.; **Veatch**, s. 47 vd.

²⁸⁶ Hekimin karşısına gelen hasta da, tek tip bir kişi değildir: cesur, korkak, endişeli, aldırışsız, hekime tam itaata hazır, çok kuşkucu, gerçekçi, uysal, aksi vb. birçok karakter özelliği gösterir. Bkz. **Özlu**, s. 34 vd.; Ayrıca, “*Hekim-hasta ilişkilerinde karakter ayrıcalıklarından doğan zorluklar ve çatışmalar*” başlığı altında bkz. **Demirhan Erdemir**, s. 137 vd.

²⁸⁷ **Demir**, (kurultay) s. 153.

²⁸⁸ **Akartepe**, Alpaslan: “*Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 13.

²⁸⁹ Maddi fiillere ilişkin vekâlet, çoğu kez hekimlik, avukatlık, mimarlık,... vb. bir uzmanlık gerektiren serbest meslek olarak yerine getirilen hizmetlerde yaygın olarak görülmektedir. **Tandoğan**, (borçlar) s.359.; **Yavuz**, s. 363.; **Aral**, s. 393.; **Gümüş**, s.30.

olduğu ve vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı şeklindedir. Hekim (vekil), hastaya (müvekkile) karşı temsil yetkisi verilmesi gerekmeyen, fiili tarz da hizmet edimi üstlenmektedir ki, bu, hekimin sözleşmenin ifasına yönelik olarak gerçekleştirdiği, her tür tıbbî faaliyet olarak ifade edilebilir.

Kural olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içine alan genel bir ilke olarak, hekimlik sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak, tarafların karşı âkidi seçme özgürlüğü, mevzuat içinde TDN m.5²⁹⁰ ve m.18²⁹¹ de de düzenlenerek bir kez daha altı çizilmiştir.

II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Hekimlik sözleşmesi, hastanın hekim tarafından sağlığına kavuşturulmasını öngören maddî fiillere ilişkin bir vekalet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Borçlar Kanunu ve özel kanunlarda düzenlenmiş tipik bir sözleşme olmayan, hekimlik sözleşmesini, tüm unsurlarını içine alarak şu şekilde tanımlamak mümkündür:

Hekimlik sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, serbest çalışan hekim bu sözleşme ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir.

²⁹⁰ TDN m.5.: “Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer”.

²⁹¹ TDN m.18.: “Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insanî vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.” TDN m.3/I de ise bu kuralın istisnası, “Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlik sözleşmesi, doktrinde, ayrıca şu şekilde de tanımlanmıştır: *“Hekimlik sözleşmesi, hukuken serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanunî temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren güven unsurunun ağır bastığı bir ilişkidir.”*²⁹².

Doktrinde yapılan, bir başka tanım ise, hekimlik sözleşmesini şu şekilde ifade etmektedir: *“Taraflardan birinin serbest çalışan hekim ve asli edim yükümünün de hastanın bizzat ya da hasta yakınının/temsilcisinin ödeyeceği bir bedel karşılığında tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirmesi olduğu sözleşmeye Hekimlik Sözleşmesi adı verilmektedir.”*²⁹³

III. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. BİR HİZMETİN İFASI: TEŞHİS– TEDAVİ– TIBBİ MÜDAHALE

Hekimlik Sözleşmesinde, vekil konumundaki hekim, müvekkili konumundaki hastaya karşı, fiili tarz da bir hizmet edimi üstlenmektedir. Hekimin bu hizmet edimini yerine getirmesi için herhangi bir temsil yetkisine sahip olması gerekmemektedir. Maddi fiilere ilişkin vekalet olarak nitelendirilen bu tür vekalet ilişkisi çoğunlukla, uzmanlık gerektiren ve serbest meslek olarak yerine getirilen

²⁹² Bayraktar, s. 33.; Özdemir, s. 51.

²⁹³ Demir, (kurultay) s. 154.; Demir, bir başka makalesinde de şu tanımlı vermiştir: *“Hekimlik sözleşmesi (Artzvertrag) denilince, bundan, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesidir.”* Bkz. Demir, (AÜHFD) s.232

hizmetlerin yerine getirilmesinde görülmektedir²⁹⁴. Hekimin, asli edim yükümünü de oluşturan bu hizmet, hastalıkları, acıları, zararları, şikayetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak yerine getirilen tüm tıbbi müdahale ve tedbirlerdir. Hastalığın ve durumun şartlarına göre konusunda uzman hekim, hastanın şikayetlerini ve öyküsünü (anemnezi) dinleyecek, sağlık durumu ile ilgili bir tanımlama yaparak teşhis koyacak, tıbbın kabul edilmiş kuralları doğrultusunda mesleki bilgi ve vicdani kanaatine göre bir tedavi yöntemi seçerek hastasının aydınlatılmış rızası ile bu yöntemi uygulayacaktır.

Teşhis, somut olayın özelliklerine en uygun olan tedavi ve müdahale yönteminin bulunmasının ilk adımını oluşturacaktır. Hekimin, hastasına en uygun ve doğru teşhisi koyabilmesi için, öncelikle onu ayrıntılı olarak dinlemesi, rahatsızlıklarını, nedenlerini tespit edebilmek için muayene etmesi ve hastanın talebinin ne olduğunu bilmesi gerekir. Daha sonraki adımda ise, hekim, vicdanî ve meslekî kanaatine göre ne tür bir tedavi uygulanması gerektiğine karar verecektir²⁹⁵.

²⁹⁴ Maddi fiillere ilişkin vekalet için bkz. **Tandoğan**,(borçlar) s.359.; **Yavuz**, s. 363.; **Aral**, s. 393.; **Gümüş**, s.30.

²⁹⁵ Bu durum TDN. m.6. da “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

B. HİZMETİN HASTANIN MENFAATİNE VE İRADESİNE UYGUN OLARAK YAPILMASI

Vekâlet sözleşmesinin temel özelliklerinden biri, vekilin hizmet verdiği işin başka birine ait olması ve vekilin iş sahibinin menfaatine hareket etmesidir²⁹⁶. Hekimlik sözleşmesinde de, bir tarafta tıp alanında uzmanlaşmış bir hekim diğer tarafta ise sağlığına kavuşabilmek umudu ile ona başvuran bir hasta bulunmaktadır. Hekim, insani boyutu ağır basan ve yoğun güvene dayanan bu hizmeti belli bir ücret karşılığında veriyorsa da, daima hastanın menfaatini gözetmekle yükümlüdür.

Hekimlik mesleğinin etik ilkeleri içinde yer alan, zarar vermeme ve yararlılık ilkeleri de zaten hekime bunu emretmektedir. Hekim burada, hastanın menfaatini ve iyiliğini en birinci değer olarak görerek sorumluluk yüklenmektedir²⁹⁷. Sağlık problemleri yaşadığı için hekime başvuran hastanın beklentisi yeniden sağlığına kavuşabilmektir. Hastanın tedavisini üstlenen hekim ise bu amaç doğrultusunda bilgi, mesleki ve vicdani kanaatleri ile bir tedavi yöntemi seçecektir. Bunu yaparken, gözetilmesi gereken öncelikli değer insan, yani, somut olaydaki hastadır. Nitekim TDN m. 2 de “*Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*” ifadesi ile bu etik ve hukuki ilkeye vurgu yapılmaktadır.

Diğer yandan, hekim açısından hem etik hem de hukuki bir yükümlülük olan hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, kişi özerkliğine ve kendi geleceğini belirleme hakkına saygının bir gereği olarak, yapılan tüm tıbbi faaliyetlerin hastanın iradesine uygun olmasını sağlar.

²⁹⁶ Tandoğan,(borçlar) s. 360.; Aral, s. 394.; Yavuz.; 364 vd.; Akipek, s.33.

²⁹⁷ Aydın, s. 10.

C. TEDAVİNİN ZAMAN KAYDINA BAĞLI OLMAKSIZIN VE HASTANIN İYİLEŞEMEME RİSKİNİ TAŞIMAKSIZIN ÜSTLENİLMESİ

Bir tedavinin ne kadar süreceği, hastalığın özelliği, hastanın durumu, tıbbî müdahalenin türü vb. gibi önceden belirlenemeyen birçok faktöre bağlıdır. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesinin önemli bir diğer unsuru, hizmetin zaman kaydına bağlı olmaksızın ifa edilmesi, şeklinde kendini göstermektedir²⁹⁸.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkinin, bir diğer önemli özelliği de, hekimin sonucu hiçbir zaman garanti etmemesi/edememesi yani, hastanın iyileşmeme riskini taşımamasıdır²⁹⁹. Yapılan işin doğasından kaynaklanan bu durum, vekâlet sözleşmesinde geçerli olan esaslı unsurun hekimlik sözleşmesinin tarafları açısından da var olduğunu göstermektedir³⁰⁰. Mesleğini, etik ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yapan her hekim, gerekli dikkat ve özeni göstererek yürüttüğü tedavi ya da tıbbî müdahalelerden hastasının yarar sağlamasını ve sağlığına kavuşmasını amaç edinir. Ancak, sonucun elde edilememesi riskini –kusurlu olmamak kaydı ile- hekim (vekil) değil, hasta (müvekkil) taşıyacaktır³⁰¹. Doktrinde, sonucu garanti etmenin

²⁹⁸ “Belli bir zaman için çalışmasını bir özel hastaneye tahsis edip, o zaman içinde hastaneye başvuracak çeşitli hastalara bakmayı üstlenen hekim ile hastane arasında bir hizmet sözleşmesi olduğundan söz edilebilir. Ancak, hekimin kendisine gelen belli bir hastayı tedavi etmeyi üstlenmesi hukuken bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşır.” **Tandoğan**, (borçlar) s. 376

²⁹⁹ **Tandoğan**, (borçlar) s.5.; **Atabek / Sezen**, s. 142.; **Donay**, (doktorun) s.45.; **Reisoğlu**, s. 12.

³⁰⁰ **Aşçıoğlu**, s. 16.

³⁰¹ İsviçre’de *Gautschi* tarafından savunulan görüşe göre, sonucun gerçekleşmesinin sadece vekilin faaliyetine bağlı olmadığı, aksine hesaplanamaz hal ve şartlara bağlı olduğu durumlar da- hekimlik faaliyeti gibi- sonucun garanti edilmesi geçersiz sayılmalıdır. Bkz. **Gümüş**, s.151 dipnot: 612

hekimlik faaliyeti ile asla bağdaşamayacağını ve bunun bir *şarlatanlık* olduğunu da ifade etmişlerdir³⁰².

Yargıtay da, çeşitli kararlarında “...*Doktor hastalığa tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz....*” görüşü ile hükümler vermiştir³⁰³.

Hekimlik sözleşmesinde, hekimin asli edim yükümü için sonucun garanti edilmesi söz konusu değilse de, bunun taraflarca ayrıca açık ya da zımnî olarak kararlaştırılmasını mümkün gören görüşler bulunmaktadır³⁰⁴. Ancak, bizim de katıldığımız karşı görüşün haklı olarak savunduğu gibi, *bir tedavide başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleşeceğinin önceden yükümlenilebilmesine elverişli değildir.*”³⁰⁵

Hekimlik faaliyeti açısından, sadece estetik ameliyatlar, diş ve protez için sonucun garanti edilebileceğini kabul eden görüş ve kararlar³⁰⁶ mevcut ise de,

³⁰² Bkz. **Donay**, Süheyl: “*Doktorun Hukuki Sorumluluğu*” İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, 1968, s. 45

³⁰³ **Yarg.**13.HD., T. 09.04.2003, E.2003/711, K.2003/4255 www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:13.07.2007).; **Yarg.**13.HD., T.12.6.2006, E.6704, K.9459.; **Yarg.**13.HD., T.21.12.2006, E.13122, K.16638.; **Yarg.**13.HD., T.21.5.2007, E.2531, K.7045. Bkz. **Özkan / (Öner) Akyıldız**, s. 328 vd.

³⁰⁴ “*Böyle bir durumda, aslî edimin konusu değişmeyecek ama garanti edilen sonucun gerçekleşmemiş olması, kusurdan bağımsız ve parasal olarak tazmin borcu doğuracaktır.....Sonuç olarak hekimlik sözleşmesi de dahil olmak üzere tüm adı vekâlet sözleşmesi görünümüleri için sonuç garantisi her zaman için mümkündür*”. **Gümüş**, s.151-153.; Aynı doğrultu da bkz. **Akıncı**, s. 9.

³⁰⁵ **Tandoğan**, (borçlar) s. 21.

³⁰⁶ Hekimlik Sözleşmesinin İstisna (Eser) Sözleşmesi Olduğu Yönündeki Görüşler için bkz. § 7. IV. B.

kanaatimizce bu elverişsizlik, diş için dolgu veya diğer protez yapımlarında ya da estetik ameliyatlarında da devam eder. Bu tıbbi müdahalelerin hepsinde amaç, fiziki ve /veya ruhsal tedavidir. Örneğin, bir diş protezi için en iyi malzeme kullanılmış, kusursuz bir protez yapılmış olsa bile hastaya uygulanmasında öngörülemeyen nedenlerle – çene yapısı, doku uyumsuzluğu, ...vb.- iyi sonuç alınamamış ve hasta bu açıdan tedavi edilememiş olabilir. Hatta ve hatta, bu güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde de böyledir; belirli bir burun modeli kararlaştırılmış ya da göğüs protezi için belli bir beden taahhüt edilmiş olduğunda bile, hastanın fizyolojik yapısı nedeni ile istenen sonuca ulaşılamayabilir.

Bir başka düalist görüş ise, hekimin bazı müdahaleler için sonucu garanti edebileceği, bazıları için ise edemeyeceği yönündedir. Bu görüş taraftarları, tedavisi tesadüfî ve hastanın bünyesine bağlı görünen kimi rahatsızlıkların günümüz ilerleyen tıp ve tedavi yöntemleri, teknik araç ve gereçler sayesinde basit birer operasyon haline geldiği şeklinde gerekçesini benimsemekte ve bu alanda, sonucun garanti edilebileceğini savunmaktadır³⁰⁷. Kanaatimizce, tıbbi müdahaleleri bu şekilde ayırmak ancak, kağıt üzerinde mümkün olabilir. Sonuçta, tıp ne kadar ilerlemiş olursa olsun, kullanılan aletler ve teknoloji ne kadar ileri olursa olsun, tıbbın faaliyet alanı insan gibi, halen birçok bilinmeyeninin olduğu, kontrol edilmesi ve öngörülmesi mümkün olmayan bir varlığı konu edindiğinden, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, dün tıbben varlığı kabul edilen birçok tanı, hastalık, tedavi yönteminin bugün için yapılan yorumu ya da izlenen yöntemleri çok farklı olabilmektedir.

³⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özay**, s. 47 vd.

D.TARAFLARIN ANLAŞMASI

Hekimlik sözleşmesinin kurulması, sözleşmelerin kurulması ile ilgili genel hükümlere tâbidir. BK. m.1 de düzenlenen *karşılıklı ve birbirine uygun* irade beyanları, rızaî bir sözleşme olan hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesi için de yeterli ve gereklidir. Bu noktada, hastanın gerek sözleşme kurma teklifinde bulunurken, gerekse hekimin sözleşme önerisini kabul ederken, özgür ve sağlıklı olarak işlem iradesini bildirmesi önemlidir. Bunun anlamı, sözleşme iradesinin geçerli olabilmesi için hastanın işlem iradesinin hata, hile, tehdit gibi bir nedenle sakatlanmamış ya da edim-karşı edim arasında açık oransızlık sonucunu yaratan, gabin durumunda açığa vurulmamış olmaması gerekir³⁰⁸.

Bir vekâlet sözleşmesini yapmak konusunda taraflar için bir zorunluluk olmadığı gibi, kural olarak, böyle bir sözleşme için yapılan icabı olumlu veya olumsuz yönde cevaplandırma zorunluluğu da yoktur³⁰⁹. Bu durumda, sağlığı ile ilgili problem yaşayan kişi (hasta) bir hekime başvurarak tedavi talebinde bulunur; icap niteliğindeki bu talebi Devletin denetiminde ruhsata, izne bağlı çalışan hekim derhal reddetmez ise tedavi etmeyi zımnen üstlenmiş³¹⁰ ve hizmet vermeyi kabul etmiş sayılır³¹¹. Hukuken, zımnî kabul olarak ifade edilen bu durum, BK. m.6 da

³⁰⁸ **Demir**, (kurultay) s. 155.

³⁰⁹ **Tandoğan**, (borçlar) s. 387.

³¹⁰ Serbest çalışan hekim, bir muayenehane açarak kendisine başvuracak olan hastalara hizmet vereceğini ilan etmiş olmaktadır. Hekimin bu davranışı hukuken *icaba davet* niteliğindedir. Kendisine danışmak / tedavi olmak için başvuran hasta ise hukuken bir *icapta* bulunmaktadır. Bu durumda, muhtemel bir hekimlik sözleşmesi hekimin muayene açması ile gerçekleşen icaba davet, hastanın başvurusu ile oluşan icap ve hekimin tedaviyi kabul etmesi ile kurulmuş olur. Bkz. **Ayan**, s.56.; **Şenocak**, s.34.; **Ott**, s. 25.

³¹¹ “BK. m.387 yalnız hukukî işlemlere ilişkin vekâletler için değil maddî eylemlere ilişkin vekâletler için de geçerlidir; örneğin bir hekimle bir hastalığın tedavisi için yapılacak vekâlet sözleşmesi için BK. m. 387’de zımnî kabul hakkında konulmuş olan ilke uygulanmalıdır.” **Tandoğan**, (borçlar) s.389.

yapılan genel düzenleme dışında, vekâlet sözleşmesi için ayrıca BK. m.387 hükmü ile de düzenlenmiştir³¹².

Hekimlik sözleşmesi, hekimin mesleki yeteneklerinin, beceri, bilgi, tecrübe ve dürüst karakteri gibi özelliklerinin esas alındığı, bu nedenle de güven unsurunun diğer sözleşmelere nazaran çok daha belirgin olduğu bir sözleşmedir. Dolayısıyla, hastanın hekimini, ama aynı zamanda, hekimin de hastasını seçme özgürlüğü³¹³ vardır. Acil vakalar hariç olmak üzere³¹⁴, TDN yapılan düzenlemeler, hem hekim için hastasını³¹⁵, hem de hasta için hekimini³¹⁶ seçme özgürlüğünü, ayrı ayrı düzenlemiştir.

E. ÜCRET

Vekilin gördüğü iş ya da ifa ettiği hizmet karşılığında bir ücret³¹⁷ talep etmesi, sözleşmenin zorunlu ve kanunî unsurları arasında yer almamakla birlikte³¹⁸, BK

³¹² BK m.387 de yer alan vekâlet sözleşmesinin “teşekkülü” başlıklı hükmünde “*Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmî bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilân etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhal reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.*” düzenlemesini yapmıştır.

³¹³ Hukuk sistemimizde, irade özgürlüğünün doğal sonuçlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi hem Anayasamızın 48/I maddesinde, hem de Borçlar Kanunumuzun 19 ve 20 inci maddelerinde teminat altına alınmıştır. Sözleşme özgürlüğü (sözleşme serbestisi) kendi için de dört ana türe ayrılır: bunlar *herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma* serbestisidir. **Eren**, s.19.; **Kılıçoğlu**, s.52 vd.; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s.19.; **Uygur**, Cilt: I, s.945.; Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Ateş**, s.31 vd.

³¹⁴ TDN. m. 3: “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.*”

³¹⁵ TDN. m.18: “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmî ve insanî vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*”

³¹⁶ TDN. m.5: “*Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta, tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer.*”

³¹⁷ **Demir**, ücret yerine “bedel” ifadesini kullanmakta ve hastanın ödeyeceği bedelin belirli ya da belirlenebilir olmasını, hekimlik sözleşmesinin unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Bkz. **Demir**, (AÜHFD) s. 235.; Vekalet sözleşmesinde, ücret dışında başkaca bir maddi veya hizmet ediminin ücret olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu ile ilgili olarak bkz. **Yalçınduran**, Türker: Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 113.

m.386/III de yapılan düzenleme ile ücretin taraflarca açıkça kararlaştırılması ya da ücret verilmesi yolunda hakkında teamül bulunan hallerde vekâlet sözleşmesinde de ücrete yer verilebilmektedir. Ücret karşılığında iş görmenin teamülden olduğu hallere hekimlerin, mimarların, özel öğretmenlerin, bankaların hizmetleri örnek olarak gösterilebilir³¹⁹. Kaldı ki, söz konusu alanlarda taraflar ücret konusunda herhangi bir anlaşma yapmasalar bile, bir ücretli vekâlet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir³²⁰.

Kaldı ki, vekilin ücret isteme hakkının kanunen düzenlendiği ve vekalet sözleşmesinin ücretli olduğunun karine olarak kabul edildiği hallerde vardır³²¹. Nitekim, hekimin de tıbbî faaliyetleri karşılığında ücret alacağına ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. TDN. m. 33 hükmü, hekimlik sözleşmesi ile ilgili açık bir düzenleme getirmiştir; *“Her çeşit cerrahî müdahale, doğum, fizikoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir.”*³²²

³¹⁸ **Yalçınduran**, (ücret) s. 107; **Akıpek**, s. 39.; **Tandoğan**, (borçlar) s. 364.

³¹⁹ **Tandoğan**, (borçlar) s. 366.; **Aral**, s. 396.; **Gümüş**, s. 40, dipnot:156.

³²⁰ Vekâlet ücreti verilmesi kararlaştırılmış, ama, miktarı tespit edilmemişse veya taraflar arasında sonradan anlaşmazlık çıkarsa, hakim yapılan işin ekonomik önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, yüklenilen sorumluluğu –örneğin bir hekimin yapacağı ameliyatın ağırlık ve risk ölçüsünü – harcanan emeği ve zamanı, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmedecektir.....Teamülün tespitinde meslekî kuruluşların hazırladıkları asgarî ücret tarifeleri göz önünde tutulabilir. Bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.367-368.; **Gümüş**, s. 40 vd.; **Akıpek**, s. 41.

³²¹ **Yalçınduran**, (ücret) s. 107.; Vasiyeti yerine getirme görevlisi: TMK. m.550/IV.; Noterler: Noterlik Kanunu m.112 vd.; Avukatlar:1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.163 ve m.164.; Avukatlık ücretinin belirlenmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Günergök**, s. 128 vd.

³²² TDN. hükümleri arasında yer alan bir başka düzenleme ise m.34 de şu şekilde yapılmıştır: *“Götürü ücret alınması caiz olan hallerde, tedavi tamamlanmadan herhangi bir sebeple bırakılırsa, müdavi tabip o zamana kadar sarfettiği mesai ile masraflarına tekabül eden ücreti alır ve peşin ücret almış ise bakiyesini iade eder.”* Bir diğer düzenleme ise, m.35 de acil müdahaleler için yapılmıştır: *“Acil vakalarda müdahale eden tabip veya diş tabibi, bu müdahaleden dolayı, ücretini sonradan isteyebilir.”*

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (SHTK)³²³, sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları belirlerken ücretle ilgili olarak m.3/c de yaptığı düzenlemede şu ifadeye yer vermiştir: “.....Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık Bakanlığınca tespit ve ilan edilir.”

Serbest çalışan hekimlerin alacakları asgari ücret ise Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenmektedir³²⁴.

IV. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLER

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda, doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür.

³²³ Kanun No:3359, Kabul Tarihi:7.5.1987, Yayımlandığı R.G.: 15.5.1987 -19461

³²⁴ Türk Tabipleri Birliği “Asgari Ücret Tarifesi” adı altında bir kitapçık yayımlayarak kendi muayenehanelerinde serbest çalışan tüm hekimlere dağıtır. Bu kitapçık içinde genel ilkesel düzenlemeler, muayene ve ayrı ayrı tüm tıbbi müdahaleler tek tek birimlendirilmiştir. Örneğin, Normal iş günlerinde muayenede yapılan muayene 25 birim, hastanın bulunduğu yerde muayene ise 45 birim; Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Bölümü: Kalp hızı, solunum hızı, tansiyon arteriyel takibi (monitorizasyon) 30 birim; Toraks tüpü takılması (yenidoğan) 200 birim; Genel Cerrahi: Lenf bezi biyopsisi 150 birim; Radyofrekans 200 birim; Kalp ve Damar Cerrahisi: Ven grefti ile damar onarımı, intratorasik, by-pass ile 1480 birim, Transluminal anjioplasti 500 birim; Kulak Burun Boğaz Hastalıkları: Tonsillektomi (bağdemcik ameliyatı) 250 birim, Timpanoplasti 700 birim, Koklear implant yerleştirilmesi (biyonik kulak ameliyatı) 1100 birim; Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi: Burun rekonstrüksiyonu, 600 birim, ...vb. Türk Tabipler Birliği her yıl (ya da enflasyonun durumuna göre yılda iki kez) bu birimler ile çarpılacak olan “katsayı”yı bildirir. (Bu bilginin çalışmamıza eklendiği Nisan 2008 itibarıyla söz konusu katsayı 2,6 idi.) Hekimler yapacakları - muayene, teşhis, her tür tıbbi müdahale vb.- uygulamanın birimlerini, o döneme ait katsayı ile çarparak asgari ücreti belirlerler. Belirlenen bu ücretin üzerinde bir ücret talep edilebilecekken, bu ücretin altında kalan bir ücret alamazlar. Bu uygulama, özel hastanelerdeki hekimlik hizmetleri içinde geçerlidir.

A. HİZMET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Borçlar Kanunu'muzun 313.maddesinde "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.*" şeklinde tanımlanan hizmet sözleşmesinin unsurları edim (iş), ücret ve bağımlılıktır³²⁵. İşçi, iş görme edimini bir ücret karşılığında yerine getirir, yani sözleşme ivazlı bir iş görme sözleşmesidir³²⁶. Diğer yandan hizmet sözleşmesinde, işçinin, belli olan ya da olmayan bir süre için ve işverene *bağımlılık* ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaat etmesi söz konusudur³²⁷. Tüm unsurları ile birlikte, hizmet sözleşmesi "... bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin emrinde bulundurmaya, iş sahibinin de ona bir ücret vermeyi üstüne almasıdır." şeklinde de tanımlanmıştır³²⁸. Bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına karar verebilmek için göz önünde tutulması gereken bu üç unsurun yanı sıra Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği gibi³²⁹, çalışmanın işverene ait işyerinde ve onun sağladığı araçlarla yapılıp yapılmadığı da belirlenmelidir³³⁰.

³²⁵ **Zevkliler**, s. 312. ; **Yavuz**, s.240 vd.

³²⁶ Hizmet, İstisna, (Neşir) Yayın ve Vekâlet Sözleşmeleri Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş olan iş görme borcu doğuran sözleşmelerdir. Aralarında büyük benzerlikler olan bu sözleşmeleri birbirinden ayırmak zaman zaman büyük güçlükler gösterebilir. Bu tür durumlarda BK m. 386 / II hükmü "*Diğer akitler hakkındaki, kanunî hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur*" önemli bir işleve sahiptir.

³²⁷ **Zevkliler**, 312 ; **Yavuz**, s.241.

³²⁸ **Esener**, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978, s. 126.; Yargıtay da hizmet akdinin unsurlarının *ücret, edim ve bağımlılık* olduğunu çeşitli kararlarında belirtmiştir: **Yarg.** 9.HD., 18.2.1985 T., E.3, K.1872, **Uygur**, Cilt:VI., s.7218.

³²⁹ Yargıtay kararında şöyle denmektedir: "*Aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesine mi, yoksa vekâlet sözleşmesine mi dayandığı sorusunun çözümünde, iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip, yapılacak işin zamanla mı, yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığının da göz önüne alınması gerekir. Şayet sayı ile bir sınırlandırma var ise vekâlet ilişkisine dayanıldığı, aksi halde hizmet sözleşmesi söz konusudur*". **Yarg.** 9.HD., 20.6.1996 T. E. 3092, K.14111., **Uygur**, Cilt:6, S.7221.

³³⁰ **Akipek**, s. 51.

Doktrinde, bu görüşü kabul edenlerden *Donay*, şu ifadeleri ile hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir³³¹:

“....Doktorun, hastasına bir hizmet gördüğü gerçektir. Ancak bu hizmet bedeni olmayıp, ilmi ve fikridir. Doktor, tıp ilminin verilerine uyarak hastasını ihtimamla tedaviye çalışır. Hasta da, buna karşılık bir ücret öder. Bir ücret karşılığı hastasına hizmet gören doktor, eğer muayyen veya gayri muayyen bir zaman için bu hizmeti görüyorsa, hizmet sözleşmesinin mevcudiyetini kabul etmek zaruridir. Bu bakımdan biz de, bir aile doktorunun anlaşmasını hizmet sözleşmesi olarak nitelendiriyoruz. Aynı şekilde belirli zamanlarda, bir ücret karşılığında hastasını muayene etmeyi üzerine alan doktorun yaptığı sözleşme de bir hizmet sözleşmesidir.”

Reisoğlu da, genellikle hizmet akitlerinin hekimler ve hastalar arasında değil, hekimler ile sağlık kurumları veya çeşitli işletmeler arasında söz konusu olduğunu belirttikten sonra, aile hekimliğini -hekim ve hasta arasındaki ilişkinin belirli bir süre devam etmesi nedeni ile- hizmet akdi olarak kabul etmiştir³³². Kanaatimizce, *Donay* ve *Reisoğlu*’nun burada aile hekimliği olarak nitelendirdiği hekimlik, bir hekimin bir ailenin bireylerine uzun süre hizmet verdiği bir ilişkidir. Aile hekimi, bir ailenin belli ya da belirsiz bir zaman süreci içinde ortaya çıkabilecek sağlık problemleriyle ilgilenme işini üzerine alsa da, bu ilişki de doktrin³³³ ve Yargıtay’ın³³⁴ anladığı anlamda, bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır.

³³¹ **Donay**, (doktorun) s.44 vd.

³³² **Reisoğlu**, s.12.

³³³ **Tandoğan**, (borçlar) 36 vd.; **Yavuz**, s.241.

³³⁴ Hizmet akdindeki, nezaret, denetim ve gözetim sıkı, kesif bir mahiyet arz eder. Yargıtay’ın 1974 yılında vermiş olduğu kararında da belirtildiği gibi buradaki bağımlılık “.... her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bağımlılıktır”. **Yarg.** 10.HD., T.01.07.1974, E.1974/3612, K. 1974/4738., **Uygur**, Cilt: VI., s. 7237.

Aile Hekimliği, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun da şu şekilde tanımlanmıştır; “*Aile hekimi; kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir*”³³⁵. Bu durumda, hekim ve hasta arasında değil, ancak, hekim ile Sağlık Bakanlığı arasında yapılan sözleşmenin³³⁶ bir hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığından bahsedilebilir.

Hizmet sözleşmesinin unsurlarını, hekim ile hasta ilişkisi açısından değerlendirdiğimizde, öncelikle hekimin işçi sıfatıyla, işverene, yani hastaya, bağlı ve onun direktifi altında çalışmadığını görmekteyiz. Aksine, hekimlik sözleşmesi açısından hekimin hastaya değil, bir anlamda hastanın hekime bağlılığından söz edilebilir³³⁷. Hastanın bu sözleşme kapsamında amacına ulaşması – iyileşmesi, tedavinin başarılı olması, ızdırabının dinmesi vb.- bir yandan hekimin uygulayacağı doğru tedavi yöntemine, diğer yandan da hekimin kendisine vereceği tıbbi direktiflere –ilaçların düzenli kullanılması, beslenme düzeni, fiziksel egzersiz vb.- uymasına bağlıdır. Nitekim, TDN. de, hekim ve hasta ilişkisinde, emir ya da talimat

³³⁵ Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun No:5258, Kabul Tarihi: 21.11.2004, RG. Sayı: 25665, Yayın Tarihi: 09.12.2004.

³³⁶ Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun’un 3. maddesi personelin statüsü ve malî haklarını şu şekilde düzenlemektedir; “*Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir.*”

³³⁷ Akartepe, s. 16.

verme gibi bir bağımlılık unsurunun bulunmadığına dikkat çeken bir düzenleme yapmıştır³³⁸.

Hekim – hasta ilişkisi içinde, hekimin belirli ya da belirsiz bir süre ile bağlı olmasının söz konusu olmadığını da görmekteyiz. Hekimin çalışmaları belli bir sonuca –ama garanti edilmeksizin- yönelmiştir ve bu sonuç için süre unsuru değil, tedavi önemlidir³³⁹. Bu gerekçelerle, doktrinde, hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü çoğunluktadır³⁴⁰.

B. İSTİSNA (ESER) SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Borçlar Kanunu'muzun 355. maddesinde *“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf, diğer tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”* şeklinde tanımlanan³⁴¹ istisna sözleşmesinin unsurları temel olarak tarafların bir işin görülmesi karşılığında bir ücretin ödenmesi üzerine anlaşmış olmalarıdır³⁴². İstisna akdi, bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte bu sözleşme de önemli olan, çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif

³³⁸ TDN m.6 *“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”*

³³⁹ Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 19.

³⁴⁰ Belgesay, s. 76.; Ayan, s. 54.; Şenocak, Zariye: Türk Özel Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 19 vd.; Aşçıoğlu, s. 19.; İpekyüz Yavuz, s. 57.

³⁴¹ Tanımda yer alan “şey” ifadesinin “eser” olarak, “imal” ifadesinin ise onarılma ya da değişiklik yapılmasını da kapsayacak şekilde “meydana getirme” veya “ortaya koyma” şeklinde anlaşılması gerektiği, bugün doktrinde ve uygulama da baskın görüştür. Bkz. Tandoğan, (borçlar) s. 22 vd.; Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006, s. 315 vd.; Yavuz, s.277.; Zevkliler, s.325 vd.; Yalçınduran, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.44 vd.

³⁴² Zevkliler, s. 325 vd.

olarak gözlenebilen – maddi ya da maddi olmayan³⁴³ - sonuçtur³⁴⁴. İstisna sözleşmesinde, müteahhidin eser meydana getirme borcu, vekâlet sözleşmesinde vekilin, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borçlarının aksine, bir edim fiili değil bir *edim sonucudur* ki, taahhüt edilen sonuç yerine gelmeden ve alacaklının ifaya olan menfaati karşılanmadan, edim yerine getirilmiş olmaz³⁴⁵.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi, istisna sözleşmesi olarak değerlendirmek, sonucun mutlaka elde edilmesi kriteri açısından mümkün görünmemektedir. Zira hekim, hiçbir durumda yapacağı tıbbi müdahalenin başarı ile sonuçlanacağı garantisini veremez; sonucun gerçekleşmemesi rizikosunu üstlenemez. Hekim, bilimsel kurallara uygun olarak tanı koyar ve gereken tedaviyi, tıbbi standartlara göre uygular; gerekli dikkat ve özeni gösterdiği sürece, tedavinin mutlak olarak iyileştirmeye sonuçlanmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz³⁴⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki, konusu iş görme olan sözleşmelerin aralarında çok büyük benzerlikler olması, bu sözleşmelerin birbirinden ayırt edilebilmelerini doktrin ve uygulama açısından oldukça zorlaştırmaktadır. Bu zorluk, Türk hukuku açısından çoğunluğun, vekâlet sözleşmesi niteliğinde gördüğü hekimlik sözleşmesi

³⁴³ Ancak, maddi olmayan işgörme sonuçlarının istisna sözleşmesine konu olması görüşüne iki açıdan sınırlama getirilmektedir; a) Maddi olmayan bir sonuç ancak, niteliği icabı bir iş görme sonucu olarak taahhüt edilebildikleri ölçüde istisna sözleşmesine konu olabilirler. Örneğin, öğretim, dava ve tedavide belirli başarılı bir sonuç, niteliği gereği taahhüt edenin gücü dışında kalan ve tartışılmayan faktörlere bağlıdır. b) İstisna sözleşmesinde ait bazı kurallar, örneğin teslim ve muayeneye ilişkin olanlar, eserin belirli ölçüde maddi bir şekil almasını gerektirir. **Aral**, s.320-321.

³⁴⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s.1.; **Aral**, s. 317 vd.; **Yavuz**, s.277.; İstisna sözleşmesinin konusuna örnek olarak: bir bina yapımı, ölçü üzerine elbise dikimi, ayakkabı veya saat tamiri, bir metnin tercümesinin yapılması, özel bir ihtiyaç için bilgisayar programı hazırlanması, fotoğraf ya da film çekimi, bir otomobil tamiri, radyo ve televizyon reklamları, gazeteye ilan verilmesi, mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir gazonada şarkı söylenmesinin taahhüt edilmesi, sinemada film gösterilmesi vb. verilebilir.

³⁴⁵ **Tandoğan**, (borçlar) s. 17.; **Reisoğlu**, s. 12.; **Akipek**, s. 51 vd.

³⁴⁶ **Ayan**, s. 64.

açısından da vardır ki, bazı durumlarda istisna sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tartışılmaktadır³⁴⁷.

İstisna akdi olduğu kabul edilen bazı durumlar, örneğin, diş hekimleri tarafından tedavi amacı dışında köprü, dolgu gibi protez yapımının borçlanıldığı sözleşmeler ve ortopedistler tarafından takma kol ve bacak yapımının borçlanıldığı sözleşmeler³⁴⁸ ve yine tedavi amacı bulunmadan yapılan estetik cerrahi müdahaleler³⁴⁹ de hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin istisna akdi olduğu şeklindeki görüş hakim görülmektedir³⁵⁰. Ancak, bu görüş de, çeşitli yönleriyle eleştiriye açıktır. Şöyle ki: söz konusu işlem ve eylemlerde de *tedavi amacının ağır bastığı*, hedefin yine kişiye sağlık kazandırmak olduğu hallerden bahsedilebilir³⁵¹. Diğer taraftan da, bir tedavide başarılı bir sonuca erişilmesi, işin mahiyeti gereği³⁵²

³⁴⁷ Bu tür bir tartışma avukatlık sözleşmesi açısından da yapılmaktadır. Örneğin serbest çalışan avukatın müvekkili için, bir mütalaa hazırlaması ya da bir sözleşme kaleme alması gibi belirli bir faaliyeti açısından eser sözleşmesi görüşü de savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Günergök**, s. 23 vd.

³⁴⁸ **Ayan**, s.55.; **Akinci**, (biyolojik madde nakli) s. 85.

³⁴⁹ **Özay**, s. 49.; **Sunay**, Özgür / **Kızılkaya**, Ali / **Mola**, Fahri / **Barutçu**, Ali / **Çalış Kızılkaya** Emine / **Gündüz İlknur**: “*Estetik Cerrahin Hukukî Sorumluluğu*” Türk Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Dergisi, 2005, Cilt: 13, Sayı:1, s.36.; **Reisoğlu**, s. 12.; **Ayan**, s. 55.; **Donay**, (doktorun) s. 45.; **Belgesay**, s. 77.; **İpekyüz Yavuz**, s. 64.

³⁵⁰ Estetik ameliyat ve diş protezi yapılması gibi durumlarda, hekimin belli bir sonucu gerçekleştirmeyi üstlendiği gerekçesi ile vekalet sözleşmesi değil, istisna sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir şeklindeki görüş ve ayrıntılar için bkz. **Erman**, Hasan: “*Hekimin Hukukî Sorumluluğu*”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998. Ayrıca bkz. **Yarg.**15.HD. 20.12.1977, 1167/2307.; “*Diş protezi yapılması bir eser (istisna) sözleşmesidir.*” demektedir. **Yarg.**15.HD. 20.12.1977, 1167/2307.

³⁵¹ **Tandoğan**, (borçlar). 21.; **Aşçıoğlu**, s. 20.; Örneğin, diş hekiminin tedaviyle birlikte protez yapımını da borçlandığı bir sözleşme de, asıl edim eserin yani protezin yapılması değil, hastalığın tedavi edilmesidir. Protez başlı başına bir amaç olmayıp, iyileşmeyi sağlayabilmek için bir araçtır. Bu nedenle, vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması doğru olacaktır. Bkz. **Ayan**, s. 52.

³⁵² “*Hekimlik faaliyeti, objektif olarak mahiyeti bakımından taahhüd edilmeye elverişli değildir; ayrıca bu müdahaleler istisna akdinin, teslim ve muayeneye gibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına da elverişli değildir*” **Şenocak**, (hekim) 24.; “*...kişilik haklarının konusunu oluşturan kişisel değerler ve özellikle kişinin vücut bütünlüğü eser sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Öte yandan estetik amaçların nihai sonuçları da kişinin psikolojik sağlığını düzeltmekle ilgili olduğuna göre güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatların da vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır.*” **Gümüş**, s. 221 (910 no.lu dipnot). Ancak, bir berberin saç sakal kesmesi, saç yapma veya boyama, manikür, pedikür yapımı gibi insan vücudu üzerinde icra edilen faaliyetleri gerektirmekle beraber, hayatî önemi bulunmayan ve vücudun dış kısmında

tartılamayan; yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan³⁵³, gerçekleştirilmesinin önceden yüklenilebilmesi mümkün olmadığı³⁵⁴ gibi, bunun hekimden beklenmesi de adeta mucizenin borçlanması anlamına gelir.

Yargıtay, hekim ve hasta arasındaki ilişkiyi sonucun taahhüt edilip edilmemesinin yanı sıra, tıbbi müdahalenin vasfına göre bir çok kararında vekalet sözleşmesi olarak değerlendirirken³⁵⁵ bazı kararlarında “estetik burun ameliyatını”³⁵⁶, “estetik amaçlı dövme silmeyi”³⁵⁷, “diş protezi yapılmasını”³⁵⁸,

sınırlı bir sonuç doğuran bu gibi faaliyetlerin, eser meydana getirme kapsamında değerlendirilerek istisna sözleşmesine konu teşkil ettiği kabul edilmektedir. **Tandoğan**, (borçlar) s. 41.; **Aral**, s.322.

³⁵³ “Çünkü hekim ile hasta arasındaki ilişkide, hekimin istenilen sonuca ulaşması, onun bütün yükümlülüklerini yerine getirmiş olması halinde dahi mümkün olmayabilir. Bunun sebebi ise hastanın durumunun ve hastalığın niteliğinin istenilen sonuca ulaşılmasını etkileyen faktörler olmasıdır. Dolayısıyla, hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkiye, eser sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir.” Bkz. **Akartepe**, s.17 vd.

³⁵⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 101.

³⁵⁵ Örneğin, 1964 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda, “..Hekimin hastanın beynindeki tümörü başarılı biçimde almayı taahhüt etmesine rağmen, anılan işlemin eser meydana getirmek veya bir şey yapmak veya mevcut bir şeyin parçasını yapmak, takmak veya tamir etmek niteliğinde olmaması sebebiyle davalı hekimin ameliyat neticesini taahhüt etmesinin dahi durumu değiştirmeyeceğini, olayın 386.maddenin ikinci fıkrası gereği vekâlet niteliğinde olduğunun kabulünün gerektiğini..” belirtmiştir. **Yarg.** HGK. T.06.07.1964, E. 1964/37, K. 1964/40.; Yargıtay yeni tarihli kararlarında da, dava temelini genel olarak vekalet sözleşmesine dayandırmaktadır. Örneğin: “hatalı by-pass ameliyatı ve kalpte sargı bezi unutulması” **Yarg.** 13.HD. T.12.6.2006, E.6704, K.9459.; “hatalı tedavi nedeniyle felç olma” **Yarg.** 13.HD. T.6.7.2006, E.5554, K.11186.; “hamilelik takibinin özensiz yapılması ve bebeğin doğumdan sonra ölmesi” **Yarg.** 13.HD. T.7.7.2006, E.6143, K.11224.; “hatalı ameliyat nedeniyle bitkisel hayata neden olmak” **Yarg.** 13.HD. T.19.4.2007, E.15155, K.5635.; “hastaya uygun olmayan şartlarda müdahale ve yeterli özenin gösterilmemesi” **Yarg.** 13.HD. T.21.5.2007, E.2531, K.7045.; Diğer kararlar ve ayrıntıları için bkz. **Özkan**, Hasan / **Öner Akyıldız**, Sunay: Açıklamalı – İçtihatlı Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008, s. 328-352 vd.

³⁵⁶ “Estetik ameliyatlarda ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir”. **Yarg.** 13.HD., T.05.04.1993, E.1993/131, K.1993/2741, **Uygur**, Cilt: VII, s. 7630-76.

³⁵⁷ “Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır.” **Yarg.** 15.HD., T.03.11.1999, E.1999/4007, K.1999/3868, **Uygur**, Cilt: VII, s.7629.

³⁵⁸ “Davacı, ...diş hekimi davalının yapımını yüklediği üst ve alt çene diş protezinin kullanılamayacak derecede ayıplı olduğunu..... belirtilen miktarlardaki maddi ve manevi tazminatların ve ödenen iş bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, Borçlar Yasasının 355.maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir “eser” sözleşmesidir.” **Yarg.** 15.HD. T.14.2.2005, E.2004/3331, K.2005/698. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:24.04.2006)

“sonucu garanti edilen estetik ameliyatı”³⁵⁹ istisna sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu görüşüne varmıştır.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin BK. düzenlenen eser (istisna) sözleşmesi hükümlerine tabi olacağının kabul edilmesinin pratikteki sonuçları ise şu şekilde sıralanabilir:

- Hekim bir müteahhit (yüklenici) gibi sorumlu olacaktır. Böylece hekimin de, müteahhidin eser meydana getirme borcu çerçevesinde şahsen ifa veya kendi yönetimi altında yaptırma (BK. m. 356/II), araç, gereç ve malzemeleri sağlama (BK. m.356/III ve m.357) borçları³⁶⁰ bulunmaktadır³⁶¹.
- Hekimin taahhüt ettiği sonuç ne ise, bu sonuç elde edilmeden borç ifa edilmiş olmayacaktır.
- Hekimin, BK. m.359-363 arasında düzenlenmiş olan ayıba karşı tekeffül borcu da doğacaktır³⁶². Bu bağlamda hasta, BK. m.360 da öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, tazminat talebinden başka, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi ve eserin tamiri gibi bir takım seçimlik haklara sahip olacaktır³⁶³.

³⁵⁹ “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmanın giderilmesi öngörülmüştür. Burada, sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde, taraflar arasındaki ilişki BK.355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir...” **Yarg.**15.HD., T. 8.6.2006, E.2005/7988, K.2006/3417, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.01.2009)

³⁶⁰ Bu durumda, hekimin özen borcu genişlemiş, müteahhidin özen borcunun kapsamının vekile nazaran geniş düzenlenmiş olması nedeni ile de sorumluluğu ağırlaştırılmış olacaktır. **Özay**, s.49.

³⁶¹ **Aral**, s. 325.; **Yavuz**, s. 287-293.

³⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak**, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

³⁶³ **Aral**, s. 358.; “Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olması halinde bu ayıplar kabule engel değil ise; iş sahibi ayıpların aynen giderilmesini veya giderilmesi için gerekli bedelin tahsilini ya da iş bedelinden bu miktarın indirilmesini; ayıplar eserin kabulüne engel derecede ise, eseri iade ve ödediği bedelin geri verilmesini ve koşulları oluşmuş ise diğer zararlarını talep edebilir (BK.m.360). Öte yandan, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesi de zorunludur. Çünkü eser bedelini aşan onarım giderini yüklenici reddedebilir. Bu halde, Medeni Yasanın 2.maddesinde öngörüldüğü üzere, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibi ya da ücretten indirim yapılmasını veya sözleşmenin feshini isteyebilir. Bilirkişi kuruluna işin ayıp derecesinin de tespiti

C. KENDİNE ÖZGÜ YAPISI OLAN SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, unsurlarının kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiç birinde kısmen ya da tamamen mevcut olmadığı sözleşmelerdir³⁶⁴.

Fazla taraftar bulmamakla beraber, hekimlik sözleşmesinin, BK da düzenlenen herhangi bir akit tipine dahil edilemeyeceği çünkü kendine özgü bir yapısı olan bir sözleşme olduğu şu gerekçeler ile savunulmuştur: *“Hekim ile hasta arasındaki ilişki diğer hiçbir sözleşmede olmayan özellikler taşımaktadır ki, taraflar arasında sadece bireysel çıkara dayalı edim mübadelesi yerine, yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat unsurlarının ağır bastığı bir ilişki söz konusudur. Taraflardan biri güç ve otorite sahibi bir uzman iken, diğer taraf yani hasta zayıf ve bilgisiz bir konumdadır”*³⁶⁵. Bu görüşe göre, hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme, insanın en özel ve derin alanına giren insani boyutu ile BK da düzenlenen diğer sözleşme tiplerine hiç de benzemeyen bir durumdur³⁶⁶. Bu nedenle, böyle bir ilişkide

mahkemece yaptırılmalıdır.” Yarg. 15.HD., T.14.02.2005, E.2004/3331, K.2005/698. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 24.04.2006)

³⁶⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 12 vd.; **Aral**, s.52.; **Yavuz**, s. 12 vd. Sınırlı sayıda olmamakla beraber, Sulh Sözleşmesi, Bilirkişi ve Hakem Sözleşmesi, Tek Satıcılık Sözleşmesi (Bkz. **İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989), Garanti Sözleşmesi, Genel Alacak Tahsili Sözleşmesi (Factoring), Garanti Sözleşmesi, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi, Kredi Açma Sözleşmesi, Çek Sözleşmesi, Teminat için Bırakma Sözleşmesi, Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi, Küçük Kasa Kirası Sözleşmesi, Yönetim (Management) Sözleşmesi, Gezi Sözleşmesi (Bkz. **Özdemir Oktay**, Saibe: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997) kendine özgü yapısı olan sözleşmelere örnek olarak verilebilir.

³⁶⁵ **Atabek**, Reşat / **Sezen**, Merih: Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXVIII, İstanbul 1954, s. 144 vd.

³⁶⁶ **Donay**, Sühely, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 44.; **Er**, s. 49.; Benzer bir yaklaşım, genellikle vekalet görünümünde olduğu kabul edilen avukatlık sözleşmesi içinde mevcuttur: *“Avukatlık Yasası ve meslek kuralları gibi yazılı düzenlemelerin yanı sıra meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, mesleki düzen ve geleneklerle oluşan avukat ile iş sahibi arasındaki “avukatlık ilişkisi” kendine özgü karakteri olan bir ilişkidir....Bu nedenle “sui generis” bir sözleşmedir. Bkz. Güner, Semih: “Avukatlık Sözleşmesi”, Av.Dr.Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 316.*

çıkabilecek uyuşmazlıklar için BK. genel hükümlerine başvurulması gerektiği savunulmuştur³⁶⁷.

Hekimlik sözleşmesinin, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu kabul edildiğinde, sözleşmeye uygulanacak olan hükümler üç farklı yoldan tespit edilebilecektir. Öncelikle, sözleşme, iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanacak ve tamamlanacak; nitelikleri izin verdiği oranda benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yolu ile bu sözleşmeye uygulanacak ve hukukî sorunların çözümü için gerekirse BK genel hükümlerine de başvurulacaktır³⁶⁸.

D. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Vekâlet sözleşmesi BK. m.386 vd. düzenlenmiş ve şu şekilde tanımlanmıştır: *“Vekâlet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eder.”* Vekâlet sözleşmesinin tüm unsurlarını içermeyen bu tanım karşısında doktrin de yapılan çeşitli tanımlara bakılacak olursa Tandoğan’a göre: *“Vekâlet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma, borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler.”*³⁶⁹

Aral ve Zevkliler, vekalet sözleşmesini *“Vekilin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu altına girdiği bir sözleşmedir.”* şeklinde

³⁶⁷ Atabek / Sezen, s. 44 vd.

³⁶⁸ Tandoğan, (borçlar) s. 12-13.; Yavuz, s. 12.; Aral, s. 55 vd.

³⁶⁹ Tandoğan, (borçlar) s.356 vd.

tanımlamayı tercih ederken³⁷⁰, Yavuz, vekalet sözleşmesini “*başka bir sözleşmenin şartlarının gerçekleşmemesi*” ibaresini ekleyerek şu şekilde yapmaktadır³⁷¹: “*vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi görmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir.*”

Âdi vekâlet sözleşmesini tüm unsurları ile birlikte ifade eden bu tanımlara göre, vekâlet sözleşmesinin unsurları³⁷²:

- a. Bir işin görülmesi veya bir hizmetin ifası³⁷³,
- b. İşin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması,
- c. İşin zaman kaydına bağlı olmaksızın, bağımsız olarak ve sonucun elde edilememesi rizikosu üstlenilmeksizin yapılması,
- d. Tarafların anlaşması,
- e. BK. da ücret zorunlu unsur olarak sayılmamış olmakla beraber taraflarca kararlaştırıldığı takdirde ücret de sözleşmenin unsurlarından biri olarak kabul edilir.

Doktrin³⁷⁴ ve yargı kararlarında³⁷⁵, çoğunluğun kabul ettiği görüş hekimin hastasını muayene, tedavi veya ameliyat etmesi BK. m.386 anlamında maddi bir fiili üstlendiği³⁷⁶ bir iş görme sözleşmesi anlamında vekâlet sözleşmesidir³⁷⁷.

³⁷⁰ Aral, s. 391.; Zevkliler, s. 359.

³⁷¹ Yavuz, s. 351.

³⁷² Bkz. Özkaya, Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, s. 21 vd.

³⁷³ 1881 tarihli İsviçre BK metninde (m.392) mevcut olmayan “hizmetin ifası” deyimi, maddi fiillerin “iş görme” kavramının kapsamın girmediği düşüncesi ile 1911’de yapılan değişiklikle BK m.386/I metnine dahil edilmiştir. Böylece hukukî işlemlerin ve hukukî işlem benzeri fiiller yanı sıra maddî fiillerin yapılması da vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecektir. Tandoğan, (borçlar) s. 356.; Aral, s. 392 vd.; Yavuz, s. 362.; “Doktorun eylemlerinde hasta (müvekkil) adına veya hesabına hukukî işlem veya işlem benzeri yoktur. Bu nedenle “doktorun hastasını muayene ve tedavi etmesi maddi bir eylemle ilgilidir.” Aşçıoğlu, s.15.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları açısından, hekim ve hasta arasındaki hukukî ilişki incelendiğinde öncelikle hekimin, hastanın sağlığına kavuşabilmesi için gerekli teşhis, tedavi ve tıbbî müdahaleleri yapmayı üstlendiğini, bunun da belli bir zaman kaydına bağlı olmadığını görmekteyiz³⁷⁸. Kaldı ki, bir tedavinin ne kadar zaman alacağı, hastalığın özelliğine, hastanın durumuna, tıbbî müdahalenin türüne göre farklılıklar gösterecektir.

³⁷⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 360.; **Yavuz**, s. 363.; **Aral**, s. 393.; **Şenocak**, (hekim) s. 25.; **Reisoğlu**, s.12.; **Aşcıoğlu**, s.20.; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*” AÜHFD Cilt: 52, 2003, Sayı:3, s. 55; **Arat**, Ayşe: “*Hekimin Hukukî Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası*” EÜHFD, Cilt:I, Sayı:2, 2006, s.226.; **Akyıldız**, Sunay: “*Hasta Hakları ve Hekimin Sorumluluğu*”, Güncel Hukuk, Mart 2006/03, s.21.; **Kaneti** Selim: “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*” Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1983, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, s.61.; **Gümüş**, s. 221.; **Öztürkler** Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s.57.; **Yılmaz**, Battal: Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 24.; **Köprülü**, Ömer: “*Hekimin Hukukî Sorumluluğu*”, İstanbul Barosu Dergisi 1984, Cilt:58, S.10-11-12, s.600.; **Özdemir**, s.81.; **İpekyüz Yavuz**, s. 68.; **Akartepe**, s. 20.; **Demir**, (kurultay) s. 154.

³⁷⁵ “....vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir.” **Yarg.**13.HD. T.10.03.2006, E. 2005/14854, K.2006/3416.; “....Dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır....” **Yarg.**13.HD. T.04.03.1994, E.1994/8557, K.1994/2138.; **Yarg.**13.HD. T.23.02.2006, E.2005/15820, K.2006/2367;**Yarg.**13.HD.,T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; **Yarg.** 13.HD., T.12.06.2006, E. 2006/6704, K. 2006/9459.; **Yılmaz**, s.18 vd.; **Yarg.**13.HD., T.6.11.2000, E. 8590, K. 9569, **Uygur**, Cilt: VII, s. 8580; **Yarg.**13.HD. T.07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728, meşe yazılım, erişim tarihi: 19.10.2006.; **Yarg.**13.HD. T.06.03.2003, E.2002/13959, K.2003/2380; “.... hasta ile doktor arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu, vekilin özen görevinin bulunduğu, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu....” **Yarg.**13.HD., T.21.12.2001, E.2001/9800, K. 2001/11883 <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 24.04.2006)

³⁷⁶ Maddî bir fiile ilişkin yapılan vekâlet sözleşmesinde, vekil müvekkili adına veya hesabına bir işlem ya da hukukî işlem benzeri işler yapmaz; onun adına hak kazanması ya da borç yüklenmesi söz konusu değildir. Bu sebeple vekâlet sözleşmesine ait bazı hükümlerin –örneğin vekilin, müvekkili yararına aldığı şeyleri ona devir yükümlülüğü (BK m. 392), kanunî halefiyet hükmü (BK. m. 393), müvekkilin, vekili borçtan kurtarmasına ilişkin hükmü (BK. m. 394/I) – maddî fiilleri konu alan vekalet sözleşmelerine uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Uygur**, Cilt:VII, s. 8483.

³⁷⁷ Maddî fiillere ilişkin vekâletin konusu, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her türlü faaliyettir. Bu nedenle uygulamada sonsuz bir çeşitliliğe sahip olan bu tür vekâlet sözleşmesine örnek olarak, bir hekimin hastayı muayyene veya ameliyat etmesi, hukukçu bir öğretim üyesinin mütalâa vermesi, mimarın bir binayı kontrol etmesi, bir öğretmeninin özel ders vermesi, bir ses sanatçısının şarkı söylemesi, vb. verilebilir. **Başpınar**,Veysel: Vekilin (Avukatın, hekimin, Mimarın, bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s.74 vd.; **Yavuz**, s. 363.

³⁷⁸ “*Belli bir zaman için çalışmasını bir özel hastaneye tahsis edip o zaman içinde hastaneye başvuracak çeşitli hastalara bakmayı üstlenen hekim ile hastane arasında bir hizmet sözleşmesi olduğundan söz edilebilir. Ancak, hekimin kendisine gelen belli bir hastayı tedavi etmeyi üstlenmesi hukuken bir vekâlet sözleşmesi niteliği taşır.*” **Tandoğan**, (borçlar), s. 376

Hekim ve hasta arasındaki ilişkinin çok önemli bir özelliği de, hekimin hiçbir zaman sonucu garanti etmemesi / edememesi yani, hastanın iyileşmeme riskini üstlenmiyor olmasıdır. Elbette ki, mesleğini etik ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yapan her hekim, gerekli dikkat ve özeni göstererek, uyguladığı tedavi ya da tıbbî müdahalelerden hastasının yarar sağlamasını ve sağlığına kavuşmasını amaç edinir. Ancak, sonucun elde edilememesi riskini –kusurlu olmamak kaydı ile- vekil yani hekim değil, müvekkil yani hasta taşıyacaktır. Bir kez daha ifade edebiliriz ki, işin bir zaman kaydına bağlı olmaksızın yapılması, vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden; sonucun rizikosunun vekile ait olmaması da, vekâlet sözleşmesini istisna (eser) sözleşmesinden ayıran unsurlardır³⁷⁹.

Vekil konumundaki hekim, yine hizmet ve istisna sözleşmesinden farklı olarak, müvekkiline karşı sahip olduğu nisbî bağımsızlık içinde hareket eder. Nisbî bağımsızlık, vekilin müvekkilinin menfaatine olarak belli bir sonuca varmak için iş görürken, amacına ulaşabilmek için belli ölçüde karar verme zorunluluğu içinde bulunmasının sonucudur³⁸⁰. Hekimlik sözleşmesinde, hekim, teşhis, tedavi, bakım gibi tıbbi faaliyetlerinin tüm aşamalarında mesleki bilgi, tecrübe ve vicdani kanaatleri çerçevesinde kararlar almak durumundadır. Tıbbi müdahale, uygulama

³⁷⁹ **Tandoğan**, (borçlar) s.39 vd.; **Aşçıoğlu**, s. S.16.; Ancak doktrin ve yargı kararlarında, örneğin güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlar, diş, bacak, göz gibi organların yerine protez takılması vb. durumlarda hekimin sonucu taahhüt ettiği ve dolayısı ile sonucun başarıya ulaşmamasından da sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Sarıal**, s.43.; **Donay**, (doktorun) s. 45. ; **Ayan**, diş hekimi tarafından tedavi amacı olmaksızın köprü, dolgu gibi sadece bir protez yapımının borçlanıldığı sözleşmeler ile, bir ortopedist tarafından takma kol veya bacak yapımının borçlanıldığı sözleşmelere eser sözleşmesi hükümleri uygulanabileceğini belirtirken, estetik ameliyatları BK. m.355 anlamında eser olarak nitelendirilemeyeceği nedeniyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması görüşünü savunmaktadır. Bkz. **Ayan**, s. 55-56.

³⁸⁰ **Tandoğan**, (borçlar) s.375. Gerçekten de hekim, yüklediği edimi ifa ederken pek çok karar almak durumundadır. Öncelikle kendisine başvuran hastanın sağlığına yeniden kavuşabilmesi için hastalığı tanımlaması yani teşhis koyması gerekir. Bu aşama öncesinde de çoğu zaman bazı araştırma, tetkik, tahlil ya da tıbbi görüntüleme işlemlerine başvurulmasına karar verecek, elde ettiği veriler ile çeşitli değerlendirmeler yapacak ve bir karara varacaktır. Bu önemli karar -yani hastalığın teşhis edilmesi-, bir başka önemli kararın -yani uygun tedavi yönteminin seçilebilmesinin- önşartı niteliğini taşır.

aşamasından önce hastanın onayına sunuluyorsa da, teşhis ve tedavi yöntemini belirleme ve seçme yetkisi her zaman hekime aittir. Hekimlik mesleğinin, özel bir uzmanlığı gerektirmesi nedeni ile tıbbî faaliyetler açısından genişleyen karar verme özgürlüğünün sınırı ise, her zaman sadakat ve özen yükümlülükleri olacaktır³⁸¹. Aynı şekilde, hekimin uyması gereken etik ilkeler ve deontoloji kuralları da, karar verme aşamasında sınırları çizmeye çalışmaktadır.

BK. m. 386/III.'e göre vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmayan ücret³⁸², ancak taraflar arasında bir anlaşmaya konu oldu ise, ya da teamül varsa talep edilebilir. Hekimlerin yaptıkları iş karşılığında ücret almaları teamülden olduğu³⁸³ için taraflarca ayrıca kararlaştırılmamış olsa bile hastanın ücret ödemesi gerekir³⁸⁴. Taraflar arasında ücret alınmayacağına ilişkin de bir anlaşma yapılmış olabilir ancak bunun ispatı hastaya düşecektir³⁸⁵.

Diğer yanda, BK. m.396/I de düzenlenen “*Vekâletten azil ve istifa her zaman mümkündür*” hükmüne istinaden hem hasta hem de hekim diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler³⁸⁶. Zira hekimlik sözleşmesi son derece kişisel karakterli ve güven unsuru ağır basan bir sözleşmedir³⁸⁷. Hiç kimse güvenmediği ve kendisini iyi hissetmediği bir hekim ile sözleşme yapmaya zorlanamaz. Nitekim,

³⁸¹ **Tandoğan**, (borçlar) s. 374 vd.

³⁸² “*Vekâleti bir dostluk ve hatır işi, bir şeref hizmeti olarak gören Roma Hukuku’nun izlerini taşıyan bu hüküm, günümüzdeki uygulama ile bir paralellik arz etmemektedir. Günümüzde vekâletin daha çok ücretli olduğu hususunda fiilî bir karine mevcuttur*”.**Aral**, s. 395.; **Tandoğan**, (borçlar) s. 365.; **Yalçınduran**, s. 111 vd.

³⁸³ “*Özellikle, serbest meslek mensuplarına gördürülen işlerin ücretli görülmesi teamüldendir. Doktor, avukat, noter, mimar, mühendis, muhasebeci, bankacı vb. meslek sahipleri kural olarak ücret karşılığında iş görürler ve hizmet sunarlar*.” **Yalçınduran**, (ücret) s. 142.

³⁸⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 366.; **Aral**, s. 396.; **Akipek**, s. 41.; **Gümüş**, s. 40.

³⁸⁵ **Aşçıoğlu**, s.16.

³⁸⁶ Güven unsurunun özel öneme sahip olduğu ve vekalet sözleşmesinin bir görünümü olan avukatlık sözleşmesinde de, taraflar diledikleri zaman sözleşmeye son vermek hakkına sahiptirler. Avukat istifa edebileceği gibi, müvekkil de onu her zaman azletme imkanına sahiptir. Bkz. **Günergök**, s.197.

³⁸⁷ **Şenocak**, (hekim) s. 26 vd.

TDN de 19 uncu maddesinde yer alan “*Tabip ve diş tabibi meslekî veya şahsî sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.*” hükmü de aynı doğrultuda yapılmış bir düzenlemedir³⁸⁸. Hekimlik mesleğinin özelliğİ ve tabi olduğu etik ilkeler gereğince, hekimin istifası hastanın yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak bir zamanda da olmamalı, ancak önemli sebeplerin varlığı halinde söz konusu olmalıdır³⁸⁹.

Hekimlik sözleşmesinin, kendine özgü yapısı olduğu görüşünü savunan *Atabek/Sezen*, bu ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğİ taşımadığının kanıtı olarak bazı gerekçeleri ileri sürmüşlerdir³⁹⁰. Bunlara göre, vekil müvekkili nam ve hesabına hareket etmekte iken, hekim hastası nam ve hesabına herhangi bir tasarrufta bulunmamaktadır. Kanunun deyimi ile – cerrahi müdahaleler hariç olmak üzere- hekim bir iş görmediğİ gibi bir hizmet de ifa etmemektedir. Diğer taraftan vekil müvekkilin emirlerine, talimatlarına uymak zorunda olmasına rağmen hekim bazı durumlarda –intihar eden hastaya müdahale gibi – hastanın emirlerine aykırı bir tarzda ve onun rızası olmaksızın da hareket edebilmektedir³⁹¹. Yine vekil, kural olarak, müvekkiline sık sık açıklama yapma ve sorulan soruya cevap vermek zorunda iken hekim hastanın maneviyatını bozmamak adına gerçeğİ saklamak üzere açıklama

³⁸⁸ Ancak, BK m.396/II de ki “*şu kadar ki münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse diğİrinin zararını zâmin olur.*”düzenlemesinde olduğu gibi hekimlerinde karşı tarafı zarara uğratmamaları gereğİ, yapılan hizmetin önemi ve insani boyutu dikkate alınarak TDN m.19/II de düzenlenmiştir; “*Ancak, bu gibi hallerde diğİr bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğİr bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez.*” Ayrıca bkz. Hekimlik Sözleşmesinin Sona Ermesi ř 10. III. C.

³⁸⁹ **İpekyüz Yavuz**, s.71, 162.

³⁹⁰ **Atabek / Sezen**, s. 143 vd.

³⁹¹ *Reisoğlu*’na göre, “*Bir kaza veya ani bir kriz sonucu kendisini kaybetmiş olan hastaya, hekimin müdahale etmesi halinde bir akit söz konusu olmayacak, burada vekaletsiz işğİrme (BK.m.410, 411) uygulanacaktır.*” Bkz. **Reisoğlu**, s. 13.; Ayrıca, “*İntihar durumunda, açlık grevlerinde, ölüm oruçlarında hekimin hastasının rızası olmasa da müdahale etmesi kabul edilmektedir. Bu durumda hekimin müdahalesi vekaletsiz işğİrme niteliğİ taşır. Hastanın müdahaleyi yasaklaması, TMK m.23 gereğince hukuka aykırı olduğundan, hukuken geçersiz sayılır.*” **İpekyüz Yavuz**, s.66.

yapmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Ancak, bu gerekçelerin istisnai durumlara ilişkin olduğu açıktır ve hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliğini, vekalet sözleşmesi olarak kabul etmekten alıkoyacak güçte olmadıkları görülmektedir.

E. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce, hangi tür tıbbi müdahaleyi konu edinirse edinsin, hekimlik sözleşmesi, sonucun önceden taahhüt edilebilmesine imkan vermez. Bunun nedeni, öncelikle hekimlik faaliyetinin konusunu teşkil eden, *insan, hastalık, ve hasta* yapısının, hekimin elinde olmayan pek çok faktöre bağlı olarak gelişmesidir. Hekimlik sözleşmesinin taraflarından biri *hekim* dir ve verdiği hizmet her zaman bir *iyileştirme, tedavi etme* hizmetidir. Eğer sağlık, fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak tam bir iyilik hali içinde olmak anlamını taşıyor ise, hekim tarafından gerçekleştirilen her tıbbi müdahale, bir iyileştirmeye yöneliktir. Çoğu zaman, hastaya fiziksel bir sıkıntı vermeyen ancak, ruhsal olarak ihtiyaç duyulan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde³⁹² dahi beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğu düşünüldüğünde, tedavi amacı gözetildiği kabul edilecektir³⁹³.

Diş hekiminin, dişler için köprü, dolgu veya protez yapılmasında teknik imalatında işin içine girmesi nedeniyle istisna sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gereği baskın görüş olarak savunulmakta ise de, kanaatimizce yapılan

³⁹² Bir dönem, estetik amaçlı –özellikle sadece güzelleşmek, para ve şöhret kazanmak amacıyla yapılan – tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı sayılması gerektiği görüşü de savunulmuştur. Günümüz için artık geri de kalmış olan bu tartışmalar için bkz. **Sarıal**, s.75 vd.; **Çilingiroğlu**, s. 21.; **Çakmut**, s.182.

³⁹³ **Ayan**, s.34.; “Gerçekten de, hekimin taraf olduğu tıbbî teşhis, ve/veya tedavi amaçlı sözleşmelerin tümüyle vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilebilmesi de mümkündür.” Bkz. **Demir**, (armağan) s.267.

faaliyetin yöneldiği asıl amaç hastanın ağız ve diş sağlığına kavuşmasıdır. Hekimin faaliyeti açısından, vekalet sözleşmesinden ayrı bir nitelendirmeye gerek olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin, diş hekimi tüm özen ve dikkati göstererek düzgün bir şekilde ölçü aldıktan sonra imal edilen protez ya da dolgu malzemesi birinci sınıf, en iyi nitelikte ve kusursuz olsa bile, *hastanın ağız ve diş yapısı ile uyum sağlamaması ya da sıkıntısının çözülememesi* olasılık dahilindedir. Bu nedenle, diş hekiminin faaliyeti de sonucu garanti edilebilir bir istisna sözleşmesi olarak değerlendirilecek nitelikte değildir³⁹⁴. Kaldı ki, hastaya diş protezi yapılması, ağız sağlığına yönelik bir tedavi –örneğin diş eti iltihabının kurutulması ya da gömülü bir dişin cerrahi müdahale ile çekilmesi- ile beraber üstlenildiğinde, faaliyetin bir bölümünün vekalet bir bölümünün ise istisna sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi gibi bir durum³⁹⁵ ile karşılaşılması söz konusu olacaktır³⁹⁶.

Diğer yandan hekimlik sözleşmesine, istisna sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması ilişkinin zayıf tarafı olan hastanın da aleyhine olacak bir durumdur. Örneğin, hasta BK. m.359/I gereğince sıkı bir inceleme ve ihbar yükümlülüğüne³⁹⁷ tabi olacak, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde haklarını kullanamayacak ve meydana gelen eseri (!) onaylamış olacaktır. Kaldı ki, normal şartlarda hasta, hekimin sahip olduğu tıbbi bilgiye ve uzmanlığa sahip olmadığı için yapılan işlemi

³⁹⁴ “....protez veya dolgu yapımında bir eser imali olmasına karşın, protezin yapımı ile hedeflenen asıl amaç dişin tedavidir. Asıl amacı gerçekleştirecek olan asıl edim ise teşhis ve tedavi edimidir. Teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği de vekalet sözleşmesi olduğundan, taraflar arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır.” **Özdemir**, s. 83.

³⁹⁵ Diş hekiminin tedaviyle birlikte protez yapımını da borçlandığı böyle bir sözleşmenin hukuki niteliği konusunda üç değişik görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüş, sözleşmenin tamamen vekalet hükümlerine tabi tutulması; ikinci görüş sözleşmenin tamamen eser sözleşmesi hükümleri altında değerlendirilmesi; üçüncü görüş ise böyle bir sözleşmenin karma nitelikte olduğu, vekalet ve eser sözleşmesi olarak iki parçaya ayrılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıntıları için bkz. **Ayan**, s. 52-53.; **Sarıal**, s. 43

³⁹⁶ Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler için de, aynı durum geçerlidir: Hasta çok yaygın bir şikayet olan, burun deviasyonu nedeniyle hekime ameliyat olmak için başvurup, bu müdahale ile birlikte burnunun estetik görünümünün de düzeltilmesini talep edebilir.

³⁹⁷ Eseri muayene ve ayıbı ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi için bkz. **Şenocak** (eser), s. 107 vd.

bu açıdan da denetlemesi son derece zordur. Hasta, ancak, sıkıntılarının giderilip giderilmediği, örneğin, yapılan diş protezi ile rahat bir şekilde normal hayatına devam edip edemediği ile ilgilidir.

Sonuç olarak, hekimlik faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine inandığımızdan, serbest çalışan hekim ve hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin, hangi tür tıbbi müdahale için olursa olsun, ancak bir vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği görüşünü benimsiyoruz.

V. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

A. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Serbest çalışan hekim ile hasta arasında kurulan ve bizim hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz ilişki, Borçlar Kanununda ve tıp hukukunun özel düzenlemelerinde³⁹⁸ yer alan bir hukuki ilişki değildir. Yukarıda, incelediğimiz görüşlere de paralel olarak, BK. m.386/II. de: diğer sözleşmeler hakkında yapılan düzenlemelere tabi olmayan borç ilişkileri, vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olur hükmü gereğince³⁹⁹, hekimlik sözleşmesi hukuken, temsil ilişkisinin olmadığı, bir maddî fiil vekâleti olarak nitelendirilmektedir⁴⁰⁰.

Hekimlik sözleşmesi, ücret karşılığı kurulan bir sözleşme olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle, hekimin hastayı sağlığına

³⁹⁸ Hekimin Sorumluluğu İle İlgili Pozitif Kaynaklar için bkz. § 4. III. B.

³⁹⁹ Zeytin (tedavi) s. 101.

⁴⁰⁰ Tandoğan, (borçlar) s.359.; Uygur, Cilt: VII., s. 8483.; Başpınar, (vekilin özen borcu) s. 74., Yavuz, s. 363.; Gümüş, s.29.

kavuşturmak amacıyla yapacağı teşhis, tedavi ve her türlü tıbbî müdahalenin karşılığını, hastanın⁴⁰¹ ücret ödeme borcu oluşturur; her iki edim de aslî edim⁴⁰² niteliğindedir.

Diğer yandan, rızâ⁴⁰³ bir sözleşme olan hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesi için, hekim ve hastanın aralarında anlaşmış olmaları gerekir. BK. m.1 hükümleri gereğince, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşme meydana gelir. İradeler açık ya da zımni olabileceği gibi, tarafların objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinde uzlaşma sağlamış olmaları gerekir⁴⁰⁴. Örneğin, bir takım sağlık problemleri olan hasta, hekimin muayenehanesine gelir, hekim hastaya şikayetlerini sorar, hasta sağlık problemini anlatmaya başlar; böylelikle hekimlik sözleşmesi kurulmuş olur. Yargıtay da bir kararında, *“Doktor meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukuken BK.nun 368 inci maddesinin 2 inci fıkrası uyarınca vekalet akdidir...”*⁴⁰⁵.

Kamu hastanelerinde, öğretim üyesi hekimler tarafından, ayrı ve özel bir ücret karşılığında yapılan tıbbî müdahalelerde sorumluluğun kime ait olacağı sorusu

⁴⁰¹ Hasta eğer küçük ya da ayırt etme gücünden yoksun ise hekim ile sözleşmeyi yapacak olan kişi kanunî temsilcisi –velayet altındaki küçükler için ana-baba; vesayet altındaki kişiler içinse vasi – olacaktır.

⁴⁰² Aslî edim yükümü, sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen edim yükümüdür. Aslî edim yükümleri, borç ilişkisinin (sözleşmenin) birinci derecedeki içeriğini oluşturan, yan edim yükümlerinden bağımsız, doğrudan doğruya ifası dava edilebilen yükümlerdir. Bkz. **Eren**, s.31 vd.

⁴⁰³ Rızâ sözleşme, sözleşmenin kurulması, sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmelerdir. Satım, kira, vekâlet, istisna, kefalet, âriyet gibi sözleşmeler rızâ sözleşmelerdir ve bugün Türk hukukunda rızâ sözleşmeler genel ilkeyi oluşturmaktadır. Bkz. **Eren**, s, 200.

⁴⁰⁴ **İpekyüz Yavuz**, s. 48.

⁴⁰⁵ **Yarg.** 9.HD. T.18.11.1991, E.1991/8375, K.1991/14336. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:10.9.2008)

karşısında, iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Örneğin, bir üniversite hastanesinde, belirli bir öğretim üyesine tedavi olmak ya da onun tarafından ameliyat edilmek isteyen hasta, döner sermayeye ayrıca belirli bir ücret ödemek zorundadır. Böyle bir durumda, doğacak zarardan kamu hastanesinde işlem yapıldığı için idare yani devlet mi sorumlu olacaktır, yoksa, özel ücretle muayene eden hekim ve hasta arasında özel hukuk ilişkisine dayalı bir sözleşme kurulduğu kabul edilerek, hekim mi sorumlu olacaktır.? Bazı yazarlar, hekim kamu hastanesinde çalışıyor olsa da ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğunu⁴⁰⁶ ve böyle bir durumda, tipik özel hukuk (vekâlet) sözleşmesi ilişkisinin kurulduğunu ileri sürmektedirler⁴⁰⁷. Kanaatimizce, ayrı bir ücret ödeniyor olması verilen hizmetin kamu hizmeti, söz konusu hekimin de kamu görevlisi olma özelliğini değiştirmedikten, sorumluluk genel ilkelere göre idareye yani devlete ait olacak, ancak hekim kişisel kusurlarından dolayı ayrıca sorumlu tutulabilecektir⁴⁰⁸. Diğer yandan, measi saatleri tammalandıktan sonra⁴⁰⁹, özel muayenehanesinde hasta kabul eden devlet memuru hekim ile hasta arasındaki sözleşme, bir özel hukuk sözleşmesi olarak, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir⁴¹⁰.

Kanaatimizce, hekimlik sözleşmesi iki şekilde oluşabilir. Bunlardan ilki; kendisine başvuru alan hekim hastayı dinler, muayene eder, teşhisi belirtir ve uygun bulduğu tedaviyi açıklar. Örneğin hastaya, belirli bir süre ilaç kullanması ya da ameliyat olması gerektiğini söyler. Buna karşılık, hasta, başvurduğu hekimi dinleyip,

⁴⁰⁶ **Zeytin**, Zafer: “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, Uluslar arası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 145.

⁴⁰⁷ “Kamuya ve özellikle üniversiteye ait hastanelerde özel ücretle tedaviyi üstlenen doktorlarda bulunmaktadır. Hasta böyle bir doktora başvururken seçimlik hakkını çok açık olarak kullandığı gibi ona azımsanamayacak bir ücrette ödemektedir.. Burada, tipik bir özel hukuk sözleşmesi (vekalet) kurulmaktadır”. **Aşcıoğlu**, s. 23.

⁴⁰⁸ **Ayan**, s. 46.; **Hakeri**, s. 44.; **İpekyüz Yavuz**, s. 52.

⁴⁰⁹ Üniversite hastanesinde yarı zamanlı çalışan öğretim üyeleri saat 13.30’den sonra.

⁴¹⁰ **Gümüş**, s.12-13 ve dipnot.30.

uygulanması gereken tedavi konusunda ikna olmuş olsa bile, o hekime tedavi olmak istemeyebilir; bir süre düşünmek ya da başka hekimlere danışmak isteyebilir. Dolayısıyla hasta, hekimin vizite ücretini ödeyerek, muayenehaneden ayrılır ve böylece hekimlik sözleşmesi sona ermiş olur. Burada, sözleşme kurulmuş ve taraflar karşılıklı edim yükümlerini yerine getirmişlerdir: hekim bir uzman olarak hastayı dinlemiş, muayene etmiş, teşhis koymuş ve hastasına uygulanması gereken tedaviyi önermiştir. Hasta da, bunun karşılığında ücret ödemiştir.

İkinci bir durum ise, hastanın, hekimin önerdiği tıbbi müdahaleyi kabul etmek şeklinde iradesini açıklaması ile kurulan, yeni bir hekimlik sözleşmesidir. Örneğin, hasta ailesinin fikirlerini alıp, işlerini düzene koyup, yapılan ilk görüşmenin üzerinden 2 ay geçtikten sonra hekime gelerek: *“önerdiğiniz tedaviye başlamak istiyorum”* diyebilir. Hekimin, hastayı, yapacağı tıbbi müdahale ile ilgili ayrıntılı olarak aydınlatması ve sonucunda hastanın aydınlatılmış rızasını açıklaması ile yeni bir hekimlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Hekimlik sözleşmesinin herhangi bir şekle⁴¹¹ tabi olup olmadığı sorusuna da vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle cevap verebiliriz. Borçlar Kanunu’nda vekâlet sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil öngörülmediğinden, hekimlik sözleşmesinin de şekle bağlı olmadığını söylemek mümkündür⁴¹².

⁴¹¹ Bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araca, dış kalıp veya biçime şekil denir. Her sözleşmenin, her hukuki işlemin ve hatta her irade beyanının bu anlamda bir şekli vardır. Şekle bağlı olmama diğer bir ifade ile şekil serbestisi, sözleşme ya da işlem için gereken irade beyanının sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi biri ile yapılabilmesi anlamına gelir. Bkz. **Eren**, s. 236.; **Kılıçoğlu**, s. 70 vd.

⁴¹² **İpekyüz Yavuz**, s. 54.

B. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI

BK. m.388 hükmü gereğince, kural olarak vekâlet sözleşmesinin kapsamı tarafların arasında akdedilecek sözleşme ile belirlenir. Ancak, taraflar böyle bir belirleme yapmamışlar ise, *işin niteliğine göre* kapsamın belirlenmesi söz konusu olacaktır. Özellikle, maddi fiillere ilişkin vekâlette, kapsamın sözleşme ile belirlenmesi çok nadir rastlanan bir durumdur⁴¹³.

Hekimin, sözleşmeden doğan yükümlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğinin belirlenebilmesi için, öncelikle sözleşmenin somut içerik ve kapsamının doğru olarak araştırılması ve ortaya konulması gereklidir. Hastanın, hekim ile arasında kurulan hekimlik sözleşmesi yolu ile ulaşmak istediği öncelikli menfaatin ne olduğu, hekimin asli ve yan edim yükümlerinin şekillenmesine yardımcı olacaktır. Hasta, hekime başvurarak sadece sağlık durumu ile ilgili genel bilgi almak isteyebilir; şikayetleri ile ilgi hastalığının teşhis edilmesini isteyebilir ya da hekimin, teşhis koyması, uygun bir tedavi belirlemesi, bu tedaviyi uygulaması, tıbbî bakım ve gözetimini içeren tıbbî faaliyetlerin tümünü talep edebilir⁴¹⁴.

Hekimlik sözleşmesinin kapsamı, hekimlik mesleğinin etik ilkeleri, deontoloji kuralları ve özellikle, tıbbi standartların uygulanması gereği ile de şekillenecektir. Hekimlik sözleşmesinin içeriği, özel olarak meslek standartları, genel olarak ise vekilin özen ve sadakat yükümü ile belirlenecektir⁴¹⁵. Uzman bir kişi olarak kendisine başvuru alan hekim, hastasını sağlığına kavuşturabilmek için doğru olan teşhisi koyup, bu teşhisin gerektirdiği en iyi tedaviyi uygulayacaktır. Bunu

⁴¹³ Tandoğan, (borçlar) s.393.; Aral, s. 401.

⁴¹⁴ Bu konunun ayrıntıları için bkz. Hekimin, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Yükümleri § 8. III.

⁴¹⁵ İpekyüz Yavuz, s. 51.

yaparken kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermesi, mesleğinin etik ilkeleri ile bağlı kalması gerekir. Buna karşılık, hasta istiyor diye hekim, kendisi tarafından uygulanması ve tehlikeleri hakkında, yeterli bilgiye sahip olmadığı bir tedaviyi uygulamamalıdır⁴¹⁶. TDN m.13/II de: “*Tabip ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*” hükmü de bu doğrultuda düzenlenmiş bir deontoloji kuralıdır.

Aynı şekilde, hukuki düzenlemelerin ve etik ilkelerin izin vermediği müdahaleleri hekimin hasta talep ediyor gerekçesi ile yapması, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Örneğin, istenmeyen bir gebeliği sonlandırmak için yasal olarak düzenlenmiş süreler geçtikten sonra, hasta talep ediyor diye tıbbi müdahalede bulunan hekim meslek etik ilkelerine aykırı davrandığı gibi hukuki ve cezai sorumluluğa da sahip olacaktır⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Tandoğan, (borçlar) s. 394.

⁴¹⁷ 27.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un m.5/II de: “*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak, gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu yasal düzenlemeye, uyulmaması halinde yani tıbbi zorunluluk bulunmadığı hallerde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (TCK. m. 99/2). Çocuk düşürme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, s. 443 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLERİ

I. GENEL OLARAK

Hekimlik sözleşmesi, hastanın, hekim tarafından sağlığına kavuşturulmasını hedefleyen, maddî fiillere ilişkin bir vekalet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesine, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanacak ve tarafların hak ve borçları da öncelikle bu kapsamda belirlenecektir. Bu bölümde, hekimlik sözleşmesinin, taraflarını ve tarafların hak ve yükümlerini, Borçlar Kanununda yapılan genel hükümlere, sağlık hukuku mevzuatına ve uluslar arası belgelerde yer alan düzenlemelere göre incelemek istiyoruz. Hekimlerin, sözleşmeden doğan asli edim yükümü ve yan yükümleri, aynı zamanda mesleki ve etik nitelik taşıyan yükümlülükleridir. Örneğin, hekim, sözleşme ilişkisi içinde olmadığı ve şuuru kapalı bir halde iken tıbbi müdahalede bulunduğu hastaya karşı da teşhis koyma, en uygun tedaviyi seçme ve uygulama, özen gösterme, sadakat gösterme ve sır saklama gibi edimleri, hekimlik mesleğinin doğal sonucu olarak borçlanmaktadır⁴¹⁸.

⁴¹⁸ **Özay**, s. 51.; Hekimin bu tür mesleki sorumluluğu, tanıdık bir kişinin kendisine şikayetlerini söyleyerek ne yapması gerektiğini sorduğu haller için de sözkonusudur. Böyle bir durumda hekim herhangi bir bilgi vermekten kaçınabilir. Ancak, eğer bilgi verdi ise, -uzman kişi olması niteliği ile- temelini MK.m.2 de bulan güven sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Bkz. **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 229.

Hekimlik sözleşmesinde, hekim vekil sıfatına, hasta ise müvekkil sıfatına sahiptir. Vekâlet sözleşmesinin asli edimi *bir iş ya da hizmetin görülmesi* şeklinde bir yapma edimidir. Hekim, maddi fiillere ilişkin bir vekaleti, diğer bir ifadeyle, bir yapma edimini üstlenmiştir. Bu edim, somut olayın özelliklerine göre hastayı muayene etmesi, teşhis koyması, tedavi etmesi, tıbbî bir müdahalede bulunması vb. faaliyetleri içerir. Bunun karşılığında, müvekkil konumundaki hasta ise hekime bir ücret ödemeyi borçlanmaktadır. Hekimlik sözleşmesinde esas olan hekimin kazanç elde etme konusundaki menfaati değil, hastanın sağlığına kavuşması konusundaki menfaatidir⁴¹⁹. Hekimlik sözleşmesi gereğince, hekim, işi bizzat görme, teşhis koyma ve tedavi etme, hastayı aydınlatma, hastanın rızasını alma, özen gösterme, sadakat ve sır saklama, kayıt tutma ve hesap verme yükümleri altındadır. Hekimin, bu asli edim yükümü ve yan yükümlerinin birçoğu, aslında, akdin karşı tarafında yer alan hastanın hakları olarak düzenlenerek, hem ulusal hem de uluslar arası belgeler ile kabul edilmişlerdir.

II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. HEKİM

Bir hekimlik sözleşmesinin varlığı için, öncelikle, taraflardan birinin hekimlik mesleğini yapmaya yetkili olan bir kişi, yani *hekim*⁴²⁰, konumuz açısından da

⁴¹⁹ Şenocak, (hekim) s.36.; “Bu noktada, hekimlik sözleşmesini borç sözleşmeleri hukukuna özgü tam iki taraflı borçlandırıcı sözleşmelerden ayrı görmek gerekir.” Bkz. Demir, (kurultay) s. 153 vd.

⁴²⁰ Hekimlik Mesleği ve Şartları için Bkz. § 5. I. B.

bağımsız çalışan (serbest) bir hekim⁴²¹ olması gerekir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1 inci maddesi hekimlik mesleğini yapabilme şartını şu şekilde belirlemiştir: *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır”*⁴²². Bunun yanında, serbest çalışan hekimler ve kamu kurumunda görev yapmakla beraber, ayrıca kurumlarının dışında serbest çalışan –örneğin, muayenehane açan- hekimler Türk Tabipleri Birliği'ne kaydolmak zorundadır⁴²³. Diğer yandan, hekimin hangi hallerde sürekli ya da geçici olarak mesleğini icra etmekten men edileceği, 1219 sayılı Kanunun 28 inci ve TTB Kanununun 39 ve 49/I maddelerinde belirtilmiştir⁴²⁴.

Tıp biliminin, hızlı gelişmesinin zorunlu bir sonucu olan uzmanlaşma dalları, süreleri ve kapsamı yine mevzuat içinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁴²⁵. Türk

⁴²¹ Bağımsız (serbest) çalışan hekim ifadesi, hekimin tıbbi faaliyetini kendine ait muayenehane, ev ya da klinikte gerçekleştirmesine karşılık gelirken, belirli bir hastane ya da kuruma bağımlı olarak çalışan hekimin mesai saatleri dışında gerçekleştirdiği tıbbi faaliyetler için de geçerlidir. Konuyla ilgili olarak bkz. § 5.II. A.

⁴²² 1219 sayılı kanunu'nun 4.maddesine göre tıp fakültesi diploması yabancı bir ülkeden alınmış ise Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması gerekir.

⁴²³ Aşçıoğlu, s. 43.; TTBK. m.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....”*

⁴²⁴ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.28: *“Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya müebbeden hidematı âmmeden memnuiyet (sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık) veya meslek ve sanatı sui istimal (kötüye kullanma) suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan veya icrayı sanat etmesine mâni ve gayrıkabili şifa bir marazı akli (iyileşmesi imkansız bir akıl hastalığı) ile mâlul olduğu bilmuayene tebeyyün eden (muayyene sonucu tespit edilen) tabipler Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletinin teklifi(Sağlık Bakanlığı'nın teklifi) ve Ali Divanı Haysiyet (Yüksek Haysiyet Divanının) kararıyle icrayı sanattan menolunur (meslek icra etmekten yasaklanır) ve diplomaları geri alınır.”*

⁴²⁵ 1219 sayılı Kanuna dayanarak Bakanlar Kurulu kararı ile 14.05.2002 de kabul edilen **Tıpta Uzmanlık Tüzüğü** 24790 sayılı Resmi Gazetede 19.06.2002 tarihinde yayımlanmıştır. Tüzüğün 1.maddesi, tıp veya diş hekimliği uzmanlık dallarını, bu dallarda uzman olabilmek için gerekli koşulları, bu alanlarda uzmanlık eğitimi verecek kurum ve kuruluşların nitelikleri ile uzmanlık eğitiminin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Tüzüğün 4. maddesi ise *“Bu Tüzük hükümlerine*

hukukunda, kural olarak, genel uzmanlığın çalışma alanı özel, uzmanlık dallarının varlığına rağmen sınırlandırılmamıştır. Tıpta uzmanlaşma, her ne kadar bir tekel hakkı yaratmasa da⁴²⁶, 1219 sayılı Kanunun 23 inci maddesine göre, *genel ve belli bir bölgeye ait his iptali ile yapılan büyük ameliyatların* uzman hekimler tarafından yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, özel cerrahi uzmanlık almamış hekimler ancak zorunlu – uzman bulunmaması, getirilme olanağının olmaması gibi – durumlarda hastaya müdahale de bulunabilirler. Farklı bir uzmanlığa sahip olan hekim, uzmanlık konusuna dahil olmayan bir konuda tıbbi müdahalede bulunmuşsa, örneğin, genel cerrah doğum yaptırmışsa, hekimlik sözleşmesi kurulmuş olur ve hekim ücret almaya hak kazanır. Nitekim, Yargıtay bir kararında⁴²⁷ “....Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin “uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması” söz konusu değildir. Bu nedenle, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak, kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbî müdahalede bulunurken; doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan, yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur.” demek suretiyle bu durumu doğrular nitelikte bir yaklaşım sergilemiştir.

göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbî faaliyette bulunamazlar.” hükmünü getirmiştir.

⁴²⁶ Aşçıoğlu, s. 44.

⁴²⁷ Yarg. 4.HD., T.6.5.1991, E.990/5104, K.991/429. www.kazanci.com (erişim tarihi: 21.9.2007)

B. HASTA

Hekimlik sözleşmesinin diğer tarafını ise, teknik anlamda *hasta* olarak ifade ettiğimiz kişi oluşturur. 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁴²⁸ 4 üncü maddesindeki tanımlara göre hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi ifade etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından sağlık kavramı: “*Bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali*” olarak tanımlamıştır. Hastalık bu boyutlardan birinde işlev bozukluğu ya da kaybı ortaya çıkması nedeniyle, kişinin dış dünya ile iletişimde bir aksaklık oluşturur. Bireyin kendine ait belirleyici, benimsenmiş, istenen bir özelliği değil, istenmeyen, kaçınılan, giderilmesi beklenen bir durumdur⁴²⁹. Bu tanımlamalardan hareketle, hastayı, sağlık ve iyilik hali içinde olmayan ve sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişi olarak belirleyebiliriz⁴³⁰.

Kanaatimizce, bir kimsenin, hekime başvurarak, bir hekimlik sözleşmesi yapması için mutlaka sağlık durumunun fiilen bozulmuş olması ya da tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyması gerekmez. İnsanlar, ileriye yönelik olarak koruyucu ve önleyici bir takım tedbirler alabilmek, uzman görüşünden yararlanabilmek için de bir hekime başvurabilirler. Örneğin, çocuğun kilo, boy gibi genel gelişiminin kontrol edilmesi ve bu konuda bilgi almak üzere bir çocuk hastalıkları uzmanına başvuran aile ile hekim arasında da hekimlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Böyle bir

⁴²⁸ R.G. Tarihi: 01.08.1998, No: 23420

⁴²⁹ Hastalık kuramı, hasta kimliği ve toplumsal açıda değişen hasta kavramı için bkz. **Çobanoğlu**, s. 41 vd.

⁴³⁰ **İpekyüz Yavuz**, s. 20.

durumda, hekimlik sözleşmesinin kapsamı, herhangi bir hastalığı olmayan çocuğun, kontrol edilmesi ve bu konu üzerinde danışmanlık yapılmasıdır.

III. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL YÜKÜMLERİ

A. GENEL OLARAK

Sözleşmeler, tarafların yerine getirmesi gereken bir takım yükümlülükleri içerir. Bu yükümlülüklerin bazıları, sözleşmede mutlaka olması gereken zira sözleşmenin tipini belirleyen esaslı unsurundan çıkartılabilir. Bazı yükümlülüklerin ise, taraflarca kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olmadığı gibi ifasının istenmesine de engel değildir⁴³¹. Tarafların sözleşmeden doğan yükümleri, edim yükümleri ve yan yükümler olarak ikili bir ayrımla incelenmektedir⁴³².

⁴³¹ Kılıçoğlu, s. 19.

⁴³² Sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler, bir başka açıdan da **ilk yükümler** ve **tali (ikincil) yükümler** olarak da ayrılmaktadır. Borçlu, asli edimini yerine getirmediği takdirde söz konusu olan tali edim, taraflar arasında kurulmuş bulunan ilk borç ilişkisinden kaynaklanmakta olup, onun tazminat edimine dönüşmesinden ibarettir. Ayrıntıları için Bkz. **Eren**, s. 31 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu*, borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, bu ilişkiye hukuki özelliğini, hukuki tipini veren edim mükellefiyetine (borçlarına), *asli (birinci derecede) edim mükellefiyetleri* olarak ifade etmektedir. Borç ilişkisinin sonraki safhalarında, bu asli edimlerin yerine veya yanına ortaya çıkan mükellefiyetlerini ise *yan edim mükellefiyetleri* olarak adlandırmaktadır. Asli ve yan edim mükellefiyetleri yanında, onlardan farklı ve bağımsız olarak *koruma mükellefiyetleri* kavramını kullanmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2.Bası, İstanbul 1985, s. 18.; *Edis* ise, asıl edim (*Hauptpflichten*) ve yan yükümlülük (*Nebenpflichten*) terimlerini kullanmakta, yan edim yükümü ve yan yüküm ayrımı yapmamaktadır. Bkz. **Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4.Basıdan tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 315.

1. EDİM YÜKÜMLERİ

a. Asli Edim Yükümü

Asli edim yükümü (*Hauptleistungspflichten*), sözleşmeden beklenen asıl amacı ifade eden edim yükümüdür⁴³³. Asli edim yükümü, sözleşmenin esaslı unsurlarına göre sözleşmenin tipini belirleyen, içeriğini oluşturan yükümlerdir⁴³⁴. Sözleşmenin türü ve niteliği ile yakından ilgili olan, asli edim yükümü her sözleşmeye göre değişir. Örneğin, bir satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümü, satılan şeyi alıcıya teslim etme ve mülkiyetini geçirme iken, alıcının asli edim yükümü satış bedelini (semeni) satıcıya ödeme borcudur (BK.m.182).

Asli edim yükümü, alacak hakkının esasını ve tam karşılığını ifade ettikleri için borçlunun bu yükümlere aykırı davranması halinde sözleşme ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle, asli edim yükümünü ifa etmeyen borçluya karşı doğrudan doğruya ifa davası açılabilecektir. Asli edim yükümleri, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde karşılık ilişkisi (synallagma) içinde yer alır⁴³⁵.

b. Yan Edim Yükümü

Yan edim yükümleri (*Nebenleistungspflichten*) ise, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmeyen, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen yükümlerdir⁴³⁶. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflar sözleşmenin objektif esaslı unsurunun

⁴³³ Larenz, I, s. 8; Eren, s. 31.

⁴³⁴ Larenz, I, s. 8.; Eren, s. 32.; Kılıçoğlu, s.19.; Edis, s. 315-316.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 10.

⁴³⁵ Eren, s. 32.

⁴³⁶ Kılıçoğlu, s.19.

yanı sıra başka sübjektif unsurlar da kararlaştırabilirler. Dolayısıyla, yan edim yükümleri, asli olmayan ve sözleşmenin tipini belirlemeyen ancak asli edime tabi ve ikinci derecede bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Böyle olmakla birlikte, bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için borçlu yönünden bir yüküm, alacaklı açısından da bir hakkı ifade ederler. Bir sözleşme ilişkisi içinde, yan edim yükümünün varlığı ancak ve ancak bir asli edim yükümünün var olması ile mümkün olabilir⁴³⁷. Yan edim yükümleri, kanundan, sözleşmeden ya da TMK. m.2/I'e göre dürüstlük kuralından doğarlar⁴³⁸. Örneğin, satım sözleşmesinde satılan şeyin alıcıya teslim edinceye kadar doğabilecek hasarlara karşı sigorta edilmesi ve sigorta birimlerinin satıcı tarafından karşılanması bir yan edim yükümü niteliği taşımaktadır. Kanundan doğan yan edim yükümü için ise, BK. m.185 de düzenlenmiş olan satım sözleşmesine ait teslim masrafları örnek olarak verilebilir.

Asli edim yükümlerinde olduğu gibi, yan edim yükümleri de ayrı bir talep hakkı ve dava hakkına konu olabilirler. Diğer bir ifadeyle, yan edim yükümlerinin ifa edilmemesi halinde de alacaklı ifa davası açarak, BK.m.96 ve m.106 hükümlerine göre hareket edebilir⁴³⁹.

2. YAN YÜKÜMLER (Diğer Davranış Yükümleri)

Edim yükümü dışında kalan *yan yükümler (Nebenpflichten)*⁴⁴⁰ ise, ya asli edimin tamam olarak ifasına yardım eder ya da alacaklının edim menfaati⁴⁴¹ dışında

⁴³⁷ Eren, s. 34.

⁴³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, (borçlar) s. 21.; Eren, s. 35 vd.; Edis, s. 316.; Kılıçoğlu, s. 20.

⁴³⁹ Eren, s. 34.

⁴⁴⁰ “Diğer davranış yükümleri” ya da “özen gösterme yükümleri” Bkz. Larenz, I, s. 11 vd.; Kılıçoğlu, s. 20.; “Koruma yükümleri” Bkz. Kırca, s. 155 vd.

kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmalarına (korunma menfaatine) hizmet eder⁴⁴². Yan yükümler, güven ilişkisinden ve dürüstlük kuralından doğduğu için kaynağı TMK m.2/I dir. Yan yükümler, asli edim yükümüne bağımlı bir nitelik taşıyan, sözleşmenin kurulmasını engellemeye, bu nedenle de, ayrı bir talep ve dava konusu olmayan yükümlerdir⁴⁴³. Ancak, yan yükümlerin ihlali alacaklıya, bu nedenle doğan zararın tazmini davası açma hakkı verir. Başka bir ifadeyle, yan yükümler özellikle, bağlı oldukları edim yükümleri hiç veya gereği gibi ifa edilmedikleri ya da kendilerine uygun davranılmadığı takdirde tazminat davasına konu olurlar⁴⁴⁴.

Yan yükümler, amaçlarına göre, *ifaya yardımcı yan yükümler* ve *koruyucu yan yükümler* olarak ikiye ayrılır⁴⁴⁵. Ifaya yardımcı yan yükümler, ifa hazırlıkları sırasında ya da ifa anında ortaya çıkan, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun bir şekilde gerçekleşebilmesine yardım eden yükümlerdir⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Edim menfaati, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde borçlunun öncelikle borçlanılan edimi sözleşmenin amacına ve edim kurallarına uygun bir biçimde yerine getirmesi ve böylece alacaklının ifa menfaatinin tam ve doğru olarak gerçekleştirmesidir. (BK.m.67 ve 96)

⁴⁴² **Eren**, s. 30.; Ayrıca, sözleşmeden doğan yükümlülükler *edim yükümleri – koruma yükümleri* (*Schutzpflichten*) olarak da incelenmektedir. Koruma yükümleri, nitelikleri itibarıyla yan yükümler içinde yer alan dolayısı ile dürüstlük kuralı (TMK. m.2/I) ve güven ilkesinden doğan, alacaklının edim menfaati dışındaki korunma menfaatine hizmet eden ve edim menfaatinden bağımsız olan yükümlerdir. Koruma yükümleri, sözleşme öncesinde, sözleşme sırasında ya da sözleşme sonrasında doğabilirler. İhlal edilmeleri halinde alacaklıya, bağımsız bir ifa talep ve dava hakkı vermezler. Alacaklının, bu yükümleri ihlal eden borçluya karşı ancak zararını tazmin ettirmek için tazminat davası açma hakkı vardır. Ayrıntıları için bkz. **Eren**, s. 39 vd. “*Diğer davranış yükümleri*” olarak Bkz. **Larenz**, I. s. 10.; Aynı yönde **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 22

⁴⁴³ **Kılıçoğlu**, s. 20.

⁴⁴⁴ **Eren**, s. 37.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 23.

⁴⁴⁵ **Eren**, s. 37.; *Edis* ise, yan yükümleri, “*Kapsamları Bakımından Yan Yükümlülükler*” başlığı altında, *Özen ve Koruma Yükümlülükleri*, *İletme Yükümlülükleri*, *Sağlama Yükümlülüğü* ve *İşbirliği Yapma Yükümlülüğü* ayrımı yaparak incelemektedir. Ayrıntıları için bkz. **Edis**, s. 318.

⁴⁴⁶ **Kılıçoğlu**, s. 20.; Hazırlama, sağlama, muhafaza, aydınlatma ve işbirliği gibi yükümler bir yan yüküm olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s. 37.

Koruyucu yan yükümler ya da koruma yükümleri⁴⁴⁷ ise, ifa ile dolaylı olarak ilgili olup asıl fonksiyonları, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa fiili nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunması amacını taşır. Sözleşme yapmak amacıyla sosyal temasa giren kişiler, bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar⁴⁴⁸. Sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlerinden bağımsız olan bu koruma yükümlerinin dayanağı TMK.m.2/I de yer alan dürüstlük kuralıdır.

B. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL YÜKÜMLERİNİN KAPSAMI VE SINIFLANDIRILMASI

1. HEKİMİN ASLİ EDİM VE YAN EDİM YÜKÜMLERİ

Hastanın, hekim ile arasında kurulan hekimlik sözleşmesi yolu ile ulaşmak istediği asli ve birincil menfaat, sağlık durumu ile ilgili olarak hekimin bir teşhis koyması, uygun bir tedavi belirlemesi, bu tedaviyi uygulaması, tıbbi bakım ve gözetimi gibi faaliyetleri yerine getirmesidir. Dolayısıyla, hekimlik sözleşmesinin asli edim yükümü, hekim tarafından yerine getirilecek olan tıbbi teşhis, tedavi ve bakımdır⁴⁴⁹. Taraflar, somut sözleşme ilişkisini kurarken, hekimin, sadece hastalığın tanısını koyma edimini üstlendiği bir sınırlama yapabilecekleri gibi; teşhis edimi ile

⁴⁴⁷ Koruma yükümleri ya da diğer davranış yükümleri olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Edis**, s. 318.; **Kılıçoğlu**, s. 20.

⁴⁴⁸ **Eren**, s. 39 vd.

⁴⁴⁹ **Zeytin**, (tedavi) s. 101.

birlikte tıbbi tedavi ve bakım edimlerinin ifası konusunda da anlaşılabilirler⁴⁵⁰. Kaldı ki, uzman hekimin, hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi vermesi ve danışmanlık yapması da hekimlik sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Böyle bir durumda, hekimlik sözleşmesinin asli edim yükümü, tıbbi bilgi ve danışmanlığın verilmesi olarak ifade edilebilir.

Sözleşmenin, içeriğini belirleme özgürlüğü gereğince taraflar, hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak kaydı ile diledikleri yan edim yükümlerini sözleşmeye koyabilirler. Bu durum, hekimlik sözleşmesi için de geçerlidir. Örneğin, hekimlik sözleşmesinde böyle bir unsur olmadığı halde, hekim hastasına özel olarak bir sonuç garantisi verdi ise, kanaatimizce, bu, hekimin yerine getirmesi gereken bir yan edim yükümüdür. Böyle bir durumda, hekim, *sonucun da* mutlaka istenilen şekilde gerçekleşmesi yükümü altına girmiştir.⁴⁵¹ Bir başka ifadeyle, hekim hem asli edim yükümünü yani teşhis, tedavi ve bakımı tam ve gereği gibi yerine getirmek, hem de yan edim yükümünü yani sonuca ulaşmayı, kararlaştırıldığı şekilde gerçekleştirmek zorundadır. Aksi takdirde, hastanın, hekimlik sözleşmesinden elde etmeyi amaçladığı edim menfaati yerine getirilememiş olacaktır. Örneğin, bir estetik cerrah hastanın yüzünde yapılacak bir ameliyat sonrasında kesinlikle hiçbir iz kalmayacağını garanti ederse, ameliyatın özenle ve başarı ile yerine getirilmesine rağmen hastanın yüzünde iz kalırsa, yan edim yükümü yerine getirilmemiş ve

⁴⁵⁰ Hekimin, sadece teşhis koyma edimini yüklediği sözleşme ilişkisi *Diagnosevertrag*, teşhis edimi ile birlikte tıbbi tedavi ve bakım edimlerinin ifasını üstlendiği sözleşme ilişkisi ise *Behandlungsvertrag* olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Demir**, (AÜHFD) s. 232.

⁴⁵¹ Bizimde katıldığımız, doktrin ve uygulamada çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, hekim sonucun elde edilmesinden sorumlu değildir. Hekimlik Sözleşmesinin Unsurları için bkz. § 7. III. C.

böylece sözleşmeye (borca) aykırılık meydana gelmiş olacaktır⁴⁵². Yan edim yükümleri, asli edim yükümlerinden bağımsız olarak dava edilebildiği için hasta, böyle bir durumda, hekime dava açarak zararının karşılanmasını talep edebilecektir⁴⁵³.

2. HEKİMİN YAN YÜKÜMLERİ

Hekimlik sözleşmesi, asli edim yükümünün yanı sıra bazı yan yükümleri de içerir⁴⁵⁴. Bunlar, asli edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden ikinci derece (tali) yükümler⁴⁵⁵ olarak da ifade edilen *ifaya yardımcı yan yükümler* ve hastanın korunma menfaatine yönelik *koruyucu yan yükümler*dir. Ancak bu yan yükümlerin hiç biri hekimlik sözleşmesinin içeriğini belirleyen ve sözleşmeye özgün tipini veren yükümler olmadıkları için ikincil niteliktedirler. Örneğin, hekim, hastayı gereği gibi aydınlatmadan da başarılı bir tedaviyi gerçekleştirebilir ve hastanın hekimlik sözleşmesi ile amaçladığı edim menfaatini yerine getirmiş olabilir. Diğer

⁴⁵² “Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır.” **Yarg.** 15.HD., T.03.11.1999, E.1999/4007, K.1999/3868, **Uygur**, Cilt: VII, s.7629.

⁴⁵³ Sözleşmenin İhlali (Borca Aykırılık) için Bkz. § 11. III.; Yargıtay’ın eser sözleşmesi olarak nitelendirdiği, estetik ameliyat ile ilgili bir karar da: “...doğum sonrası davacının karın bölgesinde oluşan deformasyonun düzeltilmesi için davalının ameliyat yaptığı ancak 6 ay içinde tamamen iyileşmenin gerçekleşmiş olacağının kendisine bildirilmiş olmasına rağmen düzelmenin gerçekleşmemesi üzerine ikinci bir operasyon yapıldığı, buna rağmen görünüşte herhangi bir iyileşme olmadığı gibi, tamiri imkansız hasarların meydana geldiği iddia edilerek maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir.....Davacının, doğumdan sonra karın bölgesinde oluşan çatlak ve diğer deformasyonların giderilmesi işini üstlenen davalının, eser sözleşmesinin gereği olarak, bu işi davacının beklentilerine cevap verecek şekilde, fen ve sanat kurallarına uygun yapmak zorundadır.Dosya arasında bulunan fotoğraflardan ise, operasyon sonucunda arzu edilen sonuca ulaşılmadığı anlaşılmaktadır.O halde, mahkemece davalının olayda herhangi bir kusurunun bulunmadığı yolunda alınan bilirkişi raporuna göre davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...” Bkz. **Yarg.**15.HD., T. 8.6.2006, E.2005/7988, K.2006/3417, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.01.2009)

⁴⁵⁴ **Ayan**, s. 64.; **Zeytin** (tedavi) s. 102.

⁴⁵⁵ Bkz. **Edis**, s. 317.

yandan, hekim hastasını gereği gibi aydınlatmış olsa da, teşhis, tedavi ve bakım faaliyetini yerine getirirken tıbbın kabul ettiği kurallara uymamış ya da tıbbi uygulama hatası yapmış olabilir. Bu durumda, asli edim yükümünün yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırılık meydana gelmiş olacaktır.

Hekimlik sözleşmesinde, hekim tarafından hastanın aydınlatılması, hastaya sadakat gösterilmesi, sırlarının saklanması, kayıtlarının tutulması ve en önemlisi teşhis, tedavi ve bakım hizmetinin özenle yerine getirilmesi, hekimlik sözleşmesinin tam olarak yerine getirilmiş olabilmesi için hekimin, asli edim yükümünün yanında yerine getirmesi gereken *yan yükümler*dir⁴⁵⁶.

Hekimlik sözleşmesinde yer alan yan yükümleri de, genel açıklamalarımızdaki ayrımı esas alarak, ifaya yardımcı yan yükümler ve koruyucu yan yükümler olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Hekimin, hastasına özen göstermesi ve hastasının aydınlatılmış rızasını alması *ifaya yardımcı yan yükümler* olarak nitelendirilebilir. Hem özen gösterme hem de aydınlatılmış rızanın alınması, asli edim yükümü olan tıbbi teşhis, tedavi ve bakımın tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ve yardım ederler. Özellikle, özen gösterme yükümü, hekimin asli edim yükümü ve yan yükümlerin ifası açısından son derece önemlidir. Zira, hekimde tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği, sözleşmeden doğan yükümlerinin hiç ifa edilmemiş ya da kötü ifa edilmiş olmalarına neden olacak ve dolayısıyla sözleşmesel borca aykırılık sonucunu doğuracaktır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ *Demir*, hastanın aydınlatılması, hastaya sadakat gösterme, sır saklama, arşivleme ve dökümantasyon yapma ve tıbbi özen yükümünü birer tali (ikincil) edim yükümü olarak saymaktadır. Bkz. **Demir**, (kurultay) s. 155.

⁴⁵⁷ **Demir**, (kurultay) s. 155.

Hekimlik sözleşmesinde, sadakat, sır saklama ve kayıt tutma yükümleri ise, hastanın ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme amacını taşıyan *koruyucu yan yükümler* olarak sayılabilir. Bu yan yükümler, ifa ile dolaylı olarak ilgilidirler ve asıl amaçları, hastanın mal ve şahıs varlığı değerlerinin ifa fiili nedeniyle veya ifa dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan korunmasıdır. Koruyucu yan yükümler, edim yükümlerinden bağımsız olarak, sözleşme kurulmadan önce, sözleşme anında ve sözleşme sona erdikten sonra da doğabilirler⁴⁵⁸. Örneğin, serbest çalışan hekim kendisine başvuran hastasına karşı, daha bu sözleşme görüşmeleri yapılırken sadakat ve sır saklama yükümü altına girer.

Gerek ifaya yardımcı yan yükümler, gerekse koruyucu yan yükümlerin ihlal edilmiş olması, hastaya bağımsız bir ifa (eda) davası açma hakkı vermez. Ancak hekimin yan yükümleri ihlal etmesi nedeniyle hasta bir zarara uğrar ise, bu zararını hekimden talep etmek üzere tazminat davası açabilir.

IV. HEKİMİN TEŞHİS KOYMA VE TEDAVİ YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Sağlığına yeniden kavuşabilmek için, hekime başvuran hastanın, öncelikli talebi sorunun ne olduğunun, neden kaynaklandığının tespit edilmesi yani tanımlanmasıdır. Tanımlama yapıldıktan yani teşhis koyulduktan sonra ancak, teşhise göre en uygun tedavinin yapılması mümkün olabilecektir. Hekimlik sözleşmesinde hekimin asli edimi, hastanın iyileşmesini –yeniden sağlığına

⁴⁵⁸ Eren, (borçlar) s. 41.

kavuşmasını- sağlamak ya da tıp biliminin kabul ettiği esaslar çerçevesinde hastalığın etkilerinin en aza indirilmesi amacı ile özenle faaliyette bulunmaktır⁴⁵⁹. Hekim, üzerine düşen etik ve hukuki tüm yükümlülükleri, tıbbi standartlar, mesleki bilgi ve becerisi, vicdani kanaati doğrultusunda, kendinden beklenen özen ve dikkat çerçevesinde yerine getirmekten sorumludur. Hekimin, tüm çabası ve arzusu hastasının iyileşmesi olsa da, böyle bir sonuç borcu yoktur. Hastayı kesin olarak iyileştireceğini taahhüt edemez, etmemesi gerekir⁴⁶⁰.

Hekim, asli edim yükümü olan teşhis koyma, tedavi ve bakım yükümünü, önemli bazı aşamalardan geçerek yerine getirir. Bunlar, sırası ile: *hasta öyküsünün alınması ve muayene, araştırma, tetkikler ve teşhis, tedavi yöntemini seçme ve uygulamadır.*

B. HASTA ÖYKÜSÜNÜN ALINMASI VE MUAYENE

Hekimin muayeneyle başlayan yüküm ifası sürecinde, öncelikle yapması gereken, hastasının öyküsünü (anamnez) dinlemektir. Böylelikle hekim, hastanın şikayetlerinin ne olduğunu, ne zaman başladığını, ne kadar sürdüğünü, genel sağlık durumunu, ailesinde ya da geçmişte bu tür şikayetlerle ya da hastalıklarla karşılaşılıp karşılaşılmadığını, vb. bilgileri elde ederek, belirtileri tespit etmeye çalışır. Hekim – hasta işbirliği ile yürütülmesi gereken bu aşama, hastalığın doğru tespit edilebilmesi

⁴⁵⁹ Ayan, s. 70.

⁴⁶⁰ Hukuki açıdan, amaçlanan tedavi sonucunun elde edilememiş olması, tek başına sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelmediği gibi, etik açıdan böyle bir sonuç garanti edilmesi doğru kabul edilmemektedir. Bkz. § 7. III. C.

için çok önemli ancak, bir o kadar da zor bir aşamadır⁴⁶¹. Hasta öyküsünün doğru ve dikkatli bir şekilde alınması, doğru teşhis koyulmasını, doğru teşhis ise doğru bir tedavi yöntemi ile hastanın sağlığına kavuşmasını sağlayacaktır⁴⁶². Teşhis hatalarının birçoğu, hastanın öyküsü alınırken ayrıntılara dikkat edilerek azaltılabilir⁴⁶³.

Hekim, bazı durumlarda, hastanın yakınlarından bilgi isteyebilir. Küçük veya çok yaşlı hastalar, kendisini doğru ifade edemeyenler ya da acil vakalar, bu gibi durumlara örnek olarak verilebilir. Hekim, ayrıca, hastayı daha önce muayene etmiş hekimlerin bulgularından da yararlanabilir⁴⁶⁴. Ancak, daha sonra ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz gibi, hekim, sanat ve mesleğini icra ederken tamamen vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket edecektir (TDN.m.6).

Öykü alma (anamnez) aşamasını takiben hekim, hastayı ayrıntılı olarak muayyene etmeli, hastalığın teşhisi açısından ileri tetkik - röntgen, MR, tahlil vb.- ya da araştırma yapılıp yapılmamasına karar vermelidir. Hekim, ancak, mutad ve zorunlu araştırma önlemlerine başvurarak ve tüm verileri değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Bu sonuç, hastalığın tanımlanması yani teşhis edilmesi anlamına gelecektir. Yargıtay bir kararında: *“Basit bir parmak muayenesi ile “biyopsi yapmadan rektum kanseri tanısı konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar büyük aptestini karnından yapmak durumunda*

⁴⁶¹ Yıldırım’a göre ise, tanıyı koyabilmedeki en basit ancak, en önemli öğelerden biri hastanın etkin ve detaylı anamnezini almak, bu verilerden yola çıkarak semptomları birleştirmektir. Bunun iyi yapılması ön tanıyı doğru koyma şansını arttıracaktır. Bkz. **Yıldırım**, Nurhayat: *“Hekimin Hastasına Karşı Olan Sorumluluğu”* Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s.72.

⁴⁶² **Ayan**, s.65.; **Hakeri**, s.202.; **Şenocak**, (hekim) s. 61.

⁴⁶³ **Polat**, s. 155.; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Çımrım/Sevinç/Kundak/Ellidokuz**: *“Tıp Fakültesinde Çalışan Hekimlerin Meslek Anamnezi Alma Alışkanlıkları”* Toplum ve Hekim, Ocak-Şubat 1998, C.13, S.1, s.15 vd.

⁴⁶⁴ **Hakeri**, s.203.; **Ayan**, s. 65.

bırakılmasında davalı yüzde yüz kusurludur.” hükmünü vermiştir⁴⁶⁵. Hekimin, teşhise yönelik olarak hangi muayeneleri yapması gerektiği, hekim tarafından somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecek ve önceden belirli bir kurala bağlanamayacak bir işlemdir. Hekimin, hastanın başka bir hekim tarafından daha önce yapılmış muayenelerine ne ölçüde güvenmesi gerektiği de tartışılabilir. Kuşkusuz ki, uzman bir hekimin kendisinden önce başka bir hekim tarafından yapılmış olan muayene ile bağlı kalmayarak, kendisinin bizzat muayene etmesi, hekimlik sözleşmesinden de kaynaklanan bir yükümdür. Örneğin, hasta daha önce başvurmuş olduğu sağlık kuruluşu ya da hekimin uyguladığı tedaviden yarar görmediği ve sağlığına kavuşamadığı için yeni bir uzman hekimin yardımına ihtiyaç duymuş olabilir. Bu halde, daha önceki muayene ve teşhisle bağlı kalınmayarak gerekli tüm aşamaların en baştan yapılması doğru olacaktır. Ancak, daha önceki muayene ile ilgili olarak elde kesin kayıtlar varsa, örneğin, çok kısa bir süre önce çekilen röntgen, MR, laboratuvar sonuçları vb., yeniden aynı talepler ile hastaya önemli ölçüde maddi-manevi yük getirmemek gerekir.

C. TIBBÎ ARAŞTIRMA, TETKİK VE TEŞHİS

Hekimlik faaliyetinin, belki de en önemli aşaması teşhisin konması yani hastalığın tanımlanmasıdır. Zira en doğru tedavi yönteminin seçilip uygulanabilmesi için teşhis konulmuş olması gerekir. Bu aşamada hekim tıbbi standartlar gereğince olağan ve zorunlu araştırma önlemlerine başvurmuş olmalı, elde edilen tüm verileri, mesleki bilgi ve vicdani kanaati ile değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Hastalığın

⁴⁶⁵ **YHGK.** 16.2.1972., 1971/4 –137/105 Aşçıoğlu, s. 81’den naklen

doğru tanımlanamaması yani yanlış teşhis edilmesi, doğru tedavi yöntemi seçilememesine, hastanın iyileşememesine ve hatta daha sağlık durumunun bozularak daha ağır zararlara neden olabilir.

İleride daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz gibi⁴⁶⁶, hekimin mesleki bilgi, beceri ve tecrübelerini de dahil ederek koymuş olduğu teşhisin hatalı olması tek başına sorumluluğa sebep olmaz. Ancak, hekimin bu aşamaları, hasta öyküsünün alınmasından başlayarak tüm araştırma, tetkik, değerlendirmeleri, tıbbi standart uygulamalara göre yapmış ve mesleki açıdan göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermiş olarak geçmiş olması gerekir⁴⁶⁷. Hastanın öyküsünün hiç alınmaması, eksik alınması – örneğin ailesinde bu tür bir hastalığın bulunup bulunmadığının sorulmamış olması – yetersiz araştırma yapması, gerekli olan muayeneyi yapmamış olması, önemli tedavi hatalarına ve hastanın zarar görmesine neden olabilecektir.

D. TEDAVİ YÖNTEMİNİ SEÇME VE UYGULAMA

Tedavi, hekim tarafından teşhis edilen hastalığı iyileştirmeye, hastanın içinde bulunduğu sıkıntıyı en aza indirmeye yönelik olarak, tıp bilimi ve uygulamalarının esaslarına uygun olarak yapılan her tür faaliyeti kapsar. Hekimlik sözleşmesi kapsamında, yüklenilen edimin ifa edilebilmesi yani hastanın sağlığına kavuşturulabilmesi için, hekimin tespit ettiği hastalıkla ilgili olarak en uygun tedavi

⁴⁶⁶ Bkz. Teşhis (Tanı) Hataları §11. B.2. c.1.

⁴⁶⁷ “Ancak, teşhis için gerekli olan testleri yaptıran, muayeneyi yapan ve elde edilen bulguları özenle takdir eden hekim bakımından teşhisin yanlış çıkması doğrudan doğruya sorumluluğunu gerektirmez. Zira hekimin yetenekleri sınırlı olduğu gibi, özenli bir araştırmaya rağmen bazen belirtiler hiç elde edilemeyebilir veya aynı anda birden fazla hastalığa işaret edebilir.” **Hakeri**, s.209.; **Ayan**, s.66 .

yöntemini seçmesi gerekir. Hekim, çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz riskler altına sokmamalı ve en emin yolu tercih etmelidir⁴⁶⁸. Yargıtay kararlarında⁴⁶⁹ da yer alan bu ilke, özünde Hipokratik etik geleneğinin başladığı yıllardan günümüze kadar hekim-hasta ilişkisinin temel ilkesi olan zarar vermeme ilkesi ile birlikte uygulanmaya çalışılan yararlılık ilkesidir.

TDN. m.6 hükmü, hastasına uygulayacağı tedavi yöntemini seçmeyi, hekimin iradesine bırakırken, TDN m.2 hükmünde de hekimi muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlü kılmaktadır. Her hastalık için, çok çeşitli tedavi yöntemleri olabileceği gibi, her hastanın sağlık durumu, fiziksel ve ruhsal özellikleri de, doğal olarak birbirinden farklıdır. Bu nedenle, tedavi yöntemini seçme konusunda hekimin, somut olayın özelliklerine göre seçim yapabilmesi doğru bir yaklaşımdır. Örneğin, hastasına uygulayacağı ilaç tedavisi açısından hekim, ileri yaştaki bir tansiyon ya da kalp hastasına, hali hazırda kullanmakta olduğu ilaçlar ile etkileşim içine girerek, olumsuz sonuçlar yaratmayacak bir tedavi yöntemi seçmelidir. Aynı şekilde, herhangi bir bayan hastaya uygulanacak tedavi yönteminin, hamile bir hastaya uygulanması sakıncalı olabileceğinden, hekimin bu seçimi doğru yapması son derece önemlidir.

⁴⁶⁸ “En uygun yöntemden kasıt, hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntemdir. Bu anlamda olmak üzere “en emniyetli yol prensibi (Prinzip des sichersten Wegs)” den söz edilmektedir. Dolayısıyla hekim, aynı başarıyı daha az riskle temin etmeye elverişli geleneksel bir yöntem mevcut iken, daha fazla riski olan bir yöntemi seçemez.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s.66 ve 91.

⁴⁶⁹ “Doktor.....çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir.”**Yarg.** 13.HD., E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003; **Yarg.**13.HD., E.2002/2589, K.2002/4560, T.24.4.2002. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

Hekim, meslekî tecrübe ve bilgisine dayanarak vicdanen daha önce denenmemiş ya da çok az denenmiş bir yöntemin, hastasına uygun olduğunu ve iyileşme şansını artıracağını düşünüyor ise, hastasını uyarmak ve rızasını da almak kaydı ile bu yöntemi tercih edebilir⁴⁷⁰. İşte böyle bir durumda, seçilen tedavi yönteminin yeniliği ve denenmemişliği arttıkça hekimden beklenen özen gösterme yükümü⁴⁷¹ arttığı gibi, hastasını bu yöntemle ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması da gerekecektir⁴⁷².

Seçilmiş olan tedavi yönteminin uygulanmasına gelince, hekim tedaviyi, hastasının herhangi bir zarara uğramasını önleyecek tüm tedbirleri alarak⁴⁷³ özenli, dikkatli, tıbbi standartlara ve meslek etiği kurallarına uyarak uygulamakla yükümlüdür. Hekimlik sözleşmesinin, insani boyutu ve güven temelinde kurulan ilişki, hekimin tedaviyi bizzat uygulaması gereğini doğurur. Ancak, hekimin, tıbbi faaliyetleri yerine getirirken yardımcı kişilerden örneğin, muayenehanesindeki sekreter, hemşire, hasta bakıcı, asistan, anestezi uzmanı gibi kişilerden yardım alması mümkündür.

⁴⁷⁰ **Tandoğan**, (borçlar) s.417.

⁴⁷¹ **Ayan**, s.91-92.; **Başpınar**, Veysel: “*Hekimin Özen Borcu*” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.31.

⁴⁷² Yeni ve az denenmiş bir tedavi yönteminin denenmesi, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün de genişlediği hallerden biridir. Bkz. § 8. VI. D. 3.

⁴⁷³ **Ayan**, s.67.

V. HEKİMİN İŞİ BİZZAT GÖRME YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

BK.m.67 hükmü, bir sözleşme ilişkisi içinde borçlunun borcunu şahsen yerine getirmesini kural olarak değil, istisna olarak düzenlenmiştir⁴⁷⁴. Borçlunun, borcunu şahsen ifa etmesinde alacaklının yararının bulunması, bizzat borçlunun *kişisel yetenek ve niteliklerinin* önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusu olur. Bunlar, genellikle yapma borcu doğuran iş görme sözleşmeleridir⁴⁷⁵. Vekâlet sözleşmesi de, taraflar arasında güvene dayanan bir iş görme sözleşmesi olduğundan vekil, sözleşme konusu işi bizzat yapmakla yükümlüdür ki, vekâlet sözleşmesi nedeni ile üstlendiği en önemli yükümlerden biri budur. Vekilin, iş görme borcunun kişisel niteliği ile onun yeteneklerine ve ahlakî niteliklerine olan güvene dayalı olması - müvekkilin iradesine ve menfaatine bu şekilde uygun olduğu sürece- işin bizzat vekil tarafından yapılmasını ve kural olarak yardımcı kişilere başvurulmamasını gerektirmektedir⁴⁷⁶.

BK. m. 390/III de, bu kurala getirilen üç istisna düzenlenmiştir: müvekkil, vekilin başkasını tevkil etmesine açıkça veya örtülü olarak rıza gösterebilir; geçerli örf gereğince vekile böyle bir olanak tanınmış olabilir veya mevcut duruma göre vekil yerine başkasını tevkil etmek zorunda kalabilir⁴⁷⁷. Belirtilen bu durumlar da, vekilin işi başkasına gördürmesi ise çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Vekil,

⁴⁷⁴ BK. m. 390/III. Vekilin işi bizzat görme borcunu açıkça düzenlerken, belli durumlarda bu kuralın dışına çıkılabileceğini de hükme bağlamıştır: “*Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur*”.

⁴⁷⁵ Kılıçoğlu, s.403.

⁴⁷⁶ Tandoğan, (Borçlar) s. 613.

⁴⁷⁷ Tandoğan, (borçlar) s. 457 vd.; Aral, s. 408 vd.; Yavuz, s. 385 vd. ; Akipek, s. 108 vd.

vekâletin konusuna giren bazı işlerin ifasını yardımcı kişiye⁴⁷⁸ bırakabilir; ikame vekil⁴⁷⁹ atayabilir veya vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işin görülmesini alt vekile⁴⁸⁰ tevdi edebilir⁴⁸¹.

B. HEKİMİN YARDIMCI ŞAHIS KULLANMASI YA DA YERİNE

BAŞKA BİR HEKİM KOYMASI

Vekilin işi bizzat görme borcu, hekimlik sözleşmesi için de hekimin yükümleri arasında da yer almaktadır⁴⁸². Hekimlik sözleşmesinde, hekim, insan hayatı ve sağlığı gibi temel kişilik değerlerine yönelik bir edim üstlenmektedir ki, sözleşmenin temeli özel bir önem ve güven ilişkisi üzerine kurulmaktadır. Bu şartlarda, hekimin üstlendiği edimi bizzat yerine getirmesi –istisnai durumlar dışında – hukuki ve etik bir yükümdür.

Tehlikeli olmaları, zorlukları veya muhtemel öngörülemeyen reaksiyonları dolayısıyla, hekimin uzmanlık bilgisini şart koşan ve bu nedenle bizzat hekim

⁴⁷⁸ Yardımcı kişi için bkz. **Oğuzman / Öz**, s.351 vd.; **Eren**, s. 576 vd. ; **Kılıçoğlu**, s.404 vd. ; **Von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt:I, çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s.589.; **Şenocak**, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.; **Akipek**, s. 131 vd.

⁴⁷⁹ İkame vekil için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.461 vd.; **Aral**, s.410.; **Erlüle**, Fulya: Alt Vekâlet, Prof.Dr.S.Sulhi Tekinay Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s.261 vd.; **Akipek**, s. 121 vd.

⁴⁸⁰ Alt vekil için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s. 459 vd.; **Aral**, s. 409.; **Yavuz**, s.386 vd.; **Akipek**, s.108 vd.;

⁴⁸¹ **Akipek**, s.61.

⁴⁸² **Reisoğlu**, s.13. Yargıtay'da bir kararında “Doktorun, şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken, hastayı ve yardımcı personeli uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerekir hekimin uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uyarmamış olması onun sorumluluğunu gerektirir...” şeklinde hüküm vermiştir. **Yarg.** 4.HD., 13.3.1973, E.2684, K.2978; Yüksek Sağlık Şurasına yansıyan bir olayda; göz uzmanı hekim, gözü enükleasyona (gözün çıkarılması) tabi tutulacak hastanın ameliyatına kendisi yerine asistanını göndermiştir. Asistan hasta dosyasını özensiz bir şekilde inceledikten sonra ameliyata girmiş ve sağlam gözü alınmıştır. Bu olayda hem asistan hem de uzman hekim ağır kusurlu bulunmuştur. Bkz. **Hancı**, Hamit: Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 31.

tarafından yerine getirilmesi zorunlu olan faaliyetler hekim dışındaki kimseler tarafından yapılamaz⁴⁸³. Ancak, gelişen tıp bilimi ve teknoloji nedeniyle - BK. m.67 düzenlemesinden yola çıkarak- hekimin, kendisi tarafından şahsen yapılması zorunlu olmayan işlemler için yardımcı kişiler kullanabilmesi mümkündür⁴⁸⁴. Buna göre, hekim, asli edim yükümü olan *teşhis koyma, en uygun tedaviyi seçip uygulama ve tıbbî bakımı* şahsen ifa etme yükümü altında olmakla birlikte, somut olayın özellikleri ve tıp biliminin izin verdiği ölçüde yardımcı kişilerden faydalanabilecektir⁴⁸⁵. Örneğin, hekim bizzat yaptığı ameliyatta hemşire, yardımcı hekim ya da asistanlardan yardım alabilir. Aslında yapılan birçok tıbbi faaliyet böyle bir iş bölümü ve yardımlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Bir iç hastalıkları uzmanının, hastaya cerrahi bir müdahale yapılmasının gerekli olduğu hallerde, bir cerraha başvurması ya da hekimin tatil veya başka bir nedenle bulunamayacağı durumlar için hastalarını başka bir hekime yönlendirmesi- başka bir hekimi yerine ikame etmesi- teamüldendir⁴⁸⁶. Hekimin vekâleti yerine getiremeyeceği hallerde, -örneğin aniden rahatsızlanması durumunda- vekâleti bir başka meslektaşına devretmesi somut olayın özelliklerine göre, bir zorunluluk hali teşkil etmektedir.

⁴⁸³ **Hakeri**, s.201. Yazar ayrıca kişisel edim yükümlülüğünü, temsil edilebilen edimler, temsil edilemeyen edimler şeklinde ayırarak incelemektedir; “*Temsil edilebilir edimler arsında; laboratuvar faaliyetleri, sonda değişimi ve basit sargı ve bandajın değiştirilmesi ve radyolojik faaliyetler, genel olarak temsil edilebilen, edimler arasında sayılmaktadır. Ameliyatlar, zor enjeksiyonlar, infüzyon (büyük miktardaki sıvının vücuda sokulması), muayene, teşhis ve hastaya bilgi verilmesi vb. ise temsil edilemeyen edimler olarak gösterilmektedir.*” Bkz. **Hakeri**, s.200-201.

⁴⁸⁴ **Şenocak**, (hekim) s. 97.

⁴⁸⁵ Hastaya iğne yapılması, tansiyonunun ölçülmesi, serum verilmesi, kan alınması, röntgen çekilmesi, strelizasyon işlemlerinin yapılması gibi hastanın hekim tarafından şahsen ifada özel bir menfaati bulunmayan, dolayısıyla BK. m.67 gereğince hakimin şahsen yerine getirmeye mecbur olmadığı ve yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli edimlerde hemşire, röntgen asistanı, yardımcı hekim, tıp öğrencisi ve laborant gibi yardımcı şahıslar görev alırlar. **Özay**, s. 77.

⁴⁸⁶ **Tandoğan**, (borçlar) s. 457 vd.

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, hekimin yerine başka bir hekimi koymasıyla, bazı tıbbi faaliyetlerin ifasını yardımcı kişilere bırakması, şartları ve sebep olacağı sorumluluk açısından farklıdır. Hekim, yardımcı kişi kullanmak nedeniyle BK.m.100'e göre⁴⁸⁷ sorumlu olacakken, ikame hekim⁴⁸⁸ ya da alt hekimlik sözleşme⁴⁸⁹ ile başka bir hekime vekâleti devretmesi BK. m.390/III kapsamında değerlendirilecek ve caiz olup olmamasına göre hekimin sorumluluğunu belirleyecektir. Örneğin, hekim eğer hastasının rızasını alarak, yerine bir başka hekimi koydu ise caiz olan alt hekimlik sözleşmesi gerçekleşir. Böyle bir durumda hekimin sorumluluğu, BK. m. 391/II hükmü doğrultusunda *"kendi yerine koyduğu kişiyi seçme ve talimat vermede göstereceği özenle sınırlı"* tutulacaktır. Ancak, hastanın açık ya da zimni rızasına başvurmadan, zorunluluk ya da hekimlik mesleğinin teamüllerine dayanan bir durum olmadan, hekim kendi yapması gereken tıbbi müdahaleyi bir başkasına yaptırır ise caiz olmayan bir alt hekimlik söz konusudur⁴⁹⁰. Böyle bir durumunda, BK.m. 391/I gereğince, hekim kendi yerine geçen kişinin tüm eylemlerinden sorumlu olur⁴⁹¹. Böyle bir durumda hekimlik sözleşmesine de aykırı davranılmış olacağından, hekimin sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

⁴⁸⁷ Örneğin bir hekimin özel muayenehanesinde, kendisi tarafından istihdam edilen hemşirenin yaptığı iğne nedeniyle bacakta fonksiyon kaybı olması dolayısı ile açılan davada Yargıtay'ın vermiş olduğu karar şu şekildedir: *"BK. m.100 uyarınca, bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiillerinden davacılar karşı sorumludur...."* **Yarg.** 13.HD. T.22.05.2003, E.2333, K.6348 www.kazanci.com (erişim tarihi: 3.4.2008)

⁴⁸⁸ İkame hekimlik de (*Ersatzärztlich*), ikame edilen hekim ile hasta arasında yeni bir hekimlik sözleşmesi kurulmuş olur. Bkz. Demir, (AÜHFD) s. 239.

⁴⁸⁹ Alt hekimlikte (*Unterarztvertrag*), asıl hekim ile alt hekim arasında, hastanın taraf olmadığı ayrı bir hekimlik sözleşmesi kurulur." Bkz. **Demir**, (AÜHFD) s. 239.; Caiz olan alt vekalet için bkz. **Akipek**, s.117 vd.; **Uygur B.**, Atiye: *"Alt Vekalet Sözleşmesinde Müvekkil – Alt Vekil İlişkisi"* Prof.Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008., s. 639.

⁴⁹⁰ Caiz olmayan alt vekalet için bkz. **Akipek**, s.118 vd. ; **Uygur B.**, s.639.

⁴⁹¹ **Ayan**, s. 70.; **İpekyüz Yavuz**, s. 98.; **Demir**, (AÜHFD) s. 240.

VI. HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Hekimin hastayı aydınlatma yükümü, hekimlik sözleşmesinde, benzer sözleşme ilişkilerinden çok daha özellikli olarak⁴⁹² karşımıza çıkan, önemli bir etik ve hukuki yükümlülüktür⁴⁹³. Özellikle, hekimin hasta üzerinde uyguladığı ameliyat ve diğer tıbbi müdahaleler, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması⁴⁹⁴, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ve özelliğini açıkça ortaya koymaktadır⁴⁹⁵. Hekimin, hastası üzerinde herhangi bir iyileştirme ya da araştırma faaliyetine girişmeden önce mutlaka aydınlatılmış rıza almasının gerekli olduğu, son yıllarda tüm tıbbi ve etik kurallar tarafından da ifade edilmektedir⁴⁹⁶. *Aydınlatılmış Onam*, *Aydınlatılmış Rıza*, *Bilgilendirilmiş Rıza*, *Bilgilendirilmiş Olur..* vb. terimler⁴⁹⁷ ile literatüre giren aydınlatma kavramı, hastanın kendisine yapılacak tıbbi

⁴⁹² “Aydınlatma yükümü açısından hekim ve hasta arasındaki ilişki, hukuk alanı içinde farklı bir yere sahiptir” **Abaglen**, Sandro: Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungs-beziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995. s. 35 vd.

⁴⁹³ *Byrne*, sağlık sektöründeki bir şirketin etik değerlerini sorguladığı ve şirket çalışanlarından birinin yaşadığı gerçek bir öyküye dayanarak yazdığı kitabının girişinde aydınlatılmış onamı şu şekilde tanımlamıştır: “*Aydınlatılmış rıza, her hastanın kendi vücuduna ne yapılacağına kendisinin karar verme hakkı temeline dayanan bir tıp doktrini-durumdur. Hekimlerin yapılacak işlem ya da operasyonla ilgili olarak tüm riskler ve faydalar hakkında hastalarını aydınlatmaları gerekir. Hastalar bu risklerle ilgili olarak sadece aydınlatılmamalı, aynı zamanda riskleri tam olarak anlamış da olmalıdırlar.*” Bkz. **Byrne** A. John: Informed Consent, New York 1996, s.1.; Ayrıca bkz. *Informed Consent: The Emerging Norms* başlığı altında: **Veatch**, s. 79.

⁴⁹⁴ **Spickhoff**, Andreas: “*Informed Consent –Recent Developments*”, World Medical Journal Vol.54, No:1, March 2008, s.9.; **Şenocak**, (hekim) s. 44.

⁴⁹⁵ **Ozanoğlu**, s. 56.

⁴⁹⁶ **Beauchamp/Childress**, s. 63.

⁴⁹⁷ “*Bilgilendirme sözcüğü, tek başına kullanıldığında kavrayışı içermediğinden, “Aydınlatma” kullanılmaktadır. “Olur ya da Rıza” vermenin konuyla ilgili tüm etik ve yasal sorumluluğunu oluru verene yüklemesi söz konusudur. Buna karşın “Onam” verme durumunda öneriyi sunanın yükümlülüğü sürmektedir.*” **Çelik**, Faik: “*Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB-Yüksek Onur Kurulu Kararları)*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 71.; Ünver ise, hukukçular tarafından kullanılan *aydınlatılmış rıza* terimi kadar genelde tıpçılar tarafından kullanılan *aydınlatılmış onam* terimini de hatalı bulmakta, önceden yapılan aydınlatmanın hukukten geçerli bir rızanın içinde zaten var olduğunu ve bu tarzda kullanılmasının kavram

tedavi ve müdahaleye rıza göstermesinin de bir anlamda ön şartı olarak kabul edilebilir⁴⁹⁸.

Uluslararası tıp etiği ve tıp hukuku standartlarına göre – hastanın sağlığına hizmet etmek için yapılıyor olsa da – prensip olarak, her türlü tıbbi müdahale, hastanın aydınlatılmış rızası ile yapılabilir⁴⁹⁹. Hastanın tedavi ya da ameliyatı isteyip istemediğine karar verebilmesi için, durumu ve uygulanacak tedavi ile ilgili olarak önceden bilgi sahibi olması gerekir. Bu çerçevede, hastanın vücut bütünlüğüne, hasta aydınlatılmaksızın alınan rızaya dayanılarak yapılacak her müdahale, hukuka aykırı bir müdahale oluşturmaktadır⁵⁰⁰.

Hekimin aydınlatma yükümü, iki temel gerekçeye dayanmaktadır: Bunlardan ilki AİHS m.2 ve Anayasalar tarafından güvence altına alınmış olan “*kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı*” (*Das Selbstbestimmungsrecht / self-determination*)⁵⁰¹ gereğince kendisine yapılacak olan tıbbi müdahale için bir onay vermek durumundadır; hasta, neye onay verdiğini -ya da vermediğini- bilmesi açısından önceden bilgilendirilmelidir. Aydınlatma yükümünün, ikinci gerekçesi ise, hastayı tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmek, hastalığın iyileşmesi ve sağlığa kavuşması bakımından gerekli hareket tarzlarını hastaya göstermektir⁵⁰².

kargaşası yarattığını ifade etmektedir. Ayrıca, rıza yerine kullanılan *onama* ve *onay* terimlerini de hatalı bulmaktadır. Ayrıntılar için bkz. Ünver, s. 239 vd.

⁴⁹⁸ Aşçıoğlu, s. 27.

⁴⁹⁹ Spickhoff, s.9.; Jonsen/Siegler/Winslade, s. 49.

⁵⁰⁰ Gümüş, s.163.

⁵⁰¹ Kişinin kendisi ile ilgili kararları kendisinin alabilmesi anlamına gelen “*kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı*” kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı ile çok yakın ilişki içindedir. Zira, vücut bütünlüğünün korunması, her türlü müdahale hakkında kişinin serbestçe karar alabilmesine da bağlıdır. Bu nedenle, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile vücut bütünlüğü üzerindeki hak (*Die Körperliche Integrität*) birbirlerine ayrılmaz şekilde bağlıdır. Bkz. Wiegand, s. 120 vd.

⁵⁰² Fischer, Gerfried: “*Die Ärztliche Aufklärungspflicht im Deutschen Zivilrecht*”, YÜHFD. Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 17-18

B. AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKÎ DAYANAKLARI

Hukuksal açıdan bakıldığı zaman, hastaya yapılacak olan her tür tıbbî müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne yapılan bir ihlal anlamını taşır. Bu müdahalenin hukuka aykırılık taşıması, hastanın rızasına dayanması ya da yasal olarak yetki verilmiş zorunlu bir müdahale olması gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına bağlıdır. Bu nedenle, hekim aydınlatma yükümünü gereği gibi yerine getirmediğinde, hastanın tedavi için verdiği rızanın sakatlandığı, bu bağlamda geçerli bir rıza olmadan yapılan rızanın ise vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuran bir hukuka aykırılıkla karşı karşıya olduğu kabul edilir⁵⁰³. Zira kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkının kapsamında yer alır ve bu varlıklara yapılan her türlü müdahale – hukuka uygunluk sebeplerinden biri yok ise - kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Kişilik hakları ve kişilik haklarına yapılacak hukuka aykırı müdahaleler temel yasalar ile güvence altına alınmıştır⁵⁰⁴. Ancak, tıbbi müdahaleyi kabul etmek ya da reddetmek hakkı, hukuki dayanağını sadece vücut bütünlüğüne saygı hakkında değil, ayrıca bireysel özerklik (*private autonomy*)

⁵⁰³ **Thévenoz**, Luc / **Werro**, Franz: Commentaire Romand, Code des Obligations I, Genève-Bale-Munich 2003, s. 2051-2052.; ATF 117 Ib 197, JdT 1992 I 214; TF, SJ 1995 708

⁵⁰⁴ Kişilik hakları, Anayasa ve Türk Medenî Kanunu'nun yaptığı düzenlemeler ile koruma altına alınmış mutlak haklardandır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası: "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17.maddesinde şu düzenlemeyi yapmıştır: "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" Türk Medenî Kanunu ise 23.maddesinde kişiliğin korunması ile ilgili olarak "vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı" başlığı altında üç fıkraya yayılan şu düzenlemeyi yapmıştır: "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*" Ayrıca, Türk Medenî Kanunu 24 üncü, Türk Borçlar Kanunu ise 47 inci maddelerinde kişilik hakkına ve o kapsamda yer alan haklara yapılan hukuka aykırı saldırı ve müdahalelerin hangi yaptırımlara tabî olacağını hüküm altına almışlardır. Ayrıca Bkz. **Akıntürk**, s. 395 vd.; **Kılıçoğlu**, (borçlar) s. 312 vd.; Kişilik hakkı ve kişilik hakkının nitelikleri için Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008; **Eren**, s. 710 vd.; Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Manevî Tazminat ile ilgili içtihatlar için ayrıca bkz **Uygur**, Cilt: II., s. 2178 vd.

hakkında bulmuş olur. Bireysel özerklik, başkalarına, bu özerkliğe saygı duyma ve kişinin rızası dışında bunu ihlalden kaçınma mükellefiyeti yükler⁵⁰⁵.

Diğer yandan, kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi, farklı ifadeleri ile otonomi ya da özerklik yine kişilik hakları kapsamında değerlendirilen ve aydınlatılmış rızanın alınması yolu ile korunabilen bir haktır⁵⁰⁶. Özerklik (*autonomy*), kişinin davranış şeklini, kendi seçtiği bir plan doğrultusunda belirleyebilmesini ifade eden, kişisel özgürlüğü olarak tanımlanabilir⁵⁰⁷. Çağdaş hukuk sistemlerinde, kişinin kendi geleceğini kendisinin belirleme hakkı, Anayasalar tarafından güvence altına alınmıştır⁵⁰⁸. Herkes, hekim yardımından faydalanmak veya hastalığının seyrini kadere bırakmakla ilgili olarak seçim hakkına sahiptir⁵⁰⁹. Bu nedenlerle, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, insan haklarına, insan onuruna ve hastanın kendi yaşamı ve geleceği hakkında karar verme hakkına yani kişi özerkliğine duyulan saygının bir gereğidir⁵¹⁰.

Özel hukuk açısından, hekimin aydınlatma yükümünü değerlendirdiğimizde ise, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin bir uzantısı olarak hekimin aydınlatma yükümü, vekilin sadakat yükümü içinde yer almaktadır⁵¹¹. Başka bir ifadeyle, aydınlatma, hekim için doğrudan doğruya hekimlik

⁵⁰⁵ **Güven**, s. 108.

⁵⁰⁶ **Beauchamp**, / **Childress**, s. 63.

⁵⁰⁷ “*Autonomy is a form of personal liberty of action where the individual determines his or her own course of action in accordance with a plan chosen by himself or herself.....A person’s autonomy is his or her independence, self –reliance and self-contained ability to decide.*” **Beauchamp**, / **Childress**, s. 56.

⁵⁰⁸ TC. Anayasası m.17 ve m.20; Federal Alman Anayasası Art. 1 I, 2 I, II 1.

⁵⁰⁹ **Hakeri**, Hakan: “*Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*” YÜHFD. Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 33.

⁵¹⁰ **Çelik**, s. 78.; **Jonsen/Siegler/Winslade**, s. 49.

⁵¹¹ **Gümüş**, s.161 vd.; **Ozanoğlu**, s.63.; **Wiegand**, s. 125.; **Fellmann**, , Art.398, Nr. 146.; **Weber**, Rolf: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996, Art 398, Nr.9.

sözleşmesinden doğan bir yükümdür⁵¹². Buna nedenle, aydınlatma yükümü, vekil için, vekâlete yabancı menfaatler karşısında, müvekkilin menfaatine tabi olmayı, bu çerçevede vekâlet sonucunu elde etmeye yönelik olarak gerekli her türlü aydınlatmayı yapmayı⁵¹³ ve bilgiyi sağlamayı ifade eder⁵¹⁴. Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü vekilin sadakat yükümü yanında, vekilin müvekkilin emir ve talimatları dairesinde hareket etmesini düzenleyen BK. m.389 ve vekilin müvekkile hesap verme borcunu düzenleyen BK.392 hükümlerinden de çıkarmak mümkündür⁵¹⁵.

Genel hukukî düzenlemelerin yanı sıra, hekimin aydınlatma yükümü, dolaylı olarak bile olsa, özel düzenlemelerde de yer almıştır. Öncelikle 1219 sayılı Kanun m.70 her türlü tıbbî işlem için hastanın rızasının mutlaka alınmasını düzenlerken, örtülü de olsa hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğüne de ver vermiştir⁵¹⁶.

TDN m.14/II de ise aydınlatma yükümü dolaylı olarak şu şekilde yer verilmiştir: “....*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın*

⁵¹² Ott, s. 34.

⁵¹³ Örneğin Avukatlık Sözleşmesinde, davanın görünümü ve başarı şansı bakımından müvekkilin bilgilendirilmesi avukatın önemli yükümlülüklerinden biridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Günergök**, s. 59 vd.

⁵¹⁴ **Gümüş**, s.61-62.

⁵¹⁵ **Ozanoğlu**, s. 63. Ancak, şunu da gözden kaçırmamak gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastalık, tedavi ya da muhtemel müdahale ile ilgili olarak hastaya verilecek olan bilgiler –örneğin tedavi süresi, başarı şansı, maliyeti vb. – çoğu zaman hekim ve hasta arasında bir hekimlik sözleşmesinin kurulup kurulmayacağını – örneğin zorunlu olan ameliyatın o hekim tarafından yapılmasının istenip istenmeyeceğini – da belirleyen bir fonksiyona sahiptir. Bu nedenle, hekim aydınlatma yükümü, özel hukukun temel kuralı olan MK. m.2’ye göre “dürüstlük kuralı” çerçevesinde yerine getirmelidir.

⁵¹⁶ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun m.70: “*Tabipler, dış tabipleri, dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyeî cerrahîyeler için bu muvafakatın tahrirî olması lâzımdır.(Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.”Hilâfında hareket edenlerden yüzyetmişdörtmilyon lira idarî para cezası alınır.*

artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır....” .

Yargıtay da bir kararında⁵¹⁷: *“Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi ve bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir....”* görüşünü ortaya koymuştur.

Hekimin aydınlatma yükümü, daha yakın tarihli ve daha özel nitelikli düzenlemelerde de açık ifadeler ile yer almıştır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un *“Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü”* başlığını taşıyan 7 inci maddesi organ ve doku alacak hekimlere, a bendinde *“vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik ve ailevî ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek”*, b bendinde ise *“organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak”* görevini yüklemiştir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda da gerek gebeliğin sonlandırılması gerekse kısırlaştırma için ilgilinin rızası şart koşulmakta, bu rıza beyanından önce hekim tarafından yapılacak açıklamanın kapsamı ise, bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 83/7395 sayılı *“Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve denetlenmesine İlişkin Tüzük”*ün izin belgesi örneğinde

⁵¹⁷ **Yarg.** 4.HD., 7.3.1977, E.976/6297, K.977/2541, YKD., 1978, S.6., s.905 vd.

gösterilmektedir⁵¹⁸. Hekimin aydınlatma yükümü ile ilgili bir diğer düzenleme ise halk arasında tüp bebek tedavisi olarak bilinen invitro ve fertilizasyon ve embriyo transferi merkezlerinde uygulanan tıbbî müdahaleleri için getirilmiştir⁵¹⁹.

Türk Tabipleri Birliği tarafından, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanun'unun 59/g maddesine dayanarak 01.02.1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının, *Aydınlatılmış Onam* başlığını taşıyan 26. maddesinde, hekimin aydınlatma yükümü detaylı bir şekilde yer almaktadır:

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

⁵¹⁸ 24.5.1983 tarihinde kabul edilen (R.G.: 27.5.1983 – 18059) Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Tüzüğüne göre verilecek olan rahim tahliyesi için belgesinde hasta şu metnin altına imzasını atarak müdahale için hekime onay vermektedir. *“Müdahaleden önce görevli doktorun tüm açıklamalarını dinledik. Rahim tahliyesine rıza ve iznimiz olmadan girişilemeyeceği, bu işlemin tıbbî sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bu konuda, sorumlulukların bize ait bulunduğu bilincinde olduğumuzu, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddî ve manevî baskı altında olmaksızın rahim tahliyesini kabul ettiğimizi, gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastahane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı ve gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz. Gebe / Eş / Veli / Vasi*

⁵¹⁹ 21.8.1987 tarih ve 19551 numaralı “İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği.

Hasta Hakları Yönetmeliği⁵²⁰ Üçüncü Bölümü “Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı” başlığı altında, 15.maddesinde şu düzenlemeye yer vermiştir:

“Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir....”.

C. AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN TÜRLERİ

Hekimlik sözleşmesi ile kurulan, hekim – hasta ilişkisi açısından aydınlatma yükümünün iki temel amacından bahsedilebilir. İlki, hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisini sağlamak ve bunu tedavinin devamı süresince de güçlendirmektir. Bir diğeri ise, hastanın önerilen tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri, ona anlaşılabilir bir dille iletebilmektir⁵²¹. Bu amaçlar, ancak, aydınlatma yükümünün özenle yerine getirilmesi yolu ile gerçekleşebilir. Hekim, hastasına karşı dürüst olmalı, ihtiyacı olan bilgileri vermelidir ki, hasta kendisi ve hayatının devamını planlasın ve bir seçim yapabilsin⁵²².

Hekimin aydınlatma yükümü, doktrin de Alman hukukunun⁵²³ etkisi ile *Müdahale Aydınlatması* (kendi geleceğini belirleme aydınlatması) ve *Koruma*

⁵²⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği, RG. No: 23420, Tarih: 01.08.1998

⁵²¹ Roggo, s. 77.; Ozanoğlu, s.64.

⁵²² Higgs, Roger: “On Telling Patients the Truth” Bioethics: An Anthology, UK 2000, s. 509.

⁵²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., München 2002, § 62. ; Roggo, s. 79.

Aydınlatması (teröpatik/iyileştirme aydınlatması olarak) olarak ikili bir ayırım altında incelenmektedir⁵²⁴.

1. MÜDAHALE AYDINLATMASI

Müdahale aydınlatması (*Eingriffsaufklärung*), Alman hukukun da kullanılan terim ile kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*), tıbbî müdahale için gerekli olan hastanın hukuka uygun rızasının oluşmasını sağlayacak ve buna temel oluşturacak bilgileri içeren aydınlatmadır⁵²⁵. Aydınlatma, hastanın kendisi ile ilgili olarak serbestçe karar verebilmesini mümkün kılmalı ve bu karar somut olayın özelliklerine göre önemli olan tüm faktörler bilinerek, bütün durumlar değerlendirilerek verilmiş olmalıdır⁵²⁶. Hekim, hastasına teşhisin ne olduğu, buna karşı ne tür tedaviler yapılabileceği, tedavilerin sonuçları, riskleri, gerçekleşebilecek yan etkileri de dâhil olmak üzere ayrıntılı bir açıklama yapmak durumundadır.

Müdahale aydınlatması farklı açılardan ele alınarak, *teşhis aydınlatması*, *süreç aydınlatması* ve *riziko aydınlatması* olarak da alt türlere ayrılarak incelenmektedir.

⁵²⁴ **Roggo**, s.81.; **Laufs/Uhlenbruck**, § 62 ve § 63.; Esas itibariyle aydınlatma kapsamında hastaya verilmesi gereken bilgiler 3 temel aşamadan oluşur: Teşhisle ilgili aydınlatma, tedavi süreci ile ilgili aydınlatma, riskler ile ilgili aydınlatma. Bkz. **Demir**, (kurultay) s.157-158.

⁵²⁵ **Fischer**, s. 20.

⁵²⁶ **Ozanoğlu**, s.65.

a. Teşhis Aydınlatması

Hekime başvuran bir hastanın, gerekli muayene, tahlil vb. yapıldıktan sonra öğrenmek isteyeceği ilk şey hastalığının tanımlanması yani, teşhistir. Hastanın, ilk olarak tıbbi bulgular ve teşhis hakkında aydınlatılması (*Diagnoseaufklärung*) gerekir⁵²⁷. Hekim, tıbben tespit ettiği bulguların ne anlama geldiğini, bazı istisnalar dışında, hastaya anlayabileceği bir şekilde açıklamak zorundadır⁵²⁸. Hekimin açıklayıcı bilgi vermekten kaçınması, tamamen susması, aydınlatma eksikliği anlamına gelir ki, bu da hekimin özen gösterme yükümünü ihlal etmesi nedeniyle, hukukî sorumluluğunu doğuracaktır. Genel olarak, aydınlatma yükümünün genelinde olması gerektiği gibi, teşhis aydınlatmasında da hekim, hastasının entelektüel düzeyini dikkate alarak uygun ifade ve terimlerle bilgi vermelidir.

Ancak, teşhis aydınlatması, eğer hastanın karar vermesi için önem taşıyor ise gereklidir. Örneğin, son aşamasına gelmiş bir kanser teşhisinin hastaya hemen açıklanmasının bir yararı olmayacağı gibi, zarar da verebileceği göz önünde bulundurulmalıdır⁵²⁹.

b. Tedavi (Süreç) Aydınlatması

Hekim, hastasını teşhis ile ilgili olarak aydınlattıktan sonra, önerdiği tedavi ya da ameliyatın yapılması ya da yapılmaması durumunda neler yaşanabileceği hakkında da bilgilendirmek zorundadır. Bu nedenle hekim, hastasını, teşhis

⁵²⁷ Özsunay, s. 41.; Çilingiroğlu, s. 60.; Deutsch, Erwin: Das Therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 1980, s. 1305.; Roggo, s. 90.; Wiegand, s.132

⁵²⁸ Ozanoğlu, s. 66.; Ayan, s.71.; Özsunay, s. 41.

⁵²⁹ Fischer, s. 20.; Stockter, s. 113 vd.

sonucunda ulaştığı bulgulara göre belirlenen fiziksel ya da ruhsal bozuklukların tedavisi, bu tedavi sürecinde gerçekleştirilmesi olası tıbbi müdahalenin gerekli olup olmadığı, bu müdahalenin ne şekilde gerçekleştirileceği ve gerçekleştirilmemesi halinde hangi sonuçların ortaya çıkacağı konusunda aydınlatmalıdır. Buna aydınlatma türüne, süreç aydınlatması ya da tedavi ve tedavi süreci hakkında aydınlatma (*Verlaufsaufklrung*) adı verilmektedir⁵³⁰. Hekimin bu tıbbi müdahaleyi neden önerdiği, başka tedavi yöntemleri var ise bunlar hakkında bilgi verilmesi de bu aydınlatmanın kapsamında yer almaktadır⁵³¹. Örneğin, bir ilaç tedavisi öneriliyor ise, ilacın hekim gözetiminde hastanede mi yoksa bizzat hasta tarafından mı alınacağı; yaşam kalitesinin nasıl etkileneceği, hastanın iş ya da sosyal yaşamına bu tedavi süresince devam edip edemeyeceği hastaya anlatılmalıdır. Süreç ya da uygulama aşamasına ilişkin bu aydınlatma, bir yandan tıbbi müdahalenin şekli, kapsamı ve sonuçlarına ait bilgiler içerirken, diğer yandan tıbbi müdahalenin yapılmaması ile ortaya çıkan sonuçlar ile de ilgilidir. Hastanın, operasyon sonrasında uzun süreli ağrısının olup olmayacağı, daha sonraki aşamada ne sıklık ve düzende kontrollere gelmesi gerektiği vb. bilgilerle birlikte riskin ne kadar yüksek ve başarısızlık durumunda sonucun ne kadar ağır olabileceği, hastaya bu aşamada verilmesi gereken bilgilerdir⁵³².

Bu yapılırken, hekim öncelikle hastasının sağlığı ve yaşamını düşünse de, mümkün olduğuunca kararı hastaya bırakabilmek için tarafsız olmaya çalışmalıdır. Bu durum yönlendirmeyen aydınlatma (*non-directive-counseling*) terimi ile ifade

⁵³⁰ **Deutsch**, s.1305.; **ilingiroğlu**, s.60.; **Ayan**, s. 71-72.; **Özsunay**, s. 41.

⁵³¹ Ayrıntıları için bkz. **Wiegand**, s. 133.

⁵³² **Fischer**, s. 21.

edilmektedir⁵³³. Hekim tarafından, müdahale sürecinin aşamalarının ve etkilerinin hastaya özenle açıklanması beklense de, son karar ve söz hastaya ait olacaktır. Bu iradenin en sağlıklı şekilde oluşabilmesi de, hekimin aydınlatma şekli, tarzı ve kapsamı ile son derece bağlantılı ve doğal olarak da etkilidir.

c. Riziko aydınlatması

Tıp bilimi, zaman içinde sürekli gelişmeler sağlayarak, yapılan araştırmaların etkisi ile insanlığa büyük hizmetler sunmaktadır. Ancak, aynı zamanda, beklenmedik durumlara açık olan ve her an komplikasyonların yaşanabildiği bir alandır. Hekim, tamamen meslek kurallarına uygun olarak ve görevini özenle yerine getirirse bile, her müdahale bir risk taşıdığından, planlanmayan birçok gelişme ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, hekime düşen aydınlatma yükünün bir bölümünü de, yapılacak olan müdahalenin bilinen, bilinmesi gereken yan etkiler ve riskler ile ilgilidir. Bu bilgilendirmeye ise, riziko aydınlatması (*Rizikoauflärung*) adı verilmektedir⁵³⁴.

Bir tıbbî müdahalenin –belki de hiç gerçekleşmeyecek olan- risklerinin ne kadarının hastaya bildirilmesi gerektiği konusunda yabancı doktrin ve içtihatlarda farklı ölçülerin benimsendiği görülmektedir⁵³⁵. Hastanın, somut olaydaki bireysel durumu dikkate alınarak –örneğin yaşı, kilosu, cinsiyeti, fizyolojik yapısı vb.- aydınlatmanın da bu duruma uygun yapılmasını ölçüt alan bir yaklaşımın⁵³⁶ yanında,

⁵³³ **Ozanoğlu**, s.67.; **Wiegand**, Wolfgang: Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung , in recht 1993, s. 151.

⁵³⁴ **Çilingiroğlu**, s.60.; **Ayan**, s. 72.; **Ozanoğlu**, s.67.; **Özsunay**, s. 41-42.; **Deutsch**, s. 1305.

⁵³⁵ **Ozanoğlu**, s.67.; **Wiegand**, s. 135.

⁵³⁶ Bkz. **Wiegand** (Behandlung), s.155.; **Ozanoğlu**, s.67.; Ayrıca bkz. BGE 117 Ib 205

istatistik verilerden yararlanılarak riskin gerçekleşme oranının yüzde ya da binde olarak ifade edilmesi kabul edilen bir ölçütte yer almaktadır⁵³⁷. Ancak, hangi ölçüt benimsenirse benimsensin, eğer bir tedavi ya da müdahale için risk yüksek ise aydınlatmanın ve verilen bilginin kapsamının da o kadar geniş olması gerekir.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, ağırlıklı olarak benimsenmesi gereken ölçüt, hasta ve hekim arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle, hastanın kişisel ihtiyaçları ve bulunduğu somut durum dikkate alınarak hastanın aydınlatılmasıdır⁵³⁸. Örneğin, genel olarak enfeksiyon riski 1/15.500.000 olan çocuk felci aşısı uygulamasında, Alman Temyiz Mahkemesi, aşı uygulamasından sonra çocuk felci olan bir çocuğa, bu riski de kapsayan yeterli bilginin verilmediğine karar vermiştir. Gerekçe; “...zararın çok ağır olduğu, genel riskin değil, belirli bir tıbbi müdahalede yer alan özel riskin, dikkate alınması gerektiği ve önemli olan noktanın riskin nadiren görülmesi değil, belirli bir tıbbi müdahalede tipik bir riskin mevcut olup olmadığıdır.” şeklinde ifade edilmiştir⁵³⁹. Bu doğrultuda hekim, nadiren görüldüğü veya geniş tıbbi önlemlerin alınıyor olduğu gerekçesiyle, tipik bir riskin oluşma ihtimalini hastaya bildirmekten kaçınmamalıdır⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Bkz. **Abegglen**, s.37.

⁵³⁸ **Ozanoğlu**, s. 68.

⁵³⁹ BGHZ 12, 386, **Fischer**, s. 22.

⁵⁴⁰ Aynı yönde bir karar, İngiliz Yüksek Mahkemesinde de çok tartışılmıştır. Hekim, ameliyatla ilgili olarak gerçekleşmesi çok düşük ihtimal olan bir riski hastasına bildirmemiş ancak, yapılan ameliyatta söz konusu risk gerçekleşmiştir. Hekimin ameliyatı gerekli dikkat ve özeni göstererek yaptığı, meydana gelen riskin (sinirlerin zedelenmesi) bir komplikasyon olduğu ve önlenemeyeceği kabul edilmiş ancak böyle bir riskin varlığının önceden hastaya bildirilmemiş olması nedeniyle kusurlu bulunmuştur. Bkz. *Chester v. Afshar* 2004 UKHL 41.

2. KORUMA YA DA TEDAVİ AYDINLATMASI (Terapötik / İyileştirici Aydınlatma)

Hastanın, tamamen sağlığına kavuşabilmesi için hekim tarafından bazı uyarıların da yapılması gerekebilir. Bununla amaçlanan, hastayı kendi durumu, ilaçların etkileri ya da iyileşme sürecinin işleyişi konusunda bilgilendirmek suretiyle, hastanın doğru davranış ve tutum içinde olmasını sağlamaktır. Bu bilgilendirme aşaması ise, koruma ya da tedavi aydınlatması (*Sicherungsaufklärung/Therapeutische Aufklärung*) adını almaktadır⁵⁴¹. Örneğin, tedavi süreci ile birlikte farklı beslenme düzenine geçilerek diyetle dikkat edilmesi, fiziksel egzersizler yapılması ya da alınan ilaçların etkilerini azaltmamak için etkileşim içinde olabilecek başka ilaç ya da maddelerin kullanılmaması gerektiği gibi bilgiler, hekim yapılması gereken koruma ya da tedavi aydınlatmasının kapsamında yer almaktadır. Koruma aydınlatmasında, hastayı kendine başına bilemeyeceği tıbbî tehlikelere karşı koruma düşüncesi hâkimdir⁵⁴² ki, hekim tarafından bu bilgilerin hastaya verilmemiş olması aydınlatma yükümünün ve dolayısı ile özen yükümünün ihlali anlamına gelecektir⁵⁴³.

3. ÖZEL AYDINLATMA TÜRLERİ

Hekimin, hastayı aydınlatma süreci içinde, verilen bilgiler doğrultusunda hastanın öğrenmek isteyeceği özel bazı detaylarda bulunabilir ve bunları hekime sorular yönelterek öğrenmek isteyebilir. Tıbbî müdahale ile ilgili olarak yukarıda

⁵⁴¹ Laufs/Uhlenbruck, § 62, Nr.1.; Roggo, s. 114.; Ozanoğlu, s. 68.

⁵⁴² Ozanoğlu, s. 68.

⁵⁴³ Roggo, s. 114.; Giesen, (arzthaftung) s. 25.; Wiegand, s.128.; Werro, s. 2051-2052.

değindiğimiz konular dışında, hasta örneğin, tıbbî müdahalenin ya da tedavi sürecinin kendisine ekonomik olarak neye mal olacağını da öğrenmek isteyebilir⁵⁴⁴. Bu ve benzeri konularda da hekim hastaya gerekli bilgileri vermek zorundadır⁵⁴⁵. Hekimin aydınlatma yükümü öncelikle teşhis ve tedavi bakımından, ardından hastalıkla ilgili tedavi süreci bakımından, alternatif tedaviler bakımından ve daha sonra özellikle tedavi sürecindeki masraflar bakımından ayrıntılı olarak düşünülmelidir⁵⁴⁶.

Hekimin kendi hatalarını hastaya bildirmesinin de aydınlatma yükümü içinde yer alıp almayacağı tartışılıyorsa da⁵⁴⁷, böyle bir şeyin eşyanın tabiatına aykırı olduğunu düşünüyoruz. Örneğin, hekim –hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi gereği, acaba hangi hekim, muayenehanesinde görüşmekte olduğu hastasına ameliyat olması gerektiğini belirtip, gerekli bilgileri verip, risklerin neler olduğunu anlattıktan sonra “...Ama ben geçenlerde yaptığım birkaç ameliyatta yanlışlıkla hastanın felç olmasına/sakat kalmasına neden oldum!” diyebilir? Ozanoğlu’nun da haklı olarak belirttiği gibi, hekimin aydınlatma yükümünü kendi hatalarını da kapsayacak ölçüye taşınması uygun olmadığı gibi, medenî hukukun temel prensiplerine de aykırıdır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ 21. Dönem 4.Yasama yılında kadük olan “Tıbbî Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı” nda “hizmet bedelinin ödenmesi” başlığını taşıyan m.23/I de “Hastaya, alacağı hizmetin bedeli ile ilgili bilgi önceden verilir. Sağlık personeli, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz.” hükmü yer alıyordu.

⁵⁴⁵ BGE 119 II 460.; BGE 117 Ib 204 ; Hastanın, tedavinin ekonomik maliyeti açısından aydınlatılmasıyla ilgili olarak bkz. **Brüggemeier**, s. 496 vd.

⁵⁴⁶ **Payllier**, 147 vd. ; **Werro**, s. 2051 vd.; ATF 116 II 519.; JDT 1991 I 634.

⁵⁴⁷ Görüşler ve ayrıntıları için bkz. **Payllier**, s.149 vd.; **Roggo**, s. 127 vd.

⁵⁴⁸ **Ozanoğlu**, s.69.

D. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE SINIRLARI

1. GENEL OLARAK

Hekimin, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirleyen, genel bir kural koyulmuş olmamakla beraber, özel mevzuatta yer alan bazı düzenlemeler bu konuda fikir verip, yol gösterici nitelik taşımaktadırlar⁵⁴⁹. Aydınlatma yükümünün temel amacı, hastanın kendisine önerilen tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için gerekli altyapıyı oluşturacak bilgilerin, ona anlaşılabilir bir dille iletilmesi olduğuna göre⁵⁵⁰, aydınlatma yükümünün kapsamı da bu amaç doğrultusunda şekillenmelidir⁵⁵¹. Diğer bir ifadeyle, hastanın da doğal olarak zihninde yer alan sorular aydınlatma yükümü ile cevap bulmalıdır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Hastanın genel sağlık durumu nedir?
- Önerilen tedavi ya da müdahale nedir?
- Önerilen ilaç tıbbî müdahalenin hastanın fiziksel, psikolojik, ailevî ve sosyal hayatına etkileri ne olacaktır?
- Tıbbî müdahalenin – ilaçla tedavi ya da ameliyatın -süresi, olası yan etkileri ya da bırakabileceği hasarlar nelerdir?
- Hastanın tedaviyi kabul etmesi ya da red etmesinin sonuçları nelerdir?

⁵⁴⁹ Hekimin aydınlatma yükümünün kapsamının ne olması gerektiği, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda şu şekilde yer almaktadır: “.....vericiye uygun biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek...” (m.7/a). ve “...organ ve doku verenin, alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak....” (m.7/b.). Bir diğer düzenleme ise 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte ve 21.8.1987 tarih ve 19551 sayılı Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğinde yer almaktadır.

⁵⁵⁰ Jonsen/Siegler/Winslade, s. 53 vd. ; Stockter, s. 194 vd. ; Giesen (arzthaftung) s. 295.

⁵⁵¹ Yargıtay bir kararında, “....davalı hekim tarafından daha başlangıçta davacı hastaya beyninin içinde bir ur bulunduğu ve kafatasının açılarak, bu urun alınması gerektiğinin açıkça belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve eşinin içtimai seviyeleri itibarıyla bu ameliyatın ağır ve mühim bir ameliyat olduğunu bilmediklerini kabule imkan yoktur.” denilmek suretiyle hastanın yeterli ölçüde aydınlatıldığı kabul edilmiştir. **Yarg.** 4.HD., 1964, E. 964/6458, K.4925.; Ayrıca bkz. **Wiegand** (behandlung), s. 151.; **Fellmann**, Art.398, Nr.146.

Tıbbî uygulamalar açısından, geçerli olan ilkelerden biri de, “*hastalık yoktur, hasta vardır.*” İlkesidir. Bunun anlamı, her hastalık her insanda aynı şekilde ortaya çıkıp, aynı şekilde seyredip, yine aynı şekilde sonuçlanmayabilir. Bu nedenle, aydınlatma yükümü yerine getirilirken, hastanın sağlık durumu, eğitim düzeyi, sosyal ve kültürel statüsü, yaşı gibi sübjektif durumlar dikkate alınarak, anlaşılır bir tarz benimsenmelidir⁵⁵². Diğer yandan, aydınlatma yükümü, müdahalenin türüne, aciliyetine, tehlike düzeyine, hastanın psikolojik durumuna ve komplikasyon çokluğuna göre değişen bir kapsam gösterecektir⁵⁵³. Yoğun tıbbi terimlerin kullanıldığı bir bilgi aktarımı, hastayı aydınlatmaktan çok, hastanın korku ve endişeye kapılmasına neden olabilir. Bu bağlamda, hastaya eksik bilgi verilmesi kadar fazla bilgi verilmesi ve dolayısı ile aşırı bir kaygı hali yaratılması da, zararlı sonuçlara neden olabilir⁵⁵⁴. Bu nedenle, her aydınlatma için uygun kapsam ve tarzın ne olması gerektiğini hekim, somut olayın özelliklerine göre belirlemeli ve bu nedenlerle de kendisine takdir hakkı tanınmalıdır⁵⁵⁵.

Diğer yandan, aydınlatma yükümünün kapsamı büyük ölçüde hekimlik sözleşmesinin kapsamı ile çizilmektedir⁵⁵⁶. Hekimlik sözleşmesine konu olan hastalığın türü, seyri, şiddeti vb.; sözleşmenin tarafı olan hastanın yaşı, cinsiyeti, anatomik özellikleri, mevcut diğer sağlık sorunları vb.; uygulanacak tedavi yöntemi,

⁵⁵² **Ozanoğlu**, s. 70.; **Çilingiroğlu**, s.64.

⁵⁵³ **Özsunay**, s.38 vd.

⁵⁵⁴ **Stockter**, s. 102 vd.; **Wiegand** , 143.; **Abegglen**, s. 35.; **Roggo**, s.77 vd.

⁵⁵⁵ **Ayan**, s. 75.; **Sarial**, s.57.; **Çilingiroğlu**, s. 64. Burada hekimin durumu, somut olayın özelliklerine göre hüküm vererek davayı sonuçlandırmak zorunda olan hâkimin durumuna benzetilebilir. Nasıl ki, hâkimler bir çok olayı çözmede ve kanun hükümlerini somut olaya uygulamada TMK.nın kendilerine tanıdığı takdir hakkına sahipseler, belli bir hasta ve hastalık için ne kadar, ne kapsamda ve nasıl aydınlatma yapmaları gerektiğinin sınırı da bizzat hekim tarafından uygun görüldüğü şekilde çizilmelidir.

⁵⁵⁶ Örneğin, avukatlık sözleşmesi içinde vekaletin kapsamının belirlenmesi, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi arasında ayrılmaz bir bağlantı vardır. Zira, avukatın aydınlatma yükümü daima vekaletin kapsamına göre belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Günergök**, s. 48 vd.

süresi vb. bir çok değişik faktöre bağlı olarak hekimlik sözleşmesinin kapsamı değişeceğinden, aydınlatma yükümünün kapsamı da bu çerçevede farklılık gösterecektir. Örneğin, hekimin, herhangi bir sağlık sorunu olmayan genç bir hastaya üst solunum yolu enfeksiyonu ile ilgi yapacağı aydınlatma ile tansiyon, kalp ve şeker hastalığı da olan 70 yaşındaki bir hastaya yapması gereken aydınlatmanın kapsamının farklı olacağına kuşku yoktur.

Aydınlatmanın kapsamı, özellikle müdahalenin gerekliliği, acil olup olmadığı ve risklerinin ağırlığına göre genişler ya da daralır.

2. Aydınlatma Yükümünün Kapsamının Daha Dar Olduğu Haller

Aydınlatma yükümünün kapsamı, yapılacak olan tıbbi müdahalenin nitelikleri ve somut olayın özelliklerine göre bazı hallerde daralabilmektedir. Bunların başında, müdahalenin acil ve zaruri olduğu haller gelir⁵⁵⁷ ve hayati önem arz eden durumlarda aydınlatmanın kapsamı minimum düzeye inebilir⁵⁵⁸ veya tamamen ortadan kalkabilir. Diğer yandan, yapılacak olan müdahalenin tehlikesi ve yan etkileri çok az ise hastanın dar kapsamlı ve kısaca aydınlatılması yeterli görülmektedir⁵⁵⁹. Örneğin, trafik kazasında ciddi kan kaybı ile yaşamsal tehlike altında olan bir hastanın acil ameliyata alınması halinde, hekimin hasta ya da yakınlarına sadece kısa bir bilgi vermesi, zamanla yarışan bir müdahalenin şansını arttıracaktır. Aydınlatma yükümünün kapsamının daraldığı diğer bir hal ise, hastanın psikolojik durumu ile bağlantılı olarak hekimin takdirine bırakılmıştır. Gerçeğin tüm yönleri ile

⁵⁵⁷ Şenocak, (hekim) s. 53.; Reisoğlu, s.7.; Hakeri (yönetmelik taslağı) s. 40.; Ayan, s.78.

⁵⁵⁸ Fischer, s. 23.; Johsen/Siegler/Winslade, s. 53.

⁵⁵⁹ Çilingiroğlu, s.66.; Ayan, s. 78.

anlatılmasının hastanın psikolojik açıdan zarar görmesine sebep olabileceği durumlarda, aydınlatma daha dar kapsamda yapılabilecektir (TDN.m.14/II.)⁵⁶⁰. Hastanın (yani müvekkilin) psikolojisinin yapılacak olan aydınlatmanın kapsamın belirlenmesi ve özel bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmesi, diğer sözleşme ilişkilerinde görülmeyen ve hekimlik sözleşmesine özgü bir durumdur⁵⁶¹.

3. Aydınlatma Yükümünün Kapsamının Daha Geniş Olduğu Haller

Tıbbi müdahalenin, acil olmadığı durumlar da, komplikasyonun normal kabul edilen sınırın dışında fazla olabileceği durumlar da⁵⁶², tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan tıbbî müdahaleler de ve güzelleşmek amaçlı estetik müdahaleler de hekim aydınlatma yükümünü daha geniş kapsamlı yerine getirmek⁵⁶³ ve daha titiz davranmak zorundadır⁵⁶⁴. Özellikle, riziko aydınlatmasının kapsamı geniş tutulmalı ve hastaya nadir görülebilecek riskler dahi açıklanmalıdır⁵⁶⁵. Aynı şekilde kolay kolay geri dönüşü olmayacak düzeyde ağır sonuçlar doğurabilecek cinsiyet değişikliği, doku, organ ve embriyon aktarmaları ile kısırlaştırma gibi önemli müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı daha da genişleyecektir⁵⁶⁶. Örneğin, güzelleşmek amacı ile yaptırılan estetik ameliyatlarda da durum böyledir. Bu geniş kapsamlı bilgilendirme sayesinde, hasta kesin kararını vermeden önce bir kez daha düşünme fırsatı bulup, yaptırmak istediği tıbbî müdahalenin fayda ve sakıncalarını

⁵⁶⁰ Ayrıca bkz. Aydınlatma Yükümünden İyileştirme Amacıyla Vazgeçilmesi. § 8.VI. D. 4.c.

⁵⁶¹ **Wiegand**, s. 142 vd. ; **Laufs/Uhlenbruck**, § 61, Nr.9.

⁵⁶² Komplikasyon çokluğu, bkz. **Özsunay**, s. 38.

⁵⁶³ **Çilingiroğlu**, s. 65.; **Ayan**, s. 76.; **Ozanoğlu**, s. 70.

⁵⁶⁴ **Şenocak**, (hekim) s.53.; **İpekyüz Yavuz**, s. 80.

⁵⁶⁵ **Şenocak**, (hekim) s. 51.

⁵⁶⁶ **Ayan**, s. 77.; **Ozanoğlu**, s. 70.; **Fischer**, s. 23.

yeniden değerlendirebilecektir. Kişi, sağlığını tehdit eden bir zorunluluk olmadığı halde burnunun şeklini değiştirmek için ameliyat olmak istediğinde, somut olayın özellikleri, kişinin fiziksel yapısı da dikkate alınarak tüm riskler, yapılacak ameliyatın sonucunun hastanın beklentisini karşılayıp karşılayamayacağı, iyileşme sürecinde yaşayacağı fiziksel ya da psikolojik sıkıntılar ve olumsuzluklar...vb. ayrıntılı bir şekilde hastaya açıklanmalıdır. Bu durum, Fransız hukukunda, estetik müdahaleler için hekimin “*kuvvetlendirilmiş aydınlatma borcu*” olarak ifade edilmektedir⁵⁶⁷.

4. Aydınlatma Yükümünün Tamamen Ortadan Kalktığı Haller

Bazı durumlarda hekimin aydınlatma yükümü tamamen ortadan kalkar. Bu tür istisnâ durumları kısaca şu şekilde sıralayabiliriz:

a. Acil Durumlar

Hastaya, gecikmeksizin müdahale edilmesi gereken durumlarda ve hali hazırda devam etmekte olan bir müdahalenin daha ileriye götürülmesi -ameliyatın genişletilmesi- hallerinde kural olarak hastanın varsayılan rızasından hareket edilerek, aydınlatma yükümü de fiilen yerine getirilemeyecektir⁵⁶⁸. Bilinci kapalı bir hastanın acil olarak müdahale edilmek üzere hastaneye getirilmesi -örneğin trafik

⁵⁶⁷ Özay, s. 62.; Türk hukukunda da da estetik ameliyatlara için hekimin aydınlatma yükümünün daha sıkı talep edilmesi ve en az olan ihtimallerin bile açıklanması savunulmaktadır. Bkz. Sarıal, s. 57.; Özsunay, s. 39.; Bayraktar, s. 127.; Çilingiroğlu, s. 65.

⁵⁶⁸ Şenocak, (hekim) s. 57.; Aşçıoğlu, s. 35 vd.

kazasında ağır yaralanan ve kan kaybeden bir hastanın hekim tarafından acil olarak ameliyata alınması- ya da ameliyat devam ederken beklenmeyen ve hayati önem taşıyan bir durumun ortaya çıkması ağır bir zararın engellenmesine hizmet etmek için aydınlatma yükümünden vazgeçilebilecek durumlar olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁹. Bu gibi durumlarda, müdahale edilmemesi ya da yapılan ameliyatın durdurulması, hastanın sağlık yönünden önemli zararlara uğramasına neden olacak ise *zorunluluk hali* nedeniyle, aydınlatma yapılmadan ve rızası alınmadan müdahale edilecek ya da ameliyat genişletilecektir. HHY. m.24 de “hastanın rızası ve izin” başlıklı madde de yapılan düzenlemeden, aydınlatma yükümünün de dolaylı olarak ortadan kalktığını ifade etmek yanlış olmayacaktır: “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.....hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz.....Kanunî temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayati ve hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz....*”

b. Hastanın Kendi İradesi ile Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hekime duyduğu güven ya da, kendisini tam olarak onun kararlarına teslim etmek niyetinde olan bir hasta, kendi özgür iradesi ile sağlık durumu, teşhis, uygulanacak tedavi ya da tıbbî müdahale ile ilgili olarak kendisinin ya da yakınlarının bilgilendirilmesini istemeyebilir⁵⁷⁰. Daha açık bir ifadeyle, bazı insanlar

⁵⁶⁹ Ayan, s. 79.; Özsunay, s. 43.

⁵⁷⁰ Özsunay, s. 44.; Şenocak, (hekim) s.57 vd.; Ayan, s. 78. ; Stockter, s. 113

kendilerine ne yapılacağı konusunda hiçbir şey bilmek istemeyebilirler⁵⁷¹. Bu imkan hem Hasta Hakları Yönetmeliğinde hem de Hekimlik Meslek Etiği Kuralları arasında yer almaktadır. HHY m. 20 de, *“İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilirken, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 27 inci maddesinde *“Hasta hastalığı hakkında bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi, hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınların bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.”* şeklinde yer almıştır.

Ancak, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesini bir yandan *kendi geleceğini belirleme hakkı* kapsamında değerlendirirken, Türk Medeni Kanunu’nun 23/II maddesinde yer alan hükmü de göz önünde bulundurmak gerekir ki, bu hükme göre *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”*⁵⁷² Hastanın, bu feragatı bir tehdit, zorlama ya da ahlâka aykırı bir anlaşma karşılığında yapmış olması hallerinde geçerli kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁷³.

⁵⁷¹ “Bazı çalışmalar göstermektedir ki, hastaların %60’ından fazlası, uygulanacak işlemler ve riskleri ile ilgili olarak, hemen hemen hiçbir şey bilmek istememektedir. Başka çalışmalarda ise, hastaların sadece %12’sinin karar verirken, kendilerine sağlanan (verilen) bilgileri kullandıkları görülmektedir.” Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Beauchamp**, / **Childress**, s. 78 vd.

⁵⁷² TMK m.23/II de yer alan hüküm, Anayasa’nın 12.maddesinde *“dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez”* nitelikleri ile güvence altına alınmış olan kişilik haklarına dahil olan değerleri tek tek belirtmeksizin genel bir hükümle kişiliğin dahili korunmasını düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, s.163 vd.

⁵⁷³ **Hakeri**, s.138.; Ancak, **Şenocak**, böyle bir durumda feragatın geçerli olup olmayacağına somut olayın özelliklerine bakarak karar vermek gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Şenocak**, (hekim) s. 58.

c. Aydınlatma Yükümünden İyileştirme Amacı ile Vazgeçilmesi

Her insan, sağlık durumu ile ilgili herhangi bir olumsuz gelişme karşısında endişe ve korkuya kapılır. Tıp bilimi, güvenilir hekimlerin desteği ve yardımı ile bu problemlerin üstesinden gelinebileceğini bilmesi, insana güç verir, hastalığına karşı savaşmasına ve direnişe geçmesine yardımcı olur. Ancak, tıbbın henüz çare bulamadığı ya da çarelerin kaçınılmaz sonu engelleyemediği bazı hastalıklar da vardır. Her durumda, hekimlerden hastalarına karşı aydınlatma yükümlerini - teşhis ve tedavi yöntemleri, olası iyileşme şansı vb. - detaylarıyla ve tüm açıklığıyla yerine getirmelerini beklemek, amaçlanan iyileşmeyi son derece olumsuz etkileyebilir⁵⁷⁴. Bu gibi durumlarda, hekimin tedavi ayrıcalığına⁵⁷⁵ dayanarak takdir hakkı olması gerektiği savunulmaktadır ki, hekim, somut olayın özelliklerine göre aydınlatma yükümünü ya hiç yerine getirmeyebilir ya da hastasını sınırlı olarak aydınlatabilir; bu değerlendirmeyi yapmak hekime aittir⁵⁷⁶. Sağlık mevzuatımız içinde yer alan bazı düzenlemeler de, buna imkan veren yöndedir. TDN m. 14 “.....Ancak, hastalığın vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.” HHY. m.19 “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin

⁵⁷⁴ “Bilinmeyenle baş etme korkusu, en kötü hastalıktır, ne varki, bazı durumlarda gerçeğin direk olarak açıklanması da hasta tarafından kabul edilmesi son derece güçtür.” Higgs, s. 507.

⁵⁷⁵ Demir, tedavi ayrıcalığını, hekimin, tedavisini üstlendiği hastası üzerinde teşhisi koyulmuş bir hastalığın tedavisi için uygulanacak yöntemlerden birini seçme serbestisi olarak ifade etmektedir. Bkz. Demir, (AÜHFD) s. 241.; Ayrıca bkz. Brüggemeier, s. 501.; Deutsch/Spickhoff, s. 248.

⁵⁷⁶ Böyle bir durumda, **hekimlerin tedavi ayrıcalığından** (Therapeutische Privileg) bahsedilmektedir. Hastanın hayatının, sağlığının ya da üçüncü kişilerin çok ciddi şekilde tehlikeye sokulması sözkonusu ise, hekimin tedavi ayrıcalığı nedeniyle aydınlatma yükümünü hiç yerine getirmemesi kabul edilmektedir. Bu gibi hallere, aydınlatmanın hastayı çok ciddi bir psikolojik baskı altına alıp kesinlikle zorunlu tedavinin hiç yapılmamasına neden olabilmesi, üçüncü kişileri tehlikeye düşürmesi ya da hastalığın etkilerinden daha ağır bir tehlikeye sebep olması gibi durumlar dahil edilmektedir. Bkz. Ayan, s. 80-81.; Özsunay, s. 47-48.; Çilingiroğlu, s.69.; Deutsch, s.1306-1307.; Stockter, s. 123.; Roggo, s. 220.; Giesen (arztaftung) s. 281.; Johsen/Siegler/Winslade ise, hukukun hekimleri tedavi ayrıcalığı (therapeutic privilege) adı ile belli durumlarda hastasını bilgilendirmemesinin, ancak ve ancak, hastanın bu bilgi ile karar verme kapasitesinden yoksun hale gelecek olması durumunda kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Johsen/Siegler/Winslade, s. 63.

bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.”

Hastanın, yapılacak olan aydınlatma ile korku ve paniğe kapılarak moralimin bozulması ve bu nedenle önerilen tedavi konusunda hekimiyle işbirliği yapmayı reddetmesi⁵⁷⁷, aydınlatma yükümünün amacına ters düşen bir sonuç olacaktır. Böyle bir durumda, hasta sağlıklı düşünme yeteneğinden de uzaklaşacağı için kendi geleceğini belirleme yetisini de kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, hekim hastaya gerçeği söylerken son derece dikkatli ve temkinli davranmalı⁵⁷⁸; tedavi açısından gerekli / faydalı olacak ise, teşhis ve iyileşme şansı ile ilgili bilgileri hastaya vermekten kaçınmalı, gerekiyor ise gizlemelidir⁵⁷⁹. Genel olarak, kanserli hastalara, hastalığın açıklanması, onları psikolojik yönden çökerteceği için hekime aydınlatma ödevini yerine getirmeme ayrıcalığı tanınmakta, bu tür hastalara kural olarak ne teşhis, ne de tedavi ile ilgili bilgi verilmemektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Collins, 1927 yılında kaleme aldığı makalede, “Bana gerçeği söyleyebilirsiniz” diyen hastaların dört gruba ayırmıştır: “Birinci grup, dürüst ve cesur bir şekilde olumsuz bir şey var ise bununla yüzleşebilecek ve hala zamanı varken gerekli düzenlemeleri yapmak isteyenler; ikinci grup, gerçeği bilmek istemeyen ve bildikleri takdirde bundan çok etkilenebilecek olanlar; üçüncü grupta, gerçeği algılama kapasiteleri olmayanlar ve dördüncü grupta aslında sağlıkları ile ilgili ciddi herhangi bir problemleri olmayanlar yer alır....Çoğu zaman tamamen gerçeği söylemek çok ağır sonuçlara neden olabilir.”. Collin, Joseph: “Should Doctor’s Tell The Truth?” Bioethics: An Anthology, Edited by: Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 501.

⁵⁷⁸ Hekim-hasta arasında kurulan güven ilişkisinin ve bazen ne söylendiğinden çok, nasıl söylendiğinin ne kadar önemli olduğu, bu gibi durumlarda bir kez daha ortaya çıkmaktadır. “Hastaların Kötü Tanı ile Baş etmelerine Yardım Etme” başlığı altında bkz. Gordon / Edwards, s. 194 vd.

⁵⁷⁹ Ozanoğlu, s. 71.; Hakeri, s. 140.; “Hastanın aydınlatılması durumunda tıbbi müdahaleden vazgeçecek olması, aydınlatmama için bir sebep olarak kabul edilemez.” Bkz. Hakeri, (yönetmelik taslağı) s. 42. Karş görüş Özsunay, s.47 vd.; Çakmut s. 234 vd.

⁵⁸⁰ Bu konu ile ilgili olarak 1800’lü yıllara ait tipik bir örnek, hemen hemen tüm kaynaklarda yerini almıştır; Kanser olan ünlü Alman yazar THEODOR STORM’a hastalığı hekim tarafından açıklanınca büyük bir çöküntüye uğramıştır. Ciddi bir bunalım geçiren hastaya yardımcı olmak amacıyla, özel bir “hekimler kurulu” aracılığı ile ilk teşhisin yanlış olduğunu, hastalığın sadece bir mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklayan bir rapor düzenlenmiştir. Böylece, Storm, yaşama yeniden bağlanmış, çalışmalarını sürdürmüş ve 1886-1888 yılları arasında “Der Schimmelreiter / Kır Atlı” başlıklı ünlü yapıtını tamamlayabilmiştir. Bkz. Deutsch, Erwin.: Das Therapeutische Privileg des Arztes; Nichtaufklärung des Patienten, NJW, 1980, s.1306.

Esas olarak, bu konuda iki görüş savunulmaktadır. Birinci görüşe göre, hastaya durumu, ne kadar ümitsiz, ameliyatın sonuçları ne kadar tehlikeli olursa olsun bildirilmelidir⁵⁸¹. Hasta, kendi durumu ile ilgili olarak kararı kendisi vermelidir ve bu onun mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkının bir sonucudur⁵⁸². Hastanın, sağlığı ile ilgili gerçeği bilip bilmemesinin önemi tartışılabilir ancak hekim –hasta ilişkisinin sağlığı için gerçeğin söylenmesi çok önemlidir⁵⁸³. Özellikle, hastanın hiçbir sınırlama yapılmadan tüm gerçeği bilmek istediği durumlarda, hekimin böyle bir takdir hakkı kullanması eleştirilmektedir⁵⁸⁴.

Yargıtay’ın da bu görüşü destekleyen kararları vardır; örneğin 1977 yılında verdiği bir karar da “ hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye yani hastaya aittir.”⁵⁸⁵.

İkinci görüş, daha çok hekimler tarafından savunulan bir görüştür. Bu görüşe göre, hastaya her şeyin açıklanması – örneğin kanser olduğunun bildirilmesi- moral yönünden kendisini çökertir ki, bu açıklama bile başlı başına zarara neden olur⁵⁸⁶. Tedaviye zarar verme ihtimali olan her durumda ve hastayı olumsuz yönde

⁵⁸¹ “Hastaya gerçeğin söylenmesi çok güçlü bir etik görevdir; gerçeğin bilinmesinin zararlı olabileceği ihtimali ile bu görevden kolayca vazgeçilmemelidir.” Bkz. **Johsen/Siegler/Winslade**, s. 62.

⁵⁸² **Resioğlu**, s.5.; Kişinin kendi geleceği ile ilgili karar verme (self-determination) hakkını elinden bu şekilde almak, insan hakları teorisine de aykırılık teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güven**, s. 104 vd.; Ayrıca hastanın iyiliği için yapılıyor olsa bile, herkes kendi durumu ile ilgili gerçeği öğrenmek ve hayatının geri kalan kısmını daha önemli gördüğü şeyler için harcamak hakkına sahip olmalıdır. Bkz. **Duttge**, Gunnar: “Kann Eine Barmherzige Illusionierung (Thomas Mann) Des Patienten Gerechtfertigt Sein?” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku, Cilt:III, S.2, Yıl 2006, s. 93.

⁵⁸³ **Higgs**, s. 512.

⁵⁸⁴ Ayrıntıları için bkz. **Payllier**, Pascal: Rechtsprobleme der Arztlichen Aufklärung unter Besonderer Berücksichtigung der Spitalarztlichen Aufklärung, 1999, s. 81 vd.

⁵⁸⁵ **Yarg.** 4.HD., 7.3.1977, E.976/6297, K.2541, <http://kazanci.com.tr>, (erişim tarihi: 22.10.2007)

⁵⁸⁶ **Collin**, s.502.

etkileyecek bilgileri, hastaya açıkça bildirmek bir anlamda *aydınlatma suretiyle öldürmek*⁵⁸⁷ anlamına gelecektir. Bu nedenle hekime daima, aydınlatma yükümüne ilişkin olarak takdir yetkisi tanınmalı ve hekim hastanın yararına olmak üzere sorunu kendi kararı ile çözmelidir⁵⁸⁸. Bu görüş, “*hastalık yoktur, hasta vardır*” kuralınca, hekime hastasının durumunu en iyi değerlendirebilecek kişi olarak, somut olayın özelliklerine göre davranabilme serbestliğini tanımaktan yanadır⁵⁸⁹. Yargıtay, bu görüşe de yer verdiği bir başka kararında “....*davalıya yöneltilen kusur ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamış olmasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir.*”⁵⁹⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliği 19 uncu maddede de “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*” hükmü yer almaktadır.

Kanaatimizce, eğitim düzeyi yeterli olmayan ya da çok yaşlı bir hastaya hiç bilgi vermeden geçiştirmek mümkün olabilirse de, günümüzde bilgiye ulaşmak teknolojik olanaklar sayesinde çok kolaylaşmıştır. Hekimin, internetten kısa bir araştırma ile kolayca bilgi sahibi olabilecek hastalardan, tüm bilgileri saklamaya

⁵⁸⁷ **Hakeri**, s. 141.

⁵⁸⁸ **Laufs / Uhlenbruck**, s.20 vd.; **Deutsch/Spickhoff**, s. 253 vd.; “*Bütünüyle bilgi vermek yerine, durumun öğrenilmesinden doğacak muhtemel riskler dikkate alınarak aydınlatma hastanın durumu ile orantılı olarak sınırlandırılmalıdır.*” ATF 105 II 284. *Therapeutisches Privileg* (Tedavi ayrıcalığı) olarak adlandırılan bu durum için ayrıca bkz. **Giesen** (arzhaftung), s. 281 vd.; **Stockter**, s. 123.; **Roggo**, s. 220.; **Deutsch**, s.1306.

⁵⁸⁹ Ancak **Duttge**, acı gerçeğin hastaya söylenip söylenmeyeceği, ne zaman ve ne ölçüde söyleneceği kararının sadece hekimin vicdanında cevaplanabilecek bir soru olarak bırakılmasını, hastanın kendi geleceğini kendisinin belirlemesi prensibi karşısında kabul görmeyeceğini düşünmektedir. Bkz. **Duttge**, s. 92.; **Johsen/Siegler/Winslade**, s. 62.

⁵⁹⁰ **Yarg.** 4.HD., 1964, E.964/6458, K.4925, **Reisoğlu**, s.5, naklen.

kalması, hekime duyulan güvenin zedelenmesine katkı sağlayacaktır. Bu nedenle hekimler, hastanın ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak teşhis ve tedavi ile ilgili, hiç aydınlatma yapmamak yerine, güven veren, pozitif yaklaşım ve yumuşak ifadeler ile hastasını psikolojik açıdan destekleyerek bilgilendirme yolunu seçmelidirler.

Nihayet, TDN m. 14 üncü maddesinde hukukî dayanağını bulan bir durum da, ölmek üzere olan ve bir karar verme şansı zaten olmayan hastaya gerçeğin açıklanması herhangi bir yarar sağlamayacağından, sadece hastanın acılarının hafifletilebilmesi için yapılan tıbbî müdahalelerde, hekimin herhangi bir aydınlatmada bulunması gerekmeyeceğidir⁵⁹¹. Kanaatimizce, bunun yapılması, insanî nedenlerle de beklenmemelidir.

d. Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması

Hastalığı ve yapılacak müdahale ile ilgili olarak, bilgi sahibi olan hastanın, tekrar ayrıntılı olarak aydınlatılmasına her zaman gerek olmayabilir. Bu gibi durumlara hastanın kendisinin hekim ya da hemşire olması ile daha önce bir başka hekim tarafından aydınlatılmış olması örnek verilmekte ve bu hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinin gerekmediği ifade edilmektedir⁵⁹². Ancak, burada hastanın hekim olduğu herhalde ve her tür tıbbi müdahale de aydınlatma zorunluluğunun kalktığını söylemek mümkün değildir⁵⁹³. Önemli olan hastanın söz konusu müdahale ve sonuçları ile ilgili olarak doğru bilgiye sahip

⁵⁹¹ Ayan, s. 81.; Özsunay, s. 45.; Şenocak, (hekim) s.59.; Hakeri, s. 142.

⁵⁹² Özsunay, s. 45.; Şenocak, (hekim) s. 57.

⁵⁹³ Hakeri, s. 139.; Ünver, s. 241.

olduğundan emin olmaktır⁵⁹⁴. Örneğin, göz hastalıkları uzmanı olan bir hekim, kendisine uygulanacak olan kalp ameliyatı ile ilgili fazla bir bilgiye sahip olmayabilir. Kaldı ki, tıbbın birçok yeni yöntem ve tedavileri ile ilgi olarak ve derin uzmanlık gerektiren alanları bakımından her hekimin bu konuda bilgi sahibi olacağını düşünmek doğru değildir. Aynı şekilde, hastanın daha önce bir başka hekim tarafından bilgilendirilmiş olması da, her durumda, hekimin aydınlatma yükümünü yerine getirmemesi için bir istisna oluşturmamalıdır. Nitekim, hastanın mevcut şikayetleri dolayısıyla bir çok hekime danışmış olması, alanında isim yapmış hekimlere muayene olmuş olması, hastayı aydınlatma yükümünü kaldırmayacağı ancak aydınlatmanın türünü ve kapsamını etkileyebileceği yargı kararlarına da yansımış bir konudur⁵⁹⁵.

E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Aydınlatma yükümü, kural olarak, tedaviyi üstlenen hekim tarafından yerine getirilir⁵⁹⁶. Aydınlatma yükümü, hukukun güvencesi altında olan kişilik hakkının bir sonucu olduğu kadar, hekimlik sözleşmesinden doğan akdi bir yükümdür⁵⁹⁷. Hekimin, bu görevi bizzat yerine getirmesi ve hemşire ya da bir başka sağlık personeline bırakmaması gerekir. Ancak, hasta, farklı uzman hekimler tarafından

⁵⁹⁴ Bilginin tıbben geçerli ve doğru olması elbette son derece önemlidir. Ancak, bilgi değişik yol ve yöntemler ile edinilmiş olabilir: örneğin hasta bu bilgiye kitaplardan, broşürlerden, internetten ya da daha önceki hastalıklarından yaşadığı tecrübelerden ulaşmış olabilir.

⁵⁹⁵ BGH NJW 1976, 363. Bkz. **Hakeri**, s.139.; Yargıtay da, hekimin dikkatsizliği yüzünden hastanın kızlığının bozulduğu bir olayda, hastanın bu riski bilmesi gerekip gerekmediğini tartışmış, tuşenin rektumdan yapılmış olması nedeni ile hastanın bu riski bilmesi gerektiği sonucuna ulaşmanın kabule olanak vermediği sonucuna varmıştır. **Yarg.** 4.HD., 7.3.1977, E. 6297, K. 2541, YKD. 1978, s. 909.

⁵⁹⁶ **Özsunay**, s.49.; **Aşçıoğlu**, s. 39.; **Ayan**, s.81.; **Şenocak**, (hekim) s.58.; **Ozanoğlu**, s. 72.; **Hakeri**, s.129.

⁵⁹⁷ **Ayan**, s.81.

birlikte tedavi ediliyor ise, her hekimin kendi alanı ile ilgili aydınlatmayı ayrı ayrı yapması gerekir⁵⁹⁸. Örneğin, hastaya uygulanacak anestezi için anestezi uzmanının yapılacak olan müdahaleden önce hastaya bilgi vermesi gerekir. Diğer yandan, hekim bazı bilgilerin hastaya verilmesini, tecrübeli ve nitelikli personele bırakabilir. Örneğin, hastaya yapılacak iğne, ya da tıbbî müdahale sonrasında dikkat edilmesi gereken temizlik kurallarını, hekim yerine bilgi sahibi, nitelikli bir hemşire yapabilir. Hekimin aydınlatma yükümünü bizzat yerine getirmemesi ve bunu bir başka hekim ya da sağlık personeline bırakması durumunda, meslektaşının bu aydınlatmayı gereği gibi yerine getirmiş olduğundan emin olması gerekir⁵⁹⁹. Zira, aydınlatma yükümünü hekimlik sözleşmesine taraf olan hekime aittir. Dolayısıyla, aydınlatma yükümünün, yerine getirmek hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından, bizzat tedaviyi üstlenen hekim sorumlu olacaktır.

HHY. m.15 de “.....*Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.*” düzenlemesi yapılmıştır. Hastanın, bir başka hekime danışması ve sağlık durumu ile ilgili bilgi alması son derece doğaldır. Ancak, sağlık durumu, yapılacak tıbbî müdahale, sonuçları, muhtemel riskleri ..vb. konularda kendisine bilgi vermesi gereken hekim bizzat tedaviyi üstlenen ya da ameliyatı gerçekleştirecek olan hekimdir. Bu hekim, hekimlik sözleşmesine taraf olması nedeniyle, aydınlatma yükümü altındadır. Kaldı ki, bu aydınlatma sırasında hasta, hekime bir takım sorular sorarak aydınlatma kapsamını genişleterek, ek bilgiler isteme olanağına da sahip olmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi, 1980 yılında vermiş olduğu bazı kararlarda, aydınlatma yükümlülüğünü yalnızca tedaviyi üstlenmiş hekimle sınırlı tutmayarak,

⁵⁹⁸ Aşçıoğlu, s. 39.; Ozanoğlu, s. 72.; Fischer, s. 25.

⁵⁹⁹ Hakeri, s. 129.

özel durumlarda, tedaviye bizzat katılmamakla beraber hastaya belirli bir tedavi yöntemi öneren, bu konuda bilgiler veren hekimi de aydınlatma yükümü altında olduğunu kabul etmiştir⁶⁰⁰. Kanaatimizce de, birden fazla hekimin, tedavi ile ilgili olarak işbölümü içerisinde çalışmaları halinde, hekimlerden her birinin müdahaleden önce hastayı aydınlatmakla yükümlü olmaları gerekir. Ancak, herhangi bir hekimlik sözleşmesi kurulmadı ise, hekimin aydınlatma yükümünü, kusurlu olarak, hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olması, ancak, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna (culpa in contrahendo) vücut verebilir⁶⁰¹.

F. AYDINLATILACAK KİŞİ

Bir hekimlik sözleşmesi gereğince, aydınlatma yükümü, kural olarak hastanın kendisine karşı yerine getirilmelidir⁶⁰². Hasta, uygulanacak olan tedavi ya da tıbbi müdahalenin niteliğini ve önemini kavrayabilecek, fayda ve zararlarını tartarak

⁶⁰⁰ BGH, NJW 1980, (s.1905) Karara konu olan olay, orta kulak ameliyatı (typanoplasti) ile ilgilidir. Davacının sağ kulağındaki işitme yeteneğinin önemli ölçüde kötüleşmesi üzerine, davacı bu tip ameliyatlara yapıldığı HNO-Kliniğinin başhekimini ile temasa geçmişti. Başhekim, davacıya sağ kulakta sağırlaşma tespit edildiğini bildirdi ve ameliyat tavsiye etti. Ameliyat başka bir hekim tarafından yerine getirildi. Ancak ameliyat esnasında davacının “nervus facialis- yüz siniri” i zedelendi. O sırada ameliyat haneyle gelen başhekimin önerisi üzerine ameliyata son verildi. Ancak hastanın yüzünün bir yanı felç oldu. Bunun üzerine hasta başhekimine tazminat davası açtı. Olayda, başlangıçta başhekimin hasta ile olan görüşmelerinde hastaya “nervus facialisin” zedeleneyeceğinden hiç bahsetmediği belirlendi. Federal Mahkeme aydınlatma ödevini yerine getirmemiş olmaktan dolayı başhekimini, ameliyatı yapan hekimle birlikte sorumlu tuttu. Bkz. **Aşçıoğlu**, s. 40.; **Şenocak**, (hekim) s. 58.

⁶⁰¹ Culpa in contrahendodan sorumluluk, sözleşme kurulması sürecinde, sözleşmenin kurulması amacıyla hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açan tarafların, hem yaşam, sağlık ve mülkiyet, hem de malvarlığına ilişkin değerlerinin diğer tarafça korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur. Hekimin uzmanlık alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabilecekmiş izlenimi vererek oyalaması; gerek olmadığı halde cerrahi bir müdahaleye ikna edebilmek için sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgi vermesi ya da herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması ...vb. durumlarda, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. § 4. II. C.

⁶⁰² **Özsunay**, s.51.; **Çilingiroğlu**, s. 70.; **Fischer**, s. 25.; **Giesen** (arzthaftung) s.256.

serbestçe karar verebilecek durumda ise, bizzat aydınlatılması gerekir⁶⁰³. Özellikle, hukuka uygunluk sebebi olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğu için hasta ayırt etme gücüne sahip ise, onun, aydınlatılması gerekir⁶⁰⁴. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar açısından ise, hem küçük ve kısıtlının, hem de onların kanunî temsilcilerinin aydınlatılması gerekir⁶⁰⁵. Hastanın, rıza yeteneğinin bulunmaması veya şuurunun kapalı olması durumunda, hastanın yakınları aydınlatılabilir.

G. AYDINLATMANIN ZAMANI VE ŞEKLİ

1. ZAMANI

Aydınlatmanın zamanı ile ilgili olarak, her durum için geçerli olabilecek genel bir kural konulması nerede ise olanaksızdır⁶⁰⁶. Ancak, acil durumlar dışında aydınlatma kural olarak, tedavi ve tıbbî müdahaleye başlamadan önce yapılmalı; hastaya aldığı bilgiler üzerinde sorular sorabilme⁶⁰⁷, yakınlarının fikrini alabilme ve düşünebilme imkanı vermelidir. Sonuç olarak, hastaya kendi iradesi ile karar

⁶⁰³ **Ayan**, s.82.; **Giesen** (arzhaftung) s. 256.

⁶⁰⁴ **Ozanoğlu**, s.72.; **Hakeri**, s.128.; Ayrıca *Hakeri*, bugün ülkemizde yapılan kötü ve tamamen hukuka aykırı bir uygulamaya dikkat çekerek, hastanın bilincinin açık ve yaşının uygun olmasına rağmen, hastanın yakınlarının aydınlatılarak onların rızasının hatta imzasının alınmasının yanlış bir uygulama olduğu ve hastanın eşinin, oğlunun, kızının, babasının aydınlatılarak rızasının alınmasının geçerli olmayacağına dikkat çekmektedir. Bkz. **Hakeri**, (yönetmelik taslağı) s. 36 vd.

⁶⁰⁵ **Johsen/Siegler/Winslade**, s. 86.; **Ayan**, s.82.; **Ozanoğlu**, s. 72.; 1219 sayılı Kanun m.70'e göre: "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar....." hükmünü düzenlemiştir. Bu düzenleme sonucunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlıların yerine rıza veli ya da vasi tarafından açıklanacağına göre, aydınlatılması gereken kişiler de, onlar olmalıdır.

⁶⁰⁶ **Ayan**, s. 83.; **Roggo**, s. 200 vd.

⁶⁰⁷ BGH NJW 1992 s.2351.

verebilecek kadar bir zaman tanınmış olmalıdır⁶⁰⁸. Bu nedenle, hastanın ameliyathaneye götürülürken ve yatıştırıcı iğne yapıldıktan sonra tıbbi müdahale ile ilgili olarak aydınlatılması ve bu şekilde rızasının alınması hukuken olduğu kadar etik açıdan da kabul görmemektedir⁶⁰⁹. Hekimin, hastayı aydınlatması ile hastanın rızasını açıklaması arasında geçecek zaman, uygulanacak tedavinin ya da tıbbî müdahalenin acil olup olmamasına göre de değişecektir⁶¹⁰. Aydınlatma zamanı üzerinde, etkili olan diğer faktörler ise, müdahalenin ağırlığı, gerekliliği ve somut olayın özellikleridir⁶¹¹.

2. ŞEKLİ

Aydınlatmanın, nasıl bir şekle tabi olarak yapılması gerektiği konusunda ise, ulusal ya da uluslar arası herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, şekil serbestisi olduğu kabul edilir ve hekim aydınlatma yükümünü sözlü ya da yazılı olarak yerine getirebilir. Yazılı aydınlatmalar, ispat açısından belli ölçüde yardımcı olsa bile, hastanın esas olarak sözlü olarak aydınlatılması esastır⁶¹². Genel olarak, mahkeme kararlarının da, bu görüş doğrultusunda verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hekim ve hasta arasında, mutlaka bulunması gereken ve hekimlik sözleşmesinin

⁶⁰⁸ Özsunay, s. 52.; Ayan, s. 83.; Şenocak, (hekim) s. 59.; Ozanoğlu, s. 73.; Brüggemeier, s. 502.

⁶⁰⁹ Alman Temyiz Mahkemesin bir kararına konu olan olay şu şekildedir: “Hasta göğsündeki şüpheli bir tümör için, Münih Üniversitesi Hastanesi, Plastik Cerrahi Kliniğine gelir. Burada yapılan araştırmalardan sonra kendisine ilk önce memeden parça alınacağı ve bu parçanın dokusal incelemeye tâbi tutulduktan sonra gerekiyor ise, memenin tamamının alınacağı açıklanarak ameliyathaneye alınır. Kendisine yatıştırıcı iğne yapıldıktan ve hekim tarafından operasyonun başka bir zaman yapılamayabileceği söylendikten sonra işleme onay verdiğine dair imzası alınır. Ameliyatta iki taraflı mastektomie (memenin alınması) ile meme bezinin plastik cerrahi ile tekrar yerine konması işlemi yapılan hasta, böyle bir operasyon için rızası olmadığı için uğradığı zararı talep eder.”BGH NJW 1998, 1784, Fischer, s. 25.

⁶¹⁰ Özsunay, s. 52.; Çilingiroğlu, s. 71.

⁶¹¹ Şenocak, (hekim) s. 60.; Ozanoğlu, s. 73.

⁶¹² Giesen (arzthaftung) s. 295 vd.; Roggo, s. 190.; Brüggemeier, s. 503.

vazgeçilmez bir unsuru olan güven ilişkisinin kurulabilmesi için, en uygun yöntem, hiç şüphesiz ki sözlü aydınlatmadır⁶¹³. Hekim hastasını aydınlatırken, hastasının kendi anlattıklarından, hastasının ne anladığının farkında olmalıdır⁶¹⁴. Her somut olayda farklılık gösteren –hastanın sağlık durumu, eğitimi, kültür düzeyi vb. – unsurlar dikkate alınarak sözlü olarak yapılan aydınlatma, hastanın ayrıca öğrenmek istediği konuları da kapsayacak şekilde hekimine sorular yöneltmesine imkan verilerek yapıldıktan sonra, yazılı hale getirilerek onaylatılabilir⁶¹⁵.

Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin bir kararında, kan bağışında bulunan bir kişinin, yapılan işlemin sonucu ve riskleri ile ilgili olarak yazılı bilgi verilmesini yeterli görmemiş ve hastanın sözlü olarak da bilgilendirilmiş olması gerektiğine karar vermiştir⁶¹⁶. Diğer yandan, şüphe ile karşılanan 2000 tarihli bir kararında, çocuk felcine karşı ağız yolu ile verilen aşı uygulaması için, gerekli açıklamaları içeren bir broşürü yeterli görmüştür⁶¹⁷. Alman Temyiz Mahkemesinin verdiği 2005 tarihli bir başka karar ise hastanın, hekimin reçeteye yazdığı bir ilacın olası yan etkilerini bilmesi açısından üretici firmanın sağladığı bilgi formunu

⁶¹³ Çilingiroğlu, s. 71.; Ayan, s. 85.

⁶¹⁴ “Hekim –hasta ilişkisinin ana fikrini Mevlana’nın şu sözüyle dile getirebiliriz: “*Ne kadar bilersen bil, söylediklerin karşındakinin anlayabildiği kadardır*”. Bkz. Atıcı, s. 54.

⁶¹⁵ Özsunay, s.55.; Ozanoğlu, s. 73.; Şenocak, (hekim) s. 60.; Hakeri, s. 134.; Uygulamada sağlık kuruluşlarının, farklı tıbbi müdahaleler için ayrıntılı, matbu formlar hazırladıkları ve hastalarına bunları imzalattıkları görülmektedir. Örneğin Başkent Üniversitesi, “*Hekimlerle İlgili Yasal Düzenlemeler ve Başkent Üniversitesi Hastaneleri Hasta Bilgilendirme Rıza Form Örnekleri*” adı altında hazırlanan kitapçık bu amaca hizmet etmektedir. (Editörler: Erhan Büken/ Faik Sarılioğlu/Zeynep Kayhan/Ahmet Hatipoğlu/Haldun Müderrisoğlu/Zeki Hafizoğulları)

⁶¹⁶ Federal Mahkeme kararına göre: “*Kan bağışında bulunan bir hastanın kolunda yapılan enjeksiyon sonucunda travma oluşmuş, el sinirleri hasara uğramıştır ve bu durum kalıcı bir ağrıya neden olmuştur. Bu hastanın “yapılan işlemin küçük bir ihtimal de olsa sinirleri zedeleyebileceği” şeklinde sadece yazılı olarak bilgilendirilmiş olması yeterli değildir. Hasta riskler hakkında sözlü olarak da bilgilendirilmelidir. Özellikle bu tür, hastanın kendi yararına olmayan bir işlem için (kan bağışı) daha açık ve daha direkt davranmak gerekir.*” Bu prensiplerin özellikle tıp araştırmaları açısından önemi büyüktür. Bundesgerichtshof, VI ZR 279/04, Spickhoff, s.10.

⁶¹⁷ BGH NJW 2000, 1784, Fischer, s. 24.

(prospektüsü) yeterli görülmemiş ve hekimin de mutlaka bilgi vermesinin gerekliliğine işaret edilmiştir⁶¹⁸.

H. AYDINLATMA YÜKÜMÜNÜN İSPATI

Aydınlatma yükümü konusunda olmadığı gibi, bu yükümünün ispatı konusunda da, özel bir düzenleme hukukumuzda yer almamaktadır. Bu durumda acaba, hekim hastayı aydınlattığını ispat etmekle yükümlü müdür.? Yoksa, aydınlatma yükümünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olduğu hastanın mı ispat yüküdür? Hukukumuz açısından düzenlenmiş genel kural, TMK m. 6 da yer alan ve kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ilke olarak taraflardan her biri, iddiasına veya savunmasına dayanak yaptığı olguların varlığını ve doğruluğunu ispat etmek zorundadır şeklinde ifade edilmiş olan kuraldır⁶¹⁹.

BK m.96/I. de ise, sözleşmeye dayanan sorumluluk açısından alacaklı lehine bir kanunî karine getirilerek, alacaklıyı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü tutmamış, borçluyu kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü kılmıştır. Aydınlatma yükümü, hekim –hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinden kaynaklandığından, bu yükümün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi de, bir borca aykırılık doğuracaktır. Hastanın, hekimin sözleşmeye aykırı davrandığını, bundan bir zarar doğduğunu, zarar ile sözleşmeye aykırı davranış arasında illiyet bağı bulunduğunu ispatlaması gerekir. Ancak, BK. m. 96 hükmü gereğince borçlunun (hekimin)

⁶¹⁸ BGH NJW 2005, 1716, **Fischer**, s. 24.; **Soyaslan**, (ilaçla tedavi) s. 334.

⁶¹⁹ Genel olarak, ispat yükü kavramı için bkz. **Akıntürk**, (Başlangıç Hükümleri), s.195 vd.; Ayrıca bkz. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2004.

kusurlu olduğu varsayıldığından kusurun ispatı alacaklıya (hastaya) düşmez⁶²⁰. Hekimin, sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuzluğunu, yani konumuzla ilgili olarak aydınlatma yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini ispatlaması gerekir⁶²¹. Kaldı ki, hasta açısından aydınlatma yükümünün⁶²² hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediğinin ispatı (olumsuz bir olgunun ispatı) son derece zordur. Oysa hekim, bunu, gerekli tedbirleri alarak daha kolay bir şekilde yerine getirebilir⁶²³. Örneğin, kayıtların düzenli ve doğru tutulmuş olması, bu anlamda hekime son derece yardımcı olacaktır.

Ayan, aydınlatma yükümü ile ilgili ispat konusuna bir başka açıdan da yaklaşarak, ispat yükünün hekime düşmesi gerektiğini, şu ifadeler ile açıklamaktadır: *“Aydınlatma, hastanın Anayasa teminatı altında olan “kendi geleceğini bizzat belirleme” hakkının somutlaşmasına hizmet eder. Dolayısıyla, bu yükümlülük yerine getirilmez ve hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı ihlal edilirse, tıbbi*

⁶²⁰ Konumuz açısından, taraflar arasında sözleşme olup olmaması, aslında pratik açıdan herhangi bir fark doğurmamaktadır. Hekim ve hasta arasında bir sözleşme yok ise ve somut olayın özellikleri vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi anlamına geliyor ise bu bir haksız fiildir. Hasta, hekimin kusurunu da ispat etmek zorundadır. Ancak, tıbbî meslek kurallarına aykırılık, kusurun varlığı konusunda fiili bir karine oluşturacağından, hastanın ispat etmesi gereken şey sadece hekimin meslek kurallarına aykırı hareket etmiş olduğudur. Bu durumda hekim, bu fiili karineyi çürütmeli yani, aydınlatma yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini ispat etmelidir. Bkz. **Doğan**, Murat: *“Hukukî Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.51.

⁶²¹ **Özsunay**, s. 56.; **Ozanoğlu**, s. 74.; **Ayan**, s. 87.; **Doğan**, s. 50.; Kanun koyucu, hakkaniyet esaslarından hareket ederek bazı yerlerde ispat külfetini ters çevirmiştir. Bu durumlarda ispatı güç olan belli bir olgunun varlığı hususunda kanıt getirmek bunu iddia edene düşmez; karşı taraf bu olgunun olayda mevcut olmadığını ispat etme durumunda kalır. Bunun içindir ki, örneğin sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan tazminat istemlerinde, borçlunun kusurunu ispat, davacıya düşmez. Tam tersine kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini davalı ispat etmelidir (BK. m.96). Aynı güçlük olumsuz bir olayın ispatlanmasında da ortaya çıkar. Bu nedenle kural olarak olumsuz bir olayı iddia edenin değil, fakat olumlu bir olaya dayanarak iddiada ya da savunmada bulunan tarafın kanıt getirmesi gerekir. Bkz. **Akıntürk**, (Başlangıç Hükümleri), s.205 vd.

⁶²² **Ozanoğlu**, aydınlatma yükümlülüğünün ispatı açısından, aydınlatma türlerine göre bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, müdahale aydınlatmasında aydınlatma hastanın rızasının ön koşulu olduğundan, rızanın varlığını ispat etmesi gereken hekim, hastasını aydınlattığını da ispat etmelidir. Tedavi ya da koruma aydınlatmalarında ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali bir özen yükümü ihlali çerçevesinde değerlendirildiğinden, hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığını ispat kural olarak alacaklı durumdaki hastaya düşecektir. Bkz. **Ozanoğlu** s.75-76.

⁶²³ Aynı yönde görüş için bkz. **Özsunay**, s. 56.

müdahalenin icrasına ilişkin muvafakat (rıza) da geçersiz olur. Halbuki, geçerli bir rıza tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için zorunludur. Hukuka uygunluk sebebinin varlığından ise hekim istifade eder ve dolayısıyla bu konuda ispat yükü ona düşer.....”⁶²⁴

Yargıtay da, 1977 de vermiş olduğu bir kararda aydınlatma yükümü ile ilgili olarak ispat yükünün kime düşeceği sorusunu, şu şekilde yanıtlamıştır: *“Davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer.....Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen zararlı sonuçtan sorumludur.”⁶²⁵*

Hekime ait olan ispat yükünün kapsamı, somut olayın özellikleri ve iddialara göre değişecektir. Hekim, buna göre aydınlatma yükümünü, örneğin, hastanın karar verebilmesine imkan veren uygun bir zamanda, tıbbi müdahalenin aciliyetinin ya da öneminin doğru şekilde anlatıldığından emin olarak yerine getirdiğini ya da hastanın şahsi bilgisi ya da başka bir nedenle aydınlatılmak istemediğini ispat etmek durumundadır⁶²⁶.

⁶²⁴ **Ayan**, s.86.

⁶²⁵ **Yarg.**4.HD., E.1976/6297, K.1077/2541, T.7.3.1977, www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 22.10.2007)

⁶²⁶ **Fischer**, s. 28-29.; **Giesen** (arzthaftung) s. 402.

VII. HEKİMİN HASTANIN RIZASINI ALMA YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Kural olarak, tüm tıbbi müdahaleler hastanın sağlığına hizmet etmek için yapılıyor olsa da, uluslararası tıp etiği ve tıp hukuku standartlarına göre hastanın aydınlatılmış rızası ile yapılabilir⁶²⁷. Dolayısıyla, hekimlerin hastalardan uygulanacak tedavi ve tıbbî müdahaleler için rızalarını alma yükümü, hem etik hem de yasal bir yükümdür⁶²⁸. Tedaviye karar vermek, hekimin tek başına meselesi değil, hekim ve hasta arasında kurulan işbirliğinden doğan iletişimin ideal bir sonucudur⁶²⁹. Hangi şekil ya da kapsamda olursa olsun, hekimin, hastasına uygulayacağı tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi buna hastanın – ya da duruma göre kanunî temsilcisinin – rıza göstermesine bağlıdır⁶³⁰. Tıbbi müdahalede bulunma hakkına sahip olan hekim, hastanın rızası ile bu hakkını hukuka uygun olarak kullanma olanağına kavuşacaktır⁶³¹. Hastanın rızası, bu şekilde, tıbbi fiilin hukuka uygunluğunu tamamladığı ve hekimlik mesleğinin yerine getirilmesini sağladığı gibi, hekimin yetkisini de sınırlamaktadır. Hastadan alınacak olan rıza belirli bir konu ile ilgili olacağından hekimin mesleki faaliyetlerinin sınırlarını da belirleme niteliği taşımaktadır⁶³².

⁶²⁷ Spickhoff, s.9. ; Tag, s. 214.; Brüggemeier, s. 505.

⁶²⁸ Ayan, s.71.; Çakmut, s. 194.; Ünver, s. 239 vd. Çobanoğlu, s. 65.; Beauchamp, / Childress, s. 63.; Rosenau, Hennig: “Aufklärung und Einwilligung bei nichteinwilligungsfähigen” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 59.

⁶²⁹ Deutsch / Spickhoff, s. 187 vd.

⁶³⁰ Belgesay, s.62.; Ayan, s.11.; Şenocak, Zarife: “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası” AÜHFD., Cilt:50, S.4., Ankara 2001, s.65.; Çilingiroğlu, s. 52.; Arat, s.228.; Aşçıoğlu, s. 24.; Hakeri, s.146.

⁶³¹ Hastanın, aydınlatılmış rızasının alınmış olması çok önemli ve gerekli olmakla birlikte, söz konusu müdahaleyi yapmaya yetkili olan hekimin hakkın icrası koşulları içinde davranması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, s. 229 vd.

⁶³² Bayraktar, s. 123.

Hekimlik faaliyeti, kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ile onun yaşamı, sağlığı, vücut bütünlüğü, dolayısıyla bu değerlerin kapsamında yer alan kişilik haklarını içerdiği için kural olarak hukuka aykırıdır⁶³³. Ancak, hastanın rızası, - duruma göre varsayılan (muhtemel) rızası, kanunî temsilcinin ya da mahkemenin kararı -bu müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilir⁶³⁴. Bu bağlamda, hukuk düzeni tarafında koruma altına alınmış olan sadece kişilik hakkı ve ona dahil olan değerler değil, aynı zaman da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Kişi, bu değerler üzerinde tek söz sahibi olduğuna göre, hekim tarafından önerilen tıbbî müdahaleye razı olup olmamak konusunda bir seçimlik hakkı vardır. Hasta bireyin, kendisi ile ilgili her türlü bilgiyi alma hakkı, tıp etiğinin özerkliğe saygı ilkesinin bir uzantısıdır⁶³⁵. Bir başka ifadeyle, hastanın rızasının alınması insana, onun yaşam ve sağlığına verilen yüce değerden ve bireyin kendi sağlığı hakkında karar verme hakkından kaynaklanmaktadır⁶³⁶.

B. RIZA ALMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Hekimin, hekimlik sözleşmesinden doğan bir yükümü olduğu kadar, mesleki ve etik bir yükümü de olan, hastanın rızasını alma yükümünün hukuki dayanaklarının başında T.C. Anayasası gelmektedir. Anayasamızın 17. maddesindeki “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” hükmü

⁶³³ Çilingiroğlu, s. 42.

⁶³⁴ Ott, s. 30.; Güven, s. 101 vd. ; Hakeri, (yönetmelik taslağı) s. 32.; Tıbbi müdahalelerin, rızanın bulunmadığı bazı özel durumlarda, üstün nitelikte özel veya kamu yararına veyahut kanunun verdiği yetkiye dayanarak gerçekleştirilmesi ancak hukuka uygun kabul edilecektir. Hukuka aykırılığın, hastanın rızasının bulunmadığı bazı özel durumlarda engellenmesi halleri için bkz. Çilingiroğlu, s. 45 vd.

⁶³⁵ Çobanoğlu, s. 65.; Beauchamp, / Childress, s. 56 vd.

⁶³⁶ Aşçıoğlu, s. 24.

ve TMK m. 24/ II de yer alan *“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.”* hükmü, kişinin rızası olmaksızın, kişilik hakkının kapsamına giren hayata, sağlığa ve vücut bütünlüğüne yapılacak her tür müdahaleyi hukuka aykırı olarak kabul etmiş ve koruma altına almıştır⁶³⁷. Aynı şekilde, TMK m.23/III de, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.....”* düzenlemesi yapılmıştır. Her tıbbi müdahale için, rızanın aranması gereği, Medeni Kanun dışında, sağlık mevzuatında da yer bulmuştur. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahîyeler için bu muvafakatın tahrirî olması lazımdır....”* hükmü yer almaktadır. 1999 yılında yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 26.maddesi *“Aydınlatılmış Onam”* başlığı ile yapmış olduğu düzenlemede *“.....sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir.....”* düzenlemesini yaparken, 41. maddesinde tıbbî araştırma ve deneylerle ilgili olarak *yazılı onamın* alınması gerektiğini vurgulamıştır. 1998 tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Hasta Hakları Yönetmeliğinde ise, *“İlkeler”* başlığını taşıyan 5.maddenin d) bendinde *“Tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.”* hükmünü düzenlerken, *“Rıza Olmaksızın Tıbbî Ameliyeye Tabî Tutulmama”* başlığını taşıyan 22. maddesinde de, konuyu *“.....kimse, rızası olmaksızın ve verdiği*

⁶³⁷ Çilingiroğlu, s. 35 vd.; Şenocak, (hekim) s. 37.

rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbî ameliyeye tabi tutulamaz.” düzenleme altına almıştır.

Dünya Hekimler Birliği⁶³⁸ tarafından 1981 tarihinde yayımlanan Lizbon Bildirgesi 3.maddesine göre: *“Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.”* 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 3.2 maddesinde de aynı esas benimsenerek şu şekilde ifade edilmiştir: *“Hasta tıbbî girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir.”*

1989 yılında Florida Temyiz mahkemesine konu olan bir olayda, hasta, ağır bir rahim kanaması ile hastaneye getirilmiştir. Hekim, hastaya mutlaka kanının değişmesi gerektiğini, aksi takdirde, öleceğini bildirmiş ancak, hasta Yehova Şahidi olduğu için, bedenine başka birinin kanının girmesini istemediğini belirterek, hekime bu uygulama için rıza vermemiştir. Hastanın sağlığından sorumlu olan Sağlık Vakfı, bölge mahkemesine başvurarak – hastanın eşinin, annesinin ve kardeşinin kan değişimi tedavisini istemediklerini beyan etmelerine rağmen – mahkemeden hastanın anestezi altında kanının değişmesi yolunda karar aldırılmışlardır. Mahkeme *“Hasta kadının iki çocuk annesi olması ve yaşaması gerektiğini, çocuklarının ona duyduğu ihtiyaç ve bu nedenle toplumun yararı, kendi talebinden üstün tutulmalıdır”* görüşüne dayandırarak, hasta kadının anestezi altında kanının değiştirilmesine karar vermiştir. Hasta kadın, işlem sonrasında kendine geldiği zaman, bölge mahkemesinin kararını temyiz etmiş ve temyiz mahkemesi kararı şu gerekçe ile bozmuştur: *“Kişinin*

⁶³⁸ World Medical Association. www.wma.net

Anayasa tarafından tanınmış olan dini inanç özgürlüğü ve özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, kamunun menfaatinden üstündür.”⁶³⁹.

C. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Rızanın hukukî niteliği ile ilgili olarak, İsviçre Hukukunda, rızanın bir hukukî işlem olduğu şeklinde baskın bir görüş ifade edilirken, Alman ve Türk Hukukunda rızanın bir hukukî işlem benzeri fiil olduğu üzerinde daha çok durulmaktadır⁶⁴⁰. Gerçekten de, rıza açıklanması durumunda, hukukî bir sonuca değil, tamamen fiili bir sonuca yani tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelmektedir⁶⁴¹.

Tıbbî müdahalenin, hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir unsur olan rızanın geçerli olabilmesi için, belli koşulları⁶⁴² taşıyor olması gerekir⁶⁴³. Rıza bir irade açıklamasıdır ve bütün irade açıklamalarının sınırı da BK. m.19/II. hükmü ile

⁶³⁹ Supreme Court of Florida 1989, Public Health Trust vs. Wons, ayrıntılar için bkz. **Öztürk**, s. 69 vd.; Benzer vakalar için bkz. **Beauchamp /Childress**, s. 260-261.; Bu bağlamda, karşımıza çıkan sorun, temel olarak TMK m.24/II de yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden, üstün nitelikli özel yarar ve kişinin rızasının çatışma içinde olduğu hallerde nasıl davranılması gerektiğidir. Kanaatimizce, bu sorunun temelinde tartışılması gereken hangi yararın *üstün nitelikte* olduğudur. Hukukumuz açısından, TMK. m. 23 gereğince, kişinin kendisinin ölümüne sebep olabilecek bir irade açıklaması –örneğin intihar etmeden önce tıbbi müdahaleyi reddetmesi- kabul edilmediğine göre, kamunun yararı, kişinin yaşatılmasından yanadır. Bu tartışma açısından karşılaştırmak için bkz. § 8.VII. C.2.b.

⁶⁴⁰ **Çilingiroğlu**, s. 43 vd.; **Kılıçoğlu** (Basın yoluyla) s. 175 vd. **Şenocak** da, Türk - İsviçre hukukunda ki baskın görüşe göre rızanın bir hukukî işlem olduğunu ancak sonuçta, hukukî işlemler de ehliyeteye ilişkin kuralların kıyasen hukukî işlem benzeri fiillere de uygulanmasının, bu konuda ki tartışmaların tıbbî müdahaleye rıza yönünden herhangi bir pratik yararı olmadığını ifade etmektedir. **Şenocak** (küçüğün rızası), s. 68-69.; **Eren**, (Borçlar) s.564.

⁶⁴¹ Rıza, hukukî niteliği itibariyle hukukî işlemlerden farklı olsa bile, hukuki işlemlere ilişkin kurallar kıyasen uygulanacaktır. Örneğin hata, hile, tehdit irade sakatlığına ilişkin kurallar, rızanın da geçersizliğine neden olacaktır. Bkz. **Çilingiroğlu**, 45, 75 vd.

⁶⁴² **Ünver**'e göre, rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel geçerli bir şablon bulunmamaktadır. Müdahalenin tür, biçim ve konusu kadar ilgilinin somut durumu, müdahaleyi yapanın yetki ve hak açısından konumu ve kanuni düzenlemelere göre bu koşullar artmakta veya azalmaktadır. Bkz. **Ünver**, s. 238 vd.

⁶⁴³ **Eren**, (Borçlar), s.564.; **Çilingiroğlu**, s.52.

çizilmiş ve aksi hallerde geçersiz olacağı BK. m.20 ile ifade edilmiştir⁶⁴⁴. Bu koşulların başında, rızanın hukuka ve ahlâka aykırı olarak alınmamış olması gelir. Hastanın kandırılarak, manevî baskı altında ya da zorla rızasının alınması halinde rıza hukuka ve ahlaka aykırı olduğu için geçersizdir⁶⁴⁵. HHY. m.28 de rızanın geçerliliği ile ilgili olarak “.....Hukuka ve ahlâka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.” hükmünü içermektedir. Aynı yönde bir başka düzenleme HMEK m.26 da “.....Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.” şeklinde yer almıştır.

Rıza, mutlaka belli bir tıbbî müdahale için verileceği için, öncelikle hastanın bu müdahale ile ilgili olarak bilgilendirilmiş olması gerekir⁶⁴⁶. Bu nedenle hastanın sıradan rızası değil, kendisine uygulanacak tıbbî müdahalenin anlamı, türü, önemi, kapsamı, yarar ve sakıncaları tam olarak açıklanmış olarak alınmış rızası yani aydınlatılmış rızası (*Aufklärung Einwilligung– informed consent*) tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilir⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ BK. m.19/ II.: “Kanunun kat’i surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet, âhlaka (âdaba) veya umumi intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.” BK. m.20.: “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik, yahut ahlakâ (âdaba) mugayir olursa o akit bâtıldır.”

⁶⁴⁵ Çilingiroğlu, s. 76 vd.; Arat, s. 234. Ayrıca Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler ve mağdurun rızasının hukukî sonuç doğurabilme koşulu için bkz. Yarg. 4.HD., 20.6.1979 T. E.4448, K. 8275 ve YHGK., 26.11.1983 T., E.4-365, K.29., Uygur, Cilt:3, s.2589 vd.; Ancak Ünver, ceza hukuku açısından ne rızanın ne de müdahalenin ahlak veya adaba aykırılığının rızanın hukuken geçerliliği ve hukuksal etkileri açısından sınırlayıcı veya engelleyici olmadığını, etik, ahlak, adap gibi hukuk dışı kavramlarının sağlık/tıp hukukunda mutlak surette dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntıları için bkz. Ünver, s. 254 vd.

⁶⁴⁶ Ott, s. 30.; Giesen (international) s. 252 vd.

⁶⁴⁷ Eren, (borçlar) s.565.; Çilingiroğlu, s. 57 vd.; Çakmut, s. 223.; Brüggemeier, s. 505.

Tıbbî müdahaleye rıza, açık ya da örtülü bir şekilde verilebilirse de, mutlaka serbest bir iradeye dayanmalıdır⁶⁴⁸. Hastanın iradesine etki edecek, tehdit, cebir, hata ve hile gibi unsurlar, rızanın sakatlanmasına ve dolayısı ile rızanın geçersiz olmasına neden olur⁶⁴⁹. Ayrıca etik ilkelere ve kanun hükümlerine aykırı olarak alınan rıza da geçersizdir. Gerçekleştirilmesi kanuna aykırı olan tıbbi müdahaleler için, hastanın rıza vermesinin herhangi bir hukuki geçerliliği yoktur. Örneğin, ötanazi için verilen rıza, belli bir süreyi aşmış gebeliğin, tıbbi bir zorunluluk (endikasyon) olmadan sonlandırılması için verilen rıza, geçerli değildir. Diğer yandan bir tıbbî müdahale yapılmadan önce ya da en geç tıbbî müdahale gerçekleştirildiği sıra da rızanın açıklanmış olması gerekir⁶⁵⁰.

Tıbbî müdahaleye rıza bir hukuka uygunluk sebebi olsa da, bu rıza ile girişilen tıbbî müdahalenin tıbbın kurallarına ve bilimsel yöntemlere uyularak yapılması gerekir. Aksi takdir de, rıza hastaya yapılan her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getiremez⁶⁵¹. Hekimin bilgisizlik, meslekte acemilik, tedbirsizlik vb. nedenlerle zarara sebep olması, hasta tıbbî müdahaleye rızası göstermiş olsa bile hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak⁶⁵² ve hekimin hukukî sorumluluğuna neden olabilecektir.

⁶⁴⁸ Belgesay, s. 65.; Ayan, s. 11-12.; Arat, s.234.

⁶⁴⁹ Çakmut, s. 213.; Hakeri, s.174.; Çelik, s. 77.

⁶⁵⁰ Çilingiroğlu, s. 53.

⁶⁵¹ Kılıçoğlu (borçlar) s. 204.; Ünver, s. 229 vd.

⁶⁵² Resioğlu, s. 8.; Çelik, s. 76.

1. HASTANIN AYDINLATILMIŞ OLMASI

Tıbbi müdahale için verilen rızanın, geçerli olabilmesinin koşullarının başında, hastanın aydınlatılmış olması gelir. Bu bağlamda aydınlatma yükümü yerine getirilmeden alınan rıza geçerli değildir⁶⁵³. Hekimlik sözleşmesinde, hekimin hastasını aydınlatma yükümü, bu nedenle son derece önemli ve kendine özgü nitelikler taşıyan mesleki bir yüküm olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁴.

Hastanın, kendisine yapılacak tıbbî müdahaleyi onaylaması için öncelikle neyi onaylayacağını bilmesi gerekir⁶⁵⁵. Hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için, yapılacak olan tıbbi müdahalenin niteliği, araç ve metodları, yan etkileri, olası riskleri (komplikasyonlar), sonuçları, süresi, kimin tarafından, nerede, nasıl gerçekleştirileceği vb. konularda, hastanın aydınlatılması ve bu bilgiler doğrultusunda özgürce iradesini açıklaması gerekir. Aydınlatma, hastanın kendisi ile ilgili olarak serbestçe karar verebilmesini mümkün kılmalı ve bu karar somut olayın özelliklerine göre önemli olan tüm faktörler bilinerek, bütün durumlar değerlendirilerek verilmiş olmalıdır⁶⁵⁶.

Hekimin, karar verecek kişiye gereksindiği tüm bilgileri sağlama yükümü vardır. Karmaşık tanı yöntemleri, prognozlar ve tedavi biçimleri sade bir dille, hastanın tedavi seçeneklerini anlaması sağlanarak, her seçeneğin üstünlükleri ve olumsuz yönlerini de içerecek biçimde açıklanmalı, sorulabilecek her soru

⁶⁵³ Resioğlu, s. 8.; Aşçıoğlu, s. 27.; Ayan, s. 11.; Arat, s.234.; Çakmut, s. 224.

⁶⁵⁴ Fellmann, Art.398, Nr.146, Nr.147 vd.; Roggo, s.75.; Abegglen, s.35 vd. ; Laufs/Uhlenbruck, § 61, Nr.13.; Ayrıca bkz.BGE 66 II 36.; BGE 117 Ib 200

⁶⁵⁵ Belgesay, s. 66.; Bayraktar, s. 125.

⁶⁵⁶ Ozanoğlu, s.65.; Ünver, s. 239.

yanıtlanmalı ve verilen karar, mümkünse, gerekçeleriyle birlikte anlaşılmalıdır⁶⁵⁷. Tıbbi müdahale ile ilgili risklerin ya da yan etkilerinde bu aşamada hastaya – gerektiği kadar ve gerektiği şekilde– açıklanması son derece önemlidir⁶⁵⁸.

2. EHLİYET

Rıza, bir irade açıklamasıdır. Geçerli bir rızanın varlığı için, böyle bir irade açıklaması yapmaya yetkin bir kişiden çıkıyor olması gerekir⁶⁵⁹. Kişinin irade açıklaması yapmaya yetkin olmaması iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, irade açıklamasında bulunamayacak durumda olmaktır ki, bu halin tipik örneği ayırt etme gücüne sahip ve ergin bir kişinin, kazaya ya da hastalığının etkisi ile bilincinin kapalı olmasıdır. İkinci hal ise kişinin somut olayın özelliklerini, önemini anlama ve karar verebilme yeterliliğine sahip olmama⁶⁶⁰ yani ayırt etme gücüne sahip olmama halidir.

Kural olarak fiil ehliyetine sahip⁶⁶¹ kişiler - ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler- her türlü hukukî işlemi bizzat yapabilecekleri gibi bütün haklarını bizzat kullanabilirler⁶⁶². Dolayısı ile tam ehliyetli⁶⁶³ bir hasta kural olarak

⁶⁵⁷ **Medical Ethics Manual**, s. 47. www.wma.net

⁶⁵⁸ **Ayan**, s. 71 vd.; **Demir**, (AÜHFD) s. 240.; Aydınlatma Yükümü Kapsamı ve Sınırları için ayrıca bkz. § 8.VI. D.

⁶⁵⁹ **Giesen**, (arztaftung) s. 214 vd.

⁶⁶⁰ Hastanın karar verme kapasitesi (*decisional capacity*), tıbbi, yasal ve etik yönden büyük önem taşımaktadır. Ancak hastanın karar verme yeterliliğinin olup olmadığı, her zaman kolaylıkla belirlenebilecek bir durum değildir. Bkz. **Aydın**, s. 21 vd.; **Johsen/ Siegler/Winslade**, s. 55 vd.; **Loewy**, s.64 vd.

⁶⁶¹ Fiil ehliyetinin şartları için ayrıntılı bilgi bkz. **Akıntürk**, (başlangıç hükümleri), s.285 vd.; **Özsunay**, (gerçek kişi), s. 37 vd.; **Arpacı**, Abdülkadir: *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, s. 20 vd.

⁶⁶² **Akıntürk** (başlangıç hükümleri) s, 303.

⁶⁶³ **Çilingiroğlu**’na göre “rızanın hukukî işlem benzeri bir fiil olmasından hareketle hastanın rızasını geçerli bir biçimde açıklayabilmesi için, fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip olan kişilerden olması

kendisine önerilen tıbbî müdahaleye rıza gösterme ya da bu müdahaleyi red etme şeklindeki iradesini bizzat açıklayabilir.

Tam ehliyetsiz konumundaki bir kişinin, örneğin bir akıl hastasının, tıbbî müdahalenin özelliklerini, önemini, sonuçlarını ya da risklerini anlayacak durumda olması söz konusu olmadığından, tıbbî müdahale ancak kanunî temsilcisinin rızası ile gerçekleşebilecektir⁶⁶⁴. 1219 sayılı Kanunun düzenlemesi de bu yöndedir⁶⁶⁵.

Sınırlı ehliyetsizler için ise, TMK m.16/II de yer alan düzenleme, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın ayırt etme gücüne sahip küçük ya da ayırt etme gücüne sahip kısıtlı tarafından, kanunî temsilcinin iznine gerek kalmadan kullanılabilceği yönündedir. Ancak, nasıl ki, kurumların önemi ve koruma düşünceleri ile nişanlanma (TMK m.118/II.), evlenme (TMK m.126), tanıma (TMK. m.295/II) gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar için kanunî temsilcinin de rızası aranmakta ise, tıbbî müdahaleler

gerekli değildir. Hastanın sadece temyiz kudretine sahip olması, onun, tıbbî müdahaleye rızasını açıklayabilmesi açısından ehil olduğunun kabul edilebilmesi için yeterli olacaktır. Burada temyiz kudretinden anlaşılması gereken, hastanın somut olayda ki tıbbî müdahalenin ne olduğunu, bunun beraberinde ne gibi riziko ve zararları getirebileceğini, tıbbî müdahale için rıza açıklamasının anlam ve önemini kavrayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa ulaşmış olmasıdır.” Bkz. Çilingiroğlu, s. 55.

⁶⁶⁴ Belgesay, s. 67.; Ayan, s. 11., Çilingiroğlu, s.55.; Aşcıoğlu, s.26.

⁶⁶⁵ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un da 70.maddesin de “...her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya **tahtı hacirde** ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar....” şeklinde yer alan hükmün, doktrin de amaçsal yorumlanması gerektiği ve her tür kısıtlama nedeninin değil sadece akıl hastalığı ve akıl zayıflığı için vasinin iradesine başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Gerekçe ise, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı dışındaki hallerin malvarlığını korumak amacıyla öngörüldüğü ve diğer sebeplerden dolayı kısıtlanmış kişiler için vasinin rızasını aramanın kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haklarının kullanım alanlarını çok fazla daraltacağı görüşü savunulmuştur. Bkz. **Bayraktar**, s. 136.; **Şenocak**, (hekim) s. 39.; **Aşcıoğlu**, s. 26.; TMK. kısıtlama sebeplerini: Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (m.405), Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (m.406), Özgürlüğü bağlayıcı ceza (m.407), İstek üzerine (yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik, ağır hastalık) (m.408) şeklinde düzenlemiş ve ayrıca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını (akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike arz eden ergin kişiler için) hükmüne bağlamıştır. Kısıtlanmış kişi eğer ayırt etme gücüne sahip ve ergin ise tıbbî müdahale için kendi başına irade açıklamasında bulunabileceği düşünülebilir. Ancak yapılacak müdahale kişinin sadece şahısvarlığını değil aynı zaman da malvarlığını da ilgilendirir. Bu nedenle, tüm kısıtlama durumları için vasinin rızasının aranması gerekir. **Arat**, s.231.

için de küçüğün rızası ile birlikte, kanunî temsilcinin rızası da aranmalıdır görüşü hakimdir⁶⁶⁶. Sağlık mevzuatında yer alan düzenlemeler bu yöndedir⁶⁶⁷.

Bu konuda, yol gösterici olan en önemli uluslar arası belge *Avrupa Konseyi* tarafından 1997 yılında kabul edilen *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesidir*⁶⁶⁸. Sözleşme, insan genleri üzerinde yapılan araştırmalar, rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanların korunması gibi modern biyotıbbın temel konularını ele almakta, insan haklarının korunması ve kötüye kullanımların engellenmesi açısından düzenlemeler getirmektedir⁶⁶⁹.

a. Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası

Rıza ehliyeti açısından, üzerinde en çok tartışılan konu, *ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası* ile ilgilidir. Bu tartışmalar, küçüğün ayırt etme gücüne sahip ise kendi rızasının aranması gerektiğini söyleyen görüş; küçüğün rızasının yanında

⁶⁶⁶ Ancak, "...rızanın açıklanması münhasıran kişiye bağlı bulunan bir hakkın kullanılması olmak itibariyle, hasta anlayabilme ve karar verme yeteneğine kendisi sahip olduğu ölçüde rıza açıklamasında da kendisi bulunabilecektir. Hastanın anlayabilme ve karar verebilme yeteneklerine sahip olmadığı tespit edildiğinde ise, kanunî temsilcilere başvurulacaktır." görüşü de savunulmaktadır. **Ayan**, s.11.; **Sarıal** s. 66

⁶⁶⁷ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70: "...her nevi ameliye için hastanın, hasta **küçük** veya **tahtı hacirde** ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar...."; Türk Tabipler Birliği Tarafından yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 26/II.: "...hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olması ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır.."; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24.: "Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır..."

⁶⁶⁸ Bu sözleşme Türkiye tarafından da onaylanmıştır. *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun* No: 5013, R.G. No: 25311, Tarih: 9.12.2003.

⁶⁶⁹ Avrupa Konseyine üye 45 ülkeden 32'si Biyotıp Sözleşmesini imzalamıştır. Almanya, sözleşme ile getirilen koruma standartlarının düşük olduğu gerekçesi ile sözleşmeyi imzalamayan ülkelerden biridir. Özellikle, rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan kişiler ve tıbbi araştırmalar konusunda, tartışmalar devam etmektedir. **Rosenau**, s.62.; **Spickhoff**, s. 10-11.

kanunî temsilcisinin rızasının aranması gerektiğini savunan görüş; kanunî temsilcinin rızasının alınması ile birlikte ayırt etme gücüne sahip küçüğün de bilgilendirilerek tıbbî müdahale sürecine dahil edilmesi gerektiğini savunan görüş olmak üzere üç farklı yaklaşım etrafında biçimlenmektedir.

İlk görüş sahipleri, medeni hukukun genel düzenlemesi ve TMK m.16 hükmü gereğince şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olan tıbbî müdahaleye rıza açıklamasının ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat yapılabileceğini savunmakta⁶⁷⁰, kanunî temsilcinin rızasına ise ancak önemli müdahaleler için başvurulması gerektiği belirtilmektedir⁶⁷¹. TMK m.339/ III hükmü *“Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.”* ifadeleri ile velâyetin kapsamını belirlemektedir. Küçük eğer, kendisine uygulanacak tıbbî müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal olgunluğa sahip ise, tıbbî müdahaleye rıza bizzat kullanabileceği bir hak olarak kabul edilmeli ve velayet hakkının kapsamı dar yorumlanmalıdır.

İkinci görüş, küçüğe yapılacak müdahale için , -kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen – küçüğün rızası yanında kanunî temsilcisinin rızasının da aranması gerektiği savunulmaktadır. Bunun nedeni ise küçüğün korunması gerektiği düşüncesi ile açıklanmaktadır⁶⁷². Şenocak bu görüşü, *“Küçüğün somut olayda tıbbî müdahaleye rıza konusunda ayırt etme gücünün varlığını ve dolayısıyla, kişilik*

⁶⁷⁰ “...TMK m. 16’da yer alan düzenlemeye, tıbbî müdahale açısından bir istisna getirilmemelidir”. Bkz. Şenocak, (küçüğün rızası) s. 76.; Ayrıca, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kanunî temsilcinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kullanılabileceği görüşü için bkz. Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, 6. Bası, Ankara 1994.

⁶⁷¹ Ayan, s. 11.; Sarıal, s. 66.

⁶⁷² Çilingiroğlu, s.56.

değeri olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde karar verme özgürlüğünü kullanabileceğini kabul ettikten sonra, bu hakkın kullanımını küçüğün korunması amacıyla kanunî temsilcisinin rızasına bağlı tutmak gereksiz bir tedbirdir” diyerek eleştirmektedir⁶⁷³.

Üçüncü görüş ise, küçükler için kanunî temsilcinin rızasının aranması gerektiğini ancak olayın özelliklerini anlayabilecek olgunluktaki küçüğün de bilgilendirilmek suretiyle tıbbî müdahale sürecine dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Tıbbî müdahaleye rıza konusunda, kişinin medeni hukuktaki fiil ehliyeti (TMK. m.10, m.11, m.13) veya ceza hukukundaki kusur yeteneği (TCK m. 31/I.)⁶⁷⁴ değil, somut olay içerisindeki hastanın karar verme, kavrama ve anlama yeteneği esas alınmalıdır⁶⁷⁵.

Biyotıp Sözleşmesi 6/2 de, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması amacı ile şu düzenlemeye yer vermiştir: *“Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatını verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin ya da onun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.”* Uluslararası düzenlemeler ile birlikte, HHY. m.26 da “ *Kanunî temsilcinin muvafakatının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır.”* diyerek, küçük hastalarında imkanların elverdiği ölçüde tıbbî müdahale süreci içinde yer

⁶⁷³ **Şenocak**, (küçüğün rızası), s.76.

⁶⁷⁴ Türk Ceza Kanunu m.31/I'e göre “*Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur.*”

⁶⁷⁵ **Hakeri**, s. 152.; **Çakmut**, s. 207.; **Aydın**, s. 22.

almalarını öngörmüştür. Bu nedenle 1219 sayılı Kanunun 70.maddesini de bu doğrultuda yorumlamak gerekmektedir.

Böylece çağdaş düzenlemelerin ve yaklaşımların, ayırt etme gücüne sahip ama ergin olmayan hastaları, rıza açıklama sürecinden dışlamayan bir yönde gelişmekte olduğunu söylemek kanaatimizce hatalı olmayacaktır. Bizce de, kesin bir yaş sınırı belirlemeye çalışmaktan çok, somut olayın acilliği, ağırlığı, riskleri ve olayda hasta konumunda yer alan küçüğün ruhsal olgunluğu hekime yol gösterici olabilir⁶⁷⁶. Küçüğün, ruhsal olgunluğu ile birlikte, tıbbî müdahalenin nitelikleri de, kanunî temsilcinin mi yoksa küçüğün rızasının mı öncelikle aranması gerektiği konusunda belirleyicidir⁶⁷⁷.

b. Kanunî Temsilcinin Tıbbî Müdahaleye Haksız Yere Rıza Göstermemesi

Hekimin, hastanın sağlığı ve yaşamı açısından mutlak olarak yapılmasını önerdiği bir tıbbî müdahaleye, kanunî temsilcinin onay vermemesi durumunda velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Türk Medenî Kanunu, velayet ve vesayetin kötüye kullanıldığı haller için hâkime başvurulabilecek durumları da düzenlemiştir⁶⁷⁸. Hekimin, küçüğün sağlığı ve

⁶⁷⁶ “Küçük çocuklar rıza yeteneğine sahip olmasalar da, kendilerine ne yapılacağını öğrenme hakkına sahiptirler. Tedavi süreci ve belli ölçüde riskler, 10 yaşından büyük olan çocuklara bildirilmelidir.” Bkz. **Rosenau**, s. 67.; “Ancak küçük yaştaki çocukların en basit bir enjeksiyona bile karşı koydukları göz önünde bulundurulmalıdır.” Bkz. **Hakeri**, s. 155.

⁶⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Fennell**, Phil: Treatment Without Consent, Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People since 1845, London 1996, s. 270 vd.

⁶⁷⁸ TMK. m. 348/II. de ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verebileceği düzenlenirken; m. 483 de vasinin görevini ağır surette savsaklaması, yetkilerini kötüye kullanması veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunması halinde vesayet makamı tarafından görevden

yararı açısından yapılmasını gerekli gördüğü bir tıbbî müdahaleye, ana babanın haksız yere rıza göstermekten kaçınması, velayet hakkının kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Örneğin, küçüğün kulak zarında tespit edilen bir problemin, mutlaka ameliyat ile düzeltilmesi gerektiği, aksi takdir de duyma yeteneğinin telafi edilemeyecek şekilde tamamen kaybına neden olabileceği, küçüğün ana babasına açıklanmışken, nedensiz olarak bu ameliyata rıza gösterilmemesi; ya da küçüğün mutlaka kanının değişmesi gerektiği aksi takdir de yaşamsal tehlikenin söz konusu olacağı bir durumda, bu müdahaleye sebepsiz yere rıza verilmemesi gibi haller, hiç kuşkusuz, velayet hakkının kötüye kullanıldığı durumlardır.

Nitekim, dini inançları nedeniyle, kendilerine kan verilmesini reddeden Yehova Şahitleri ile ilgili bir vakada temyiz mahkemesi, yeni doğum yapan annenin dini inancı ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında kendisine kan verilmesini reddetme hakkını kabul ederken, ana-babasının böyle bir red kararı ile ölüme gidecek olan yeni doğmuş bebeği, *ayırt etme gücü ve karar verme yetkisi olmadığı* gerekçesi ile koruma altına almıştır⁶⁷⁹.

Kanunî temsilciden, haksız yere rıza alınamadığı durumlarda, hekimin ne yapması gerektiği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26/2 maddesinde şu şekilde

alınabileceğini düzenlemiştir. Kaldı ki, TMK. m.2/II de yer alan “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmü velayet ve vesayet hakkı açısından da geçerli olan genel bir düzenlemedir.

⁶⁷⁹ “Yehova Şahidi olan Janet P., doğum yapmadan önce kendisine ve bebeğini gerekli olan kan verilmesi işlemini red ederek, rıza formunu imzalamamıştır. Hekimler, yeni doğanın hayatını kurtarabilmek için kan verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Anne ve baba ısrarla kan verilmesini reddedince, işlemin yapıldığı Columbia Hospital of Women yargıya başvurmuştur. Yapılan incelemeler sonucunda Temyiz Mahkemesi hâkimi Tim Murphy, bir vasi atayarak bebeğe kan verilebilmesi için gerekli belgelerin imzalanmasına karar vermiştir. Anne bir süre sonra kanama nedeniyle hayatını kaybederken, bebek kurtulmuştur.” 1974 yılında gerçekleşen bu olayda önemli olan nokta, hakimnin dini inancı ve kendi geleceğini belirleme hakkını ayırt etme gücüne sahip kişi için kabul ederken, ailesinin bu kararı ile ölüme gidecek olan – ayırt etme ve karar gücü olmayan – bebek için kabul etmemiş ve onu koruma altına almış olmasıdır. Bkz. **Beauchamp / Childress**, s. 260-261.

düzenlenmiştir; “...hekim (kanunî) temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Diğer bir düzenleme, HHY. m.24/2 de yer almaktadır: “....Kanunî temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 272 nci⁶⁸⁰ ve 431 nci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Kanunî temsilciden, rızanın haklı hiçbir sebep olmadığı halde alınamaması ancak, hekimin de acil müdahale edilmesi gereken hayatî bir durumla karşı karşıya olduğu haller için de düzenlemeler yapılmıştır. Hekimin acil durumlarda tıbbî müdahalede bulunması gerektiği, TDN m.3 de düzenlenmiş bir hukukî yükümlülüktür⁶⁸¹. Bu nedenle hekim, kanunî temsilcinin rızası ya da mahkeme kararını bekleyemeyecek acil ve yaşamsal bir durumla karşı karşıya ise müdahale etme kararını verebilir. Bu yönde düzenlemeler, HHY m. 24 de “ Kanunî temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatî organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.” ve HMEK m. 26/2 devamında “....Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir...”. şeklinde yer almaktadır. Bu özel

⁶⁸⁰ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu, eski Kanunda yer alan 272 hükmünü, m.346 da şu şekilde düzenlemiştir: “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.” Eski Kanunda yer alan m. 431 ise, m.487 olarak “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

⁶⁸¹ Şenocak, (hekim) s. 40.

düzenlemelerin, genel hükümler itibariyle hukuki dayanağı TMK.m.24/II de yer alan üstün nitelikli özel yarar kavramıdır.

Bu kapsamda, değinmemiz gereken bir konuda, TMK. m. 342/I⁶⁸² ve m.336/I⁶⁸³ hükümleri gereğince evlilik devam ettiği sürece, küçük çocuklar üzerindeki velayet hakkı ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. Bu durumda hekim tıbbi müdahale için gerekli olan rızayı hem ana, hem de babadan almak durumundadır⁶⁸⁴. Örneğin küçüğün kolu kesilecek ise, hekim hem ana hem babayı aydınlatmalı ve rızalarını almalıdır⁶⁸⁵. Küçüğün sadece ana ya da sadece baba ile hekime gelmiş olması ve hekimin iyiniyetli olarak sadece ebeveynlerden birinin rızasını alması da normal şartlarda hukuka uygun olacaktır. Ancak ebeveynlerden birinin söz konusu tıbbi müdahaleye rızası yok ise, müdahalede bulunan hekimin bu durumu bildiğini ya da bilebileceğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür⁶⁸⁶.

3. RIZANIN AÇIKLANMA ZAMANI VE ŞEKİLİ

a. Zamanı

Rızanın, hukuken geçerli olabilmesi için gereken bir diğer koşul da, tıbbi müdahaleye rızanın ne zaman açıklanması gerektiği ile ilgilidir. Rızanın, söz konusu tıbbî müdahalenin gerçekleşmesinden önce ya da en geç gerçekleştirildiği sırada

⁶⁸² TMK. m.342/I: “Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidir.”

⁶⁸³ TMK. m.336/I: “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.”

⁶⁸⁴ TMK. m. 336 hükmüne göre ölüm, ayrılık, boşanma gibi durumlarda velayet hakkı eşlerden birine aittir ve tıbbi müdahale için de sadece velayet hakkına sahip olan eşin aydınlatılmış rızasının alınması gerekli ve yeterlidir. Ayrıntıları için bkz. **Arat**, s. 230.

⁶⁸⁵ **Rosenau**, s. 63.

⁶⁸⁶ **Arat**, s. 230

açıklanmış olmasıdır⁶⁸⁷. Tıbbi müdahale gerçekleştikten sonra verilen rıza ceza hukuku açısından yapılan müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir nitelik taşımaz. Böyle bir rıza, ancak, özel hukuk açısından tazminat talep hakkından vazgeçme anlamına gelebilir⁶⁸⁸. Hasta, rızasını açıkça beyan edebileceği gibi bunu örtülü olarak da yapabilir⁶⁸⁹. Örneğin, somut olayın şartlarından, ameliyat öncesi kendisinden yaptırması istenen tahlil ve testleri yaptırması hastanın kendisine önerilen ameliyata hazırlandığı ve rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilir.

b. Şekli

Tıbbî müdahaleye rıza, belli durumlar için mutlaka yazılı olarak aranırken, diğer haller için böyle bir kural getirilmediğinden, şekil serbestisi (BK.11/I) geçerlidir⁶⁹⁰. Bu nedenle, istisnâ olarak getirilmiş olan yazılı şekil zorunluluğu halleri dışında, rıza sözlü olarak da açıklanabilir. Ama, rızanın yazılı şekilde açıklanması gereken durumlar için bu şekle uyulmaması, rızayı geçersiz kılarak, tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sonuç doğurmayacaktır⁶⁹¹.

Ancak, uygulamada çoğunlukla görüldüğü gibi, hastaya belli bir biçimde hazırlanmış ve standart bilgileri içeren bir belgenin imzalatılması, hiçbir zaman, amaç ya da sorumluluk açısından yeterli değildir. Bu nedenle, sadece yazılı rızanın bulunması, *aydınlatılmış olma ve rızanın varlığı* açısından oldukça zayıf bir kanıt

⁶⁸⁷ Çilingiroğlu, s. 53.; Aşçıoğlu, s. 39.; Arat, s.234.; Ünver, s. 245.

⁶⁸⁸ Tandoğan, (Mesuliyet) s. 32.; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, İstanbul 1997, s.73.; Hakeri, s.149.; Çakmut, s.209-210.; Erman, s. 122.

⁶⁸⁹ Belgesay, s.67.; Bayraktar, s. 140.; Sarıal, s. 65.; Şenocak, (hekim) s. 42.; Hakeri, s. 150.

⁶⁹⁰ Çilingiroğlu, s. 73.

⁶⁹¹ Çilingiroğlu, s. 74.

olduğundan, somut olayda hakimın değerlendirmesine bağlıdır⁶⁹². En doğru yöntem, hastanın rızasının alınması amacıyla aydınlatılması işleminin önce sözlü olarak ve hastanın anlayabileceği bir şekilde yapıp, sözlü bilgilendirme ve rızanın alınmasından sonra, yapılan tüm konuşmaların yazılı olarak kağıda geçirilerek karşılıklı imzalanmasıdır. Sözlü olarak yapılan aydınlatma ile alınan rıza, etik açıdan önem taşıırken⁶⁹³, işlemin yazılı olarak yapılması, hastanın bilgilendirildiğinin belgelenebilmesi için - özellikle hekim açısından- hukukî öneme sahiptir.

Sağlık mevzuatımız içinde yer alan bazı hükümler, hastanın rızanın, mutlaka yazılı şekilde alınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Söz konusu düzenlemeler nedeniyle, adı geçen tıbbi müdahaleler için alınacak rızanın geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlıdır. En başta, 1219 sayılı Kanun m.70 hükmü ile büyük cerrahî müdahaleler için rızanın, yazılı olması gerektiğini düzenlemiştir⁶⁹⁴. 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ise, hastanın rızasını sadece yazılı olarak alınmasıyla yetinmeyerek⁶⁹⁵, tanık huzurunda verilme şartına da bağlamıştır⁶⁹⁶: *“On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edilip imzalandığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”*

⁶⁹² Aşçıoğlu, s. 28.

⁶⁹³ Çobanoğlu, s. 65.

⁶⁹⁴ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 “.....Büyük ameliyei cerrahîyeler için bu muvafakatın tahriri olması gerekir....”

⁶⁹⁵ TMK m.23/3 de yapılan genel düzenleme “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.” hükmünü getirmektedir.

⁶⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıal, s. 64 vd.; Akıncı, s. 181 vd.

1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.6 da gebeliğin sona erdirilmesini “...gebe kadının iznine, küçüklerde, küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. ... rızası aranacak kişiler evli iseler, sterilizasyon (kısırlaştırma) veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.” Aynı yıl içerisinde çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, ekinde örneğini verdiği izin belgesinin, kimlerden, hangi şartlarda ve hangi yöntem ile alınacağını ayrıntılarını sırası ile m.13, m.14 ve m.15 de düzenleme altına almıştır.

HHY. m. 28 “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.” hükmü ile açıkça yazılı rıza zorunluluğu getirilmiş haller dışında, sözlü rızanın yeterli ve geçerli olacağına işaret etmektedir. Ancak, muhtemel bir uyuşmazlık durumunda, rızanın yazılı olarak alınmış olması ispatın kolaylaşması açısından yararlı olacaktır⁶⁹⁷.

4. RIZANIN KONUSU VE KAPSAMI

Rızanın konusu, hastaya uygulanacak olan ve daha önce aydınlatmanın konusunu oluşturan tıbbî müdahaledir. Hastanın rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin de, bu sınırlar içinde tıbbi müdahalede bulunması gerekir⁶⁹⁸. TMK m.23 hükmü kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul etmemiştir. Bu nedenle, kişilik haklarından vazgeçmek ya da bu tür haklara zarar verilmesine önceden rıza

⁶⁹⁷ Hakeri, s. 151.; Şenocak, (hekim) s. 43.

⁶⁹⁸ Bayraktar, s. 142 vd.; Giesen (internatioanl) s. 317 vd.

göstermek, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz⁶⁹⁹. Yargıtay da, bir kararında “Kişi ancak, tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir....Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını,vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahaleye maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir....Bu itibarlardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.” demektedir⁷⁰⁰.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 8. maddesi “Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınması yasaktır.” hükmünü getirmektedir. Şu halde konusu, örneğin kalp gibi, alındığında vericinin hayatını sona erdirecek bir organın ya da dokunun alınması olamaz; vericinin böyle bir rızası geçersiz ve hukuka aykırı niteliktedir⁷⁰¹.

Hastanın, hekimin yapacağı tüm müdahaleleri kapsayacak nitelikte genel bir rıza verilmesi geçerli değildir⁷⁰². Dolayısıyla, hasta hastaneye yatırılırken, henüz kendisine ne tür bir tedavi uygulanacağı ya da nasıl bir tıbbî müdahale yapılacağını bilmeden “bu hastanede yapılacak tüm tıbbî girişim ve müdahaleleri kabul ediyorum” şeklinde ki belgelerin hiçbir hukukî değeri bulunmamaktadır⁷⁰³. Rızanın soyut ve genel olmaması gerekirse de, hekimin doğru bir teşhis koyabilmesi için bir

⁶⁹⁹ Örneğin, kanser hastalığı nedeniyle çok aç çeken bir hastanın bu acılara dayanamayarak bir hekimle anlaşıp onun yapacağı bir iğne ile ölmeye rıza göstermesi halinde, bu rıza kişilik haklarına aykırı olduğundan TMK m.23 ve BK. m.20 uyarınca geçersizdir. Bu itibarla hekimin müdahalesi, hukuka aykırı bir fiil teşkil eder. Bkz. **Eren** (Borçlar) s. 564.; **Kılıçoğlu** (Borçlar) s. 205.; **Reisoğlu**, s.; **Çakmut**, s. 216.

⁷⁰⁰ **Yarg.** 4.HD., 7.3.1977, E.76/6297, K.77/2541. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 22.10.2007)

⁷⁰¹ **Akıncı**, s.170.; **Eren**, s. 565.

⁷⁰² **Ayan**, s. 12.

⁷⁰³ **Hakeri**, s.163.

takım rutin dışı muayeneler, tahliller, müdahaleler yapması gerekiyorsa, durum hastaya açıklandıktan sonra konusu henüz net olarak belirlenememiş bir rıza alınabilir. Örneğin, hastaya bazı kan tahlilleri yapılacağı ancak çıkan sonuçlara göre daha ileri tetkiklere geçilebileceği -hormon tetkikleri ya da kemik taraması yapılabileceği- açıklanarak rızası alındığında durum bu şekildedir.

Kural olarak, tıbbi müdahalede yer alan olağan işlemler için tek tek rıza alınmış olması aranmaz. Ancak, olağan ya da sıradan diye niteleyebileceğimiz işlemler için, eğer özel bir risk söz konusu ise, hasta yine bu konuda bilgilendirilerek rızası ile işleme başvurulmalıdır. Nitekim, HHY m. 31: *“Hastanın uygulanacak tıbbî müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar”* demektedir. Böylece, asıl tıbbî müdahale konusunda hasta bilgilendirildikten sonra, bu tıbbî müdahale kapsamında yer alan, olağan olarak yapılması gereken ve hasta açısından özel bir risk oluşturmeyen işlemler açısından hastanın bilgilendirilmesine ve dolayısıyla ayrıca rızasına başvurulmasına gerek yoktur⁷⁰⁴. Enjeksiyon, kan alınması, sterilizasyon, lokal ya da total anestezi işlemleri vb. rutin işlemler olarak sayılabilir. Ancak, hasta açısından, kanın pıhtılaşması ya da hastanın genel sağlık durumu ile ilgili olarak anestezi bağlantılı özel riskler söz konusu ise, ayrıntılı olarak bilgilendirilerek rızasına başvurulması gerekir.

⁷⁰⁴ **Hakeri**, s. 163.

5. VARSAYILAN RIZA

Hastanın iradesini açıklayabilecek durumda, olmadığı ancak hekimin hastanın yararına ve onun varsayılan (*muhtemel*) rızasına göre hareket edilmesi gereken durumlar olabilir. Ancak, varsayılan rıza (*mutmaßliche Einwilligung – Implied Consent*), hastanın kendisinin ya da kanuni temsilcisinin, açık rızası alınamayan hallerde kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeni olarak ikincil niteliktedir⁷⁰⁵. Hekimin varsayılan rızaya başvurulması gereken haller, hasta yönünden yaşamsal önemi olan, tıbben yararlı ya da zorunlu görülen ve *endikasyon*⁷⁰⁶ olarak nitelendirilen durumlardır. Genel olarak, iki şekilde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, hastanın geçici olarak rıza gösterme ehliyetini kaybettiği ve derhal müdahale edilmesi gereken hallerdir. Örneğin, trafik kazası nedeni ile bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen bir kişinin, acilen tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyması. İkinci hal ise, rıza verme yeteneğini sürekli olarak kaybetmiş olan hastanın durumudur. Örneğin akıl hastası bir kişinin durumu gibi. Bu kişiler için de rıza ehliyeti olmayan küçük çocuklarda olduğu gibi, öncelikle, kanunî temsilcinin rızasına başvurulması gerekir. Ancak durum acil ise ve hayati tehlike var ise, hekim gereken müdahaleyi yapacaktır. Nitekim, Biyotıp Sözleşmesinin düzenlemeleri de bu yöndedir. Öncelikle, “*Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştikine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.*” (Biyotıp m.6/3) düzenlemesi yapılmış, daha sonra ise acil durumlar

⁷⁰⁵ **Rosenau**, s. 65.; *Ünver*’e göre, “Rıza verme yeteneği bulunmayan hastalar açısından varsayılan rıza kuramı çok eleştiriye açık olup, üçüncü kişilerin yaptığı değerlendirmeye bir müdahalenin yapılması durumudur. Bkz. **Ünver**, s. 251 vd.; Ayrıca bkz. **Fennell**, s. 190 vd.

⁷⁰⁶ Endikasyon, bir tıbbi müdahale ya da ameliyatın gereklilik sebebi olarak kullanılan tıbbi bir terimdir. Bu konu ile ilgili bkz. § 11. B.2.b.; Ayrıca bkz. The Concept of Medical Indications başlığı altında: **Veatch**, s. 54 vd.

hükme bağlanmıştır: *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”* (Biyotıp m.8).

Acil durumlar için TDN m.3 hükmü: *“Tabip vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”* ve HMEK. m. 10 hükmü: *“Hekim görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.”* hastanın rızası alınamıyor olsa da hekime müdahalede bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Böyle bir durumda, örneğin, bilinci kapalı bir hastaya, hekimin, tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapacağı müdahale BK. m. 410-411 de düzenleme altına alınan vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilir ve hukuka uygun görülür⁷⁰⁷.

6. AMELİYATIN GENİŞLETİLMESİ

Rızanın konusu, hastaya uygulanacak olan ve daha önce aydınlatmanın konusunu oluşturan belirli bir tıbbî müdahaledir. Rızanın uygulanacak olan belirli bir tıbbî müdahale için alınmış olması, acil ve beklenemedik durumlarda belirli zorluklara neden olabilmektedir. Hekimin, ameliyatın genişletilmesini gerektiren bir durumla karşılaşması da bu hallerden biridir. Açık bir ifadeyle, hasta anestezi altında ve bilinci kapalı bir halde ameliyat masasında iken, hekim önceden tespit edilemeyen ve müdahale edilmesi gereken bir durum ile karşılaştığı zaman ne yapmalıdır.?

⁷⁰⁷ **Güven**, s. 123.; Hekimin Vekaletsiz İşgörme Nedeniyle Sorumluluğu için ayrıca bkz. § 4.II.C.

Ameliyatın genişletilmesi hukuka uygun mudur.? Örneğin, apandisiti alınmak üzere ve bu amaçla, aydınlatılarak rızası alındıktan sonra ameliyata alınan hastanın, karnı açıldığında safra kesesinin de çok kötü durumda olduğu ve mutlaka alınması gerektiği şeklinde bir endikasyon ile karşılaşıldığında, hekim ne yapmalıdır.? Hekim, eğer ameliyata devam ederse, rızanın kapsamını aşmış olacaktır. Eğer, rıza ile bağlı kalarak sadece apandisiti alır, safra kesesine gereken müdahaleyi yapabilmek için, hasta uyandıktan sonra yeniden aydınlatarak rızasına başvurma yolunu seçerse, bu durumda da, hastanın maddi – manevi birçok açıdan zararına neden olacaktır.

Bir görüşe göre, bu sorunun çözümü için, hekim ile hasta arasında yapılan vekalet sözleşmesi niteliğindeki özel hukuk sözleşmesinin esas alınması gerekir. Bu nedenle, kural olarak sözleşmeye aykırı olarak hastanın rızasının aşılmaması ve hasta rızasını hangi konuda vermiş ise tıbbî yardımın bu konuyla sınırlı olması kabul edilmelidir⁷⁰⁸. *Ayan*, ameliyat sırasında beklenemedik bir durumla karşılaşıldığında, hekimin ameliyata devam etmesi gerektiğini ve yaptığı müdahalenin hastanın rızasını aşan kısmı için, zaruret haline dayanılarak uygun sayılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁰⁹.

Soruna, somut olayın özelliklerine göre ikili bir ayırım yaparak baktığımızda ise, ameliyatta ortaya çıkan durum *riskli, acil ve alınmış olan rızanın konusu ile yakından ilgiliye*⁷¹⁰ ve objektif olarak, hasta durumu bilseydi, rıza göstereceği

⁷⁰⁸ Aşçıoğlu, s. 38.

⁷⁰⁹ Ayan, s.12.; aynı görüşte Arat, s. 235.

⁷¹⁰ Yargıtay, 4.HD., 5.3.1971 T., 970/1053/2096 sayılı kararında aşağıdaki gerekçeyi benimseyerek yerel mahkeme kararını onamıştır: “1.Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyatta, böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında; ameliyata tevessülün (taşın alınması) davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğin alınmasının tıbbî bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu, 2. Böbrek alma keyfiyetinde davalıya atfi kabil bir kusur bulunmadığı gibi, böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin istihsalıyla, ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve bu

sonucuna varılabiliyor ise ameliyatın genişletilmesi kabul edilmelidir. Kanaatimizce, aksi yönde bir davranış, hukukî ve etik açıdan özenli olmayan ve hastayı hem fiziksel hem de ruhsal açıdan zarara uğratacak nitelikte bir davranış olacaktır. Ancak, ameliyatta ortaya çıkan durum rızanın konusunun tamamen dışında kalan ve dolaylı da olsa, yapılan müdahale ile bir ilgisi bulunmayan bir hal ise, hekimin hastasının rızası olmadan ya da “nasılsa rıza gösterirdi” varsayımı ile tıbbî müdahaleye devam etmesi uygun değildir. Örneğin, hastaya yapılan apandisit ameliyatı sırasında hastanın karnının üstünde bulunan bir ben, “ileride sıkıntı çıkarabilir” düşüncesi ile hastanın rızasına başvurulmadan alınmamalıdır.

Bu gibi durumlar için bir başka yorumu ise -acil vakalara müdahale açısından başvurulduğu gibi- varsayılan rıza ilkesine dayanılarak⁷¹¹ yapılmaktadır. Hekim için, burada, gerçekten zor bir karar verme süreci söz konusudur. Hekimin, böyle bir durumda yapması gereken, hastasının sağlık ve kişilik durumunu değerlendirerek, eğer “*hastaya bu durumu açıklayabilseydim, mutlaka rıza verirdi*” sonucuna varabiliyor ise başladığı ameliyata devam etmesidir⁷¹². Örneğin, aydınlatılmış rıza ile başlanan bir ameliyat sırasında hastanın kalbinin durması ve hemen by-pass yapılması gerekirse, hekimin bir zaruret hali ile karşı karşıya kalması sözkonusu olduğundan ameliyata devam etmesi gerekir. Buna göre varsayılan rıza, objektif ve

durumda tıbbın gerektirdiği şekilde hareket edilmiş bulunmasına göre; davalı doktorun sorumlu olmadığına ve açılan bu manevi tazminat talebinin reddine karar verildi.” Aşçıoğlu, s.37 naklen.

⁷¹¹ Ünver’e göre ise, bu gibi durumlar için hukuka uygunluk nedeni olarak *üçüncü kişi lehine ıztırar hali* ve/veya *izin verilen risk* kurumundan yararlanmak daha yerinde olacaktır. Bkz. Ünver, s. 246.

⁷¹² Örneğin Amerika’nın Carolina Eyaletinde meydana gelen bir olayda, hekim hastasının apandistini almak üzere rızasını almış ve operasyona başlamıştır. Ancak ameliyat devam ederken ve hasta anestezi altındayken, yumurtalıklarda karşılaştığı bir kisti de almıştır. Hasta, bu müdahalenin izinsiz yapıldığı gerekçesi ile hekime karşı tazminat davası açmış, mahkeme ise, durumun özelliklerine göre hekimin acil, tehlikeli ve beklenmedik hal karşısında yapması gereken meslekî müdahalesini yapmış olduğuna karar vermiştir. Supreme Court of North Carolina, 1956, Kennedy v. Parrott. Ayrıntılar için bkz. Öztürk, s. 67 vd.

sübjektif unsurların bir araya geldiği özel bir durum olarak değerlendirilmelidir⁷¹³. Ancak, hekim hastasının böyle bir rıza göstermeyeceğini, daha önceki konuşmaları, hareketleri ya da özel durumu nedeni ile bilebilecek durumda ise, hastasının tespit edilebilir rızasına da saygı göstermek zorundadır. Hastanın, tedaviyi reddetme hakkı da bu kapsamda yer almaktadır.

Bu konu ile ilgili olarak, bazı mahkeme kararları⁷¹⁴, ameliyatın hangi şartlar altında genişletilmesinin uygun olacağı yönünde kabul edilebilir standartlar belirlemiştir.

- Hastanın hayati tehlikesi olması halinde –hastanın açık olarak, olumsuz bir iradesi yok ise- hekim ameliyatı genişletmeye hem yetkili hem de yükümlüdür.
- Ameliyatın yarıda bırakılarak, hastanın –hiçbir şekilde bilinmeyen - rızasına başvurulması tehlikeli olmayacak ise, ameliyat genişletilmemeli ve hastanın rızası sorulmalıdır.
- Hayati tehlikenin olduğu hallerde, hastanın varsayılan rızasına dayanarak ameliyatın genişletilmesi kabul edilmektedir. Ancak sadece kişinin yaşamının kurtarılması bakımından değil, yeni ameliyatın hasta için büyük tehlikelere, fiziki veya ruhsal yeni problemlere yol açacak olması halinde de ameliyat genişletilebilir⁷¹⁵.

⁷¹³ **Rosenau**, s. 66.

⁷¹⁴ BGH MDR 1988, 248.; OLG Frankfurt, NJW 1981.; Yüksek mahkemenin 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda ise, “.... ameliyatın genişletilmemesi halinde, hastanın yaşamı veya sağlığı açısından esash tehlikelerin bulunması durumunda, hastanın varsayılan rızası kabul edilmelidir. Bu durum hekimin tıbbi müdahalesini uygun hale getirecektir..” denmektedir.Bkz. BGH MedR 2000, 231.

⁷¹⁵ Ayrıntıları için bkz. **Hakeri**, s. 169 vd.; Tıbbî Müdahalelerde Varsayılan Rızanın Koşulları için ayrıca bkz. **Erman**, B. s. 149 vd.

7. RIZANIN GERİ ALINMASI (CAYMA)

Hasta, rızasını yaşamı ve sağlığını tehlikeye atmayacak şekilde her zaman geri alabilir⁷¹⁶. Bu hak, HHY m.24 hükmünde de şu şekilde yer almaktadır: “...*hayatı veya hayatî organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*”

Hastanın rızasını geri alması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Böyle bir durumda tıbbi müdahale başlamamış ise artık yapılmayacak, başlamış ise de tıbbi yönden sakınca olmayacak şekilde sonlandırılması gerekecektir⁷¹⁷. Bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, geri alınması ile o zamana kadar yapılmış olan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı hale gelmesi söz konusu değildir. Ancak, rıza geri alındıktan sonra yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır⁷¹⁸.

VIII. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Kelime anlamı ile özen, “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*” şeklinde ifade edilmektedir⁷¹⁹. Kanun koyucu ise özenin tarifini açıkça yapmayarak, bu kavramı Borçlar Kanunu hükümlerinin değişik

⁷¹⁶ Ayan, s.12.; Arat, s. 233.; Ünver, s. 253.

⁷¹⁷ Zeytin, (tedavi) s. 113.

⁷¹⁸ Ünver, s. 253 vd.

⁷¹⁹ TDK, Türkçe Sözlük, Cilt: 2, s. 1745.

yerlerinde “*dikkat, itina, ihtimam*” gibi farklı tabirler ile ifade etmiştir⁷²⁰. Teknik anlamda özen kavramı ve dolayısıyla özen gösterme yükümü, vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması şeklinde ifade edilmiştir⁷²¹. BK m.390/II de “*Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir.*” vekilin özen borcunun kanunî dayanağını ifade eden bir hükümdür⁷²². Özen borcu kapsamında vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi tutularak (BK m.390/I), işçinin özen yükümünü düzenleyen BK m.321 hükmüne atıf yapılmıştır⁷²³. BK m.321/II hükmü, işçinin göstermesi gereken özeni belirleme konusunda iki kıstas(ölçü) öngörmektedir. Bunlardan ilki *sübjektif kıstas*, işçinin iş sahibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yeteneklerini, bilgi düzeyini ve diğer niteliklerini dikkate alır. Ancak, bu kıstasın vekalet sözleşmesi bakımından – özellikle de hekimlik sözleşmesi için – kullanılması, sözleşmenin mahiyetine uygun düşmeyecektir. Hekim, uzun süreli eğitimler ve sınavlar sonucunda alınan bir

⁷²⁰ **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 122.

⁷²¹ **Tandoğan**, (borçlar) s. 410. ; Özen yükümü için genel olarak bkz. **Werro**, s. 2049

⁷²² Bu maddenin kaynağını teşkil eden OR Art. 398/II de ki hüküm daha açık ve anlaşılır nitelikte şu şekilde ifade edilmiştir: “*Vekil, müvekkile karşı kendisine tevdi edilen işi sadakat ve özenle ifadan sorumlu olur.*” Doktrinde, BK m.390/II de yer alan “iyi bir surette ifa” ifadesinin OR Art. 398/II de yer alan “sadakat ve özenle ifa” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 128.; **Tandoğan**, (borçlar) s. 407.; **Aral**, s. 404.; **Yavuz**, s. 383.

⁷²³ 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Nisan 2009 tarihi itibarıyla, TBMM Genel Kurulunda görüşülmektedir. Buna tasarıya göre, Vekalet Sözleşmesi, m.502 ve m.514 arasında, temelde çok önemli bir değişiklik yapılmadan, dil ve ifadeler güncellenerek düzenlenmektedir. Vekalet sözleşmesi açısından, yapılan en temel ve kanaatimizce yerinde değişiklik, m. 506 ile yapılan düzenlemedir. Bu madde de, vekilin işi sadakat ve özenle yürütmesi gereği düzenlenmiş ve işçinin özen borcuna atıf kaldırılarak, vekilin özen gösterme kriteri tespit edilmiştir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan **m.506** metni şu şekildedir:

“*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*

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

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

diploma ile devletçe verilmiş bir ruhsatnameye dayalı olarak faaliyet gösterdiği için, kural olarak sübjektif kıstasa dayanılamayacağı kabul edilmektedir⁷²⁴. Güven unsurunun, çok büyük önem taşıdığı vekalet sözleşmesinde, vekilin belli bir uzmanlığa sahip olması, genellikle uzmanlığın resmi bir sınav sonucunda alınan belgelere dayanması⁷²⁵, vekilin bilgi ve yeteneklerinde müvekkilce farkına varılması gerekli eksikliklere dayanılmasını ve vekilin bu şekilde sorumluluktan kurtulmasını mümkün kılmayacaktır⁷²⁶. İkinci kıstas ise, *objektif kıstastır*. Bu kıstasa göre, sözleşmeye uygun olarak ve sözleşme çerçevesinde görülecek işin çeşidi, güçlüğü, gerektirdiği uzmanlık, öğrenim ve mesleki bilgi düzeyi göz önünde tutulur. Hekimlik sözleşmesi açısından da, bu kıstasın uygulanması söz konusudur⁷²⁷. Bu anlamda, gösterilmesi gereken özenin belirlenmesinde, görülecek işin güçlüğü ve müvekkil için taşıdığı önem dikkate alınacaktır. Örneğin, hekimin, başın arkasında meydana gelen hafif bir yaralanma için atacağı birkaç dikişle, karmaşık bir beyin ameliyatının gerektirdiği özen derecesi birbirinden farklı olacaktır⁷²⁸.

Vekaletin özellikle, belirli bir ücret karşılığında, meslekî olarak icra edildiği hallerde vekilin özen borcu daima objektif niteliktedir⁷²⁹. Kaldı ki, vekâletin ücretsiz

⁷²⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 411.; **Ayan**, s. 89

⁷²⁵ Örneğin, ameliyat için hastaneye başvuran hastaların, çoğu zaman kendilerini ameliyat edecek olan hekimlerin kim olduğunu, hangi alanda uzmanlaştığını, daha önceki meslekî başarısının nasıl olduğunu, ahlakî özelliklerini bilmedikleri gibi, gerekçelerle her tür vekâlet ilişkisinin özel bir güvene dayanmadığını ileri süren görüşe karşılık, **Başpınar**, haklı olarak, güven unsurunun vekâlet sözleşmesinin temeli oluşturduğunu ve söz konusu hallerde devletin hekime verdiği diploma ve ruhsatın hasta ile hekim arasındaki özel güven bağının yerine geçtiğini ifade etmektedir. Devlet, hekime mesleğini icra etmesi için diploma ve ruhsat vermekle, üçüncü kişiler de söz konusu kimsenin işin de uzman olduğu ve hastanın istediği sonucu gerçekleştirmek amacıyla, gerekli bütün gayreti göstereceği yolunda haklı bir güven yaratmaktadır. Devletin, diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlar böylece özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşımaktadır. **Tandoğan**, (borçlar), s. 411 vd.; **Yavuz**, s. 384.; **Başpınar** (vekilin özen borcu) s.178 vd.

⁷²⁶ **Tandoğan**, (borçlar) s. 410 vd.; **Yavuz**, s. 384.

⁷²⁷ **Ayan**, s. 89.

⁷²⁸ **Tandoğan**, (borçlar) s. 411

⁷²⁹ **Başpınar**, (vekilin özen borcu), s.162.

olması, gösterilecek özenin derecesini etkilemez; sadece BK m.98/I gereğince tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulur⁷³⁰. Diploma ve ruhsat sahibi bir vekil, kendi mesleği açısından beklenen özen ve bilgiden sorumludur. Vekil dikkatli ve basiretli bir vekilin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uygun surette dikkat ve özen göstermelidir. Konumuz açısından hekim, “*genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilmek ve sanatının kurallarına göre doğru teşhisi koyup, bu teşhise uygun bir tedaviyi tavsiye ederek, bu tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak uygulamak zorundadır.*”⁷³¹.

Her sözleşme, taraflarını güven ilişkisi nedeniyle bir araya getirir de, vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi açısından bu unsur daha da belirgin niteliktedir⁷³². Tandoğan’a göre “*Hekim ile hastası arasındaki özel güven ilişkisi, onları bağlayan sözleşmenin çerçevesini aşan ödevler yükler, bu yükümlülüklerin çiğnenmesi yalnız sözleşmeyi değil, genel hukuk düzenini de bozar*”⁷³³. TDN. m.2 ve m.14. hükümleri⁷³⁴ hekimin hastası için gereken “*ihdimamı*” göstermesinden bahsetmekte ise de, hekimin özen gösterme borcuna aykırılığı ile ilgili hukukî sorumluluğu, genel hükümlere göre yani, BK.m. 390 hükmüyle, BK. m.321’e yapılan atıf ile çözüme bağlanmaya çalışılmaktadır⁷³⁵.

⁷³⁰ Aral, s. 408.; Yalçınduran, (ücret) s. 77.

⁷³¹ Tandoğan, s. 416.

⁷³² Gümüş, s. 34.

⁷³³ Tandoğan, Haluk: “*Türk Hukukunda Bankacının Hukukî Sorumluluğu*”, Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, Bankacılıkta Sorumluluk, İstanbul 1973, s.109.

⁷³⁴ TDN m.2/II.: “*Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlakî düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimâî seviyesi, mevkii ve siyasî kanaatı ne olursa olsun, muayyene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.*”

TDN m.14: “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir....*”

⁷³⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 4667 sayılı Kanunla (RG. T.07.04.1969, S.13168) değişik 34/I maddesinde özen borcu kavramı ayrı olarak hükme bağlanmıştır: “*Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler.*” Bu hüküm ile Avukatlık Kanununda öngörülen özen borcu, BK m.390’da vekilin

Hekimlik sözleşmesi açısından, özen gösterme yükümü, hekimin tüm faaliyetlerini etkileyen genel bir nitelik taşımaktadır. Hekim, hem teşhis koyma aşamasında, hem tedavi yöntemini seçme ve uygulama aşamasında, hem de hastayı aydınlatmak, sırrını saklamak ya da kayıt tutmak gibi diğer yükümlerini ifa ederken hep özenli hareket etmek zorundadır⁷³⁶. Başka bir ifadeyle, hekimin özen gösterme yükümü, hastanın hem edim menfaatine hem de korunma menfaatine ilişkin bir yükümdür⁷³⁷. Bu anlamda, tıbbi özen yükümü, hekimin diğer bütün yükümlerini yerine getirmesinde ve bunların sınırlarının çizilmesinde belirleyicidir⁷³⁸.

Yargıtay, 2000 yılında vermiş olduğu bir karar da hekimin özen gösterme yükümü için, şu ifadeleri kullanmıştır: *“Meslekî bir iş gören ve doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/I uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.”*⁷³⁹.

özen borcuna göre özel bir hüküm, ayrı özel bir düzenleme niteliğindedir. Bu sebeple söz konusu hüküm, avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde, sorumluluğu bakımından öncelikle uygulama imkanına sahiptir. Avukatın, özen borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 129 vd.; **Günergök**, s. 47 vd. Ayrıca bkz. **İyimaya**, Ahmet: Avukatlıkta Özen Borcu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Cilt: I, Ankara 1990.

⁷³⁶ **Ayan**, s. 89

⁷³⁷ Edim yükümü – Yan yüküm için Bkz. § 8. III. 1 ve 2.

⁷³⁸ **Demir**, (kurultay) s. 155.

⁷³⁹ **Yarg.** 13.HD., 6.11.2000 T., E.8590, K.9569., **Uygur**, Cilt:VII., s.8581.; Aynı yönde **Yarg.** 13.HD. T.6.3.2003, E. 13959, K. 2380.; **Yarg.** 13.HD. T.9.4.2003, E.711, K.4255.; **Yarg.** 13.HD. T.7.2.2005, E. 2004/13012, K. 1711., **Özkan / (Öner) Akyıldız**, s. 272 vd.

A. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

Özen gösterme yükümü, hekimin her türlü ifasında söz konusu olan bir niteliğe sahiptir. Hekim, hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsun ya da bulunmasın özen gösterme yükümü altındadır. Özen gösterme yükümü sözleşme ilişkisi olduğunda, vekilin borcunu özenle yerine getirmesi gereğini ortaya koyan BK. m.390/II'ye ve hukuk düzeninin genel ilkelerine (TMK.m.2., BK.m.96., BK.m.321.) dayanır⁷⁴⁰. Hekimlik sözleşmesinin hükümlerine göre, hekimin borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediğinin tespitinde de özen borcunun önemi büyüktür⁷⁴¹. Özenli bir tıbbi müdahale kavramından ne anlaşılması gerektiği ise müdahalenin yapıldığı andaki tıbbi standartlara göre belirlenir. Tıbbi standartlar ise, tıp biliminin tanınan ve genel kabul görmüş kurallarıdır. Böylece somut olayda tıbbi açıdan gösterilmesi gereken özenin ne olduğu, tıbbi açıdan neyin gerekli olduğu ile belirlenecektir⁷⁴².

Özen gösterme yükümünün hukuki niteliği ise, pek çok farklı görüş ve açılıma kaynaklık etmektedir⁷⁴³. Türk –İsviçre hukukunda hakim olan görüş özen yükümünün bir *yan yüküm*⁷⁴⁴ olduğu şeklindedir⁷⁴⁵. Yargıtay'ın da çeşitli

⁷⁴⁰ Kaneti, s. 63.

⁷⁴¹ Başpınar (hekimin özen borcu), s.27.

⁷⁴² Şenocak, (özel sorunlar), s. 244.

⁷⁴³ Özen borcunun hukuki niteliği ile ilgili olarak yan yüküm olduğunu kabul eden görüşler; sadakat yükümünün somutlaşması, kanundan doğan yan yüküm, özel bir koruma yükümü ve aslî edim yükümüne ilişkin bir yan yüküm olarak farklı açılımlarla değerlendirilmektedir. Bunun karşısında ise, özen yükümünün bir edim yükümü ve yan yüküm olmadığını farklı gerekçelerle savunan görüşler yer almaktadır. Görüşler ve ayrıntıları için bkz. Gümüş, s. 130 vd.

⁷⁴⁴ Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, sözleşmenin tipini belirleyen aslî edim yükümleri ve kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlerinin yanı sıra diğer bazı yükümleri de içerir. Bunlara doktrinde yan yükümler, bağımlı yan yükümler, özen gösterme yükümleri ya da diğer davranış yükümleri denilmektedir. Yan yükümlerin en büyük özelliği aslî edim yükümlerine bağımlı bir nitelik taşımaları, bu nedenle de bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları için, borçlunun bunlara aykırı davranışları halinde, alacaklının bağımsız bir ifa

kararlarında, özen gösterme yükümünü, sözleşmenin ihlaline gerekçe olarak sıkça kullandığını ancak, her hangi bir hukukî nitelendirme yapmadığını görmekteyiz⁷⁴⁶. Örneğin, Yargıtay, eser sözleşmesi olarak nitelendirdiği bir estetik ameliyat ile ilgili olarak hekimin yükümlerini belirlerken şu ifadeleri kullanmıştır: *“Bu davada dayanılan maddi olgu, burna estetik ameliyat yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesinin, halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. ...Eser sözleşmesinde, yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borcun akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçların da BK’nda açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur.....”⁷⁴⁷.*

Özen gösterme yükümünün, vekalet sözleşmesinde olduğu gibi hekimlik sözleşmesinde de, *ifaya yardımcı bir yan yüküm* olarak değerlendirmek ve hekimin üstlenmiş olduğu teşhis, tedavi ve tıbbi müdahalenin *doğru ve gereği gibi* ifasını

davasıyla bunların yerine getirilmesini talep edememesidir. Ancak borçlunun bu yan yükümleri ihlal etmesi halinde alacaklı sadece doğan zararının tazminini dava edebilir. Diğer bir ifadeyle, yan yükümler, alacaklıya, edim (ifa) davası değil, sadece tazminat davası açma imkanı veren yükümlerdir. Yan yükümler genel olarak dürüstlük kuralından ve dolayısıyla güven ilişkisinden doğar. Bu anlamda yan yükümlerin kaynağı TMK. m.2/I de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralıdır. Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s.30 vd.; **Edis**, s. 316.; **Kılıçoğlu**, s. 20.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.22.; Ayrıca bkz. § 8.III.2.

⁷⁴⁵ **Akıncı**, s. 217.; **Akıpek**, s. 57.; **Fellmann**, Art.394, N.254.

⁷⁴⁶ Yargıtay’ın 1985 tarihli bir kararında adi vekalet sözleşmesi için özen borcunu *“vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve işin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması”* olarak tanımlamıştır. **Yarg.** 3.HD., T.9.9.1985, E.1985/2552, K.1985/5380, YKD, Cilt: XI., S.12, Aralık 1985, s.1780.

⁷⁴⁷ **Yarg.** 13.HD., T. 5.4.1993, E.131, K. 2741, **Uygur**, Cilt: VII., s.7630-7631.

sağlamaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür⁷⁴⁸. Şu halde, özen gösterme yükümünün bir sonucu olarak, hekim, her şeyden önce, hekimlik sözleşmesinden doğan yükümlerini yerine getirirken kendisine yol gösterecek, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak kabul edilmiş olan esasları bilmek zorundadır⁷⁴⁹. Bu kurallara aykırı hareket edilmesi tıbbi uygulama hataları ve aynı zamanda meslek kusuru (*Kunstfehler*) olarak da nitelenmektedir⁷⁵⁰.

Diğer yandan, özen gösterme yükümü, hekimin tüm faaliyetlerini etkileyen genel bir nitelik de taşımaktadır. Hekim, hem teşhis koyma aşamasında, hem tedavi yöntemini seçme ve uygulama aşamasında hem de hastayı aydınlatma⁷⁵¹, sırrını saklama ya da kayıt tutma gibi diğer yükümlerini ifa ederken, hep özenli hareket etmek zorundadır⁷⁵². Örneğin, somut olayın özelliklerine göre gerekli bütün araştırmaları yapmadan teşhis koyma yoluna giden ve sonuçta yanlış bir teşhis koyan hekim, özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılır ve bu nedenle ortaya çıkacak olan zarardan sorumlu tutulur⁷⁵³. Yargıtay da 2005 tarihli bir kararında, bu durumu şu ifadeleri kullanarak hükmüne esas almıştır: “.....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), meslekî bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına

⁷⁴⁸ Akıncı, s. 217.; Akipek , s. 57. Gümüş ise, ifa aşamasında borçlunun aslî edimini “doğru ifa etmesinin” özen yükümüne uymak kaydı ile gerçekleştirebileceğini ifade etse de, özen yükümünü ne bir edim yükümü ne de bir yan yüküm olarak değerlendirmektedir. O’na göre özen yükümünün ihlal edilmesi alacaklıya ayrıca ifa davası açma hakkı vermediği gibi, tazminat talep hakkı da bahsetmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş s. 142 vd.

⁷⁴⁹ Ayan, s.90.; Başpınar, (vekilin özen borcu), s.144

⁷⁵⁰ Bkz. § 11. IV. B. 2 ve 3.

⁷⁵¹ “Özen yükümü, vekilin iş görme borcunda olduğu gibi, aydınlatma yükümü bakımından da doğru ifaya yönelik katalizör fonksiyonunu ifa eder.” Gümüş, s. 168.

⁷⁵² Ayan, s. 89

⁷⁵³ Ayan, s. 91.

sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil BK. m. 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır....” Aynı kararın devamında, kayıtların tutulması ile ilgili olarak da özen gösterme yükümünün ihlali için şu ifadeler kullanılmıştır: “....ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip, hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.”⁷⁵⁴.

B. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMÜNÜN TÜRÜ VE DERECEİ

Özen, göreceli bir kavram olduğu için “kime göre özen?” sorusunun cevabı hukukî belirlemeler açısından son derece önemlidir. Bu nedenle, özen gösterme yükümü doktrin de, *dış özen – iç özen, objektif özen – sübjektif özen, yeterince özen – gerekli özen, vekilin kendi işlerinde gösterdiği özen, mesleki özen – şahsi özen* olmak üzere çeşitli alt ayrımlar halinde incelenmektedir⁷⁵⁵. Ancak, hekimin özen gösterme yükümü açısından önem taşıyan kavramlar *objektif özen* ve *kişisel (sübjektif) özendir*.

⁷⁵⁴ **Yarg.** 13.HD., T.7.2.2005, E.2004/12088, K.2005/1728, Ankara Barosu Dergisi, S.2005-1, s. 176.

⁷⁵⁵ **Başpınar** (hekimin özen borcu) s.28 vd.; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Başpınar** (vekilin özen borcu), s.172 vd.

Objektif özen, hekimin kendisinin değil, normal, mâkul ve ortalama bir hekimin aynı şartlar altında veya benzer olaylarda göstereceği dikkat ve özenidir⁷⁵⁶. Başka bir ifadeyle, özen gösterme yükümü, yapılması gerekli olan işin nev'i ve ağırlığı için gerekli olan meslekî bilgi ile objektif olarak sınırlandırılır⁷⁵⁷. Dolayısıyla, bir pratisyen hekimden ortalama bir pratisyen hekimin, çocuk hastalıkları konusunda uzmanlaşmış bir uzman hekimden ise ilgili uzmanlık alanına dahil ortalama bir uzmanın, aynı hal ve şartlar altında göstereceği dikkat ve özeni göstermesi bekleneciktir⁷⁵⁸. Türk hukukunda, belirli bir eğitim sonucu elde edilen belgelere dayanarak icra edilen vekalet ilişkilerinde, vekilin özen gösterme yükümünün objektif olduğu kabul edilse de, ferdî ifa imkanı da somut olayın özelliklerine göre dikkate alınmaktadır. Bu açıdan, hekimin uygulayacağı tedavi ya da gerçekleştireceği müdahalenin zorluğu, çok yüksek risk taşıyor olması, hasta açısından ciddi hayati tehlikeler içermesi gibi unsurlar gösterilmesi gereken özenin yoğunluğunu artıracaktır.

Kişisel (sübjektif) özen ise, gösterilen özenin ölçüsü hakkında, somut olayda bir ihmalin bulunup bulunmadığının ortaya koyulmasında dikkate alınan özendir. Bu özen ölçüsünün, somut olayda sabit olup olmadığı ise, hekimin kabiliyetine göre belirlenir ki, bu da onun kişisel nitelikleri ve mevcut bilgi birikimi ile yapılacak bir değerlendirmedir⁷⁵⁹. Kişisel özen belirlenirken, hekim yine aynı meslek ve uzmanlık grubundan ortalama davranış sergileyen bir meslektaş ile kıyaslanır. Ancak, somut olayda hekimin, normal meslektaşlarından daha yüksek bir meslekî bilgi ve uzmanlığa sahip olması halinde, bu durum da, özen gösterme yükümüne uyulup

⁷⁵⁶ Ayan, s. 89.; Başpınar, (hekimin özen borcu) s.28.

⁷⁵⁷ Uygur, Cilt: VII., s. 8543.

⁷⁵⁸ Ayan, s. 89.

⁷⁵⁹ Başpınar (vekilin özen borcu) s.191.

uyulmadığının belirlenmesinde dikkate alınır⁷⁶⁰. Sonuç olarak, özen türleri açısından hekimin özen gösterme yükümü tamamen objektiftir. İnsan hayatının söz konusu olduğu bir meslek açısından, özen gösterme yükümü son derece önemlidir ve hekim hukuken olduğu kadar vicdanen de bu yükün altına girmektedir.

D. YARGITAY UYGULAMASINDA HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMÜ

Yargıtay'ın, konuya ilişkin bazı kararlarında, hekimlerin özen gösterme yükümü değişik ifadeler ile yer almaktadır. Karaciğer kisti rahatsızlığı nedeniyle ameliyat edilen hastanın, karnında koher pensinin unutulması ile ilgili bir dava da “...bir operatörün ameliyat sırasında meslekî değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi gerekir. Ameliyatın acil olması, pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi, fen kurallarını uygulayan bir doktorun mazereti olamaz. Sağlığı kendisine teslim edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama, uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. ...Unutma ise, hoş görülebilecek tarafı olmayan çok ağır bir savsamadır.” ifadeleri ile hekimin kusurlu bulunması kararını onamıştır⁷⁶¹. Burun estetiği ile ilgili bir başka davada ise, öncelikle işin bir eser sözleşmesi niteliği taşıdığı tespit edilmiş; ardından “...yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcunu, davalının mesleğinin doktor olması, işin özellikle tıbbî kurallara bağlı bulunması göz önünde tutularak toplanan delillerin değerlendirilmesine....Doktor tıbbî faaliyette bulunurken meslekî şartları

⁷⁶⁰ Başpınar, (hekimin özen borcu) s. 28-29.; Başpınar (vekilin özen borcu) s. 190-191.; Ertaş, s.173.

⁷⁶¹ Yarg. 4.HD., 11.2.1976 T., E.4260, K.1393, Uygur, Cilt:VII, s.8571-8572.

yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, meslekî kusurunun varlığı kabul edilmelidir.....” denilmek suretiyle, hekimin özen gösterme yükümü “*meslekî bilgi ile, gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uyma”* ölçüsü ile belirlenmiştir⁷⁶². Saralı hastada, sandalyeye bağlanmak suretiyle %42 fonksiyon kaybına neden olan hekimlerin zarardan sorumlu tutulduğu bir dava için, Yargıtay, şu önemli saptamayı yapmıştır: “*Doktorlar sanatlarını icra ederlerken, hastalarının zarar görmemesi için yalnız tıp ilminin teknik nitelikteki kurallarıyla bağlı değillerdir. Bunun dışında meslek içi hukuk normlarının kendilerine yüklediği veya genel hayat deneyimlerinin herkese yükleyeceği dikkat ve özen görevlerine aykırı hareket etmemek zorundadırlar*”⁷⁶³.

Bu konuda, bir başka uygulamasında Yargıtay, hekimin, hastanın durumunun kötüye gidip gitmediğini takip etmemiş olması, özen gösterme yükümüne aykırı nitelikte bir meslekî ihmal olarak değerlendirmiştir⁷⁶⁴. Ayrıntılı olarak gerekçelendirilen bir bozma kararında ise, Yargıtay, hasta ile doktorun meslek ilişkisinin vekillik sözleşmesine dayandığını, vekilin iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu amaca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olduğu ifadesini, şu şekilde detaylandırmıştır: “*...Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız meslekî değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor, tıbbî çalışmalarda bulunurken bazı meslekî şartları yerine getirmek,*

⁷⁶² Yarg.3.HD., 5.4.1993 T., E.131, K.2741, Uygur, Cilt:VII., s. 8572-8574.

⁷⁶³ Yarg. 4.HD., 27.4.1987 T., E.2594, K.3201, Uygur, Cilt:VII., s. 8574-8575.

⁷⁶⁴ Yarg. 4.HD., 2.3.1965 T., E.14605, K.1160, Uygur, Cilt:VII., s. 8575.

hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır”⁷⁶⁵. 2000 tarihli bir kararda ise, hekimin sorumluluğu “...Orta seviyede tedbirli bir doktorun, aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutat ihtimam ve özenin davacı hastaya gösterilmemesi nedeniyle özen yükümüne aykırılığa dayandırılmıştır”⁷⁶⁶.

2000 yılından itibaren Yargıtay’ın hekimin özen gösterme borcu ile ilgili vermiş olduğu kararlar da belli bir tutarlılığın ve kararlılığın olduğunu söylemek mümkündür. Ele alınan bu kararlarda, özen gösterme yükümüne aykırılık vekil konumundaki hekime “vekaleti gereği gibi yerine getirmemiş olma” sorumluluğunu yüklemektedir. Yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, özellikle, dava temeli vekillik sözleşmesi ve özen gösterme yükümüne aykırılığa dayandırılan davalarda, titiz bir ihtimam ve dikkat göstermek, hem meslekî, hem de hayat tecrübelerine göre özenli davranmak ve gerekli tüm tedbirleri almak hekimin, özen gösterme yükümünün ölçüsü olarak kabul edilerek ele alınmıştır⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ **Yarg.** 13.HD., 4.3.1994 T., E.8557, K.2138, **Uygur**, Cilt:VII., s.8577-8580.

⁷⁶⁶ **Yarg.**, 13.HD., 6.11.2000 T., E.8590, K.9569, **Uygur**, Cilt:VII., s. 8580-8581.

⁷⁶⁷ **Yarg.** 13.HD., E.2002/2589, K.2002/4560, T.25.4.2002 (Davacı hasta, burun rahatsızlığı nedeniyle davalı doktora ameliyat olmuş ancak sonrasında bir çok şikayetlerinin ortaya çıkarak, yapılan muayene sonucunda yanlış ameliyat nedeniyle damağının delindiği anlaşılmıştır. Yeniden bir ameliyat yapılarak damaktaki delik kapatılmıştır. Dava, yapılan dikkatsiz ve tedbirsiz hatalı müdahale nedeniyle maddi-manevi tazminat talebine ilişkindir.); **Yarg.**, 13.HD., E.2002/7925, K.2002/10687, T.15.10.2002 (Dava, koltuk altındaki kütlenin alınması amacıyla davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sırasında kütlenin alınmasıyla birlikte sinirlerin de kesilmesi sonucu sol kolun felç olması nedenine dayanan maddi-manevi tazminat davasıdır.); **Yarg.**, 13.HD., E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003 (Somut olayda, davacı Emine’nin doğum için davalı doktora başvurduğu, doktor kontrolünde doğumun gerçekleştirildiği, ancak doğum sırasında kütüğün omuz sinirlerinin zedelendiği ve sakat kaldığı anlaşılmaktadır.); **Yarg.**, 13.HD., E.2003/6060, K.2003/10174, T.16.9.2003 (Maddi-manevi tazminat talebine ilişkin söz konusu davada, Yargıtay davalı doktorun dış gebelik ihtimalinin göz önünde tutularak, bu ihtimalin de araştırılmasının yani özen borcunun bu şekilde yerine getirilip getirmediğini araştırmıştır.); **Yarg.**, 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005 (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, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan kusurlu oldukları

E. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMÜNÜ ARTTIRAN UNSURLAR

Hekimin özen gösterme yükümü, objektif özen ve kişisel (sübjektif) özen nitelendirmelerine tabi tutulurken, belli bir takım unsurların varlığının, gösterilmesi gereken özenin derecesini arttırıcı nitelikte rol oynayacağı kabul edilmektedir.

1. TIBBÎ EĞİTİM SEVİYESİ VE İHTİSAS ALANI

Tıbbi Eğitim seviyesi, hekimin özen gösterme yükümü üzerinde arttırıcı etkisi olan faktörlerden biridir. Doğal olarak, sadece lisans eğitimi almış bir pratisyen hekim ile ihtisas eğitimini tamamlamış bir uzman hekimin özen gösterme yükümü aynı değildir⁷⁶⁸. İhtisas eğitimi için hekim bir kez daha eğitim görerek, meslekî bilgi ve tecrübesini arttırmış, bu nedenle de hasta tarafından tercih edilmiştir. Bir başka ifadeyle, hasta daha bilgili, daha deneyimli ve derdine daha iyi çare bulabilecek bir

kabul edilmiştir.); **Yarg.** 13.HD., E.2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005 (Davaya konu olan olay, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı doktorun, hastanın doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamamasına yöneliktir.); **Yarg.** 13.HD., E.2005/11159, K.2005/17474, T.28.11.2005 (Somut olayda hastanın göğsündeki kitleye müdahale etmek amacıyla işaretleme yapmak için kullanılan tel kancanın bir kısmının, hastanın göğsünde unutulması ve bunu takip eden fiziki ve ruhsal sıkıntıları nedeniyle maddi ve manevi zarara uğraması, bu nedenlerle de maddi – manevi tazminat talep etmesi söz konusudur. Davayı gören mahkeme, Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu raporuna dayanarak hüküm vermiş ancak Yargıtay “*Raporda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, bu konu da mesleki ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağının olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmediğinden, son merci niteliğinde bulunmayan kurumun –açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ile oluşturulmuş- yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak kurulan hükmün*” usul ve yasaya aykırı bularak bozmuştur.) **Yarg.** 13.HD. E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006 (Somut olayda, davacı hastaya yazılan ilaçların mide kanaması geçirilmesine neden olup olmayacağı, uygulanan tedavi ile ilgili olarak doktorun özen borcuna uygun davranıp davranmadığı araştırılmış, ancak hükme dayanak alınan bilirkişi raporunun ayrıntılı bir inceleme içermemesi ve yetersizliği nedeni ile verilen hükmün bozulmasına karar verilmiştir.) www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008).

⁷⁶⁸ **Ayan**, s. 90.; **Başpınar**, (hekimin özen borcu) s. 30.; **Özay**, s. 67.

hekime başvurmanın güveni ve beklentisi içerisinde. Bu nedenle, uzman durumundaki hekimin, özen gösterme yükümü, sahip olduğu fazla eğitim, bilgi ve tecrübe ile doğru orantılı olarak artmaktadır.

Hekimin ihtisas alanı içinde belli bir konuya ilişkin eğitimi, çalışması ve Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'ne göre “*yan dal uzmanlığı*” var ise, bu alandaki özen gösterme yükümü, aynı alandaki diğer uzmanlardan daha yüksektir⁷⁶⁹. Bu durumda da hekim yine belli bir alanda, diğer meslektaşlarına oranla daha fazla eğitim almış, meslekî bilgi ve tecrübesini arttırmıştır. Dolayısıyla, söz konusu tıp alanında genel eğitim almış uzman hekime göre, hastalara göstereceği özen yükümü daha yüksek olacaktır. Örneğin, bir genel cerrahî uzmanı, onkoloji (kanser) cerrahîsi alanın da ayrıca eğitim almış veya bu alanda kendini yetiştirerek, meslekî tecrübesini arttırmış ise, bu alanda kendisinden beklenen özen gösterme yükümlülüğü de artacaktır. Böyle bir hekim, hastasının gözünde, hem cerrahî alanında uzman, hem de kanserle ilgili cerrahî bilgisi ve tecrübesi daha fazla olduğu için seçilen bir hekim konumuna getirdiğinden, hekimden de bu oranda artan bir özen gösterme yükümü beklenecek ve sorumluluğu da buna göre belirlenecektir.

2. DENENMEMİŞ BİR TEDAVİ YÖNTEMİNİN UYGULANMASI

Hekimin özen gösterme yükümünün, hekimlik faaliyetlerinin tümünü kapsadığını daha önce belirtmiştik. Bu faaliyetlerden biri de, hekimin hastalıkla ilgili

⁷⁶⁹ Başpınar, (hekimin özen borcu) s. 30.

uygun tedavi yöntemini seçmesidir⁷⁷⁰. Hekim çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz riskler altına sokmamalı ve en emin yolu tercih etmelidir⁷⁷¹. TDN 2 inci maddesi hekimi “...muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükellef...” tutarken, aynı metnin 6 ıncı maddesinde, hastasına uygulayacağı tedavi yöntemini seçmeyi, hekimin iradesine bırakmaktadır. Hekim meslekî tecrübe ve bilgisine dayanarak, vicdanen, daha önce denenmemiş ya da çok az denenmiş bir yöntemin hastasına uygun olduğunu ve iyileşme şansını artıracağını düşünüyor ise hastasını uyarmak ve rızasını da almak kaydı ile bu yöntemi tercih edebilir⁷⁷². İşte böyle bir durumda, seçilen tedavi yönteminin yeniliği ve denenmemişliği arttıkça hekimden beklenen özen gösterme yükümü de artacaktır⁷⁷³. Hekim, sadece yeni ve denenmemiş ya da az denenmiş yöntemi seçerken değil, uygulama öncesinde hastasını bu yöntemle ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde aydınlatırken de, daha yüksek derece de bir özen göstermek zorundadır⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ “Doktor çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir.”**Yarg.** 13.HD., E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003; **Yarg.** 13.HD., E.2002/2589, K.2002/4560, T.24.4.2002, <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 07.02.2008)

⁷⁷¹ “En uygun yöntemden kasıt, hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntemdir. Bu anlamda olmak üzere “en emniyetli yol prensibi (Prinzip des sichersten Wegs)” den söz edilmektedir. Dolayısıyla, hekim, aynı başarıyı daha az riskle temin etmeye elverişli geleneksel bir yöntem mevcut iken, daha fazla riski olan bir yöntemi seçemez.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s.66 ve 91.

⁷⁷² **Tandoğan**, (borçlar) s.417.

⁷⁷³ **Ayan**, s.91-92.; **Başpınar** (hekimin özen borcu) s.31.

⁷⁷⁴ Yeni ve az denenmiş bir tedavi yönteminin denenmesi, hekimin aydınlatma yükümü de genişlediği hallerden biridir. Bkz. § 8. VI. D. 3.

3. TIBBÎ MÜDAHALEDE RİSKİN DERECESESİ

Hekim tarafında gerçekleştirilen, her türlü tıbbî faaliyetin, insan sağlığı açısından az ya da çok tehlike taşıdığı ve belli bir oranda risk içerdiği bir gerçektir. Hekim tarafından yapılan tıbbî müdahalenin ya da uygulanan tedavinin tehlike ve risk oranı arttıkça, hekimin özen gösterme yükümü de artmaktadır. Bunların başında da, cerrahî müdahaleler gelmektedir. Cerrahî müdahaleler, hastanın sağlığı için taşıdıkları büyük önem ve tehlikeleri nedeniyle, cerrahî olmayan müdahalelere oranla daha yüksek bir özeni gerekli kılar⁷⁷⁵. Bir cerrahî müdahale yapan hekim, çok ciddi bir sorumluluk üstlenmiştir zira müdahale için kullanılan kesici aletlerden herhangi birinin hekimin elinden hafif bir şekilde kayması bile, geri dönüşü olmayan çok ağır sonuçlar doğurabilir, hatta hastanın hayatını kaybetmesine neden olabilir⁷⁷⁶. Diğer yandan, cerrahî müdahaleler açısından ortamın, aletlerin temiz ve steril olması da son derece önemli bir unsur olarak hekimin özen gösterme yükümünün kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle, hekimin özen yükümü, gerçekleştireceği ameliyat öncesinde, kullanılacak aletlerin hazırlanması, sterilizasyonu, gerekli yardımcı personelin seçimi ve kontrolü⁷⁷⁷, anestezinin yeterli ve uygun yapılması gibi hazırlık faaliyetleri ile başlamaktadır⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Ayan, s.92.; Başpınar (hekimin özen borcu) s.31.

⁷⁷⁶ Örneğin, reflü ameliyatında, hekimin bıçağı kaydırması sonucu hastanın venaporta damarının patlaması nedenle ölümü söz konusu olabilmektedir. Ya da KBB uzmanı, yüz sinirine çok yakın çalıştığı bir cerrahî müdahale de, yüz sinirinin kesilmesine neden olur ise, hasta bir daha düzelmemek üzere felç kalacaktır.

⁷⁷⁷ Yüksek Sağlık Şurasında görüşülen bir olay da, göz uzmanı hekim, bir gözündeki tümör nedeniyle gözü entüleasyona (çıkarılma işlemi) tabi tutulacak hastanın ameliyatına asistanını göndermiştir. Asistan, hasta dosyasını özensiz bir şekilde inceledikten sonra ameliyata girmiş ve sağlam gözü almıştır. Bu olayda hem asistan hem de uzman hekim ağır kusurlu bulunmuştur. Bir başka olayda ise Şura, hastanın batınında (karnında) tampon unutan hekimi, bir hastaya göstermesi gereken basit dikkat ve özeni göstermediği belirlendiğinden kusurlu bulunmuştur. Bkz. Hancı, s. 29-31.

⁷⁷⁸ Ayan, s.93.; Başpınar (hekimin özen borcu) s.31.

Hasta bakımından tehlike, tıbbi müdahaleden sonraki tedavi aşamasındaki ilaç kullanımından da doğabilir. Bu nedenle, hekim somut olayda en uygun tedavi yöntemi olarak seçmiş olduğu ilaç kullanımı için de hastasını doğru yönlendirmeli, ilacın dozu, yan etkileri hakkında özenli bir bilgilendirme ve takip yapmalıdır⁷⁷⁹. Aksi takdir de, özen gösterme yükümünü yerine getirmemiş olur. Örneğin, kullanılan ilacın normal ve öngörülebilir yan etkilerinin⁷⁸⁰ yanı sıra, hastanın özel durumu ve bünyesi ile ilgili olarak alınması gereken tedbirleri mutlaka almak zorundadır. Tüm ilaçların, alerji yapma ya da yan etki gösterme özellikleri mutlaka vardır. Dolayısıyla, hekim tedbirini buna göre almalıdır. Kullanımı yüksek riskli ve ağır sonuçlar doğurabilecek ilaçlar ile yapılacak tedaviler de, hekimin özen gösterme yükümü de aynı oran da yüksektir. Kanseri ilaçları, kalp ya da tansiyon ilaçları ve ısın tedavileri buna örnek olarak verilebilir.

IX. HEKİMİN SADAKAT VE SIR SAKLAMA YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Vekil konumundaki hekimin, sadakat ve sır saklama yükümlülükleri, hukukî niteliği itibarıyla *koruyucu yan yükümler* içinde yer alır⁷⁸¹. Koruyucu yan yükümler

⁷⁷⁹ **Soyaslan**, (ilaçla tedavi) s. 329.; İlaçla tedavi konusunda, tıbbi uygulama hataları için bkz. § 11. IV. B.2.c.2.

⁷⁸⁰ Hekimlerin ilaç kullanımında, hastanın ilacın içinde yer alan prospektüsleri (kullanma tarifesini) kendi başlarına okuyup, değerlendirmelerini beklemleri doğru değildir. Böyle bir durumda, bir çok hasta muhtemelen hiçbir şey anlamayacak, bir çoğu ise o ilacı kullanmaktan vazgeçecektir. Hatta, *Ozanoğlu*'nun haklı olarak belirttiği gibi, ülkemizde ilaç prospektüsünün yerini, o ilacı daha önce kullanmış ya da adını duymuş komşu ve yakınların ilaçla ilgili - tıbbî dayanağı olmayan- yönlendirmeleri alır (**Ozanoğlu**, s. 57.). Bu nedenle hekim, tedavi sırasında kullanılacak olan ilacın prospektüsünde verilen bilgileri çok dikkatli bir gözle incelemeli, tıbbî ve meslekî bilgisi ile tekrar kontrol ederek, hastasının herhangi bir yanlış uygulama nedeniyle zarar görmemesi için gereken özeni göstermelidir. Bkz. **Ayan**, s.93.; **Soyaslan**, (ilaçla tedavi) s. 330 vd.

⁷⁸¹ **Akipek**, s. 59.; **Fellmann**, Art. 398, N.37.

ise, bilindiği üzere edim yükümlerinden bağımsız olarak doğabilirler⁷⁸². Bu nedenle, hekimin hastasına sadakat gösterme ve hastasının sırlarını saklama yükümü hem sözleşme kurulmadan önce, sözleşme esnasında ve en önemlisi sözleşme sona erdikten sonrada devam eden yükümlerdir. Serbest çalışan hekime başvuran bir hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler verirken kişilik değerleri ve özel hayatı ile ilgili pek çok bilgiyi de hekime açıklamak durumunda kalır. Hekim geçerli olarak kurulan bir hekimlik sözleşmesi ile yüklendiği asli edim yükümünün yanı sıra, hastasının menfaatine uygun davranma ve edindiği bilgileri başkalarına açıklamama yükümü altına girer. Kaldı ki, bir hekimlik sözleşmesi kurulmasa bile hekim bu bilgileri başkalarına açıklamamalıdır⁷⁸³.

Vekalet sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmeler, karşılıklı yoğun güven ilişkisi temeli üzerine kurulduğu için vekilin bir diğer yükümü de sadakat yükümüdür⁷⁸⁴. Vekil sadakat yükümü gereğince müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunma, diğer yandan ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır⁷⁸⁵. BK. m.390/II de öngörülen sadakat yükümü, TMK. m.2 de yer alan dürüstlük kuralının, daha yoğun (intensive) bir şekli olan bir yan yükümdür⁷⁸⁶. Buna göre vekilin sadakat yükümü, vekil için vekaletle yabancı menfaatler karşısında, müvekkilin menfaatine tabi olmayı, bu çerçevede vekalet amacını elde etmeye

⁷⁸² **Eren**, (borçlar) s. 41.

⁷⁸³ Hekimin Culpa in Contrahendodan Sorumluluğu için Bkz. § 4. II. D.

⁷⁸⁴ Sadakat yükümü için genel olarak bkz. **Werro**, s. 2053.

⁷⁸⁵ **Aral**, s. 404.; **Tandoğan**, (borçlar) s. 407.; **Akipek**, s.58.; **Yalçınduran**, (ücret) s. 78.; **Fellmann**, Art. 398, N.24.

⁷⁸⁶ **Gümüş**, s. 154.

yönelik gerekli olan her şeyi yapmayı ve müvekkilin zarara uğraması sonucunu doğuracak her şeyden kaçınmayı ifade eder⁷⁸⁷.

B. HEKİMİN SADAKAT YÜKÜMÜ

Hekimlik sözleşmesi gereğince, hekimin hastasına karşı sadakat yükümü, hukukun, deontolojinin ve tıp etiğinin olduğu kadar, insani sorumluluğunun da bir gereğidir. Evrensel olarak geçerlilik kazanmış olan dört temel etik ilkeden birisi *yararlılık* ilkesidir. Bu ilkenin gereği olarak hekim, “*her tür koşulda hasta yararına öncelik verilme*” şeklinde ifade edilen bir yüküme sahiptir⁷⁸⁸.

Hekim, hastasının kendisine gösterdiği güvenin sonucunda vücut bütünlüğü, sağlık ve yaşama hakkı gibi en üstün kişilik değerleri üzerinde tasarruf edebilme yetkisine sahip olmaktadır. Bu güvenin gereği olarak, hastasına karşı dürüst davranma, onun güvenini sarsacak hareketlerden kaçınma yükümü altına girmektedir. Hekim, hastası ile kurduğu ilişki boyunca ve uyguladığı tüm tıbbi faaliyetler için, sadece kendi sanat ve mesleğinin kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olayın özellikleri gereğince hastasının kişiliğini ve içinde bulunduğu durumu göz önünde tutarak özel bir anlayış göstermelidir⁷⁸⁹. Hekimlik mesleği, bir fedakarlık mesleğidir; bir hekim kendi kişisel çıkarlarını – özellikle de parasal konularda ki çıkarlarını- hastasının çıkarlarından üstün tutmamalıdır⁷⁹⁰. Örneğin, bir hekim sadece alacağı ücreti artırabilmek ya da başkaca

⁷⁸⁷ Tandoğan, (borçlar) s. 407.; Aral, s. 404.; Gümüş, s.155.

⁷⁸⁸ Çobanoğlu, s.18-19.

⁷⁸⁹ Tandoğan, (borçlar) s. 408.; Ayan, s. 88.

⁷⁹⁰ İpekyüz Yavuz, s. 103.

bir menfaat sağlayabilmek uğruna hastasından gerekli olmayan tetkikleri yaptırmasını istememeli ya da tedaviyi gereksiz yere uzatmamalıdır. Sadece ücret almaya yönelik olarak, hastaya faydası olmayacağını bildiği bir tedaviyi uygulamamalı⁷⁹¹ ya da böyle bir ameliyat olmaya yönlendirmemelidir.

Hekimin sadakat yükümü, hekim ve hasta arasındaki sözleşme sona erdikten sonra da devam eden bir yükümdür. Hekim, hastanın tedavisini sonlandırmış olsa bile, bu süreç içerisinde sahip olduğu kişisel ve özel bilgileri saklamak zorundadır ki, bu da sadakat yükümünün bir alt borcu niteliğini taşıyan, hekimin sır saklama yükümü olarak somutlaşır⁷⁹².

C. HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMÜ

1. GENEL OLARAK

BK. hükümleri arasında yer almayan sır⁷⁹³ saklama yükümü, karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat gösterme yükümünün bir sonucu olarak vekilin vekaletin gereğini yerine getirirken müvekkili ile ilgili öğrendiği bilgileri saklı tutmakla

⁷⁹¹ **Tandoğan**, (borçlar) s. 408.

⁷⁹² “Özen yükümlülüğü için görülmesi sona erince ortadan kalktığı halde, sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünden doğan sır saklama borcu iş bittikten sonra da devam eder. Bir doktor gizli tutulması gerekli bir hastalığı iyileştirmiş olsa bile, bunu başkasına açıklarsa, bu yüzden doğan maddi veya manevi zarardan sorumlu olur. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, gereği gibi ifaya olan menfaatin, sadakat borcunun yerine getirilmemesi ise, beslenen güvenin boşa çıkmasından doğan zararın tazminini gerektirir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.409.

⁷⁹³ “Kişinin kendi özel hayatıyla ilgili olan gizlilik (mahremiyet) ve giz (sır) çevresi de, manevi varlıkları olarak kişiliğin içerisinde yer alan kavramlardır. Kişilik hakkı kapsamında korunan sır çevresi ve gizlilik alanı üzerindeki haklar, sahibine hayatının gizli (mahrem) yönlerine kimsenin karışmamasını (müdahalede bulunmamasını) ve bunları tesadüfen öğrenmiş olanların onları etrafa açıklamamalarını istemek yetkisini tanır.” Bkz. **Akıntürk**, (kişiler hukuku), s. 346 vd.

yükümlü olması anlamına gelir⁷⁹⁴. Vekilin vekalet sözleşmesinden doğan sır saklama yükümü yanında, mesleklerine ilişkin bir iş gören vekiller için sır saklama, aynı zamanda kamu hukukundan doğan ve ceza yaptırımı ile sağlamlaştırılmış bir yükümlülük olarak da kendini gösterir⁷⁹⁵.

Hekimin sır saklama yükümü⁷⁹⁶ (*confidentiality*), hekimlik sözleşmesi gereğince, hem yasal hem de etik boyutu olan son derece önemli bir yükümdür. Hekimlerin, Hipokrat yemininde de sır saklama yükümü “.....mesleğim dolayısıyla öğrendiğim sırları saklayacağıma namusum ve şerefim üzerine yemin ederim.” şeklinde yer almaktadır⁷⁹⁷. Hekimlik sözleşmesi nedeniyle, hastasının -ve belki de yakın çevresinin- özel ve koruma altındaki alanına girme ayrıcalığına sahip olan hekim, hastasına ait sırları da saklama yükümü altına girer. Başka bir ifade ile hekimler, hastalarının bedenî, ahlakî, kusur ve sakatlıklarına doğal olarak zorunlu tanık olan kişilerdir. Dolayısıyla, yüklendikleri bağımlılık borcu nedeniyle mesleklerini yerine getirirken hastalarına ait öğrendikleri sırları saklamak zorundadırlar⁷⁹⁸. Hekim ve hasta arasında -tedavinin etkisini de büyük ölçüde etkileyecek olan- güven

⁷⁹⁴ **Ayan**, s. 97 vd.; **Uygur**, Cilt: VII. s.8544.; **Yıldırım**, Fadıl: “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.58.; **Deryal**, Yahya: “*Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti*” Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 73.; Sır Saklama Yükümü için genel olarak bkz. **Werro**, s. 2052.

⁷⁹⁵ **Tandoğan**, (borçlar) s. 451.

⁷⁹⁶ Sır saklama yükümü anlamında sır, açıklanmamasında (gizli tutulmasında) hastanın menfaati olan her şeydir. Özel hayata ilişkin hoş karşılanmayacağı düşünüldüğü için saklı tutulan bilgiler örneğin: evli olmayan bir kadının hamile kalması ya da çocuk düşürmesi, intihar teşebbüsü, eşcinsellik, evli eşlerden birinin evlilik dışı ilişkisi, toplumda tiksinti ya da ayıplama ile karşılaşılacak bir takım hastalıklara sahip olma- AIDS, frengi, vb. – ruh hekimine açıklanan çok özel bilgiler, ya da hastanın vücudunda herkes tarafından görülmeyen bazı bedensel özellikler vb. sır niteliği taşıyacağı gibi, mesleki ve ekonomik ilişkilerde sır niteliği taşıyabilir. **Ayan**, s. 98 vd.; **Aşçıoğlu**, s. 47.; **Doğan**, Cahid: “*Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti*” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 105 vd.

⁷⁹⁷ **Johsen/Siegler/Winslade**, s. 158 vd.; **Loewy**, s.110 vd.

⁷⁹⁸ **Aşçıoğlu**, s. 47.; **Reisoğlu**, s. 14.; **İpekyüz Yavuz**, s. 112.; Ayrıca Bkz. **Karasu**, Sinem: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009.

ilişkisinin kurulabilmesi, hastanın kendisi ve hastalığı ile ilgili hekime aktardığı bilgilerin gizli kalacağına inanmasına bağlıdır. Hasta sırlarına saygı gösterileceğinden ve rızası dışında üçüncü kişilere aktarılmayacağından emin olmalıdır⁷⁹⁹. Aksi takdir de hasta, tedavi açısından hekimin öğrenmesi gereken bilgileri vermeyecek, soruları cevapsız bırakmak ya da yanlış cevaplamak yolunu seçecektir⁸⁰⁰.

2. SIR SAKLAMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

T.C. Anayasası 20. madde: *“Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”* hükmü ile koruma altına alınan sır saklama yükümlülüğü, hekimlik mesleğinin de çok önemli etik değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hasta sırları korunmalı ve kişisel veriler⁸⁰¹ başkasına verilmemelidir. Bu, insan onurunun esasını oluşturan genel kişilik haklarına dahil bir haktır ki, anayasa ve kanunlar tarafından koruma altında tutulmaktadır⁸⁰².

⁷⁹⁹ **Siegler**, s. 491.

⁸⁰⁰ **Ayan**, s. 98.

⁸⁰¹ *“Kişisel veriler, kişinin sosyal, fiziksel, duygusal ve hatta ekonomik boyutuna dair bilgiler olarak ifade edilmektedir.”* Veri korunması hukuku ise, kişilik hakkının korunması kavramı altında kişiliğin tüm yönleri ile yansımaları ifade eden bilgilerimizi yani kişisel verilerimizi konu edinen hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Başalp**, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 22 vd. Ayrıca kişisel veri ve korunması ile ilgili olarak Bkz. **Carey**, Peter: Data Protection, Second Edition, United States 2004.; **Kierkegaard** Mercado, Sylvia (ed.): Cyberlaw Security & Privacy, Ankara 2007.; **Bygrave**, Lee A.: Data Protection Law, Approaching Its Rationale, Logic and Limits, Hollanda 2002.; Tıp hukuku açısından kişisel veri ise, hastaya ait olup da, hekim veya diğer sağlık personeline aktarılan veya herhangi bir şekilde bu kimseler tarafından hukuka uygun olarak öğrenilen, başkaları tarafından duyulması istenmeyen özel bilgiler olarak kabul edilebilir. Bkz. **Hakeri**, s.475.

⁸⁰² T.C. Anayasa’sının 20. maddesinin yanı sıra 17.maddesinde *“Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı”* başlığı ile *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme*

Sağlık mevzuatı içinde de, sır saklama yükümü ayrı ayrı hükümler ile düzenleme altına alınmıştır. Öncelikle, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hekimin sır saklama yükümünü: *“Umumi Kaide ve Esaslar”* başlığı altında 4 üncü maddesi ile şu şekil de düzenlemiştir: *“Tabip ve dış 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.”*

Türk Tabipleri Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının *“Sır Saklama Yükümlülüğü”* başlıklı 9 uncu maddesinde *“Hekim hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.....”*.

Hasta Hakları Yönetmeliğin de, bu konuyu, 21 inci madde de *“Mahremiyete Saygı Gösterilmesi”* başlığı ile kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde düzenleme altına alırken⁸⁰³, 23 üncü maddesinde *“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen*

hakkına sahiptir.” hükmünü düzenlemektedir. Diğer yandan TMK m.24 *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* hükmü ile kişilik haklarını korumakta, 25. maddesi ile de, öyle bir durumda hangi davaların açılabileceğini düzenlemektedir. Aynı yönde BK.m.49 kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde açılacak manevi tazminat davasını düzenlemektedir. Konuya ceza hukuku yönünden baktığımızda ise, daha önceki Ceza Kanunumuz m.198’de *“...bir kimse resmi mevkii veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenid olmaksızın o sırrı ifşa ederse....”* cezalandırılır diyerek “meslek sırrını ifşa” suçunu düzenlemekte idi. 26.9.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, “sır” kavramı yerine “*kişisel veri*” kavramını kullanarak, daha geniş ancak farklı bir düzenleme yapmıştır. TCK 136. maddesinde *“Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”* başlığı ile *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmünü getirmiştir. TCK n.137/b hükmü ise “belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu suçun işlenmesini nitelikli haller arasında düzenleyerek, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını hükme bağlamıştır. Bkz. **Hakeri**, s.473 vd.; Ayrıca bkz. **Yokuş Sevük**, Handan: *“Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”* Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, s. 784-811.

⁸⁰³ HHY. m.21: *“Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı; a)*

bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.....Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.” hükmü ile sır saklama yükümünün, hasta haklarının korunması açısından önemini bir kez daha vurgulamıştır.

İnsan haklarının korunması açısından önemli bir uluslar arası metin olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi de, konunun önemine vurgu yapmış ve 10 uncu maddesinde: *“Herkes kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”* hükmünü öngörmüştür.

Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, kişilik haklarına dahil olan hasta sırrı kavramının geniş yorumlanması gerekir. Hasta sırrı, sadece hastalığın türü ve gelişimi, teşhis, tedavi tedbirleri, prognoz (hastalığın gidişatı), psikolojik bozukluklar, maddi ve ruhsal bozukluklar veya özel durumlar, hasta dosyası, röntgen sonuçları, muayene materyali, muayene sonuçlarını değil, ayrıca bütün kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik ve mali durumları da kapsamaktadır⁸⁰⁴. Hastalar bazı durumlarda kendilerine uygulanan tıbbi müdahalelerin değil, hekime başvurdıklarının bile bilinmesini istemeyebilirler⁸⁰⁵. Örneğin, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde⁸⁰⁶, psikiyatrik sorunlarda, istenmeyen gebeliklerin sonlandırılmasında ya da AIDS gibi

Hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunmaları gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

⁸⁰⁴ **Hakeri**, s.255.; **Yıldırım**, s.59 vd.; **Aydın**, s. 36 vd.

⁸⁰⁵ Hekimin sır saklama ya da farklı bir ifade ile kişisel verileri saklama yükümü, bizzat hastayı muayene ettiğine ilişkin bilgiyi, hastanın kimliğini, hastanın adresini ve hatta hastaneye gelmiş olduğu bilgisini de kapsar. Bkz. **Hakeri**, s. 476.

⁸⁰⁶ **Özay**, s. 90.

toplumdan dışlanmalarına neden olabileceği korkusu taşıdıkları bazı hastalıklarda durum böyle olabileceği gibi, hasta yakınlarının üzülmemesi ya da korkuya kapılmaması için de hastalığının bilinmesi istenmeyebilir. Kaldı ki, hekimin sır saklama yükümü, sadece mesleğini yerine getirirken doğrudan elde ettiği bilgiler ile sınırlı değildir; dolaylı olarak öğrenilen ya da tanık olunan olaylar içinde hukuki sorumluluk söz konusudur. Örneğin, hekim tedavi için gittiği evde hastasının metres hayatı yaşadığına tanık olmuş ise, bu durumu açıklaması cezai olmasa da tazmin yükümü gerektiren özel ve istisnaî bir durum olarak değerlendirilebilir⁸⁰⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sır saklama yükümü hekimin yanı sıra, hastane ya da muayenehanedeki diğer personeli – asistan, hastabakıcı, hemşire, laborant vb. – kapsadığı gibi hastane işletmesini de⁸⁰⁸ kapsayan bir yükümdür⁸⁰⁹. Günümüzde, tıbbî müdahalelerin genellikle bir ekip çalışması içinde gerçekleştiriliyor olmasının da etkisi ile⁸¹⁰ hekim, meslek sırrı ile bağlı olan meslektaşlarına⁸¹¹ tıbbi tedavi kapsamında yaptığı açıklamalar ile sır saklama yükümüne aykırı davranmış olmaz⁸¹².

⁸⁰⁷ Aşçıoğlu, s. 47.; Hakeri, s. 257-258.

⁸⁰⁸ Örneğin, Danıştay da onanan bir dava da “....gazetesinde 13.3.1993 tarihli manşette, herhangi bir bandajlama, isim ve soyadında kodlama yapılmaksızın davacının mesleğinin aşçılık olduğu belirtilerek, hastanın AIDS’li olduğunun yayınlandığı, oysa 13.2.1992 tarihinde Ege ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hastanelerinde testlerinin menfi olduğu, davacının AIDS’li olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun üzerine davacının çıkan asılsız haber nedeniyle işsiz kaldığı, maddi ve manevi zararı olduğu tespit edilerek davası kabul edilmiştir....” 10.HD. E.1994/5314, K.1996/294, Öztürkler, s. 329

⁸⁰⁹ Ayan, s. 162.; Hakeri, s.258.; Jonsen/Siegler/Winslade, s. 159.

⁸¹⁰ “Modern ileri teknoloji sağlık hizmeti, kural olarak hastanelerde ya da kliniklerde ve bir “sağlık ekibi” tarafından sunulmaktadır. Bunun anlamı, daha önce bir hekimin şahsında saklanan bilgilerin , artık zorunlu olarak bu sağlık ekibinde yer alan kişilere yayılacağıdır....Hatta, hizmetin mali yönü ile ilgili olarak sosyal güvenlik kurumlarının, sigorta şirketlerinin devreye girmesi ile bu kişi sayısı daha da artacaktır.” Siegler, s. 491.; Aydın, s. 37.

⁸¹¹ Aşçıoğlu, s. 47.

⁸¹² Mark Siegler, 1982 yılında New England Journal of Medicine da “Confidentiality in Medicine: A Decrepit Concept”(Tıpta Mahremiyet / Sır SaklamaYükümlülüğü: Yıpranmış/Zayıflamış bir Kavram) başlığı ile yer alan makalesinde, sır saklama kavramının hekimler ve hastalar tarafından geleneksel olarak anlaşıldığı anlamı ile artık var olmadığını savunmaktadır: “ Hipokrattan bu yana, hekimle ilgili tüm and ve yasalarda yer alan bu tarihi etik ilke artık eskimiş, yıpranmış ve yararsız hale gelmiştir.” diyen Siegler, hastanede takip ettiği bir hastasının bilgilerinin –farklı gerekçe ve nedenlerle- yaklaşık 75 kişi tarafından incelendiğini örnek olarak vermektedir: 6

Ancak hekim, tıbbi herhangi bir gerek olmadığı halde hastasının rızasını almadan, onunla ilgili sırları diğer hekim arkadaşlarına açıklamamalıdır⁸¹³.

Hekimlerin, akademik ve bilimsel çalışmalar kapsamında da, hastalarının kişilik haklarının zedeleyecek davranışlardan kaçınarak, sır saklama yükümüne uygun davranmaları gerekir⁸¹⁴. Bir tıbbî yayında, hasta ile ilgili bir resmin kullanılması zorunluluğu varsa, kimliğini ortaya çıkaracak özellikler saklanmalıdır⁸¹⁵. Aksi takdir de, hastanın rızası olmaksızın kimliğinin açıklanması, bilim için bile olsa hukuka aykırılık oluşturacaktır. Örneğin, malign melanom üzerinde yapılan bir araştırma ya da yayın kapsamında, hastanın vücudunun muhtelif yerlerindeki benlerin gösterilmesi gerekiyor ise, bunun mutlaka hastanın kimliğini belirleyen unsurların gizlenerek yapılması gerekir. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının “*Tıbbi Araştırmalar ve Yayın Etiği*” başlıklı bölümünde, m.43/II de bu konuya ilişkin olarak “*(İnsan üzerinde yapılan tıbbi araştırmalarda) Deneğin özel yaşamına saygı gösterilmesi ve kişisel bilgilerin gizliliği sağlanır. Bilimsel araştırma ve yayınlar ile akademik-bilimsel amaçlı sunuşlarda deneğin kimliği gizli tutulur.....*” hükmü düzenlenmiştir.

Nasıl ki, hekimin sadakat yükümü, hekimlik sözleşmesi sona erdiği zaman sona ermiyor ise, sır saklama yükümü de hekimlik faaliyetinin sona ermesi ile hatta

hekim (ilk muayene eden hekim, cerrah, konsultan hekim ve diğerleri), 12 hastane yetkilisi (tıbbi, cerrahi ve yoğun bakım ünitesinden çeşitli hastane görevlileri), 20 hemşire (değişen vardiyalarla), 6 solunum uzmanı, 3 beslenme uzmanı, 2 klinik farmakoloji uzmanı, 15 tıp öğrencisi, 4 birim sekreteri, 4 hastane finans yetkilisi ve 4 diğer görevli (sigorta, kalite, güvenlik vb.). Bkz. **Siegler** Mark: “*Confidentiality in Medicine: A Decrepit Concept*” Bioethics: An Anthology, Edited by Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 490.

⁸¹³ **Ayan**, s. 100.; **Aşçıoğlu**, s. 47.

⁸¹⁴ Tıp fakülteleri, sağlık okulları ya da sağlıkla ilgili derslerin okutulduğu tüm okullarda, eğitim ve öğretim sırasında hasta hakkında öğrenilen bilgilerin öğretim elemanları ve öğrenciler tarafından da ifşa edilmemesi gerekir. Bkz. **Doğan**, s. 142.; **Hakeri**, s. 473.

⁸¹⁵ **Aşçıoğlu**, s. 48.

hastanın ölümü ile bile sona eren bir yükümlülük değildir⁸¹⁶. Hem hekim, hem de onunla birlikte hastanın özel sırlarına sahip olanlar bu bilgileri ölene dek saklamak zorundadırlar. Bu düzenleme, Dünya Hekimler Birliğinin, Uluslar arası Etik Bildirgelerinde de (1948 Cenevre, 1957 İstanbul, 1981 Lizbon ve 1983 Venedik) yer alan bir kuraldır⁸¹⁷.

3. SIR SAKLAMA YÜKÜMÜ OLAN HEKİMİN TANIKLIKTAN VE BİLİRKİŞİLİKTEN ÇEKİNME HAKKI

Hastası ile ilgili olarak sadakat ve sır saklama yükümü olan hekime, hem hukuk davalarında hem de ceza davalarında *tanıklıktan*⁸¹⁸ ve *bilirkişilikten*⁸¹⁹ *çekinme hakkı* tanınmıştır⁸²⁰. TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9/ son fıkrası “.....Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.” diyerek hekimin sır saklama yükümünün pekiştirmiştir.

Aynı yönde düzenlemeler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda ve Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda da yapılmıştır. HUMK m.245’e göre, memuriyet, sanat

⁸¹⁶ Ayan, s.100.; İpekyüz Yavuz, s.116.; Yıldırım, s. 61.; Deryal, (hasta sırrı) s.76.

⁸¹⁷ “A physician shall preserve absolute confidentiality on all he knows about his patient even after the patient has died.” World Medical Associations International Code of Ethics. www.wma.net

⁸¹⁸ “HUMK m. 253’e göre, kural olarak herkes,-Türk yargısına tabi olmak şartı ile- tanıklık etmek zorundadır. Bu zorunluluk, tanık olarak yapılan davet üzerine mahkemeye gelmeyi, tanıklık etmeyi ve yemin etmeyi kapsar. Tanık, meşru bir mazereti olmaksızın gelmezse, para cezasına mahkum edilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 498 vd.

⁸¹⁹ “Tanıklıktan farklı olarak , bilirkişilik özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için, herkes bilirkişi olamaz ve bu nedenle herkes bilirkişiliği kabul etmeye zorlanamaz....Resmi bilirkişiler bilirkişilik yapmak zorunda olsa da, diğer bilirkişiler, kural olarak bu görevi kabul etmek zorunda değildirler. Ancak bilirkişi olarak görüşüne başvurulana hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen sanatını icra eden kimseler, o husus hakkında bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar; mesela doktorlar, ebeler, mühendisler gibi...”Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 508 vd.

⁸²⁰ Karasu, s. 87.

ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler tanıklıktan çekinebilirler ancak o kimse muvafakat ederse, tanıklıktan çekinemezler⁸²¹. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu⁸²² ise, hekimleri “*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*” başlığını taşıyan m.46/(b) hükmüne dahil ederek “*Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek ve sanatları mensuplarını, bu sıfatları dolayısıyla hasta ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri*” için tanıklıktan çekinme imkanı tanımıştır⁸²³.

Bilirkişilik konusunda ise, hekimler, “*bilirkişi olarak görüşüne başvurulana hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen sanatını icra eden kimseler olarak*” HUMK m.278 gereğince bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar⁸²⁴. Ancak, tanıklıktan çekinme nedenleri var ise bu durumda bilirkişilik yapmaktan da çekinebilirler. CMK da m.70 de aynı yönde bir düzenleme yaparak “*Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir.*” hükmünü getirmiş ve ayrıca bilirkişilikten çekinme imkanını biraz daha genişleterek aynı maddenin 2.fıkrasında “*Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir.*” demiştir⁸²⁵.

⁸²¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 500.; **Doğan**, s. 124.

⁸²² R.G. sayı: 25673, Tarih: 17.12.2004

⁸²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2007.

⁸²⁴ Tıp alanında hekimin bilirkişiliğine şu konular için başvurulabilir: Ceza muhakemesinde kusur yeteneğinin (ya da özel hukuk açısından ayırt etme gücünün) tespitinde psikiyatrik bilirkişi olarak / Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında / moleküler genetik incelemeler yapılmasında / Yaralama ve ölüm nedenlerine ilişkin olarak / Kandaki alkol oranını ve kan grubunu tespitiye yönelik olarak / Miras davalarında vesayetin geçerli olup olmadığı konusunda / Hastanın ölümü ile ameliyatın başarısızlığı arasındaki nedensellik bağı konusunda.. vb. Bkz. **Hakeri**, s. 519.

⁸²⁵ CMK m.60, m.65, m.70, m.71 de bilirkişilikten çekinme sebepleri düzenlenmiştir. Hekimler bu sebeplerin dışında bilirkişilikten çekinemezler. **Doğan**, s. 126 vd.; Ayrıca bkz. **Yenisey**, Feridun: “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi*” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 314.

4. HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMÜNÜN İSTİSNALARI

a. Hastanın Rızası

Hasta, her zaman, serbest iradesiyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir⁸²⁶. Hastanın sırları, kişilik hakkı kapsamında yer aldığından, bu iznin geçerliliği de TMK m.23 tarafından çizilen “*hukuka ve ahlaka aykırı olmamak*” kaydına bağlıdır. Hasta, hekime kişisel bilgilerini – ya da teknik ifade ile verilerini – açıklaması konusunda rızasını, açık ya da örtülü olarak göstermiş olabilir. Örneğin, hasta, hekimden sağlık durumu ya da hastalığının gidişatı ile ilgili olarak, işyerindeki amirine ayrıntılı açıklama yapmasını istemişse, hekim verdiği bilgiler ile sır saklama yükümünü ihlal etmiş olmayacaktır. Bu rızanın, örtülü olarak verilmesi de mümkündür. Örneğin, hastanın, sağlık durumu ile ilgili bilgi vermesi için hekimi bir davada tanık olarak çağırması, örtülü olarak kendisi ile ilgili bilgileri açıklamasına rıza gösterdiği anlamına gelir⁸²⁷. Hekimin, kamuya mal olmuş hastaları hakkında da –siyasetçiler, sanatçılar vb.- kendilerinin rızası olmadan, basına⁸²⁸ açıklama yapmaması gerekir. Aksi yönde bir davranış, hekimin özel hukuk açısından sır

⁸²⁶ **Ayan**, s.99.; *Hakeri*, bugün tıbbi gelişmeler ve ekip çalışmasının doğal sonucu olarak, ekipte yer alan sağlık personeli ya da hekimin hastaya ilişkin kişisel verileri bilmesi doğal bir sonuç olarak ortaya çıktığından, bu konuya yönelik olarak doktrin de hastanın “zımni” rızasının bulunduğu kabul edildiğini aktarmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Hakeri**, s. 483 vd.

⁸²⁷ **Hakeri**, s.483.

⁸²⁸ Basın mensuplarının, siyasi ve ünlü kişilerin sağlık durumları ile ilgili olarak yaptığı yayınlar, gerçek ve güncel olmak kaydıyla, kişisel verilerin açıklanması suçunu oluşturmaz. Basın ve basın açıklamalarıyla ilgili genel bilgiler için Bkz. **Kılıçoğlu**, (basın yoluyla) s. 20 vd. Ayrıca Bkz. **Dönmezer**, Sulhi: Basın ve Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1976.; **İçel**, Kayıhan: Kitle Haberleşme Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1985.; **Erman**, Sahir / **Özek**, Çetin: Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4.Bası, İstanbul 2000.

saklama yükümünü ihlal etmesi, ceza hukuku açısından ise kişisel verilerin açıklanması suçunu işlemesi anlamına gelecektir⁸²⁹.

Diğer yandan, hastanın tedavisi için başka bir uzmana ya da hastaneye sevk eden hekimin, teşhis ve tedavi için gerekli bilgileri onlara vermesi halinde, hastanın örtülü rızasının var olduğu kabul edilmektedir. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, açıklama teşhis ve tedavi için gerekli olduğu ölçüde olmalı ve sadece gereken kimselere yapılmalıdır⁸³⁰. Örneğin, hekim, hastalık öyküsünü dinleyip, muayene ettiği ama bu arada zorunlu olarak özel hayatı ve yaşama biçimi ile ilgili konularda da bilgilere sahip olduğu hastasını, detaylı ultrasonografik inceleme için başka bir uzman hekime gönderdiğinde, konu ile hiçbir ilgisi olmayan özel bilgileri açıklar ise sır saklama yükümüne aykırı davranmış olur.

b. Bildirimde Bulunma Zorunluluğunun Olduğu Haller

Hekim, sır saklama yükümünü, daha yüksek bir değer korunması amacıyla ihlal edebilir, hatta yasal düzenlemeler⁸³¹ onu böyle bir zorunluluk içine sokabilir.⁸³²

⁸²⁹ “...Sağlık durumuna ilişkin kişisel verilerin tıp mesleği mensupları tarafından hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi halinde, TCK.m.136 da öngörülen suçun faili olarak sorumlulukları doğacaktır.” Bu konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Yokuş Sevük**, s. 793 vd.; **Hakeri**, s. 491.; **İpekyüz** ise merhum siyaset adamı Bülent Ecevit’i durumunu örnek vererek, kendisinin durumunun kamuya mal olduğunu, bu nedenle hekim tarafından yapılmış olan sözlü ve yazılı açıklamaların, sır saklama yükümünün kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **İpekyüz Yavuz**, s.113.

⁸³⁰ **Tandoğan**, (borçlar) s. 454.

⁸³¹ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’na dayanılarak çıkarılmış olan ve 1983 tarihin de yayımlanan Özel Hastaneler Tüzüğü’nün “*Güvenlik Makamlarına Bildirme*” başlığını taşıyan 32 nci maddesi “*Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir.*” hükmünü getirmektedir. Diğer yandan “*Bildirim Yükümü*” başlığını taşıyan 40 ncı maddesinde de “*Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir.*” düzenlemesini yapmıştır. 1983 yılında resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin, 2005 yılında yeniden düzenlenen 86 ncı maddesi de “*Adli İhbar ve Otopsi*” başlığı ile şu

Bu bağlamda hastanın sırrının saklanması ile gözetilen yarar ile kıyaslandığında daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar var ise sır saklama yükümü ihlal edilebilir (TMK. m.24/II.). Kaldı ki, hekimlerin bireysel olarak hastalarına olduğu gibi diğer insanlara karşı da sorumlulukları vardır; sadece neden oldukları zararlardan değil, önleyemedikleri zararlardan da sorumlu olmaları söz konusu olabilir⁸³³. Dolayısıyla, gizlilik kuralı hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir⁸³⁴. Örneğin, hekimin, akıl hastasının başkasına zarar vermesini önlemek amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi veya bilincini kaybetme tehlikesi bulunan bir hastanın araç kullanacak olması durumunda polise ihbarda bulunulması gerekir⁸³⁵.

Hastanın, ayrıcalıklı olarak korunan sırrı (*medical confidentiality*) hekim tarafından dikkate alınmak zorundaysa da, toplumun şiddet eylemlerinden korunmaya yönelik kamu yararı daha üstün niteliktedir. Örneğin, 1976 yılında California Temyiz Mahkemesi tarafından verilen ve üzerinde çok tartışılmış olan *Tarasoff* kararının çoğunluk oyu gerekçesi şu şekildedir: “*Hekim (psikiyatrist), hastasının bir başka kişiye şiddet uygulayarak ciddi bir tehlike yaratacağını belirlediğinde –ya da profesyonelliği gereği belirleyebilecek durumda olduğunda – polise bildirmek ya da direk olarak uyararak muhtemel kurbanı koruma altına alma yükümlülüğü vardır.*” Aynı kararın, azınlık oyunda ise, şu görüş ifade edilmiştir:

düzenlemeyi yapmaktadır: “*Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığına veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir.*”

⁸³² Karasu, s. 75 vd.

⁸³³ Kuhse, Helga: “*Confidentiality and the AMA’s New Code of Ethics: An Imprudent Formulation?*” Bioethics: An Anthology, Edited by Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s.494.

⁸³⁴ Deryal, (hasta sırrı) s.77.; Doğan, s.139.; Ayrıca bkz. Veatch, s. 138.

⁸³⁵ Aydın, s. 42.; Loewy, s. 112 vd.

“Hasta –hekim ilişkisindeki sır saklama yükümlülüğü dikkate alınmadığında, hasta hekime duyduğu güveni kaybedecek, ona önemli bilgiler vermekten kaçınacak, böylece de toplumda şiddet eylemleri daha da artmış olacak çünkü ruhen hasta insanlar, tıbbi yardıma başvurmayacaklardır.” Açıkçası kararda yer alan her iki görüşte, güçlü gerekçeler ile etik ve hukuki bir ikilemi ortaya koymaktadır⁸³⁶. Hekimin sır saklama yükümünün bazı durumlarda, örneğin, başkalarının sağlığı likede olduğu hallerde, hastanın bireysel yararına karşılık, toplumun genelinin yararına öncelik verilmesinin uzun vadede toplumun zararına olabileceği görüşü de savunulmaktadır⁸³⁷.

1. Türk Ceza Kanunu’na göre Hekimin Bildirimde Bulunma Zorunluluğu

Türk Ceza Kanunu, hekimin tedavi ettiği hastanın suç teşkil eden bir fiile maruz kaldığını anlaması halinde, suçu ihbar etme yükümü altında tutmaktadır⁸³⁸. TCK m.280 yapmış olduğu düzenleme⁸³⁹ hekimin sır saklama yükümlülüğü ile çelişen bir durum ortaya çıkarmaktadır. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda m.280 ile getirilen hüküm, hukukçularının ve hekimlerin tepkisini çeken bir hüküm

⁸³⁶ Karara konu olan olayda, bir kadın daha önce onu öldüreceğini psikiyatrisine söylemiş olan bir adam tarafından öldürülür. Psikaytrist bunu açıklamayı düşünmüş ama hasta-hekim ilişkisi ve hasta sırrını açıklamaması gereğince bunu gerçekleştirememiştir. Bkz. Tarasoff v. Regents of University of California, 17 Cal3d 425, 131; **Beauchamp / Childress**, s. 3.; **Aydın**, s. 42.; Ayrıca bkz. **Douard**, John W./ **Winslade**, William J.: “Tarasoff and the Moral Duty to Protect the Vulnerable” Health Care Ethics, Critical Issues, Maryland 1994, s. 316-324.

⁸³⁷ **Kuhse**, s.495.

⁸³⁸ **Yıldırım**, F., s.61. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Gültepe**, Hilal.: “Yeni Türk Ceza Kanunu’da İhbar Yükümlülüğünün Sağlık Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.10., İstanbul 2005, s.101 vd.

⁸³⁹ TCK m.280 “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” başlığını taşımakta ve şu hükmü getirmektedir: “1.Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

olmuştur⁸⁴⁰. Hasta sırrının saklanması güvencesini ortadan kaldırarak, hekimleri *muhter* konumuna getirdiği ifade edilmektedir. Bu durum, eski Ceza Kanununda m.530 de, kişi sağlığını üstün tutan bir anlayış ile da düzenlenmişti. Eski düzenlemede, hekimler ve diğer sağlık görevlileri *sadece kişiler aleyhine suçlarla ilgili olarak ve sanatlarının gerektirdiği tedaviyi ya da müdahaleyi yaptıktan sonra* haber vermekle yükümlü idiler. Buna göre, eğer, bu haber vermeye bağlı olarak hasta bir takibata uğrayacak idiyse, haber verme yükümlülüğü ortadan kalkmakta idi. Buna karşılık, yeni düzenleme *bir suçun işlendiği yönünde* diyerek ihbar yükümünü kişilere karşı suçlarla sınırlamayarak genişletmiş, gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra bildirim keyfiyetini de tamamen kaldırmıştır. Üstelik, eski düzenleme de yer alan, ihbar sebebiyle kişinin takibata uğrama ihtimalinin varlığı halinde bildirimde bulunmama hakkı da tamamen ortadan kaldırılmıştır⁸⁴¹. Bu düzenleme, hem hekimi, hem de sağlık hakkını tehlikeye sokacak niteliktedir. Oysa ki, eski Ceza Kanunun 530 uncu maddesi *bir suçlunun dahi huzuru kalple*⁸⁴² hekime başvurup kendisini tedavi ettirebilme imkânına sahip olması amacıyla düzenlenmiş, önceliği hastanın sağlık hakkını güvence altına almaya vermiş bir hüküm idi.

Ceza Muhakemesi Kanununda da, hekim için bildirimde bulunmasını gerektiren bir düzenleme yapılmıştır. CMK m.159/1'e göre "*Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler.*"

⁸⁴⁰ **Deryal**, (hasta sırrı) s. 78 vd.; **Feyzioğlu**, Metin: "*Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi*" Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.311 vd.

⁸⁴¹ **Kocasakal**, Ümit: "*Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu*", YÜHFD., Özel Sayı: Türk –Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III., Sayı:2, Yıl:2006., s. 157.

⁸⁴² **Atabek/Sezen**, s.165.

2. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na göre Hekimin Bildirimde Bulunma Zorunluluğu

1930 yılından bu yana, yürürlükte olan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer alan pek çok hüküm, özellikle bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak sır saklama yükümünün bir istisnası olarak hekimlere bildirimde bulunma zorunluluğu getirmektedir⁸⁴³. Adı geçen Kanunun 58. maddesinde “*İcrayı sanat eden her tabib, 57 nci maddede zikredilen vakaları kati veya muhtemel teşhis vaz’ını müteakip ilk 24 saat zarfında sıhhiye dairesine, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı takdirde polis veya jandarma karakoluna hastanın isim ve adresiyle beraber tahriren veya şifahen haber verir....*” Söz konusu 57.madde de ise “*kolera, veba (bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, çiçek, difteri (kuşpalazı), dizanteri (basili ve amipli), ruam, kızıl, şarbon, cüzzam, kuduz.....*” gibi hastalıklar sayılırken, sıtma (m.97), zührevi hastalıklar (m.104), verem hastalığı (m.113, m.114) da hekimin bildirmekle yükümlü olduğu hastalıklar olarak düzenlenmiştir.

Toplum sağlığı ve güvenliği açısından, tıbbın ilerlemesi ve gelişmesine paralel olarak, hekimin resmi makamlara bildirmekle yükümlü olduğu farklı hastalıklar da ortaya çıkmaktadır. Bunlar, Sağlık Bakanının onayı ile oluşturulan bir listeye eklenmektedir. Çağımızın en önemli hastalıklarından biri olan AIDS hastalığı da 7.10.1985 tarih ve 3765 sayılı bakanlık makamı onayı ile ihbarı mecburi hastalıklar arasına alınmıştır⁸⁴⁴.

Resmi makamlara bildirilmesinin yanı sıra, hekimin risk altında olan üçüncü kişileri korumak amacıyla, sır saklama yükümünü ihlal edip edemeyeceği de

⁸⁴³ **Deryal**, (hasta sırrı) s. 81 vd.

⁸⁴⁴ **Hakeri**, s. 489.

tartışılmaktadır. HIV gibi özellikle cinsel yolla bulaşan enfeksiyon hastalıklarında hastanın birlikte olduğu kişiye haber vermek, enfeksiyona maruz kalma riski taşıyan kişilere haber verilmesi anlamında bir gereklilik oluştursa da, bu konuda etik yönden yükümlülük taşıyan ilk kişi hastanın kendisidir⁸⁴⁵. Örneğin, TMK. m.150/II. de evliliğin iptali ile ilgili nisbi butlan sebepleri arasında arasında, “*tehlikeli bir hastalık hakkında aldatma*” sayılmaktadır. Eşin ya da altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın gizlenmesi, evliliğin iptalini isteme hakkı vermektedir⁸⁴⁶. Bu durumda hekim, eşi ya da altsoyu tehlikeye sokma ihtimali olan bir hastalığı, örneğin, genetik bir hastalığı hastanın eşine ya da yakınlarına bildirmek durumunda mıdır? Kaanatimizce, hekim muayenehanesinde yalnız olarak görüştüğü hastasına, söz konusu hastalığın 3.kişileri de etkileyecek olması ve sonuçları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgiler vermeli ve zarar görme ihtimali olan kişilere bunu anlatması konusunda hastasını teşvik etmelidir. Ancak hekimden, yasal olarak bildirimde bulunma zorunluluğu olmayan bir hastalığı, hastanın eşine ya da yakınlarına özel olarak ulaşarak bildirmesi beklenmemelidir.

⁸⁴⁵ **Aydın**, s. 43-44.; **Loewy**, s. 111.; Örneğin, Amerika’da hekimin bildirme zorunluluğu olmayan ama yine de 3.kişileri risk altına sokabilecek durumlar ile karşılaşıldığı zaman, hastaları ile aralarındaki sırlara ne derece bağlı kalmaları sık sık tartışılmaktadır. 61 yaşında metestas yapmış prostat kanseri olan bir hasta tedaviyi ve kemoterapiyi reddederek, hekimden de durumu eşine anlatmamasını istediğinde ve hastanın eşi hekimi arayarak durumunu öğrenmek istediğinde hekim ne şekilde davranmalıdır. Bir başka olayda kendisine genetik bir hastalık olan Huntington teşhisi koyulan hasta, hekime bu durumu yeni evlendiği eşine açıklamaması gerektiğini çünkü eşinin çocuk sahibi olmak istediğini söylemiştir. Ancak, bu hastalığın bir sonraki nesile geçme ihtimali çok yüksek olduğu için hekimin bunu açıklayıp açıklamaması tartışılmaktadır. Etik açıdan yapılan öneri ise, hekimin hastasının sırrına sadık kalması gerektiği ve hastasını bu bilgileri eşine/yakınına açıklamaması gerektiği durumlarda onları bu açıklamayı yapmaya teşvik etmeleri/ yüreklendirmeleri şeklindedir. Ayrıntıları için bkz. **Jonsen/Siegler/Winslade**, s. 159 vd.

⁸⁴⁶ Çoğunlukla irsi ya da cinsel yolla bulaşan frengi, AIDS, bulaşıcı verem ve cüzam gibi hastalıklarda böyle bir tehlike vardır. Bkz. **Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Yenilenmiş 11. Bası, İkinci Cilt, İstanbul 2008, s. 228-229.

X. HEKİMİN KAYIT TUTMA YÜKÜMÜ

A. GENEL OLARAK

Hekim ve hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi hekimi, hem hastası ile ilgili bilgileri özenli bir şekilde kayıt altına almak ve hem de bunları ilgili diğer rapor, film, ses ya da görüntü bantları vb. belgelerle birlikte saklamak yükümü altına da sokmaktadır⁸⁴⁷. Kayıt tutma yükümü hekimlik sözleşmesinden doğan bir yan yüküm olduğu kadar, mesleki niteliğe de sahip olan bir yükümdür ki, yerine getirilmemesi halinde, hekim meydana gelebilecek her türlü zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır⁸⁴⁸. Ayrıca, Yargıtay'ın bir kararında⁸⁴⁹ belirttiği gibi, kayıtların düzgün ve zamanında tutulmaması, hekimin özen gösterme yükümüne aykırı davrandığının bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir.

B. KAYIT TUTMA YÜKÜMÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Sağlık Hukuku mevzuatımızın temel kaynaklarından biri olan 1219 sayılı ve 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72 nci

⁸⁴⁷ BK. m. 392 de vekilin müvekkile hesap verme borcu düzenlenmiştir. Vekil konumunda olan hekim açısından, teşhis ve tedavi öncesinde yani tıbbi müdahaleye rıza alma sürecinde, hastayı aydınlatması ayrı ve çok önemli bir yükümlülük olarak incelenmektedir. Daha sonrasında ise, hekimin yapmış olduğu önleyici, koruyucu faaliyetler ve bunlarla ilgili detaylar ile ilgili hastasına açıklama yapması, hesap verme borcu olarak yorumlanabilir. Bunun mümkün olabilmesi de hekimin, hasta ile ilgili bilgi ve dokümanları düzenli olarak kayıt altına alması ve saklaması ile olabilir. Bkz. **Şenocak**, (hekim) s.64.

⁸⁴⁸ **Ayan**, s. 95.; **İpekyüz Yavuz**, s. 108 vd.

⁸⁴⁹ **Yarg.** 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005. “....somut olaya baktığımız da, ameliyat sonrasında 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 hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur....” <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 07.02.2008).

maddesi, sağlık hizmeti sunanlara, *özel-tüzel kişi* ya da *kamu-özel kurum* ayırımı yapmaksızın bir “protokol defteri” ile kendilerine başvuran hastaların tıbbi kayıtlarını tutulması zorunluluğunu getirmiřtir⁸⁵⁰. Bunun dışında, Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 29 ncu maddesinde, Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 48 inci maddesinde, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Yönetmeliği’nin 46 ncı maddesinde de kayıt tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Mesleğini serbest olarak icra eden hekim de, hastası ile arasındaki sözleşme ilişkisi gereğince kayıt tutmak yükümü altındadır. Kayıt tutma yükümünün gereği gibi yapılması, hekimin mesleğini özenli bir şekilde yerine getirmesi ile de yakından bağlantılıdır. Hekim, hastasına ilişkin kayıtları tutarken, öncelikle hastalığın geçmişten bugüne ulaşan öyküsü (anemnez), şikayetleri, hastalıkla ilgili teşhisin ne olduğu, hastanın önemli görülen bireysel özellikleri, seçilen tedavi ve uygulama şekli, hangi ilaçların verildiği, ne tür tıbbi müdahalelerin yapıldığı, uygulamanın sonuçları vb. bilgileri düzenli bir şekilde yazmalıdır⁸⁵¹. Bu tip kayıtların tutulması her şeyden önce hekimin, hastanın sağlık durumunu daha rahat değerlendirebilmesine yardım edecek, teşhis, tedavi ve hatta tedavi sonrası süreçte verilen kararların gözden geçirilebilmesine olanak sağlayacaktır. Hekimlik sözleşmesinde yer alan bu yan yüküm, hastanın hekimlik sözleşmesi ile ulaşmak istediği menfaat dışındaki değerlerinin korunmasını sağlayan bir *koruyucu yan*

⁸⁵⁰ 1219 sayılı Kanunun 72 nci madde hükmü şu şekildedir: “*İcrayı sanat eden tabipler (mesleklerini yapan hekimler), dış tabipleri, dışçiler ve ebe numunesi veçhile (örneğine göre) Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti (Sağlık Bakanlığı) tarafından tertip (düzenlenen) ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak (yerel sağlık yöneticilerince onanmış), hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmaya mecburdurlar....*”

⁸⁵¹ **Ayan**, s. 95.; **Şenocak**, (hekim) s. 64.; Ayrıca bu kayıtlara, teşhise ilişkin çabalar, fonksiyon bulguları, verilen ilaçların türü ve dozu, hekimin verdiği talimatlar, standart tedaviden sapma, gelişim süreci, hastanın aydınlatılması, ameliyat raporu, narkoz raporu, arada gelişen beklenmedik olaylar, ameliyat sırasında operatör hekimin değişmesi, yoğun bakım, taburcu raporu, taburcu olurken yapılan tavsiyeler, hasta ile yapılan telefon konuşmaları ve sorulan sorular da eklenmesi gereken bilgiler olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için **Hakeri**, s. 246.

yüküm niteliğindedir. Üstelik, hastalığın tedavisinin uzun sürmesi ya da hastalığın ileri de yeniden ortaya çıkması halinde, tutulan kayıtlar hekime yardımcı olabilecektir⁸⁵². Diğer yandan, düzenli olarak tutulmuş kayıtlar ile hastaya, her zaman kendisi için yapılmış olan teşhis ve tedavi işlemlerini bir başka hekime de gösterebilme ya da kontrolünden geçirebilme imkanı tanınmış olacaktır⁸⁵³. Örneğin, kanser hastaları, kendilerine koyulmuş olan teşhis için, çoğu zaman bir başka hekime başvurmayı subjektif nedenler ile isteyebilmektedir.

Kayıt tutma yükümünün, bir diğer önemli fonksiyonu ise, hekim ve hasta arasında ileride ortaya çıkabilecek bir anlaşmazlık açısından ispat kolaylığı sağlayabilecek olmasıdır⁸⁵⁴. Hekim ve hasta arasında söz konusu olabilecek bir anlaşmazlık yargıya taşındığında, tarafların iddia ve savunmalarını maddi olgulara dayandırmaları gerekir ki, öncelikle bakılacak olan maddi kanıt tutulan kayıtlardır⁸⁵⁵. Yüksek Sağlık Şurası'nın bir kararında⁸⁵⁶ *“Doktorun tıbbi tedavinin yararsızlığı nedeni ile verdiği operasyon kararı doğrudur. Ancak dosya da bu yargısına dayanak teşkil edecek ileri inceleme (BT, MR gibi) bulunamamıştır. Karar doğru olmakla*

⁸⁵² **Ayan**, s. 95.

⁸⁵³ **Hakeri**, s. 245.

⁸⁵⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı, sağlık sektörüne ilişkin olarak hizmet kusuru davalarının artması ve ödenen tazminatların yüksek miktarları bulması nedeniyle, 18.01.2005 tarihinde bir genelge yayınlamıştır. Bu genelge de *“Hastanın sağlık kurumuna müracaatından itibaren tıbbi müdahale ve işlemlerin her aşamasında Yataklı Tedavi Kurumları İşletmeciliği Yönetmeliğinde de belirtilen kayıtların Y.T.K.Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi (Bu yönelge 5228 hükümleri doğrultusunda eksiksiz tutularak arşivlenmesi ve kurumda muhafaza edilmesi ; açılan davalara karşı bakanlığımız savunmasında kullanılmak üzere bilgi-belge istenildiğinde süresi içerisinde okunaklı, tam ve eksiksiz olarak, tıbbi ve teknik görüşler eşliğinde hazırlanarak gönderilmesi”* konusuna dikkat çekilmiştir. Bkz. **Hakeri**, s. 245. Bu Genelgede adı geçen *“Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi”* 5228 sayılı ve 6.6.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlandığı şekilde değiştirilmiş, kayıtların elektronik ortamda tutulması ve güvenliği ile ilgili detaylar eklenmiştir.)

⁸⁵⁵ **Ayan**, s. 95.; Doktrinde, **Polat**, kayıtların önemini vurgularken, hekimler açısından aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: *“...Tedbirli bir hekim, bilgilerin alınan kararlar ile aynı anda, uygun bir şekilde kayda geçirilmesinin, sadece iyi bir tıbbi uygulama olmadığını fakat aynı zamanda kendisini temelsiz veya haksız iddialara karşı korumaya yarayan iyi bir yasal yol olduğunun da bilincindedir.”* Ayrıntılı bilgi için bkz. **Polat**, s. 162.

⁸⁵⁶ Bkz. **Hancı**, s. 39-40.

birlikte hastanın eksik hazırlanması söz konusudur.” denilerek dosyada bulunmayan daha doğrusu kayıt altına alınmamış olan tetiklerin yapılmamış olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

C. KAYIT TUTMA YÜKÜMÜ İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

1. KAYIT VE BELGELERİN SAKLANMASI SORUNU

Hekimin kayıtları düzenli ve zamanında tutması beklenirken, bu kayıtların özenli bir şekilde saklanması da söz konusu yükümün kapsamına dahildir. Ancak bu kayıtların, hekimlik sözleşmesinin sona ermesinden sonra ne kadar süre saklanması gerektiği ya da hastaya verilip verilmeyeceği önemli bir sorun olarak tartışmalara konu edilmektedir. Kayıtların (hasta dosyalarının) ne zamana kadar saklanması gerektiği ile ilgili olarak sağlık mevzuatı farklı süreler⁸⁵⁷ öngörmüş olsa da, özellikle doğumda meydana gelen zararlar ve ışın tedavisi bakımından tecrübeler göstermektedir ki, dosyaların 10 yıldan daha uzun bir süre saklanmasında yarar bulunmaktadır⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Özel Hastaneler Yönetmeliği m.48'e göre: "...İlgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özel hastanede tutulan hasta dosyaları, en az yirmi yıl süre ile saklanır." 1937 tarihli Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunu 6.maddeye göre "...her tedavi seansının bitmesinden sonra her hasta için ayrı olarak tutulacak bir müşahade varakasına yapılan tedavinin nevi ve devam müddeti ve cereyanın kuvveti veya tatbik edilen radyomun miktar ve şekli ve tedavi yapılan nahiyenin genişliği ve sair tafsilat kaydedilerek ...bu müşahade kağıtları en az üç sene mufahaza edilir." 2000 tarihli Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği m.53'e göre ise "...sağlık kuruluşuna başvuran hastalara yapılan müdahale ve tedaviler, hastalara ait dosya veya kartlara işlenir. Bu kayıtlar, sağlık kuruluşunun arşivinde beş yıl süre ile saklanır."

⁸⁵⁸ **Hakeri**, s. 248.

2. KAYIT VE BELGELERİN KİMDE KALACAĞI SORUNU

Hekim tarafından tutulması ve belli bir süre saklanması gerekli olan kayıtlar ile ilgili olarak yapılan bir diğer tartışma ise, hekimlik sözleşmesi ortadan kalktıktan sonra söz konusu belge ve kayıtların hekim de mi, yoksa hasta da mı kalacağı konusundadır⁸⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, hasta röntgen filmlerini, tahlil sonuçlarını, hekim tarafından tutulan notları, ameliyat protokollerini ya da bazı -özellikle psikolojik rahatsızlıklar için yapılan terapiler de kayda geçirilen-ses/görüntü bantlarını alabilir mi?⁸⁶⁰. Öncelikle, hastanın mülkiyetinde olan ve hekimlik sözleşmesi kurulduğunda ya da bu süreç içinde, hasta tarafından hekime teslim edilen belgeler, hastanın talebi halinde geri verilmesi gereken belge ve kayıtlardır. Hekimin bu yükümü, BK m.392 de “Hesap Verme” başlığı ile düzenlenen ve “*Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur...*” şeklinde ifade edilen hükme dayanmaktadır⁸⁶¹. Örneğin, bir hekim hastanın kendisine verdiği⁸⁶² veya kendisinin hazırladığı röntgen filmlerini, çalışma belgelerini, raporları, hastanın isteği üzerine düzenlediği hastalığın gelişimini anlatan yazıları hastaya vermek zorundadır. Bu

⁸⁵⁹ Bkz. **Speller**, S.R.: Law of Doctor and Patient, London 1973. s. 154 vd.

⁸⁶⁰ “Hastanın söz konusu kayıt ve belgelerin kendisine gösterilmesini ve geri verilmesini isteme hakkının bulunup bulunmadığı, İsviçre Hukukunda vekilin hesap verme yükümlülüğü (Rechnenschaftspflicht) başlığı altında incelenmektedir. ...Alman Hukukunda ise, tedaviye yönelik gizli tutma çıkarı ile sınırlı olarak bir görme hakkı tanınmış ancak bu kayıt ve belgelerin geri verilmesini isteme yönünde bir hak hastaya tanınmamıştır.” Ayrıntılı bilgi ve atıflar için bkz. **Ayan**, s. 96.

⁸⁶¹ “Vekilin vekaletin ifası için müvekkilden aldığı belgeleri ona geri vermesi gerektiği gibi, vekaletin ifası dolayısıyla kendisinin hazırladığı veya üçüncü kişilerden aldığı belgeleri müvekkile teslim etme yükümlülüğü de vardır.....Vekilin aldığı veya kendi hazırladığı belgeleri teslim borcu maddi eylemlere ilişkin vekalette de ortaya çıkabilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 494 vd.; **Aral**, s. 413 vd. Hekimlik sözleşmesinde de, hekim ile hasta arasında maddi eylemlere ilişkin bir vekalet ilişkisi söz konusudur.

⁸⁶² Örneğin, hasta daha önceki bir tarihte, X laboratuvar da yaptırdığı tahlil sonuçlarını ya da tomografilerini hekime getirdi ise hekim gerekli incelemeleri yaptıktan sonra bunları hastaya iade etmek zorundadır.

durum, hasta için hem sırlarının saklanması, hem de ileride başka bir hekime başvurunca hastalığın öyküsünü anlatabilmesi bakımından önem taşır⁸⁶³.

3. KAYIT VE BELGELERİN KİME AİT OLDUĞU SORUNU

Hekimlik sözleşmesinin devamı süresince, hekim tarafından düzenlenen belgelerin, kayıtların ve çekilen çeşitli filmlerin mülkiyeti hekime ait olduğu ve hastanın, hekimin mülkiyetinde olan bu kayıtlar için mülkiyet hakkına dayalı her hangi bir talep hakkı olamayacağı kabul edilmektedir⁸⁶⁴. Ne var ki, hastanın bu belge ve kayıtları görme ve kendisine devrini talep hakkı olup olmadığı üç farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. İlk görüş, bu kayıt ve belgelerin tıbbi nedenlerle ve sübjektif nitelikli bilgi ve değerlendirmeler ile düzenlendiği gerekçesi ile hastaya geri verilmesinde, hukuki bir menfaat görülmediği ifade edilerek, hastanın kayıtları görme veya talep etme hakkı tanınmamıştır. İkinci görüş, hekimin sır saklama ve hesap verme yükümünün bir sonucu olarak, kayıt ve belgelerin tümünün hastaya geri verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise, karma bir sistem benimsemekte; kayıt ve belgelerin tarafların çıkarları açısından taşıdıkları öneme göre bir ayırım yaparak soruna çözüm aramayı tercih etmektedir. *Ayan*, hastanın menfaatine hizmet eden –örneğin röntgen filmi,...vb- belgelerin hastaya verilmesinin kabul edilmesi gerektiği ancak diğer belgeler için –örneğin ameliyat protokolü- hastaya ancak görme hakkı tanınması yönünde görüş bildirmektedir⁸⁶⁵.

⁸⁶³ **Tandoğan**, (borçlar) s. 494.

⁸⁶⁴ **Speller**, s. 154.; **Ayan**, s. 96.; Aksi görüş için Bkz. **Hakeri**, s. 251.

⁸⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s. 96-97.; Aynı doğrultu da **İpekyüz Yavuz**, s. 110-111.

Çağımız tıbbi ve teknolojik gelişmeleri nedeniyle, hasta kayıtlarının hekimin mülkiyetinde olduğu ve dolayısıyla sadece hekime açık olduğu yönündeki düşünceler aşılmıştır. Hasta hakları kavramının da gelişimi doğrultusunda yapılan çalışmalar, sağlık mevzuatına da yansımış ve hastaların kendileri ile ilgili bilgi ve belgeleri inceleme ve birer örneğini alma hakkı düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu konuyu ayrıntıları ile Hasta Hak ve Yükümleri başlıklı bir sonraki bölüm (§ 9) içinde incelemeyi daha uygun buluyoruz.

§ 9. HASTA HAK VE YÜKÜMLERİ

I. HASTANIN HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Hekimlik sözleşmesinde hekimin yerine getirmesi gereken yükümleri, çoğunlukla, ilişkinin karşı tarafını oluşturan hastanın ulusal ve uluslar arası belgeler ile de kabul edilmiş hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, hastanın aydınlatılması, rızasının alınması, mahremiyetine saygı gösterilmesi gibi konular vb., insan hakları ve insana saygı kavramlarının gelişimine paralel olarak, hem uluslar arası hem de ulusal alanda hasta hakları ile ilgili bağımsız ve ayrıntılı çalışmalar yapılmış, düzenlemeler hazırlanmıştır. Özellikle, bireyi ön plana çıkaran düşünce akımları⁸⁶⁶, bir yandan *insan hakları* kavramının hukuki metinlerde yer alması

⁸⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mumcu**, Ahmet / **Küzeci**, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 2003.

sürecini başlatırken⁸⁶⁷ diğer yandan da hekim ve hasta arasındaki geleneksel nitelikteki, paternalist hekimlik tutumlarının sorgulanmasına neden olmuştur⁸⁶⁸.

1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinin⁸⁶⁹ m.4/e fıkrası ile “**Hasta Hakları**, Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C.Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları” şeklinde ifade edilmiştir. Esasen bu tanıma göre hasta hakları, insan haklarının sağlık alanındaki görünümünden ibarettir. Eski çağlardan günümüze uzanan tıp bilimi ve hasta-hekim ilişkisinde, hekimin dediklerine sorgusuz sualsiz uyan hasta tipinden, günümüzde hekimin hastalığının iyileşmesine ilişkin bilgileri vererek yol göstermesini bekleyen hasta tipine uzanan bir değişim yaşanmıştır⁸⁷⁰.

Hasta Haklarının tarihçesine baktığımızda, ilk çalışmaların Amerika Birleşik Devletlerinde bizzat hekimler tarafından başlatıldığını ve Amerikan Hastaneler Birliği’nin ilk kez bir Hasta Hakları Beyannamesi yayımladığını görmekteyiz⁸⁷¹.

Daha sonra Avrupa’da, 1975 yıllarında Avrupa Konseyi Parlamenterler Asemblisi

⁸⁶⁷ Bkz. **Bozkurt**, s. 13 vd.

⁸⁶⁸ **Kök**, Ahmet Nezihi: “Türk Ceza Adalet Sisteminde Hekimlik Uygulamaları ile ilgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi” Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 81.; **Beauchamp**, Tom L./**Walters**, LeRoy: Contemporary Issues in Bioethics, Sixth Edition, United States 2003, s.30 vd.

⁸⁶⁹ R.G. No: 23420, R.G. Tarih: 01.08.1998. Daha sonra Hasta Hakları Yönetmeliği dayanak alınarak **Hasta Hakları Uygulama Yönergesi** (Tarih:26.04.2005 Sayı:3077) çıkarılmıştır. Yönerge’nin amacı 1.maddesinin ifadeleri ile: “.....yönerge kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında Hasta Hakları Uygulamalarının insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin “hasta haklarından” faydalanabilmesinde, hak ihlallerinden korunabilmesinde ve gerektiğinde hukuki koruma yollarını fiilen kullanabilmesinde hasta hakları uygulamalarının palanlanması, değerlendirilmesi, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili esas ve usulleri belirleyerek sağlık hizmetlerinin eşit, kaliteli ve etkin olarak sunumunu sağlamaktır.” Bu amaç doğrultusunda hiyerarşik sıraya göre Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Hasta Hakları Şubesi; Sağlık Müdürlüğü bünyesinde Hasta Hakları İl Koordinatörlüğü; Hastane Hasta Hakları Kurulu; Hastane Hasta Hakları Birimi; Hasta Hakları İletişim Birimlerinin kurulması, çalışma usulleri, görev ve sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁸⁷⁰ **Çobanoğlu**, s. 43.

⁸⁷¹ **Hakeri**, s. 48.; **Görkey**, Şefik: “Hasta Hakları”, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal) Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s.100 vd.

hasta hakları ile ilgili öneri taslağı hazırlayarak çalışmalara başlamıştır⁸⁷². 1981 yılında Dünya Hekimler Birliği de, daha sonradan yapılan eklemeler ile 11 maddeden oluşan bir Hasta Hakları Bildirgesi yayımlamıştır⁸⁷³. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Avrupa Bürosu tarafından 1994 yılında Amsterdam’da “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesini” kabul edilmiştir. Dünya Tabipler Birliği’nin konu üzerinde yaptığı düzenli çalışmalar ile bu belge ve bildirgelerin içerikleri genişletilmiştir. 2002 de Roma da kabul edilen “Hasta Hakları Avrupa Statüsü” de bunlardan biridir.

Hasta hakları ve gelişimi, hekimlere karşı olan bir kavram değildir. Hekim - hasta ilişkisi eşit güçlerin karşı karşıya geldiği bir ilişki olmadığı için edilgen, kırılgan, pasif taraf olan hastaların haklarının koruma altına alınması gerekir. Hastalarda bu haklarını, hekimlerden, sağlık çalışanlarından, sağlık kurumlarından talep edeceklerdir. Diğer bir ifadeyle, hastaların hakları hekimlerin ve sağlık çalışanlarının yükümlülükleri olarak ifade edilebilir⁸⁷⁴. Hiç kuşkusuz ki, hekimlerin ve sağlık çalışanlarının da, mesleklerini icra ederken sahip oldukları haklar vardır ve bunlar mevzuatımız içinde tanımlanmıştır. Ne var ki, hekimlerin hakları, hastaların yükümlülüğü olmayıp, sağlık sisteminden, sağlık politikalarından ve genel olarak toplumundan talep edilen haklardır. Dolayısıyla, hasta haklarıyla, hekimlerin (sağlık

⁸⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sert**, Gürkan: Hasta Hakları, İstanbul 2004, s.63 vd.; Ayrıca Bkz. **Görkey**, s. 103 vd.

⁸⁷³ Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi olarak anılan belge “World Medical Association Declaration on the Rights of Patients” adı ile Dünya Tabipler Birliğinin Eylül/Ekim 1981 tarihinde Lizbon’da yapılan 34 ncü Kongresinde kabul edilmiştir. Eylül 1995 yılında Bali’de Dünya Tabipler Birliğinin 47 nci Genel Kongresinde değiştirilmiş; Ekim 2005 yılında Şili de 171 nci Konsey oturumunda ise metin üzerinde düzeltmeler yapılmıştır. www.wma.net (erişim tarihi: 24.04.2008)

⁸⁷⁴ **Giritlioğlu**, Hakan: “Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü” Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.19 vd.

çalışanlarının) hakları birebir, karşı karşıya aynı kefeye konulacak şeyler değildir⁸⁷⁵. Öte yandan, hasta hakların tamamı, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın, Hekim –Hasta İlişkilerini düzenleyen 4 ncü bölümünde, hekimlerin yükümlülükleri ve uymaları gereken etik kurallar olarak da düzenleme altına alınmıştır. Hasta hakları, uluslar arası belgeler ve 1998 yılında yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ışığında aşağıda kısaca ele alınacaktır.

B. HASTANIN HEKİMİNİ SEÇME HAKKI

Dünya Hekimler Birliği tarafından, 1981 yılında yayımlanan *Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi* 2. maddesinde, hastanın hekimini özgürce seçme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. HHY. 9.maddesinde “.....Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakkı vardır....” ifadeleri ile hastanın hekimini seçme hakkını düzenlemiştir. Hekimi seçme hakkı, sağlık sisteminin işleyişi içinde, hastanın insan olarak onur ve saygınlığına değer veren, güvendiği ve inandığı bir hekime ulaşabilme hakkı olarak anlaşılmaktadır⁸⁷⁶.

Hekimlik sözleşmesi, insani yönü ve güven ilişkisi yoğun olan bir ilişkidir. Hasta, bilgisi, becerisi, tecrübesi, iletişimi vb. birçok değişik nedenle, ama en önemlisi, güvendiği için bir hekimi tercih edebilir. Konumuz açısından baktığımızda, hekim ile hastanın arasında özel hukuk ilişkisi, yani bir hekimlik sözleşmesi

⁸⁷⁵ Özlü, s. 22.; Hakeri, Hakan: “Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri” Uluslar arası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s.130 vd.

⁸⁷⁶ Hatırnaz, s. 94.

olduğundan, hasta zaten seçmiş olduğu hekime başvurmaktadır. Hastanın hekimini seçme hakkı esas olarak sağlık hizmetlerinin yoğun olarak verildiği kamu hastaneleri ile ayakta veya yataklı özel sağlık kuruluşları açısından önem kazanmaktadır⁸⁷⁷.

C. HASTANIN BİLGİLENDİRİLME VE AYDINLATILMA HAKKI

Hastanın kendi kaderini belirleyebilmesi ve bu konuda geleceğine yönelik bir seçim yapabilmesi için sağlık durumu ile ilgili olarak bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerekir⁸⁷⁸. Hekimin hastası üzerinde herhangi bir iyileştirme ya da araştırma faaliyetine girişmeden önce mutlaka aydınlatılmış onam almasının gerekli olduğu, son yıllarda tüm tıbbi ve etik kurallar tarafından da ortaya koyulmaktadır⁸⁷⁹. Hukuki yönden ise, hastanın aydınlatılması, hekimin uygulayacağı tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran rızanın geçerlilik koşullarından biridir⁸⁸⁰. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin 3 ncü maddesi “*Right to self-determination*” başlığı altında hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi açısından, hekim tarafından detaylı bir şekilde aydınlatılması gereği üzerinde durmaktadır. Adı geçen Bildirge, hastanın bilgilendirilme hakkını ayrıca 7 inci maddesinde “*Right to information*” başlığı ile de ayrıntıları ile düzenleme altına almıştır. HHY. üçüncü bölümünde de hastaların sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 1994 de Amsterdam’da kabul edilen “*Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi*” de “*Bilgilendirme*” başlığı altında konunun detaylarına yer vermiştir. Bu

⁸⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıtaş, Hatice: Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 79.

⁸⁷⁸ Sarıtaş, s.80.; Hatırnaz, s. 84.

⁸⁷⁹ Beauchamp/Childress, s. 63.; Jonsen/Siegler/Winslade, s. 50 vd.

⁸⁸⁰ Fischer, s. 17vd.; Spickhoff, s. vd.; Ayan, s. 71 vd.

konuyu çalışmamızın Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümü başlıklı bölümünde⁸⁸¹ ayrıntıları ile ele aldığımız için, aynı konu üzerinde gereksiz tekrar yapmaktan kaçınmayı uygun buluyoruz.

Hastanın, sağlık durumu ya da kendisine uygulanacak tıbbi müdahale konusunda hekim tarafından yapılan aydınlatma dışında, ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetleri ile ilgili bilgilerin de, kolay ulaşılır olması gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuyu 7 nci maddesinde ayrıntılı olarak düzenlemiştir: *“Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluştaki verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme haklarını da kapsar.....”*. Yönetmelik, söz konusu maddenin devamında, bu hakkın gerçekleşebilmesini sağlamak amacıyla sağlık kurum ve kuruluşlarına, yeterli teknik donanımına sahip birimleri oluşturma, nitelikli ve ehliyete sahip personeli görevlendirme ve hastanın bilgilere kolay ulaşabilmesini sağlamak amacıyla, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri alması zorunluluğunu getirmiştir.

D. HASTANIN TEDAVİYİ REDDETME HAKKI

Hasta, sağlık durumu ve kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında bilgilendirildikten sonra, Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan kendi geleceğini bizzat tayin etme hakkını kullanacaktır. Bunu iki şekilde yapabilir;

⁸⁸¹ (§ 7. VI.)

hekimin uygulamak istediği *tedaviyi kabul ederek* ya da *reddederek*. Kişi, özel hayatında herhangi bir müdahaleyi isteyip istemediğine bizzat karar verir. Dolayısıyla, hastanın tedaviyi reddetme hakkı, yaşama hakkına saygının bir gereği olarak kişinin kendi geleceğini bizzat belirlemesinin kapsamında var olan bir haktır⁸⁸².

Aldığı bilgiler doğrultusunda, tedavi ya da tıbbi müdahaleyi kabul etmeye yetkili olan hasta, bunu reddetmeye de yetkilidir. Bu red iradesi, hayati tehlike olmayan durumlarda tartışılmaz iken, hayati tehlikenin söz konusu olduğu tıbbi müdahaleler için problem olmaktadır. Zira, bazı tıbbi müdahaleler – kan verilmesi, ameliyatla bir organın alınması vb. – acil ve hayat kurtarmak için gereklidir. Dini inançları nedeniyle, kendilerine kan verilmesini reddeden Yehova Şahitleri ile ilgili bu tür tıbbi problemler günümüzde halen devam etmektedir⁸⁸³. California Temyiz Mahkemesinin karara bağladığı bir olayda (*Bouvia v. Superior Court*); 28 yaşında, doğuştan ağır *serebral palsy* olan fiziksel engelli ve ancak başkalarının bakımı ile yaşayabilen bir bayan hastanın, beslenebilmesi amacıyla ama kendi isteyi dışında yerleştirilen nasogastrik tüpün çıkarılmasını talep etmektedir. Hasta bilinçli olarak tedaviyi reddetmekte ve ölmek istemektedir.... Mahkeme, daha önce verilen kararlara da atıf yaparak, *tedaviyi reddetme hakkının Anayasalarca güvence altına*

⁸⁸² “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2 de vurgulanan “yaşama hakkına saygı” normu sadece biyolojik anlamda yaşama kavramını içermez. Bütün yönleriyle ve bu arada bizzat belirleme hakkı ve insanlık onuru dahil olmak üzere, insanoğluna mutlak saygıyı kapsayacak şekilde anlaşılır. Kişiye kendi yaşamını belirleme ve düzenleme yetkisi verilmeden tanınan bir yaşama hakkı anlam taşımaz. Bu düşünce bir kimsenin kendi hayatını sona erdirmeye açısından da geçerlidir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güven**, s. 104 vd.

⁸⁸³ Yakın tarihte Hürriyet Gazetesinde çıkan bir habere göre: “İngiltere’de, ikiz çocuk annesi Emma Gough, inancı gereği kan nakli yaptırmayınca yaşamını yitirdi. Emma Gough, doğumun hemen ardından kan kaybetmeye başladı. Kanamayı durdurmaya çalışan doktorlar, genç anneye acil olarak kan nakli yapılmasına karar verdi. Yaşamla ölüm arasındaki dakikalar hızla ilerlerken Emma Gough, inancı nedeniyle doktorların kan nakli yapılması önerisini şiddetle geri çevirdi. Doktorların genç anneyi ikna çabaları sonuç vermedi. Emma, kan nakli için gerekli olan bilgi formunda yer alan “Kan verilmesini istemiyorum” bölümünü işaretleyerek adeta ölüm fermanını imzaladı...” Alpaslan Düven / Londra, **Hürriyet Gazetesi**, 6 Kasım 2007.

alınmış olan özerklik hakkının bir parçası olduğunu ifade ederek hastayı besleyen tüpün çıkarılmasına karar vermiştir⁸⁸⁴.

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi m.3/b de bu hak, şu şekilde ifade edilmiştir: *“Zihinsel olarak yeterli olan yetişkin hasta, her hangi bir teşhis ya da tedavi işlemine izin vermek ya da izin vermemek hakkına sahiptir.”* Avrupa Biyotıp Sözleşmesi m.5 de de, sağlık alanındaki her türlü müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceğini belirtmektedir. HHY. m.22 de *“....kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz....”* düzenlemesini yapmaktadır. Ayrıca yine HHY. m.25 hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkını da düzenlemiştir. Hastanın rızasının varlığı, hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğu için zorunlu bir unsurdur; rıza olmaksızın yapılan müdahaleler hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından hukuka aykırıdır⁸⁸⁵. Ancak hasta her zaman –gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra- kendisine önerilen tedaviyi reddetme hakkına da sahiptir. Hekimler, her ne kadar hastalarının sağlıklarına kavuşması için çabalayan meslek insanları olsalar da, her insanın kendi geleceği üzerinde son sözü söyleme hakkının yine kendisine ait olması gerektiği gerçeğine saygı göstermek zorundadırlar. Sağlık hakkı ve tedavi hakkı, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkından daha üstün önemde haklar olarak görülmemelidir⁸⁸⁶. Kendi özgür iradesi ile tedaviyi reddeden bir hasta karşısında, hekim –müdahale edebilmesi için

⁸⁸⁴ California Court of Appeals, 2nd District, Bouvia v. Superior Court (1986), Bkz. **Beauchamp/Walters**, s. 156 vd.

⁸⁸⁵ **Hakeri**, s. 215.; **Ayan**, s. 71.; **Çilingiroğlu**, s. 37.; **Çakmut**, s. 194.

⁸⁸⁶ Bkz. **Hakeri**, Hakan/**Zeytin**, Zafer: *“Bikisel Hayata Girmeden Önce Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?”* Güncel Hukuk, S.25, İstanbul 2006, s. 54 vd.

kendisine yetki veren bir düzenleme olmadığı müddetçe⁸⁸⁷ - açıklanan iradeye uymak zorundadır⁸⁸⁸. Her ne kadar, birçok uluslar arası belge hastanın tedaviyi reddetme hakkını kabul ediyorsa da⁸⁸⁹, bazı yazarlar⁸⁹⁰ yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü tehlikede ise, hekimin müdahale etmesi gerektiğini ve bu müdahalenin de hukuka uygun olduğunu savunmaktadırlar. TDN. m. 2 de yer alan “*Tabip ve dış tabibinin, başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*” hükmü de bu görüşe göre, hekimin rıza olmasa bile müdahale etmesinin haklı ve yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Diğer yandan, tedaviyi reddetme hakkı, yaşamsal önemi olan durumlar için hastanın ölümüne neden olabilecek bir durumdur. Tedaviyi reddetmenin ölüme yol açması, genellikle hastalığın son dönemlerinde ve yaşam desteğin kesilmesi iradesinin, bir şekilde belirtilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Hukuksal sorunda işte bu noktada, böyle bir durumda hekimin hastayı iyileştirme hakkı ve yükümünün belirlenmesi ile ilgili olarak söz konusu olmaktadır⁸⁹¹. *Hakeri*’nin de haklı olarak ifade ettiği gibi, TDN. de yapılan düzenleme hekime, hastanın sağlığını ne olursa olsun düzeltme yetkisi vermemektedir. Bu nedenle ergin bir hastanın bilinci açık iken tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi halinde, hekim diğer-zorunluluk hali gibi-

⁸⁸⁷ Bazı tehlikeli hastalıklar ve salgın hastalıklar için resmi memur konumundaki hekimin müdahale etme zorunluluğu vardır. Örneğin Bkz. Hıfzısıhha Kanunu m.65. Ayrıca eleştirilen bir düzenleme olarak Ceza İnfaz K. m.82/3 açlık grevleri ya da ölüm oruçlarına karşı bir koruma getirildiği gerekçesi ile belli şartlar dahilinde hekimler için herhangi bir sağlık müdahalesinin –kişinin rızası olmasa da – zorunlu olarak yapılmasını düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Feyzioğlu**, M., s. 313 vd.

⁸⁸⁸ **Hakeri**, s. 217.; Ayrıca bkz. **Kamm**, Frances M.: “*A Right To Choose Death?*” Contemporary Issues In Bioethics, Editörler: Tom L. Beauchamp, LeRoy Walters, United States 2003, s. 186 vd.; **Kass**, Leon R.: “*Is There a Right to Die?*” Contemporary Issues In Bioethics, Editörler: Tom L. Beauchamp, LeRoy Walters, United States 2003, s. 191 vd.

⁸⁸⁹ Bkz. Avrupa Konseyi, Biyotıp Sözleşmesi m.5.; Amsterdam Bildirgesi m.3/2.

⁸⁹⁰ **Bayraktar**, s. 130 vd.; **Sarıtaş**, s.83.

⁸⁹¹ Tedaviyi Reddin Ölüme Yol Açması Sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, B.: s. 164 vd.; Ayrıca, Hastanın Onurlu Ölüm Hakkı için bkz § 9. I. F.

hukuka uygunluk sebeplerine dayanamaz⁸⁹². Örneğin, bir kimsenin dini nedenlerle tedaviyi reddetmesi halinde – Yehova Şahitleri ile ilgili örnekler de olduğu gibi - zorunlu olarak tıbbi müdahalelerin sürdürülmesi, bütünlük haklarını ve bireysel özerklik haklarını ihlal ettiği gibi, din özgürlüğü hakkına da aykırılık oluşturmuş olacaktır⁸⁹³.

E. HASTANIN ÖZEL HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ TALEP HAKKI

Hekimin, sadakat yükümünün bir uzantısı olarak sır saklama yükümünün, hasta bakımından önemi onun *özel hayatına saygı gösterilmesini talep hakkı* bakımından ortaya çıkar⁸⁹⁴. Hekim ve hasta arasında mahremiyet (*confidentiality*)⁸⁹⁵ var olmadığı ve korunmadığı sürece, hastanın hekimine güven duyması çok zordur⁸⁹⁶. Hastanın sağlığına kavuşabilmesi için hekim ve hasta ilişkisinin karşılıklı işbirliği ve bilgi akışı içinde gerçekleşmesi gerekmektedir ki, bu da ancak hastanın özel hayatına saygı gösterilerek, sırlarının saklı tutulması ile mümkün olabilir.

“Avrupa, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” – çalışmamızda kullandığımız adı ile Biyotıp Sözleşmesi – m.10/1 “*Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*” düzenlemesi ile bu

⁸⁹² Hakeri, s. 216.

⁸⁹³ Güven, s. 108.

⁸⁹⁴ Karasu, s. 121 vd.

⁸⁹⁵ Hekim ve hasta arasındaki güvene dayalı özel alanı *mahremiyet* ve İngilizce karşılığını *confidentiality* olarak kullanıyoruz. Confidential: gizli, mahrem / Confidentiality: gizlilik, mahremiyet. Bkz. TDK İngilizce Türkçe Sözlük, Cilt:I, s. 738.

⁸⁹⁶ Hekimin Sır Saklama Yükümünün ayrıntıları için Bkz. § 7. IX.C.

genel ilkeyi ifade etmektedir. Lizbon Hasta Hakları Yönetmeliği, 8 nci maddesi 3 bend halinde “*Right to confidentiality*” başlığı ile hem hastanın özel hayatına saygı gösterilmesi konusunu hem de hastanın bilgilerinin düzenli ve güvenli bir şekilde korunması gerektiğini düzenlemektedir. HHY. de, “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” başlıklı 21 inci maddesinde ve “*Bilgilerin Gizli Tutulması*” başlıklı 23 ncü maddesinde, hastaların kişilik hakkı kapsamında korunan özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkını düzenlemiştir.

Bazı durumlar için hastanın, sağlık durumu ile ilgili olarak, özel bir gizlilik talep etmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, birçok kişi tarafından hekime başvurduğunun görülmesini ve bilinmesini istemeyen hasta, hekimin muayenehanesine gitmeyi tercih etmiş olabilir. Bu nedenle, genel nitelikli koruma normlarının yanı sıra, hekimlik sözleşmesi ile daha özel bir koruma ve saygı gösterme yükümü altına giren hekim, hastasının bu tür hassasiyetlerine de özenli bir şekilde karşılık vermelidir.

F. HASTANIN ONURLU ÖLÜM HAKKI

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi m.10/c de “*Hastaların ölümcül dönemlerinde insanca bakılmaya ve mümkün olan en rahat şekilde onurları ile ölmeye hakları vardır.*” ifadeleri ile önemli bir hasta hakkını daha düzenlemiştir. Bu hak, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının içinde de yer alan, hekimin mesleki ve vicdani yükümlülüklerinden biri olarak düzenlemedir: “*Terminal Hastalara Yardım*” başlığını taşıyan 28 nci madde “*Hekim, terminal (ölümcül) dönemdeki hastalara her*

türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışır.” şeklindedir.

Günümüzde, Batı ülkelerinde uygulanmaya başlayan tıbbi vasiyet (*advance directive, living will*) hasta hakları kapsamında kabul edilmektedir. Genel olarak kişinin biyolojik yaşamı uzatacak teknik ve tıbbi müdahaleleri istemediğini açıklayan iradesi tıbbi vasiyeti olarak somutlaşmaktadır. Tıbbi vasiyete şöyle bir ifade örnek teşkil edebilir: *“Eğer gelecekte karar veremeyecek duruma gelir, fiziki ve mental sağlığımı geri dönüşü olmayacak bir şekilde kaybettiğim bir gün olursa ölüme terk edilmeyi, yapay yöntem ve araçlarla yaşamımın uzatılmasını istemiyorum.”*⁸⁹⁷.

Hastanın Onurlu Ölüm Hakkı (*Right to die with dignity*) ve Tedaviyi Reddetme Hakkı, *ötanazi* kavramı ile yakından ilgilidir. Tıp ve hukuk alanında çok tartışılan ötanazi: *“Aranılan tedavisinin olmadığına karar verilen ağırlı ya da ağrısız hastaların özgür iradesi ile veya iradesinin alınmadığı hallerde kanuni temsilci veya mirasçılarının izniyle, tıbbi yoldan yaşamına son verilmesi halidir”* şeklinde tanımlanabilir⁸⁹⁸. Ötanazi, kişinin iradesine bağlı olup olmamasına veya ötanazide uygulanan usullere göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır⁸⁹⁹. Ötanazinin, özellikle, hastanın onurlu ölüm hakkını ilgilendiren türü, pasif ötanazidir. Pasif ötanazi, hayatı fonksiyonları tıbbi yöntemlerle sürdürülen bir kimseye uygulanan tedavinin kesilmesi, tedaviye başlanmaması ya da başladıktan sonra durdurulması şeklinde meydana gelebilir.

⁸⁹⁷ Aydın, s. 107.

⁸⁹⁸ Bkz. Güven, s. 12 vd.; Ayrıca bkz. İnceoğlu, Sibel: “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 289 vd.

⁸⁹⁹ Ötanazi türleri temel olarak: 1.İradeye Bağlı – İrade Dışı Ötanazi, 2.Aktif – Pasif Ötanazi, 3. İç Ötanazi – Dış Ötanazi, 4. Kazai Ötanazi – Medikal Ötanazi şeklinde sıralanmaktadır. Ayrıntıları için bkz. Güven, s. 13 vd.

Farklı toplumlarda ve farklı zamanlarda, ölüme ve yaşama bakış değişimleri göstermekte ve bu değişim devletlerin koyduğu hukuk kurallarına da yansımaktadır. Örneğin 1983 yılında, mahkeme kararı ile beslenme tüpünün çekilmesi sonucu hayatına son verilen Nancy Cruzan olayı⁹⁰⁰, Amerikan kamuoyunda çok derin etik tartışmaları başlatan olaylardan biri olmuşken; bugün aktif ötanazi yani tıbbi yoldan ölüm sonucunun sağlanması bazı ülkelerce yasal bir eylem haline getirilmektedir⁹⁰¹.

G. HASTANIN BAŞVURU VE ŞİKAYET HAKKI

Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava haklarının olduğu, HHY'nin "*Sorumluluk ve Hukuki Korunma Yolları*" başlığını taşıyan 8. bölümünde düzenleme altına alınmıştır⁹⁰². HHY de yapılan düzenlemede, hasta haklarının ihlali halinde sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluğunu (HHY m.43); kamu personeli olan hekim ya da diğer sağlık çalışanlarının sorumluluğunu (HHY. m.44, m.45, m.46); kamu personeli olmayan hekim ya da sağlık çalışanlarının sorumlulukları (HHY. m.47) ayrı ayrı maddeler ile düzenlenerek, bu gibi durumlarda hangi yol ve yöntemler ile hak aranabileceğini belirtmiştir.

⁹⁰⁰ Ayrıntıları için bkz. Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 110 S.Ct. 2841 (1990).; Ayrıca bkz. **Kamm**, s. 146 vd.; **Kass**, s. 191 vd.

⁹⁰¹ Bkz. **İnceoğlu**, Sibel: Ölme Hakkı, İstanbul 1999, s. 112 vd.

⁹⁰² Bu şikayet ve başvuru hakkı – 2005 tarihli Hasta Hakları Uygulama Yönergesinde düzenlendiği üzere – öncelikle hastanelerdeki Hasta Hakları Birimleri aracılığı ile kullanılmaktadır. Bu süreç içerisinde hiyerarşik olarak Hasta Hakları Kurulu, Sağlık Müdürlüğü bünyesindeki Hasta Hakları İl Koordinatörlüğü ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesindeki Hasta Hakları Şubesi yer almaktadır. Hasta Hakları ile ilgili olarak faaliyet gösteren Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Derneği, Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği ... vb. sivil toplum örgütlerinin de, bir insan hakkı olarak hasta haklarının gereği gibi uygulanması ve yerleşmesine büyük katkılar sağladığı şüphesizdir.

Diğer yandan, hekimlerin hastaları ile olan ilişkileri 4/12586 sayılı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde düzenlenirken, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası da hekimlik mesleğinin uygulanışına ilişkin tüm yasa ve mevzuatın gereklerini yerine getirme görevini tabip odalarına vermiştir⁹⁰³. Hastalar, hekimlerinin deontoloji ya da mevzuata aykırı davranışlarını ve hasta hakkı ihlallerini şikayet dilekçesi ile Tabip Odasına bildirilebilir. Böyle bir başvuru üzerine ya da başka şekilde mevzuata aykırı davrandığı öğrenilen hekim hakkında, odaya kayıtlı olsun ya da olmasın, Oda Yönetim Kurulu tarafından disiplin soruşturması açılabilir. Herhangi bir başvuru olmaksızın da disiplin soruşturması açabilen Tabip odalarının bu yetkileri bölgeleri ile sınırlıdır.

Örneğin, serbest çalışan bir hekim hakkında, hasta sırrını açıklamak, yaşama/sağlığa saygı ve özen göstermemek, mesleki bilgi ve becerilerini insan onuruna aykırı biçimde kullanmak, bilimselliği kanıtlanmamış yöntemlerle tedavi ya da izinsiz araştırma yapmak, bilim dışı aldatıcı nitelikte tanı ve tedavi uygulaması yapmak, tıbbi etik ihlali yapmak, tıbbi ihmal ya da tıbbi hata yapmak, yasal sürenin üzerindeki gebeliği sonlandırmak, yasa dışı organ nakli ameliyatı yapmak, cinsel tacizde bulunmak nedenleri ile disiplin soruşturması açılması mümkündür⁹⁰⁴.

⁹⁰³ **Yücel**, Rıfat/**Şendağ**, Nedim/**Doğan**, İlhan: “*İstanbul Tabip Odası hekimlik Uygulamaları 2001-İstatistik Yıllığı*” Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko – Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s.76.

⁹⁰⁴ Bu nedenlerle başlatılan disiplin soruşturmalarının sonucunda hekimler Türk Tabipler Birliği Soruşturma ve Yargılama Yönetmeliği hükümlerine göre uyarma (md.4), para cezası (md.5), geçici olarak meslekten alıkoyma cezası (md.6) gibi cezalar alabilirler. Ayrıntıları için bkz. **Yücel/Şendağ/Doğan**, s. 77-78.

II. HASTANIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLERİ

A. HASTANIN ASLİ EDİM YÜKÜMÜ: ÜCRET ÖDEME

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ve unsurları ile ilgili bölümde, vekalet sözleşmesi için aslında ücretin zorunlu ve kanuni bir unsur olmadığını, ancak, BK m.386/III de yapılan düzenleme ile ücretin taraflarca açıkça kararlaştırılması ya da ücret verilmesi yolunda bir teamül olması halinde vekâlet sözleşmesinde de ücrete yer verilebildiğini açıklamıştık⁹⁰⁵. Vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesi de ücret karşılığında⁹⁰⁶ iş görmenin teamülden olduğu iş görme sözleşmelerinden biridir⁹⁰⁷. Diğer yandan, vekilin ücret isteme hakkı bazı kanunlarda açıkça da düzenleme altına alınmıştır⁹⁰⁸. Sağlık mevzuatı itibariyle, hekimin de tıbbî faaliyetleri karşılığında ücret alacağı çeşitli düzenlemeler ile kabul edilmiştir⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ Bkz. § 7. III. E.; Ayrıca Bkz. **Yalçınduran**, (ücret) s. 142.

⁹⁰⁶ Vekâlet ücreti verilmesi kararlaştırılmış ama miktarı tespit edilmemişse veya taraflar arasında sonradan anlaşmazlık çıkarsa, hakim yapılan işin ekonomik önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, yüklenilen sorumluluğu –örneğin bir hekimin yapacağı ameliyatın ağırlık ve risk ölçüsünü – harcanan emeği ve zamanı, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmedecektir.....Teamülün tespitinde meslekî kuruluşların hazırladıkları asgarî ücret tarifeleri göz önünde tutulabilir. Bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.367-368.; **Gümüş**, s. 40 vd.; **Akipek**, s. 41.

⁹⁰⁷ Mimarların, bankacıların, özel öğretmenlerin yaptıkları iş görme sözleşmeleri de bu alandaki diğer örneklerdir. Kaldı ki, söz konusu alanlarda taraflar ücret konusunda herhangi bir anlaşma yapmasalar bile ücretli bir vekalet sözleşmesinin söz konusu olacaktır. **Tandoğan**, (borçlar) s. 366.; **Aral**, s. 396.; **Gümüş**, s. 40 dipnot: 156.

Vekâlet ücreti verilmesi kararlaştırılmış ama miktarı tespit edilmemişse veya taraflar arasında sonradan anlaşmazlık çıkarsa, hakim yapılan işin ekonomik önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, yüklenilen sorumluluğu –örneğin bir hekimin yapacağı ameliyatın ağırlık ve risk ölçüsünü – harcanan emeği ve zamanı, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmedecektir.....Teamülün tespitinde meslekî kuruluşların hazırladıkları asgarî ücret tarifeleri göz önünde tutulabilir. Bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.367-368.; **Gümüş**, s. 40 vd.; **Akipek**, s. 41.

⁹⁰⁸ Vasiyeti yerine getirme görevlisi: MK. m.550/IV.; Avukatlar:1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.163 ve m.164.; Noterler: Noterlik Kanunu m.112 vd.

⁹⁰⁹ Bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 33., Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3/c .

Serbest çalışan hekimlerin alacakları asgari ücret ise, Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenmektedir⁹¹⁰.

Hekimlik sözleşmesinin taraflarından biri olarak hekimin, ücret isteme hakkı olduğuna göre, hasta da bir ücret ödeme borcu altına girmektedir⁹¹¹. Bu durumda, hastanın, hekimlik sözleşmesinde asli edim yükümü: bir ücretin ödenmesidir.

B. HASTANIN YAN YÜKÜMLERİ

1. BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMÜ

Hastanın, hekime başvurmakta en temel amacı sağlığına yeniden kavuşabilmektir. Başarılı ve etkili bir tedavi için ise hastanın hekime yardımcı olması ve onunla işbirliği yapması gerekir. Bu işbirliği, kural olarak hekimin öykü alması, muayene ve teşhis aşamasında başlar. Hekim, her ne kadar, hastayı muayene edecek, gerekli gördüğü tetkikleri yaptırıp, sonuçlarını inceleyecek ve daha sonra vicdani ve mesleki kanaatine göre teşhis koyup, tedavi yöntemine karar verecek ise de, hastanın kendisi ile ilgili bilgileri doğru bir şekilde hekime vermesi de son derece önemlidir.

⁹¹⁰ Türk Tabipleri Birliği, “TTB Asgari Ücret Tarifesi” adı altında bir kitapçık yayımlayarak kendi muayenehanelerinde serbest çalışan tüm hekimlere dağıtmaktadır. Bu kitapçıkta, temel ilkesel düzenlemeler, muayene ve ayrı ayrı tüm tıbbi müdahaleler tek tek birimlendirilmiştir. Örneğin, Normal işgünlerinde muayenede yapılan muayene 25 birim, hastanın bulunduğu yerde muayene ise 45 birim; Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Bölümü: Kalp hızı, solunum hızı, tansiyon arteriyel takibi (monitorizasyon) 30 birim; Toraks tüpü takılması (yenidoğan) 200 birim; Genel Cerrahi: Lenf bezi biyopsisi 150 birim; Radyofrekans 200 birim; Kalp ve Damar Cerrahisi: Ven grefti ile damar onarımı, intratorasik, by-pass ile 1480 birim, Transluminal anjioplasti 500 birim; Kulak Burun Boğaz Hastalıkları: Tonsillektomi (bağdemcik ameliyatı) 250 birim, Timpanoplasti 700 birim, Koklear implant yerleştirilmesi (biyonik kulak ameliyatı) 1100 birim; Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi: Burun rekonstrüksiyonu, 600 birim, ...vb. Türk Tabipler Birliği her yıl (ya da enflasyonun durumuna göre yılda iki kez) bu birimler ile çarpılacak olan “katsayı”yı bildirir (Bu bilginin çalışmamıza eklendiği tarih itibarıyla söz konusu katsayı 2,6 idi.). Hekimler yapacakları - muayene, teşhis, her tür tıbbi müdahale vb.- uygulamanın birimlerini, o döneme ait katsayı ile çarparak asgari ücreti belirlerler. Belirlenen bu ücretin üzerinde bir ücret talep edilebilecekken, bu ücretin altında kalan bir ücret alamazlar. Bu uygulama, özel hastanelerdeki hekimlik hizmetleri içinde geçerlidir.

⁹¹¹ **Hakeri**, s. 265.; **İpekyüz Yavuz**, s. 152.

Ancak bunu yaparken, kişisel bilgiler ve hastalık öyküsü hakkında hekime karşı dürüst olmalı, eksiksiz, geniş ve ayrıntılı bilgi vermelidir⁹¹². Hastanın daha önce geçirdiği hastalıkları, alerjileri, ameliyatları, kazaları, kullanmakta olduğu ilaçları, başka bir hekim tarafından tedavi edilmeye çalışıldı ise sonuçları, hamilelik gibi özel durumları vb. ile ilgili bilgileri de hekime vermesi gerekir. Bu tür bilgileri hastadan sorarak alması hekimin yükümlerinden olsa da, hastanın bildiği durumları da – sorulmamış olsa bile- hekimine bildirmesi gereklidir⁹¹³. Örneğin, belirli bir ilacın kendisine alerji yaptığı ya da kalp hastası olduğu, sorulmamış olsa da hasta tarafından verilmesi gereken bilgilerdendir⁹¹⁴. Bu aşamada da, hekimin hastayı aydınlatma yükümünde olduğu gibi, taraflar arasında gerçek anlamda iletişimin kurulabilmesi son derece önemlidir.

Türk Tabipleri Birliği, Yüksek Onur Kurulu kararına konu olan bir olayda: 6 haftalık hamile olan bayan hasta, düşme sonucu sağ ön kolunu kırmış olarak hastanenin acil servisine gelir. Röntgen çekildikten sonra genel anestezi verilerek düzeltme ve alçı uygulaması yapılır. Birkaç gün sonra hasta kanama ile birlikte düşük gerçekleşir. Hasta, kendilerine bilgi verilseydi bebeklerini kaybetmeyecekleri gerekçesi ile ortopedi hekimini şikayet eder. Hekim, acil olarak başvuran hastanın gebeliğinden hiç bahsetmediğini ve yapmış olduğu işlemin düşüğe sebep olamayacağını ileri sürer. Yüksek Onur Kurulu, olayın acil şartlar altında gerçekleşmesi nedeniyle bilgilendirmenin eksiksiz yapılması için hastanın da

⁹¹² **İpekyüz Yavuz**, s. 153.

⁹¹³ Hastanın kendisi ile ilgili olarak doğru bilgileri vermesi, henüz hekime ulaşmadan da başlayabilir. Örneğin, hekimle görüşmeden önce hastanın kaydının ve genel bilgilerinin bir hemşire ya da sekreter aracılığı ile alınması ya da hastanın bir sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurduğunda işletmeyi yüklenen görevlilerce alınması durumunda olduğu gibi. Ancak kanaatimizce, hekim bu bilgilerin doğru olduğunu da hastası ile teyit etmelidir.

⁹¹⁴ **Hakeri**, s. 264.

gönüllülük ve yeterliliğinin gerektiği, hastanın gebelik durumunu acil şartlar altında çalışan hekimlerin sormasını beklenmeyeceği ve bu bilginin verilmesi sorumluluğunun esasen hastada olduğu gerekçesiyle hekim hakkında kusurun varlığından söz edilemeyeceği kanaatine varmıştır⁹¹⁵. Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleşen bir başka olayda ise, yaşadığı yerin değişmesinden sonra, yeni adres ve telefon bilgilerinin hasta tarafından hekime bildirilmesi gerektiği, bu nedenle bir takım test sonuçlarını açıklamak üzere hastaya ulaşamamış olan hekimin kusurlu olmadığına karar verilmiştir⁹¹⁶.

Hastanın küçük olması ya da bilincinin kapalı olması hallerinde kanuni temsilci ya da hastanın yakınları hasta ile ilgili bilgileri hekime vererek yardımcı olabilirler⁹¹⁷.

Hasta, aynı şartlar altındaki makul bir insanın kendi menfaati icabı zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir şekilde davranmalı, doğru ve gerekli bilgileri, doğru zaman da hekimine vererek herhangi bir zararın doğmasına engel olmakla yükümlüdür. Aksi takdir de, kendi kusuru ile kendi üzerinde doğacak zarara katkı yapmış olacaktır. Böyle bir durumda, teknik anlamda zarar görenin kusuru ya da ortak kusur (BK. m.44: müterafik kusur) dan bahsedilecektir⁹¹⁸. Diğer

⁹¹⁵ TTB Onur Kuruluna, Yüksek Sağlık Şurası ya da Adli Tıp kurumuna yansıyan pek çok değişik vaka örneği, hekimlerin ve hukukçuların bilimsel çalışmalarında yer aldığı gibi yanlışlıkların tartışılarak düzeltilmesi ve hastaların bilinçlenmesine katkı sağlanması amacıyla bir kitaba da konu olmuştur. Bkz. **Kayış**, Sedat Nuri: Neşter Bazen Yanlış Keser, Ankara 2007.

⁹¹⁶ Supreme Court of Minnesota, 1970 Ray v. Wagner. Bzk. **Öztürkler**, s. 177-178

⁹¹⁷ **Özdemir**, s. 144.

⁹¹⁸ *Eren*, zarargörenin kusuru deyimini kullanmayı daha doğru bulduğunu şu şekilde gerekçelendirmiştir: “....Zararverenin sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanabileceği gibi, kusursuz sorumluluğa da dayanabilir. Ortak kusur (Mitverschulden) kavramı, yalnız kusur sorumluluklarında kullanılabilir. Buna karşılık ortak kusur kavramı sebep sorumluluğu hallerinde kullanılamaz.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. **Eren**, s. 542.; İnceleme konumuz olan “Hekimin -Sözleşmeye Dayanan- Hukuki Sorumluluğu” bir kusura dayanan sorumluluk hali olduğundan, terim olarak *ortak kusur* kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.

bir ifade ile, hastanın hekime gerekli olan bilgi ve belgeleri verme yükümünü yerine getirmez ise, kusuru oranında doğacak zarara katlanmak zorunda kalacaktır⁹¹⁹.

2. HASTANIN YAPILACAK OLAN MÜDAHALE VE İNCELEMELERE KATLANMA YÜKÜMÜ

Hekimin uyguladığı tedavi ya da tıbbi müdahale de başarılı olabilmesi hastanın muayeneye ve müdahaleye katlanması gerekir ki, bu da hastanın pasif kalmak suretiyle hekim ile kurduğu bir işbirliğidir. Örneğin hekim, hastanın sağlık durumu ile ilgili bir teşhis koyabilmek için belirli tetkiklerin yapılmasını, kan alınmasını ya da tomografi çekilmesini isteyebilir. Hasta, kendi sağlığına kavuşması için gerekli olan bu talepleri yerine getirmeli ve bu tür müdahale ve incelemelere katlanmalıdır⁹²⁰. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, hasta istemediği bir tıbbi müdahaleye katlanmak zorunda değildir. Zira, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın katlanma yükümünün de sınırını çizmektedir⁹²¹. Uygulanan tedavinin ya da tıbbi müdahalenin hastaya çok büyük acılar vermesi, sağlığı ve yaşamı açısından yüksek olasılıklı tehlike içermesi hallerinde durum böyledir.

Ancak bazı hallerde, yasal dayanağının olması şartı ile zorla tedavi ve tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi söz konusu olur. Kamu sağlığının korumaya yönelik olarak yapılan düzenlemelerin birçoğu 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda yer almaktadır. Örneğin, bu yasanın 57 nci maddesinde yer alan kolera, veba,

⁹¹⁹ “... Zarara uğramamak için gerekli ihtimamı göstermeyen veya zararın husule gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının neticelerine katlanmalı ve bu hareket tarzının tarzın husulünde oynadığı role göre zararı kısmen veya tamamen kendisi üzerine almalıdır..” . Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, (mesuliyet), s. 318 vd.

⁹²⁰ **İpekyüz Yavuz**, s. 154.

⁹²¹ **Hakeri**, s. 262.

karahumma, paratifo, ruam, şarbon, kızamık gibi ciddi bulaşıcı hastalıklar hakkında, hekimlerin zorunlu muayene ve tedavi de bulunma hakları bulunmaktadır. Aynı şekilde kuduz (m.75), bulaşıcı verem (119), çiçek (m.88, 90), trahom (m.101) hastalıklarına ve cinsel hastalıklara (m.103) yapılabilecek zorunlu tıbbi müdahaleler ile ilgili özel hükümler de yer almaktadır⁹²².

Ceza hukuku sistemi içinde, bazı durumlarda güvenlik önlemi olarak tıbbi müdahale yapılması niteliğinde yaptırımlar öngörülmüştür. Akıl hastalarının, uyuşturucu ve madde bağımlılarının ve alkol bağımlılarının durumu bu açıdan örnek verilebilir⁹²³. Medeni ya da ceza yargılama hukukunun kuralları içinde de, belirli bir tıbbi müdahaleye katlanma zorunluluğunun örneklerini görmemiz mümkündür. Örneğin, Babalık davası için gerekli örneklerin alınmasına katlanmak ya da ceza davaları için belirli beden muayenelerine katlanmak gibi.

3. HASTANIN TALİMAT VE TAVSİYELERE UYMA YÜKÜMÜ

Hasta, hekimin uyguladığı tedavi ve tıbbi müdahalenin başarıya ulaşmasına yardımcı olmak için, kendisine verilen talimat ve tavsiyelere de uyma yükümlülüğü altındadır. Örneğin, hastanın anestezi alacağı bir cerrahi müdahale öncesinde, belirli bir süre aç kalması talep edilir; ya da hekim, reçeteye yazmış olduğu ilaçların nasıl, hangi dozlarda ve ne süre ile kullanılması gerektiğini bildirir; ya da önemli bir tıbbi müdahale sonrasında hastanın sosyal hayatında, fiziksel hareketlerinde ve diyetinde nelere dikkat etmesi gerektiği kendisine açıklanır. Hastadan da beklenen işbirliği yapması ve bu tavsiyelere uymasıdır. Aksi takdirde, hekimin uyguladığı tedavi ya da

⁹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman**, s. 174.; **Çilingiroğlu**, s. 46.

⁹²³ **Erman**, s. 175 vd.; **Hakeri**, s. 224 vd.

tıbbi müdahale başarılı bir sonuca ulaşamayacak ve hasta sağlığına kavuşamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu nedenle doğacak olan zararlara da hasta katlanmak zorunda kalacaktır⁹²⁴.

§ 10. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini vekalet sözleşmesi olarak belirleyen görüşe katıldığımızdan, hekimlik sözleşmesinin sona erme nedenlerini Borçlar Kanunumuz da vekalet sözleşmesinin sona erme nedenlerinin düzenleniş şeklini takip ederek incelemek istiyoruz. Kuşkusuz ki, hekimlik mesleğinin niteliği, mesleki etik kurallar ve sağlık hukuku mevzuatımızda yer alan düzenlemeler, hekimlik sözleşmesinin sona erme nedenleri açısından değişik özellikler gösterebilmektedir.

Borçlar Kanunu, 396 ve 397 inci maddelerinde vekalet sözleşmesine özgü sona erme sebeplerini ayrı olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeler yapılırken de, bu vekalet sözleşmelerinin karakteristik edimi olan iş görme borcunun kişisel niteliği, sözleşmenin özel bir güven ilişkisine dayanması, müvekkilin öncelik taşıyan iradesi ve ağır basan menfaati gibi özellikler dikkate alınmıştır⁹²⁵. Vekilin iş görme borcunun kişisel niteliği, onun yeteneklerine, bilgi, tecrübe ve ahlakî niteliklerine duyulan güven, işin bizzat vekil tarafından yapılmasını gerektirmektedir. Bu durumda, vekilin – ya da müvekkilin- ölümü, gaipliği, ehliyetsizliği, iflası, meslekten çıkarılması gibi hallerde işin vekilin kendisi tarafından görülmesinin imkansız olması

⁹²⁴ İpekyüz Yavuz, s. 154.

⁹²⁵ Tandoğan, (borçlar) s. 613.

ya da tehlikeye düşmesi söz konusu olacağından ayrıca, bu sebepler işin görülmesine olan menfaati de ortadan kaldıracığından vekalet sözleşmesini sona erdiren sebepler özel olarak düzenlenmiştir (BK. m.397)⁹²⁶. Diğer yandan, temel güven ilişkisi zedelendiğinde, sözleşmenin her iki tarafına tek taraflı irade beyanları ile sözleşmeyi sonlandırma imkanı tanınmıştır (BK. m.396)⁹²⁷. Vekilin tek yanlı olarak sözleşmeyi sona erdirmesine *istifa*, vekalet verenin bu konudaki yetkisine de *azil* denir⁹²⁸. Öyle ki, hizmet sözleşmesinden farklı olarak vekil ya da müvekkil tek taraflı irade beyanlarında bulunarak vekalet sözleşmesini sona erdirirken, bunu haklı bir nedene dayandırmak ya da belirli bir süreye bağlamak zorunda değildir⁹²⁹.

BK. m.396 da düzenlenen tek taraflı geri alma hakkının her çeşit vekalet sözleşmesinde bulunmadığı şeklinde tartışmalar olsa da⁹³⁰, *hekimlik sözleşmesi kişinin yüksek değerdeki varlıklarını etkileyen, özel özen ve sadakat gerektiren ama diğer yandan da gösterilecek özenin objektif ölçülere bağlanamadığı, bilimle ilgili asli edim içeren bir sözleşme olduğundan* hasta her zaman hekimi tek taraflı olarak

⁹²⁶ BK. m. 397: “Hilafı mukavaleden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekâlet, gerek vekilin gerek müvekkilin ölümüne ve ehliyetinin zevali veya iflası ile nihayet bulur. Şu kadar ki, vekâletin nihayet bulması müvekkilin menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa, müvekkil veya mirasçısı veya mümessili bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar vekil veya mirasçısı veya mümessili vekâleti ifaya devam ile mükelleftir.”

⁹²⁷ BK. m.396: “Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadar ki, münasip olmayan bir zamanda vekâletten azil veya ondan istifa eden kimse, diğerinin zararını zâmin olur.” BK. m.396/1 hükmünün emredici nitelikte bir hüküm olup olmadığı, bu haklardan önceden vazgeçilip geçilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Ancak konumuz açısından, hekime verilen vekaletin şahsa sıkı sıkıya bağlı olması nedeni ile tipik nitelikte bir vekalet ilişkisi bulunduğu, azil ve istifa hakkının da emredici nitelikte olduğu –bu haklardan önceden vazgeçilemeyeceği- kabul edilmektedir. Tartışmalar ve görüşler için Bkz. **Aral**, s.418 vd.; **Tandoğan**, (borçlar) s.623 vd.

⁹²⁸ **Zevkliler**, s. 374.; **Yalçınduran**, (ücret) s. 98.

⁹²⁹ **Özkaya**, s. 663.

⁹³⁰ BK. m. 396 da düzenlenen tek taraflı azil etkisinin mutlak olduğu ve emredici nitelik taşıdığı şu hallerde kabul edilmektedir: a) vekaletin içeriğinin ve gayesinin müvekkilin yüksek değerdeki kişisel varlıklarını ilgilendirmesi, b) vekaletin başarıya ulaşmasının kişisel sadakat ve özel bir özene bağlı olması, c) Görülen işin vekilin ruhi ve ahlaki kişiliğini derinden etkilemesi, d) Karşılıklı yükümlülüklerin tarafları aşırı derecede bağlama tehlikesinin bulunması. Bunun dışındaki vekalet ilişkilerinde ise haklı nedenle fesih yetkisinin yeterli olacağı saptanmaktadır. Bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s. 617.

azledebilir⁹³¹. Diğer yandan vekil konumunda ki hekimin de, hiç kuşkusuz kazanç elde etmekten başka yararları ve amaçları olduğundan vicdanî, ahlakî ve meslekî açıdan kendisine ters düşen bir sözleşme içinde kalmaya zorlanamayacağı için her zaman istifa etme hakkını kullanması mümkündür. Sonuç olarak hekimlik sözleşmesi açısından azil ve istifa, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla ileriye etkili olarak (ex nunc) sözleşmeyi sona erdirmeye niteliği taşıyan ve önceden vazgeçilemeyen haklardır.

II. SÖZLEŞMENİN İFA İLE SONA ERMESİ

Bir sözleşmenin yapılmasındaki temel amaç, ifa ile elde edilmek istenen menfaate ulaşılabilmesidir ki, hekimlik sözleşmesi için de bu böyledir. Hekimlik sözleşmesinin yapmasının asıl amacı, -hukukî anlamda asli edim yükümü- teşhis, tedavi ve tıbbi bakım ile hastanın sağlığına kavuşturulmasıdır. Her ne kadar hekim, bu sonucu, yani hastanın iyileşeceğini garanti etmiyorsa da⁹³², bu amacı hedefleyerek tıbbi ve mesleki bilgilerinin gereğini özenle yerine getirmekle ifayı gerçekleştirmiş olacaktır. Başka bir ifadeyle, hekimin tedaviyi gerçekleştirmesi ve hastanın da ücreti ödemesiyle birlikte, normal olarak hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisi de ortadan kalkar⁹³³. Hekim hiç bir zaman tedavisi mümkün olmayan –en azından o zamana ait tıbbi bilgiler açısından- bir hastalığı iyileştireceğine dair garanti veremez;

⁹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s. 614 vd.

⁹³² Vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesinin unsurlarından biri de: “*Hastanın iyileşememe riskini taşımaksızın tıbbi teşhis, tedavi ve bakımının üstlenilmesi*”dir. Ayrıntıları için bkz. § 7. III.C. ve § 7. IV. D.

⁹³³ **Ayan**, s.59.

böyle bir garanti hukuken geçerli değildir⁹³⁴. Örneğin, hekim, hastasında teşhis ettiği bir cilt hastalığını iyileştirebilmek amacıyla, bir ay süren bir ilaç tedavisini özenle uygulamış olsa ancak hastanın şikayetleri tam olarak geçmediği anlaşılmakla birlikte, bunun ötesinde tıbben yapılabilecek herhangi bir şeyin kalmamış olması halinde hekimin ifayı gereği gibi yapmış olduğu söylenebilir. Nitekim Yargıtay da, kararlarında vekalet sözleşmesi niteliği açısından “işin sadakat ve özenle görülmesine” vurgu yapmaktadır⁹³⁵.

Hekimlik sözleşmesi açısından, tıbbî teşhis, tedavi ve bakımın hekim tarafından özenli bir şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla faaliyette bulunulması gerekir. Eğer hekim özen gösterme yükümünü yerine getirmede ve hasta bu nedenle bir zarara uğradı ise, artık hekimin ifa yükümü, tazminat yükümüne dönüşür⁹³⁶. Vekalet sözleşmesinin kötü ifa edilmesi halinde, yeniden gereği gibi ifa da bulunulması mümkün olsa bile vekilin böyle bir yükümü yoktur. Ancak müvekkil gereği gibi ifayı yine aynı vekile yaptırmak isterse, onunla yeni bir vekalet sözleşmesi yapması gerekecektir⁹³⁷. Hekimlik sözleşmesi açısından düşünüldüğünde, hastanın kendisine özensiz davranan ya da bir takım tıbbi hatalar yaparak zarar veren

⁹³⁴ **Tandoğan**, (borçlar) s. 618.

⁹³⁵ “İş sadakat ve özenle görülmüşse, yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinin rizikosu vekile yüklenemez.....” **Yarg.** 13.HD., 05.02.1991, 90/7902- 1070, **YKD.**1992, s.731-734.; “Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz...” Aynı yönde diğer ifadeler için bkz. **Yarg.** 13.HD. T.6.3.2003, E.2002/13959, K.2003/2380.; **Yarg.** 13.HD. T.28.11.2005, E.2005/11159, K.2005/17474.; **Yarg.**13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842. www.kazanci.com. (erişim tarihi: 02.07.2008).; **Yarg.**13.HD. 21.5.2007, E.2531, K.7045, **Özkan/ (Öner) Akyıldız**, s.348-349.; Aynı yönde **Yarg.**13.HD. 12.6.2006, E.6704, K. 9459.

⁹³⁶ “Önemli olan vekaletin, vekil tarafından gereğine uygun olarak yerine getirilip getirilmediği ve vekilin özen borcuna uygun olarak davranıp davranmadığıdır. Vekil, gereken özeni göstermiş ve sözleşmenin gereği gibi ifasına yönelik uğraş vermezse, vekil bakımından kötü ifa söz konusu olacak ve sözleşmenin ifası borcu tazminat borcuna dönüşecektir.” **Akipek**, s. 74.; **İpekyüz Yavuz**, s. 160.; **Yalçınduran**, (ücret) s. 96.

⁹³⁷ **Tandoğan**, (borçlar) s. 619.

hekime, yeniden güvenerek yeni bir hekimlik sözleşmesi ile sağlığını ona teslim edip etmeyeceği düşündürücü bir konudur.

III. HEKİM YA DA HASTANIN TEK TARAFLI İRADE AÇIKLAMALARI İLE SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMELERİ

A. GENEL OLARAK

Karşılıklı ve özel bir güven gerektiren hekimlik sözleşmesinde, hasta her zaman hekimi azledebileceği gibi, hekim de kural olarak her zaman istifa edebilir⁹³⁸. Kaldı ki, hekimlik sözleşmesi gösterilecek güvenin objektifleştirilmiş ölçülere bağlanmadığı bilim ile ilgili bir edim⁹³⁹ içermektedir. Yargıtay, 1997 tarihli bir kararında BK. m.396 hükmü doğrultusunda şu kararı almıştır: “*Güven unsuru, vekalet sözleşmesinin en önemli özelliğini oluşturduğu için, taraflardan her biri sözleşmeyi her zaman feshedebilir...*”⁹⁴⁰. Hasta, hekimlik sözleşmesini tek taraflı olarak ve neden göstermeksizin sona erdirebildiği gibi, hekim de, mesleki ve vicdani haklılık unsurları taşıması nedeniyle, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir⁹⁴¹.

Tipik bir vekalet sözleşmesi niteliğinde olan hekimlik sözleşmesi, hasta ya da hekim tarafından, herhangi bir neden gösterilmeksizin tek taraflı olarak, karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanı ile ileriye doğru sonuç doğuracak şekilde ortadan kaldırılabilir⁹⁴². Yargıtay da bir kararında da, vekalet sözleşmesini tek taraflı

⁹³⁸ Ayan, s. 59.; İpekyüz Yavuz, s. 160-161.

⁹³⁹ Tandoğan, (borçlar) s. 615 vd.

⁹⁴⁰ Yarg. 13.HD., 07.11.1997, 1997/7395-8923. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 15.5.2008)

⁹⁴¹ İpekyüz Yavuz, s. 160.

⁹⁴² Aral, s. 419.; Serozan, (sözleşmeden dönme) s.137 vd.

sona erdirmeye kurumları olarak azil ve istifayı, sözleşmesini ileriye doğru sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir işlem olarak nitelendirmektedir⁹⁴³.

B. AZİL

Vekilin azil hakkı, hekimlik sözleşmesi açısından daha da büyük bir öneme sahiptir⁹⁴⁴ ve bu hakkın kullanılmasının, her hangi bir haklı nedene dayandırılması gerekmez⁹⁴⁵. Hasta istediği zaman, artık güven duymadığı hekimi azil hakkına sahiptir. Vekil konumundaki hasta, kişilik haklarını etkileyen, sağlığı ve yaşamının söz konusu olduğu bir sözleşmeyi istemiyor ise sürdürmek zorunda değildir.

Azil, herhangi bir şekle tabi değildir; üstü kapalı olarak da yapılabilir⁹⁴⁶. Örneğin, hasta, tedavisine başlayan hekime herhangi bir nedenle –tecrübesizliği, özensizliği, zaman darlığı vb.– duyduğu güveni kaybederse, tedavisini devam ettirmek üzere bir başka hekime başvurabilir. Bu durumda, ilk hekim azledilmiş ve ikinci hekim ile yeni bir hekimlik sözleşmesi yapılmış olur. Aynı şekilde hasta kendisinden kaynaklanan bir nedenle de hekimlik sözleşmesini tek taraflı olarak sonlandırabilir. Örneğin hasta mali bir takım problemler yaşıyorsa, pahalı bir tedavi uygulayan hekimi azledebilir.

⁹⁴³ “Azil ve istifa, vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren, bozucu yenilik doğuran işlemdir. Kural olarak, fesih ihbarı muhataba tebliğ edilmekle taraflar arasındaki sürekli asli edimi (iş görme borcunu) sona erdirmekle beraber, tüm borç ilişkisini hukuk sahasından silmez. Tarafların sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerinin (görölmüş işin hesabını verme ve ücret ödeme gibi) meydana getirdiği dar anlamdaki borçlar devam eder. Azil borçları muaccel hale sokar.” **Yarg.** 4.HD., 15.3.1980 T., E.1600, K.6365. **Uygur**, Cilt:VIII, s.8925-8927.

⁹⁴⁴ **İpekyüz Yavuz** s.161.

⁹⁴⁵ **Ayan**, s. 59.; **Özkaya**, s. 663.

⁹⁴⁶ **Uygur**, Cilt:VIII., s. 8924.; **Yalçınduran**, (ücret) s.98.

BK.m.396’da düzenlenen müvekkilin vekili azletme hakkı, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 9 uncu maddesi de bir hasta hakkı olarak da yer almaktadır. HHY. m.9 “*Personeli Tanıma, Seçme ve Değiştirme*” başlığı ile şu düzenlemeyi yapmaktadır: “.....Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, ... tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu⁹⁴⁷ istemek hakkı vardır.”

Bu bağlamda, acaba hasta, uygun olmayan bir zamanda azil hakkını kullanmış ve bu nedenle hekim zarara uğramış ise, BK. m.396/II de yer alan hükmü gereğince bu zararı tazmin etme yükümü altına girecek midir?. *Tandoğan*’a göre azil haklı bir nedene dayanmıyor ise -ki dayanmak zorunda değildir- vekilin vekaletin devamına güveni dolayısıyla uğradığı menfi zararı tazmin edilmelidir⁹⁴⁸. Bu nedenle, hasta da sözleşmenin tek taraflı sonlandırılması nedeniyle karşı tarafın bir zarara uğramasına neden oldu ise, bunu tazmin etme yükümü altındadır. Ancak, hekim bu hakkını kullanırken dürüst davranma ilkesine ve hakkaniyete göre hareket etmelidir. Örneğin, bir hekim, tedavisini üstlendiği hastanın haklı bir sebep olmaksızın –belki sadece korktuğu için – ameliyattan vazgeçmesi halinde, kaybettiği zaman ya da başka bir hasta ile sözleşme yapamadığı için yoksun kaldığı kârı hastasından tazminat olarak isteyebilecek midir? Kanaatimizce, hukuken vekalet sözleşmesi niteliği buna uygun olsa da, meslek etiği, hasta hakları, kişisel özerklik ve hastanın rızasını her zaman geri alabilme hakkı bu konuda engelleyici niteliktedir.

⁹⁴⁷ *Konsültasyon (consultation)*: Hasta, ailesi ya da tedavi eden hekimin göstereceği gereksinim üzerine iki ya da daha çok hekimin bir hasta başında buluşup, fikir alış verişinde bulunmaları olarak ifade edilmektedir. www.tptirimleri.com (Erişim: 26.5.2008.)

⁹⁴⁸ Ayrıntılar için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s. 637.; **Aral**, s. 420.; **Yavuz**, s. 388.

C. İSTİFA

Hekimlik sözleşmesi, hekim tarafından da tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilir. Hekim, yapılacak olan tedavi ya da tıbbi müdahale için yeterli olmadığını düşündüğünde; böyle bir tedaviyi yapmayı uygun bulmadığında; hastanın vicdanî, etik ya da ahlakî olmayan bir takım talepleri ve talimatları ile karşı karşıya kaldığında, hiçbir neden göstermeksizin istifa edebilir. Ancak, hekim hangi nedenle olursa olsun bu hakkını kullanırken hastasına zarar vermemeli ve bir takım önlemler almalıdır. Bu, hekimin uyması gereken meslekî etik ilkelerinden biri olan zarar vermeme ilkesinin de bir gereğidir. Kaldı ki, TDN. ve HMEK için de de, hekimin tedaviyi bırakabileceği ancak, bunun belli bazı koşullar içinde yapılması gereği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, BK.m.396 hükmünden farklı olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’de yer alan özel düzenlemeye göre hekim dilediği zaman tedaviyi bırakabilirse de, bu hakkını bir takım sınırlamalar ve yükümleri yerine getirmek şartı ile kullanabilir. TDN. m.19 düzenlemesine göre: *“Tabip ve dış tabibi meslekî veya şahsî sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez....”*. Aynı yönde bir düzenleme TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları için de de yer almaktadır: *“Hekim ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda,..... tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya*

veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan, hekim hastasını bırakamaz.....”

IV. HEKİM YA DA HASTANIN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ YA DA İFLASI HALİNDE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. ÖLÜM

Hekimlik sözleşmesi, tarafları olan hasta veya hekimin ölümü nedeniyle sona eren nitelikte bir vekalet sözleşmesidir⁹⁴⁹. Hastanın ölmesi, hekimin borcunu yerine getirmesini imkansız hale getireceğinden sözleşmeyi BK.m.397 hükmü gereğince sona erdirecektir⁹⁵⁰. Aynı şekilde hekimin ölümü de, işin niteliği gereği sözleşmeyi sona erdiren bir nedendir. Hekim, işi şahsen görmek zorunda olan bir vekil konumunda olduğundan⁹⁵¹, ölümü halinde artık bu mümkün olmayacağından hekimlik sözleşmesi son bulacaktır. Bu durumda hasta, tedavisi için bir başka hekime başvurma hakkına sahiptir. Hekimlik sözleşmesi açısından gaiplik de ölümle aynı yönde bir sonuç doğuracaktır. Hastanın veya hekimin gaipliğine karar verilmesi halinde hekimlik sözleşmesi işin niteliği gereği kendiliğinden sona erecektir⁹⁵².

Ölümün meydana gelmesiyle, sözleşme ileriye doğru (*ex nunc*) sona erecektir. Hekimin ölümü halinde onun mirasçıları, ölüm anına kadar yapılan işler

⁹⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürsoy**, Kemal: Vekalet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977.

⁹⁵⁰ Genel hükümler de düzenlenen BK.m.117 ye göre de “*Borçhuya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur.*”.

⁹⁵¹ “*Ölümün de vekaleti sona erdirmeye nedeni olması, vekalet sözleşmesinin niteliğinden ifa borcunun ve bunu talep hakkını sıkı sıkıya şahsa bağlı olmasından kaynaklanmaktadır.*” **Özkaya**, s.717.

⁹⁵² **Tandoğan**, (borçlar) s. 664. ; **İpekyüz Yavuz**,s. 164.; **Yalçınduran**, (ücret) s. 102.

için masraf, ücret ya da tazminat istemlerini ileri sürebilirler. Hastanın ölümü halinde de, mirasçılar vekalet sona erece kadar alınmış olan şeylerin verilmesi isteminde bulunabilirler⁹⁵³.

B. EHLİYETSİZLİK

BK. m. 397 hükmü doğrultusunda ve kural olarak, aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden anlaşılmadıkça, vekalet sözleşmesi kurulduktan sonra, vekilin ya da müvekkilin ayırt etme gücünü kaybederek tam ehliyetsiz durumuna düşmesi ile sona erer⁹⁵⁴. Hekimlik sözleşmesi açısından baktığımızda, hastanın ehliyetini kaybetmesi ile hekimin ehliyetini kaybetmesi durumunda farklı sonuçların ortaya çıktığını görmekteyiz.

Hasta, ayırt etme gücünü kaybettiğinde ve tam ehliyetsiz duruma düştüğünde hekimlik sözleşmesinin sona ereceğini söylemek işin niteliğine uygun düşmeyecektir⁹⁵⁵. Böyle bir durumun meydana gelmesi halinde, hastanın muhtemel rızası doğrultusunda ya da yasal temsilcisinin vereceği karar ile tedavi devam edecektir. Aksini durumun kabulü, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin, bir insan hakkı olan tedavi edilme hakkından yoksun kalacakları şeklinde, doğru olmayan bir sonuca varmamıza neden olacaktır. Oysaki Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, rıza verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunmasına ayrı bir önem vermiş ve bu tür kişilerin doğrudan yararı için yapılabilecek müdahaleleri, yasal temsilci veya

⁹⁵³ Tandoğan, (borçlar) s. 663.; Yavuz, s. 388 vd.

⁹⁵⁴ Tandoğan, (borçlar) s. 666.; Yalçınduran, s.102.

⁹⁵⁵ Diğer sona erme nedenlerinde olduğu gibi, işin mahiyeti gerektirdiği takdirde vekalet ehliyetsizlikten sonra da devam edebilir. Özkaya, s. 719.

kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın iznine bağlamıştır⁹⁵⁶. Rıza verme yeteneği olmayan kişilere nasıl tıbbi müdahale yapılacağı, sağlık mevzuatımız içinde ki tüm kaynaklarda da ayrı ayrı yer almıştır⁹⁵⁷. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesini kendi özgür iradesi ile kuran bir kişi, ayırt etme gücünü kaybederek tam ehliyetsiz durumuna düştüğu zaman, bu nedenle hekimlik sözleşmesinin sona ereceğini söylemek dorđru olmayacaktır. *Tandoğan*’ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, “....temyiz kudretinden yoksun olan bir hasta talimat veremiyor diye tedaviden de yoksun mu kalmalıdır? Kanunî mümessil nasıl tedavi için bir hekimle onun adına yeni bir vekalet sözleşmesi yapabiliyorsa, tedaviye ilişkin mevcut sözleşmeyi de devam ettirebilmelidir....”⁹⁵⁸. Örneğin, kanser tedavisi gören bir hasta, hastalığın ilerleyen safhaların da bilincini ve dolayısı ile ehliyetini kaybedebilir. Ne var ki bu durum, hekimlik sözleşmesinin sona erdirmesini gerektiren bir durum olmadığı gibi, hekimin tıbbi yardımını kesmesi için de bir neden olamaz. Ancak, hastanın ayırt etme gücünü kaybetmesi kendisine uygulanan tedavinin hatalı olması ya da hekimin herhangi bir şekilde özensizliği ya da dikkatsizliğinden kaynaklanıyor ise, hastanın yasal temsilcileri tedavinin sonlandırılmasını ve hekimin azlını her zaman isteyebilirler.

Hekimin ehliyetini kaybetmesi ise, yine işin gereği olarak daha farklı değerlendirilecektir. Hekimlik sözleşmesinde, hastayı tedavi edecek, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan bizzat hekimin kendisidir. Dolayısıyla, işin

⁹⁵⁶ Bkz. Biyotıp Sözleşmesi, madde 6: “Muvafakat Verme Yeteneği Bulunmayan Kişilerin Korunması”

⁹⁵⁷ Örneğin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un da 70.maddesin de “...her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar....” hükmü, Hasta Hakları Yönetmeliğinde m. 24 de: “Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır...”

⁹⁵⁸ **Tandoğan**, (borçlar) s. 666.

görülmesi hekimin şahsına bağlı olduğu için, hekimin ayırt etme gücünden yoksun olması, tedavi etme ve tıbbi müdahalede bulunma özelliğini de ortadan kaldıracığından, hekimlik sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir⁹⁵⁹. Örneğin, safra kesesi ameliyatı yapacak olan hekimin geçirdiği bir kaza sonucu bitkisel hayata girmesi dolayısı ile artık ameliyatı bizzat gerçekleşmesi mümkün olmadığı için hekimlik sözleşmesi sona ermiş olacaktır⁹⁶⁰. Hekimin sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi durumunda⁹⁶¹ -örneğin MK. m. 406 da sayılan savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim gibi bir nedenle kısıtlanması- hastanın ona duyduğu güveni zedeleyeceğinden, kural olarak hekimlik sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak sayılabilir. Kaldı ki, böyle bir kısıtlama kararı olmadan da, belirli bir davranış ya da hayat tarzı ile güvenilirliğini kaybeden hekim, hastası tarafından her zaman azledilebilir⁹⁶².

Hekimin, mesleki ehliyetini geçici ya da sürekli olarak kaybetmesi halinde de, hekimlik sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği de kabul edilmektedir⁹⁶³. Bunlardan biri hekimin, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28 inci maddesi gereğince mesleklerini yapmaları yasaklanarak diplomalarının geri alındığı durumlardır⁹⁶⁴. Diğerleri ise 6023 sayılı Türk Tabipler

⁹⁵⁹ **İpekyüz Yavuz**, s. 165.

⁹⁶⁰ TŞSTİDK. m.28 hükmü gereğince; iyileşemeyecek şekilde akıl hastalığına yakalandığı muayyene sonucu belirlenen hekim Sağlık Bakanlığının teklifi ve Yüksek Haysiyet Kurulu kararı ile meslekten men edilerek, diploması geri alınabilir.

⁹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, (borçlar) s.668.

⁹⁶² Örneğin, bir kadın doğum uzmanı hekimin muayeneler sırasında alkollü olması; sürekli sigara içmesi; hijyenik koşullara uymaması gibi hareketleri ile hastayı tedirgin etmiş olabilir. Bu durumda hasta, hekimlik sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahiptir.

⁹⁶³ **İpekyüz Yavuz**, s.165.

⁹⁶⁴ TŞSTİDK. m.28: "Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya müebbeden hidematı ammeden memnuiyet veya meslek ve sanatı suiistimal suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan veya icrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile mâlul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler Sağlık Bakanlığının teklifi ile Ali Divanı Haysiyet Kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır."

Birliğı Kanunu gereğince Haysiyet Divanı tarafından “15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından men” (m.39/c) ya da “bir mıntıkada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanların o mıntıkada çalışmaktan men” (m.39/d) şeklinde ceza almış olması halidir.

C. İFLAS

BK. m.397 hükmü gereğince iflas da vekalet sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri olarak sayılmaktadır. Ancak maddi fiillere ilişkin vekalette gerek vekilin gerekse vekil edenin iflası vekalet sözleşmesini sona erdirmez⁹⁶⁵. Hekimlik sözleşmesi, maddi eylemlere ilişkin bir vekalet sözleşmesi niteliği taşımaktadır ki, hastanın iflas etmesi halinde de kural olarak devam ettiği kabul edilir. Hasta iflas ettiği zaman ehliyetlerini değil, sadece malları üzerinde ki tasarruf yetkisini kaybetmiş olur. Dolayısı ile hastanın iflas etmesi hiçbir şekilde hekimlik sözleşmesini etkilememektedir. Hekim de, yaptığı tedavi ya da tıbbi müdahale karşılığında ücretini elde edemeyeceği endişesi ile sözleşmeye son vermemelidir⁹⁶⁶. Hekim hukuken sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlanamaz ise de, etik olarak bir hekimin hastasının tedavisini bu gerekçe ile yarım bırakması da doğru değildir.

Kaldı ki, İİK. m. 206 hükmüne göre iflas etmiş kişiyi ya da aile fertlerini iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tedavi eden hekim ve ebelerin alacakları üçüncü sıradan imtiyazlı alacak olarak kabul edilmiştir. Ayrıca iflas idaresi, iflas

⁹⁶⁵ Özkaya, s. 720.; Ayrıca Bkz. Tercan, Erdal: İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.

⁹⁶⁶ Ayan, s. 60.; “Ücret veya masraf söz konusu olan hallerde vekil, istifa etmesine lüzum kalmadan, müvekkilin iflasıyla vekaletin son bulduğunu ileri sürebilmeli, **işin mahiyetinin vekalet devamı gerektirdiğini** müvekkil kanutlamalıdır.” Bkz. Tandoğan, (borçlar) s.669. Kanaatımızca, hekimlik sözleşmesi işin mahiyeti gereğince vekaletin devamının gerektiği tür bir vekalet sözleşmesidir.

etmiş olan kişinin tedavisi için gerekli hekim ücretini, İİK. m. 216⁹⁶⁷ hükmünce, yardım şeklinde karşılanmasına da karar verebilir⁹⁶⁸.

Serbest çalışan hekim tacir olmadığından ve hekimlik faaliyeti ticari iş sayılmadığından iflasa tabi değildir⁹⁶⁹. Ancak hekimin özel muayenehanesini bir tüzel kişilik adı altında işletmesi halinde, iflasa tabi kişilerden olacaktır. Örneğin bir göz hastalıkları uzmanı hekimin “*İris Göz Sağlığı ve Danışmanlık Ltd. Şti.*” adı ile bir şirket kurması ve hekimlik faaliyetini söz konusu şirketin ortağı olarak icra etmesi durumunda iflas yolu ile takip edilebilecektir⁹⁷⁰. Diğer yandan hekim iflas etmiş olsa bile, hekimin mesleğini icra etmeye mahsus araç ve gereçleri İİK. m. 82 gereğince, haczi caiz olmayan mallar ve haklar kapsamında olduğundan kural olarak, başlamış olduğu tedaviye devam edebilir⁹⁷¹. Ancak hekimlik sözleşmesinin devamı açısından, hasta bu nedenle hekime duyduğu güveni kaybetmiş ise ve tedavisine onunla devam etmek istemiyor ise hekimi azledebilir⁹⁷². Diğer bir ifade ile iflas, istifa ve azlin haklı bir nedeni sayılır⁹⁷³. Örneğin hekimin muayenehanesinde bir takım malzemelerin ya da hizmetlerin –temizlik, sekreteryaya vb. – eskiden olduğu gibi devam edememesi, hastayı psikolojik olarak tedirgin etmekte ise, hekimlik sözleşmesine son verebilir.

⁹⁶⁷ İİK m. 216: “Kendisine ayrıca müsaade edilmeyen müflis tasfiyenin devamı müddetince iflas idaresinin emri altında bulunmakla mükelleftir ve icabında zabıta kuvvetleriyle getirilir. İflas idaresi müflisi hususiyle emri altında tuttukça münasip miktarda muavenette (yardımda) bulunabilir.”

⁹⁶⁸ Tandoğan, (borçlar) s. 669.

⁹⁶⁹ Tacir kavramı ve tacir olmanın hükümleri için bkz. Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 109 vd.

⁹⁷⁰ İflas tabi kişiler için Bkz. Kuru/Arsalan/Yılmaz, s 395 vd.; Arkan, s. 116 vd. ve 126 vd.

⁹⁷¹ Tandoğan, (borçlar) s.672.; Ayan, s. 60.

⁹⁷² İpekyüz Yavuz, s. 166.

⁹⁷³ Özkaya, s.720.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNE AYKIRILIKTAN DOĞAN HUKUKİ

SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

§ 11. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN İHLAL EDİLMESİ VE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Geçerli olarak kurulmuş olan bir borç ilişkisinin, zamanında, yerinde ve konusuna uygun olarak ifa edilmemesi halinde, borca aykırılık ya da borç ilişkisinin ihlâli söz konusu olur. Borçlar Kanunumuz m.96 vd. hükümleri ile borcun ifa edilmemesinin yani borcun ihlâl edilmesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemiş olmasının yanında, borcun kötü ifa edilmiş olmasını veya borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını da kapsayan bir anlam taşımaktadır⁹⁷⁴. Bu nedenle, borç ilişkisinin ihlal edilmesi temel olarak dört grupta incelenmektedir: bunlar kusurlu sonraki imkansızlık⁹⁷⁵, gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa), temerrüt⁹⁷⁶ ve sözleşmenin müspet ihlalidir⁹⁷⁷.

Sözleşmeden doğan borca aykırılık, sözleşmeden doğan sorumluluğu yani sözleşme sorumluluğunu da içine alır⁹⁷⁸. BK. m.96 hükmü, sözleşmeden doğan bir

⁹⁷⁴ Oğuzman / Öz, s.293.; Ayrıca Bkz. Serozan, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.

⁹⁷⁵ “kusurlu ifa imkansızlığı veya imkansızlık nedeniyle ifa etmeme” Bkz. Eren, s. 994.

⁹⁷⁶ Eren, s. 986.; Oğuzman/Öz, s. 285 vd.

⁹⁷⁷ Tandoğan (mesuliyet) s. 414.; Kılıçoğlu, s. 462.

⁹⁷⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.851.; Kılıçoğlu, s.460-461.; Oğuzman / Öz, s.293 vd.

borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesini sözleşmeye aykırılık hali olarak kabul etmekte ve borçluya bir tazmin yükümlülüğü yüklemektedir⁹⁷⁹.

Sözleşmeler, bir hukuki ilişki olarak bazı haklar ve yükümlülükler içerir⁹⁸⁰. Bu ilişki içinde, borçluyu alacaklıya bağlayan ve yerine getirmesi ya da uyması gereken yükümlülükler, *edim yükümleri* ve *yan yükümler* olmak üzere ikiye ayrılır. Edim yükümleri de, *asli edim yükümleri* ve *yan edim yükümlerinden* oluşur⁹⁸¹. Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlalini, bir başka ifade ile sözleşmeden doğan sorumluluğun temelini, işte bu edim (asli edim ve yan edim) yükümleri ile yan (diğer davranış ve koruma) yükümlerinin ihlali oluşturmaktadır⁹⁸².

Genel olarak, sözleşmeden doğan sorumluluk, belirli kişilere karşı bu hukuki ilişkiye girmiş olmaktan dolayı, herkesin göstermesi gereken özenden daha fazla özen göstermeyi gerekli kılar⁹⁸³. Hekim ve hastası arasında -örtülü ya da açıkça kurulmuş- böyle bir sözleşme var ise, uygulanan tedavi ya da tıbbi müdahale sonucunda hasta zarar gördüğünde hekimin sorumluluğu esas itibariyle sözleşmeye dayanan sorumluluk olacaktır⁹⁸⁴. Bir başka ifadeyle, hekimin kusurlu davranışı ile sözleşmesel yükümlerden biri ya da bir kaçına aykırı davranmış olması sonucunda, hastanın zarara uğramış olması halinde sözleşmesel sorumluluktan söz edilir⁹⁸⁵. Elbette bunun için, sözleşme sorumluluğunun diğer unsurlarının da, bir arada mevcut

⁹⁷⁹ **Demir**, (kurultay) s. 155.; Sözleşmeye aykırı davranma, alacaklının uğradığı zararın borçlu tarafından tazmin edilmesi yükümlülüğü doğurduğu için bu sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk ya da sözleşme sorumluluğu / akdi sorumluluk olarak adlandırılmaktadır. **Deschenaux/Tercier**, s. 28.; **Eren**, (Borçlar) s.986.

⁹⁸⁰ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s.13 vd.

⁹⁸¹ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s.17.; **Eren**, (Borçlar)s. 31 vd.; **Edis**, s. 315.

⁹⁸² **Eren**, (Borçlar) s.993-994.

⁹⁸³ **Kırca**, s. 35.

⁹⁸⁴ **Ayan**, s. 63.; **Giesen**, Dieter: “Yeni ve Deneyisel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, (Çeviren: Salim Özdemir) Yargıtay Dergisi 1977, Cilt: III., S.1-2, s. 218.

⁹⁸⁵ **Demir**, (kurultay) s. 159.

olması gerekir. Ayrıntılarını, aşağıda inceleyeceğimiz bu unsurlar sırası ile *hasta ile hekim arasında bir hekimlik sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmesi yani borca aykırı bir davranış, bir zararın doğmuş olması, hekimin kusurlu olması, sözleşmenin ihlal edilmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır*⁹⁸⁶.

II. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için, öncelikle, hekim ve hasta arasında mevcut bir sözleşme ilişkisi gerekir. Sözleşme ilişkisi olmadan, başka birine verilen zarar halinde sözleşme dışı bir sorumluluktan özellikle de – şartları varsa- haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir⁹⁸⁷.

Serbest çalışan hekim, hekimlik sözleşmesi ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir⁹⁸⁸. Kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen ve rızaî bir sözleşme tipi olan hekimlik sözleşmesi serbest çalışan hekim ve hasta arasında açık ya da örtülü irade açıklaması ile kurulur. Hekimlik sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği için BK.m. 1 hükmünün yerine getirilmiş olması, tarafların

⁹⁸⁶ “Dava, sezaryenle doğum ameliyatı sırasında hatalı anestezi uygulandığı ve bu nedenle ölüm gerçekleştiği iddiasına dayalı maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Davada, davalı hastanenin doğumun gerçekleştirilmesi amacıyla kendisine başvuran davacıyı, görevli doktorları aracılığı ile doğumu gerçekleştirmeyi üstlendiği açıktır. Uyuşmazlık, ameliyat sırasında anesteziyi yapan davalı doktorun hukuka aykırı bir eyleminin, kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre, dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m.386-390)...” **Yarg.**13.HD. E.2006/100068, K.2006/13288, T.10.10.2006, **YKD**, Cilt:33, S.9, Eylül 2007, s.1701-1704.

⁹⁸⁷ **Tandoğan**, (Mesuliyet) s.415.

⁹⁸⁸ Hekimlik Sözleşmesi, Unsurları ve Hukukî Niteliği için bkz. § 7.

karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını –açık ya da örtülü olarak -açıklamış olmaları gerekirken, iradelerin hata, hile ya da tehdit ile sakatlanmamış; edimler arasında aşırı orantısızlık yaratan gabin anlamına gelecek bir şekilde meydana gelmemiş olması gerekir.

Doktrin⁹⁸⁹ ve yargı kararlarında⁹⁹⁰, hekimin hastasını muayene, tedavi veya ameliyat etmesi BK. m.386 anlamında maddi bir fiil üstlendiği⁹⁹¹ bir iş görme sözleşmesi anlamında vekâlet sözleşmesi olarak kabul görmektedir⁹⁹².

Hekimlik sözleşmesinin, esaslı unsuru olan tıbbi teşhis, tedavi ve bakım, hekim tarafından yerine getirilmesi gereken asli edim yükümüdür. Bu sözleşme ilişkisi içinde, hekim öncelikle teşhis koymayı ve buna en uygun tedaviyi seçip uygulamayı borçlanmaktadır. Ancak, hekimin bu asli edim yükümünün dışında bazı yan yükümleri de yerine getirilmesi gerekir. Hekimlik sözleşmesine taraf olan

⁹⁸⁹ Tandoğan, s. 360.; Yavuz, s. 363.; Aral, s. 393.; Şenocak, (hekim) s. 25.; Reisoğlu, s.12.; Aşcıoğlu, s.20.; Ozanoğlu, s. 55; Arat, s.226.; Akyıldız, s.21.; Kaneti, s.61.; Gümüş, s. 221.; Öztürkler, s.57.; Yılmaz, s.81.

⁹⁹⁰ “....vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir.” Yarg.13.HD. T.10.03.2006, E. 2005/14854, K.2006/3416.; “....Dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır.....” Yarg.13.HD. T.04.03.1994, E.1994/8557, K.1994/2138.; Yarg.13.HD. T.23.02.2006, E.2005/15820, K.2006/2367; Yarg.13.HD.,T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; Yarg. 13.HD., T.12.06.2006, E. 2006/6704, K. 2006/9459.; Yılmaz, s.18 vd.; Yarg.13.HD., T.6.11.2000, E. 8590, K. 9569, Uygur, Cilt: VII, s. 8580; Yarg.13.HD. T.07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728, meşe yazılım, erişim tarihi: 19.10.2006.; Yarg.13.HD. T.06.03.2003, E.2002/13959, K.2003/2380; “.... hasta ile doktor arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu, vekilin özen görevinin bulunduğu, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu....” Yarg.13.HD., T.21.12.2001, E.2001/9800, K. 2001/11883 <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 24.04.2006)

⁹⁹¹ Maddi bir fiile ilişkin yapılan vekâlet sözleşmesinde, vekil müvekkili adına veya hesabına bir işlem ya da hukukî işlem benzeri işler yapmaz; onun adına hak kazanması ya da borç yüklenmesi söz konusu değildir. Bu sebeple vekâlet sözleşmesine ait bazı hükümlerin –örneğin vekilin, müvekkili yararına aldığı şeyleri ona devir yükümlülüğü (BK m. 392), kanunî halefiyet hükmü (BK. m. 393), müvekkilin, vekili borçtan kurtarmasına ilişkin hükmü (BK. m. 394/I) – maddi fiilleri konu alan vekalet sözleşmelerine uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Uygur, Cilt:VII, s. 8483.

⁹⁹² Maddî fiillere ilişkin vekâletin konusu, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her türlü faaliyettir. Bu nedenle uygulamada sonsuz bir çeşitliliğe sahip olan bu tür vekâlet sözleşmesine örnek olarak, bir hekimin hastayı muayyene veya ameliyat etmesi, hukukçu bir öğretim üyesinin mütalâa vermesi, mimarın bir binayı kontrol etmesi, bir öğretmenin özel ders vermesi, bir ses sanatçısının şarkı söylemesi, vb. verilebilir. Başpınar, (vekilin özen borcu) s.74 vd.; Yavuz, s. 363.

hastanın, bu ilişkiden beklediği menfaatin tam olarak karşılanabilmesi için hekimin sözleşmeden doğan yükümlerin hepsini tam ve doğru bir şekilde yerine getirmiş olması gerekir.

II. SÖZLEŞMENİN İHLALİ (BORCA AYKIRILIK)

A. GENEL OLARAK

Serbest çalışan hekim açısından, sözleşmenin ihlali yani borca aykırılık, asli edim yükümünün ya da yan yükümlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde söz konusu olacaktır⁹⁹³. Hekimlik sözleşmesi ile amaçladığı menfaate ulaşamayan ve bu nedenle zarara uğrayan hasta, hekimden bu zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Hekimin sözleşmeye dayalı hukuki sorumluluğunun varlığı için gereken şartların başında, mevcut bir hekimlik sözleşmesinin ihlal edilmesi gelmektedir. Sözleşmenin ihlal edilmesi, asli edim yükümünün ya da yan yükümlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

B. ASLİ EDİM YÜKÜMÜNÜN İHLALİ

Hekimlik sözleşmesinde, hekim için doğan en önemli ve asli edim yükümü sözleşmenin amacına da uygun olarak hastasının hastalığını teşhis ederek, tedavi ve gerekli tıbbi bakımın yapılmasıdır. Hekim, hekimlik mesleğinin gereklerini yerine

⁹⁹³ Vekilin borcunu yerine getirmemesi için genel olarak bkz. **Werro**, s. 2054.

getirirken, tıp, etik ve hukuk kurallarına uygun davranmamış, kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermemiş ise *kötü ifada bulunma* ya da *gereği gibi ifa da bulunmama* gerçekleşmiş ve sözleşme ile üstlenmiş olduğu borca aykırı davranmış olacaktır. Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallarına aykırılık, diğer bir ifade ile *tıbbi standartlara aykırı davranışlar* hekime meslek kusuru olarak yükletilebilecek; hukuk kurallarının emredici hükümlerine uygun davranmama ise hekimin hukukî, idarî ve cezaî sorumluluğunu doğmasına sebep olacaktır.

Hekimin, asli edim yükümünü hiç yerine getirmemesi örneğin, hastasını muayene etmemesi ve teşhis koymaması ya da koyduğu teşhise uygun bir tedaviye başlamaması ya da planlanmış ameliyatı yapmaması şeklinde ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, hekimin üstlenmiş olduğu teşhis ve tedavi hizmetini yerine getirmemesi, asli edim yükümünü ihlal etmesi ve hastanın sözleşmeden beklediği edim menfaatinin yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir. Hekimin sözleşmeden doğan asli edim yükümünü ihlal edilmesi halinde hasta, BK. m. 96 vd. düzenlenen genel hükümlere dayanarak zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Ayrıca, hekimlik sözleşmesi hastanın da bir karşı edim niteliğinde olan ücret ödeme yükümünü içerdiğinden, BK. m.106 vd. hükümlerinin de uygulama alanı bulabilecektir.

C. YAN YÜKÜMLERİN İHLALİ

Hekimlik sözleşmesinde asli edim yükümünün yanı sıra bazı yan yükümler de vardır. Bunlar, asli edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden ve doktrinde

ikinci derece (tali) yükümler⁹⁹⁴ olarak da ifade edilen ifaya yardımcı yan yükümler ve hastanın korunma menfaatine yönelik koruyucu yan yükümler biçiminde ele alınmaktadır⁹⁹⁵.

Hekimlik sözleşmesinde, hekimin özen göstermesi ve hastasının aydınlatılmış rızasını alması *ifaya yardımcı yan yükümler* olarak nitelendirilebilir. Hem tıbbi özen gösterme hem de aydınlatılmış rızanın alınması, asli edim yükümü olan tıbbi teşhis, tedavi ve bakımın tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ve yardım ederler. Özellikle, özen gösterme yükümü, hekimin asli edim yükümü ve yan yükümlerin ifası açısından son derece önemlidir. Hekimde tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği, sözleşmeden doğan yükümlerinin hiç ifa edilmemiş ya da kötü ifa edilmiş olmalarına neden olacak ve dolayısıyla sözleşmesel borca aykırılık sonucunu doğuracaktır⁹⁹⁶.

Hekimlik sözleşmesinde sadakat, sır saklama ve kayıt tutma yükümleri, hastanın ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme amacını taşıyan *koruyucu yan yükümler* ya da *koruma yükümleri* olarak sayılabilir. Bu yan yükümler, ifa ile dolaylı olarak ilgilidirler ve asıl amaçları hastanın mal ve şahıs varlığı değerlerinin ifa fiili nedeniyle veya ifa dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan korunmasıdır. Koruyucu yan yükümler edim yükümlerinden bağımsız olarak, sözleşme kurulmadan önce, sözleşme anında ve sözleşme sona erdikten sonra da doğabilirler⁹⁹⁷. Örneğin serbest çalışan hekim kendisine başvurup, sağlık durumu ile ilgili bilgiler veren hastasına karşı daha bu sözleşme görüşmeleri yapılırken sadakat ve sır saklama yükü altına girer.

⁹⁹⁴ Bkz. **Edis**, s. 317.

⁹⁹⁵ *Koruma yükümleri* ya da *diğer davranış yükümleri* olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Edis**, s. 318.; **Kılıçoğlu**, s. 20.; Ayrıca bkz. §8. III. A. 2.

⁹⁹⁶ **Demir**, (kurultay) s. 155.

⁹⁹⁷ **Eren**, (borçlar) s. 41.

Gerek ifaya yardımcı yan yükümler gerekse koruyucu yan yükümlerin ihlal edilmiş olması, hastaya bağımsız bir ifa (eda) davası açma hakkı vermez. Ancak hekimin yan yükümleri ihlal etmesi nedeniyle hasta bir zarara uğrar ise, bu zararını hekimden talep etmek üzere tazminat davası açabilir.

IV. KUSUR

A. GENEL OLARAK

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluk hali olduğu için, borçlunun kusuru sözleşme sorumluluğunun kurucu unsurlarından biridir⁹⁹⁸. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur (akdi kusur), borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminin bir niteliğidir. Bu anlamda kusur, borçlunun örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış yanlışlığıdır⁹⁹⁹. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlunun göstermesi gerekli özen derecesi, her şeyden önce yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, sonra da mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özen derecesine göre belirlenir¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Tandoğan (Mesuliyet), s.415.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 874.; Eren, (Borçlar) s.1017.; Kılıçoğlu, s.468.

⁹⁹⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altóp, s. 877.; Eren, s. 1017.

¹⁰⁰⁰ Eren, s. 1019 vd.

Sorumluluk hukukunda kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönü (unsuru) vardır ki, bu akdi kusur içinde geçerlidir. Objektif kusur teorisine göre¹⁰⁰¹, borçlunun sorumlu olabilmesi için temyiz kudretine sahip olması gerekir. Temyiz kudreti borçlunun kusur ve sorumluluk ehliyetini ifade eder ki, bu da kusurun *sübjektif yönü* ya da unsur olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰². Bir sözleşme ilişkisi içinde borçlunun göstermesi gereken özen ise kusurun *objektif yönünü* oluşturur. Objektif kusur anlayışı içinde borçlu, kişisel yeteneksizlik, bilgisizlik, yaşlılık, dalgınlık ve yorgunluğunu, karakter zaafını, zekâ düzeyini, hastalık veya benzer durumlarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

Borçlu sözleşmenin kendisine yüklemiş olduğu yükümlülükleri -ki burada kusur genel bir davranış kuralına değil, tamamen özel bir yükümlülüğe ilişkindir- *kasten* ya da *ihmal* ile ihlal etmiş olmalıdır¹⁰⁰³. Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal etmesine *kast*; bunu önlemek için kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesine ise *ihmal* denir¹⁰⁰⁴. Ancak sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlu kural olarak her tür kusurundan sorumlu olduğu için kusurun türü ve derecesi büyük önem taşımaz.

BK m.96 hükmü gereğince, borçlu aleyhine bir kusur karinesi kabul edilmiştir¹⁰⁰⁵. Bu nedenle, borçlu, alacaklıya verdiği zararın tazmininden ancak kusursuz olduğunu ispat ederek kurtulabilir. Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören

¹⁰⁰¹ Objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisine göre; bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar veren yani fail değil, failin mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipi davranışı örnek (model) olarak ele alınıp, somut olaydaki failin davranışı ile karşılaştırılır. Eğer zarar veren borçlu veya failin davranışı, bu örnek davranıştan sapıyorsa, bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir. Buna *kusurun objektifleştirilmesi* de denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s.531.

¹⁰⁰² **Eren**, s. 1019.

¹⁰⁰³ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 875.

¹⁰⁰⁴ **Tandoğan**, (mesuliyet) s.415.; **Eren**, (Borçlar) s. 1018 vd.

¹⁰⁰⁵ **Eren**, (borçlar) s.1022.; **Uygur**, Cilt: III., s.3143.

kişi, zarardan sorumlu tutulanların kusurunu ispat etmekle yükümlü olduğu halde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlulukta ispat yükü ters çevrilmiştir¹⁰⁰⁶.

B. HEKİM AÇISINDAN KUSURUN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. GENEL OLARAK TIBBİ KUSUR

Hekimlerin faaliyet konusu olan insan, anatomik, fizik ve ruhsal yapı açısından çok karmaşık bir varlıktır. Öyle ki, hekimlik mesleğinin icrası birçok bilinmeyen, öngörülemeyen ve risk ile birlikte gerçekleşmektedir. Diğer yandan insanın yaşamı, sağlığı, sırları, özgürlükleri vb. maddi – manevi değerleri çağdaş hukuk sistemleri tarafından kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınmıştır. Dolayısı ile devlet tarafından da özel bir izne¹⁰⁰⁷ dayalı olarak yapılan ve bu niteliği ile toplumda özel bir güven oluşturan hekimlik mesleği mensuplarının sorumlulukları da, belirli ölçütlere göre özel olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁰⁸. Hekimler, mesleklerini icra ederken öncelikle hastalarının zarar görmemesini sağlamak durumundadırlar. Bu, tıp etiği ve hukukun üzerinde görüş birliğine varmış olduğu konulardan biridir¹⁰⁰⁹. Hekimin tıbbi faaliyetinin kusur açısından

¹⁰⁰⁶ Kılıçoğlu, s. 468.; Oğuzman / Öz, s. 357.

¹⁰⁰⁷ “Devlet verdiği izinle “doktorun uzmanlık dalına göre görev yüklenmiş; bilgi ve becerisiyle tıp sanatının ustası olduğunu” yurttaşlara güvence vermektedir. Doktorluğun bu niteliği toplumda özel güven oluşturur. Böyle bir güvenle doktora, yaşam ve sağlığın korunması ve iyileştirilmesi için yetki verilmektedir.” Bzk. Aşçıoğlu, s. 76-77.

¹⁰⁰⁸ Kaneti, hekimin sorumluluğu alanında, hukuğunun bir denge sağlaması gerektiğini şu şekilde ifa etmektedir: “Bir yandan hastayı hekimin özen eksikliğine karşı korumak gereklidir. Diğer yandan hekime yazgının sorumluluğunu taşıtmamak, yeni çözümlerin araştırmasını, daha etkili ama rizikosu daha fazla olan tedavi yöntemlerinin geliştirilmemesini engellemek gerekir....” Bzk. Kaneti, s. 63 vd.

¹⁰⁰⁹ “Tıbbi uygulamalar açısından hiç zarar vermeden mutlak yararlı olan bir uygulamanın pek mümkün olmaması nedeniyle yarar ve zararın dengelenmesi ve hasta açısından yarar lehine ağırlıklı kararların alınması günümüzde daha çok savunulan bir görüştür. “Tıbbi Etik İlkeler” ve konunun ayrıntıları için bkz. Çobanoğlu, s. 17 vd.; Polat, s.39.; Beauchamp / Childress ; s. 97.

değerlendirilmesinde, hekimlik mesleğinin özel davranış standartlarının yani tıbbi standartların esas alınması söz konusudur¹⁰¹⁰. Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin bilmesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, kusur olarak değerlendirilmelidir¹⁰¹¹. Ancak hekimler meslekî değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni de göstermek zorundadırlar¹⁰¹². Yargıtay’ın hekimlerle ilgili pek çok kararında tekrar ettiği gibi, *“hekimlerin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif bile olsalar sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmektedir”*¹⁰¹³.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlunun göstermesi gerekli özen derecesi, her şeyden önce yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, sonra da mensup olduğu sosyal ve meslekî çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özen derecesine göre belirlenmektedir¹⁰¹⁴. Hekimlik sözleşmesinde hekimin kusuru da, sorumluluk hukuku açısından objektifleştirilerek değerlendirilmektedir. Ancak, bu değerlendirmede hekimin fiilen örnek hekim tipinin davranışına uygun davranma imkânına sahip olup olmadığı önem arz etmiyorsa da, sözleşmeden doğan sorumluluk açısından kusurun mutlak olarak objektifleştirilmesi de mümkün

¹⁰¹⁰ **Şenocak**, (özel sorunlar) s. 245. “, tıbbi standartlar hekimin özenli davranıp davranmadığını belirleyebilmek için açılan davalarda hukukçular tarafından kullanılan ve hukuki nitelik taşıyan bir enstrüman haline gelmektedir.” **Staeter**, Jenny.: Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, 2006, s. 105 vd.

¹⁰¹¹ **Kaneti**, s. 68.

¹⁰¹² “Gerçekte meslekî bir iş gören, doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, BK. m.394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...” **Yarg.** 13.HD. E.2002/2589, K.2002/4560, T.25.4.2002; **Yarg.** 13.HD. E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005; **Yarg.** 13.HD. E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003; <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹⁰¹³ **Yarg.** 13.HD.; E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005; **Yarg.** 13.HD. E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003; **Yarg.** 13.HD.; E. 2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005.; **Yarg.** 13.HD.; E.2005/11159, K.2005/17474, T.28.11.2005 <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹⁰¹⁴ **Eren**, s. 1019 vd.

değildir¹⁰¹⁵. Diğer bir ifadeyle, bazı ferdileştirmelerin yapılması gerekir. Somut olaydaki hekim açısından duruma bakıldığında, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi, mesleki yetenek, tecrübe, fizik ve fikri güç dikkate alınarak somut olaydaki hekimin davranışının ortalama hekimin davranışından sapma gösterip göstermediğine bakılacaktır. Eğer bir sapma varsa bu kusur olarak nitelendirilir¹⁰¹⁶. Bu durumda hekimin kusurunun objektif yönü zarar veren davranışının tıp alanında kabul görmüş kurallara aykırılık göstermesi; sübjektif yönü ise, hekimin somut olaydaki durum ve koşullar altında mensubu olduğu meslek grubundaki ortalama hekim tipinin göstereceği davranıştan kusurlu olarak sapmış olması şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁰¹⁷.

Hekimin özen gösterme yükümü ile ilgili bölümde yer verdiğimiz gibi¹⁰¹⁸, örneğin bir hekimin bilgi ve yetenekleri, objektif tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu durumlarda, objektif borçlu tipinin bilgi ve yetenekleri değil, bizzat o hekimin bilgi ve yetenekleri dikkate alınacaktır. Hekimin üst ihtisasının olması ya da birkaç alanda birden uzmanlaşmış olması bu gibi durumlara örnek olarak verilebilir. Bu nedenle, uzman bir hekimden beklenen özen, pratisyen bir hekimden beklenen özenden daha fazladır. Aynı şekilde, hekimin çalıştığı yer ve kurumun fiziki şartları ve sahip olunan tıbbi donanımlar da bu açıdan kendi içinde değerlendirilmelidir¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ Eren, s. 1020.

¹⁰¹⁶ Doğan, s. 41.

¹⁰¹⁷ Demir, (AÜHFD) s. 247.

¹⁰¹⁸ Bkz. § 8. VIII.

¹⁰¹⁹ “Hekimin pratisyen olması ile uzman olması arasında fark olduğu gibi; hekimin bir sağlık ocağında çalışan bir hekim olmasıyla bir devlet hastanesi ya da araştırma hastanesinde çalışan bir uzman hekim olması arasında da fark vardır. Hatta bölgesel gelişmişlik düzeyi dahi kusurun objektifleştirilmesinde dikkate alınmalıdır.” Zeytin, (tedavi) s. 115.

Hekimden öncelikle beklenen tıp biliminin kabul görmüş olan, uygulanması olağan ilke ve kurallarını bilmek ve tıbbî faaliyetini gerekli her türlü önlem ve tedbirleri alarak yürütmektir. Biyotıp Sözleşmesi 4 üncü maddesinde yer alan *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* ifadesi ile tıbbi uygulama hatalarının en aza indirilebilmesi için bir sınır çizilmiştir.

2. TIBBİ UYGULAMA HATALARI (Malpraktis) ¹⁰²⁰

Ulusal ve uluslar arası mevzuat ile yargı kararları, hekimin tıbbi standartları takip etmek ve bunları uygulamak durumunda olduğuna dikkat çekmektedirler¹⁰²¹. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1992 yılında *“Tıpta Yanlış Uygulama”* konulu bildiride, tıbbi uygulama hataları *“Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar”*

¹⁰²⁰ Türkçeye *malpraktis* olarak çevrilen ve çoğunlukla bu şekilde kullanılan *medical malpractice* ifadesinin tam karşılığı olarak *tıbbi uygulama hataları* terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Aynı yönde bkz. **Polat**, s.31.; **Hakeri**, s. 338.

¹⁰²¹ TDN m.13/1: *“Hekim...ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder..”* TDN m.13/2: *“..tababet prensip ve kaidelerine aykırı ...mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”*; HHY. m.11: *“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.”* HMK m.5: *“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 öncelikle ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gelişmeleri yakından izler.”* Biyotıp Sözleşmesi m.4: *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”*; Bir çok yargı kararında da *“Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır...”* **Yarg.**13.HD., E.2006/10068, K.2006/13288, T. 10.10.2006 (YKD. Cilt: 33, S: 9, Eylül 2007, s.1701-1704); **Yarg.**13.HD., E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006 (YKD. Cilt: 33, S:7, Temmuz 2007, s.1307-1310)

şeklinde tanımlanmıştır¹⁰²². Bu durumda öncelikle *tıbbi standart* kavramının ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

a. Tıbbi Standart Kavramı

Tıp biliminin genel olarak tanınip kabul edilmiş kuralları yani denenmiş ve bilinen meslek kuralları tıbbi standart olarak ifade edilmektedir¹⁰²³. Dolayısı ile tıbbi uygulama hataları, bilinen ve kabul edilen tıp kurallarının yani tıbbi standartların ihlal edilmesi ile ortaya çıkmaktadır ki, bu da hekime mesleki kusur olarak yükletilebilmektedir¹⁰²⁴. Farklı bir ifade ile hekim somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, tıbbi uygulama hatası yaptığı kabul edilmektedir¹⁰²⁵.

¹⁰²² <http://www.wma.net>

¹⁰²³ Ayan, s. 105 vd.; Aşçıoğlu, s. 77.; Hakeri, s.328.

¹⁰²⁴ Doktrinde, tıbbi uygulama hataları farklı şekillerde de tanımlanmaktadır. Bunlardan bazıları: “Yanlış teşhis tedavi ve ameliyat sırasında veya sonrasında gereken özenin gösterilmemesi, yanlış iğne, hatalı tahlil, araç-gereç ve personel yetersizliği, hasta haklarının gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmemesi ve benzer durumlar nedeniyle ortaya çıkan bedensel ve manevi zararlar tedavi hatası olarak tanımlanır”. Bkz. Hortoğlu, Cengiz: “Tedavi Hataları”, Güncel Hukuk, Mart 2006, s.12-13.; “İhmal, bilgi ve beceri eksikliği vb. nedenlerle ortaya çıkan bakım standartlarından bir sapmayı da içeren ve hastada bir zararla sonuçlanan, hatalı olduğu kabul edilen tıbbi uygulamaları, tıbbi uygulama hatası olarak kabul etmek gerekir”. Bkz. Polat, s. 32.; Daha geniş bir tanım ise şu şekilde yapılmıştır: “Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve / veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak iyileşmesinin gecikmesinden, hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı, tıbbi uygulama hatasıdır”. Bkz. Çetin, Gürsel: “Tıbbi Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, (Editörler: Çetin / Yorulmaz) İstanbul 2006, s.31-42.

¹⁰²⁵ Hestbeck v. Hennepin Country, 212 NW2d 361 (Minn 197) “enfekte olmuş bir apandistin sadece kompres yapılarak tedavi edilmeye çalışılması”; Cass civ Ire, 4 No 1964 Gaz Pal 1965.1.43 “kanser ya da frengiyi, sağlıklı insanlara etki edebilecek ilaçlarla iyileştirmeye çalışma”; Düsseldorf, 13 Apr 1978 VersR 1979 723 “hemeroid şikayeti olan bir hastayı dört haftadan fazla bir süre fitil uygulaması ile tedavi etmeye çalışma ve bu süre içinde hiç rektal muayene yapmama”; Coughlin v. Kuntz (1987 17 BCLR2d 365 (Sc) “Boyun discectomy’si için çok eski ve hiçbir yerde uygulanmayan bir yöntem kullanma” ...vb olaylarda hekimin tıbbi standartları yerine getiremediği kabul edilmiştir. Ayrıntıları ve daha fazla örnek için bkz. Giesen (international) s. 133 vd.

Genel olarak, hekimden beklenen standart uygulamalar: anamnez alma, muayene yapma, tanı metotlarını kullanma, bilgilendirme, aydınlatılmış rıza alma, istenmeyen ve beklenmeyen komplikasyonları bilme, bakım yapma, takip/kontrol yapma şeklinde sıralanabilmektedir¹⁰²⁶.

Türk Tabipleri Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13 üncü maddesinde Hekimliğin kötü uygulanmasını şu şekilde tanımlamıştır: “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir.*”

Tıp, her an gelişmekte olan bir bilim dalı olduğu için standartları da aynı kalmamaktadır. Bu nedenle, *acaba hekim ne zamanki tıbbi standartlara ya da kurallara uymakla yükümlüdür* sorusuna cevap bulmak gerekmektedir¹⁰²⁷. Bu belirlemenin yapılması açısından kural, tıbbi müdahalenin yapıldığı zaman, yer ve hekimin bu standartlara ulaşabilme olanağıdır¹⁰²⁸. Hekimin uzmanlık alanı, görev yaptığı ülkenin, şehrin, hastane ya da sağlık ocağının olanakları tıbbi standartların belirlenmesi açısından dikkate alınacak olan faktörlerdir. Hekim her durumda uzmanlık alanının gerektirdiği bilgi düzeyine göre gerekli özen ve dikkati göstermekle yükümlü olsa da, çalışma ortamının kendisine sağladığı olanaklar çerçevesinde görevini yapabileceği gerçeğinden uzaklaşmamak gerekir. Hekimin büyük bir şehir de ve tam donanımlı bir hastanede yapacağı müdahale ile neredeyse hiç bir tıbbi ekipmanın olmadığı, küçük bir köyün sağlık ocağında yapacağı

¹⁰²⁶ **Varol**, Nezi: “*Sağlık Hukukunda Bilirkişilik*” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 379.

¹⁰²⁷ **Giesen**, (international) Determination of Standards § 10., s. 104 vd.

¹⁰²⁸ **Hakeri**, s.329.; **Hancı**, Hamit: “*Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu*”Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 305.

müdahalenin aynı standartlarda değerlendirilemeyeceği açıktır¹⁰²⁹. Tıbbi standartlara aykırı davranış, objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve çoğunlukla hekimin kusurlu olması anlamına gelse de, bazı durumlarda hekim kusurlu olmayabilir¹⁰³⁰. Örneğin, hekimin acil bir durumda uygun bir hastaneye gönderilmesi imkanı mevcut olmayan hastaya, gerekli personel, tıbbi araç ve gereçlere sahip olmadığı halde tıbbi standartlara uymayan –ama hayat kurtarıcı nitelikte - bir tıbbi müdahalede bulunması durumunda olduğu gibi.

Hekimin bilgi düzeyi ise öncelikle uzmanlık alanı ile değerlendirilir ve bu bilgi düzeyinin sınırı *ülkemizde tıp biliminin eriştiği düzey* olarak ifade edilmektedir¹⁰³¹. Hekimlere verilen diploma ve izin ile ülkemizde tıp biliminin eriştiği düzeyde bilgilere sahip olduğu kabul edilip, bu konuda bireylere devlet güvencesi verildiğinden hekimin eğitimini tamamladığı tıp fakültesinin ya da uzmanlık aldığı kuruluşun olanakları ve düzeyi önem taşımaz¹⁰³². Ancak burada hemen belirtmeliyiz ki, araştırma ve eğitim amaçlı faaliyet gösteren bir kuruluştaki, üst düzey akademik kariyer yapan hekimlerin, yabancı ülkelerde yapılan çalışma ve uygulamaları araştırmak ve bilmek sorumlulukları mevcuttur. Diğer yandan hekimin mesleki ve hukuki yükümlülüklerinden biri de uzmanlık alanındaki gelişme ve yenilikleri takip ederek¹⁰³³, kendisini geliştirmesidir. Hekimin, standartlara uygun

¹⁰²⁹ “Federal Yüksek Mahkeme de bir hastanenin standartlara uygunluğu konusunda karar vermek durumunda olan bilirkişinin, üniversite kliniği veya belli bir alanda uzmanlaşmış hastanelerin standartlarını esas almasının doğru olmayacağını, asıl olanın somut olaydaki hasta bakımından reel olarak ulaşılabilecek duruma göre karar verilmesi gerektiğini açıklamıştır.” BGH NJW 1994, 1596 **Hakeri**, s.330, dipnot 2 naklen.

¹⁰³⁰ **Hancı**, (kötü uygulama) s. 305.

¹⁰³¹ **Aşçıoğlu**, s. 77.

¹⁰³² **Aşçıoğlu**, s.78.; **Hakeri**, s.330.

¹⁰³³ HMEK m.5: “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 getirmek için gelişmeleri yakından izler.”

tıbbi müdahalede bulunabilmesi öncelikle, standartları tanınması, bilmesi ve onlara hâkim olması ile mümkün olabilir. Günümüzdeki tıbbi ve teknik gelişmelerin hızı karşısında bu yükümlülük daha da önemli hale gelmiştir¹⁰³⁴.

Tıbbi standartların yerine getirilmesinin önemli bir boyutu da ekonomik olanaklardır; tıbben mümkün olan her zaman ekonomik olarak mümkün olmayabilir. Örneğin, hastanenin yatak kapasitesi, teşhis olanaklarının yeni standartlara uygun olmaması vb. kaynak eksiklikleri nedeniyle ancak standardın altında tıbbi müdahale yapılabilmesi mümkün olabiliyorsa, hekim kendinden beklenen özen çerçevesinde ancak elindeki olanaklarla sınırlı olarak faaliyette bulunabilecektir. Bu tür durumlarda hekim, tıbbi standardın karşılanamamış olmasından sorumlu tutulmamalıdır.

b. Tıbbi Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayırımı

Hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan, gerekli özen ve dikkat gösterilse bile kaçınılmaz olan bir takım istenmeyen etkiler vardır ki, bunlar *komplikasyon* veya hukuki anlamda *tıbben izin verilen risk* olarak tanımlanmaktadır¹⁰³⁵. Başka bir ifadeyle, tıbbi uygulamanın bakım standartlarına uygun olmasına rağmen ortaya çıkabileceği ilgili çevrelerce kabul edilmiş olan veya her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zararlara

¹⁰³⁴ **Hakeri**, s.331 vd.

¹⁰³⁵ **Yavuz**, M.Fatih: “*Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı*” A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s.100.; Ayrıca bkz. **Ünver**, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

komplikasyon denir¹⁰³⁶. Gerçekleşmiş olan bir olayın tıbbi uygulama hatası ya da komplikasyon olduğunun belirlenmesi doğuracağı sonuçlar açısından son derece önemlidir. Gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulamada tüm özen ve dikkati göstermiş, olası komplikasyonlar için gerekli önlemlerini alarak hareket etmiş bir hekim, meydana gelen zarar nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır¹⁰³⁷. Bu nedenle, komplikasyon, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleştirilen eylemde, istenmeyen sonuç ortaya çıkmış olsa bile bundan hekimin - ya da sağlık personelinin- sorumlu tutulmadığı durum olarak da tanımlanabilmektedir¹⁰³⁸.

Dünya Tabipler Birliği, 1992 yılında Marbella’da yapılan 44.Genel Kurulunda, bazı ülkelerde tıbbi uygulama hatalarının arttığına dikkat çekerek bu sorunu tartışmaya açmıştır. Marbella Bildirgesi’nde bu artışın nedenlerinin başında, *tıbbi bilginin artması ve tıbbi etnolojinin gelişmesinin hekimleri geçmişte yapamadıkları bazı işlemleri yapmaya ittiği ve bu ilerlemelerin çoğunlukla ağır riskleri de içerdiği tespiti yapılmış; ancak tıbbi uygulama hataları (malpraktis) ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların (komplikasyon) özellikle birbirinden ayrılmasını istemiştir*¹⁰³⁹.

Hekimlik mesleği ve uygulamaları, içinde pek çok riski barındıran bir alandır. Örneğin, alerji yapma riski *her* ilaç için geçerlidir. Önemli olan husus, ağrı kesiciden vitamine kadar her ilacın alerji yapma riskinin bulunduğu bilinmesi ve buna göre

¹⁰³⁶ Polat, s. 32.

¹⁰³⁷ “Somut ve objektif ölçülerde önceden öngörülemeyen ve istenilmeyen olumsuz risklere bağlı tıbbi sonuçlar, yani komplikasyonlar, meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin sorumlu tutulmasını gerektirmez.” Bkz. Demir, (AÜHFD) s. 246.; Hekimin olası komplikasyonlara karşı önlem alması yükümü ile ilgili olarak bkz. Öztürkler, s. 197 vd.

¹⁰³⁸ Yavuz, s.100.; Hancı, (kötü uygulama) s.306.; Demir, (kurultay) s. 156.

¹⁰³⁹ <http://www.wma.net>

tedbir alınmasıdır¹⁰⁴⁰. Hiçbir tedavi ya da cerrahi müdahale, risk almadan gerçekleştirilemez ki, iyi hekimlikte işte bu nokta da çok önemlidir. Gerekli dikkat ve özeni gösteren, bilgi ve beceri sahibi bir hekim, hastasına uygulayacağı tedavi ya da tıbbi müdahalenin, ne tür riskler taşıdığını bilerek, buna göre önlemler almalıdır. Hekimin buradaki sorumluluğu *önlenemeyecek bir durumu önlemeye çalışması değil, buna karşı gerekli önlemleri almış olması ile ilgilidir*. Tıbbi standartların uygulanmasında olduğu gibi, komplikasyon için de, *bilinmesi gerekeni bilmemek sorumluluk gerektirir*. Örneğin, tıbbın standart uygulamalarından biri, ameliyata alınacak olan hastaya, daha önceden bir takım tetkiklerin yapılmasıdır; kanama ve pıhtılaşma zamanı da bunlardan biridir. Ancak, bu tetkik yapılmamış ve hastada kanama olmuş ise, bir zarar doğması halinde hekim sorumlu olacaktır¹⁰⁴¹. Bu nedenle, hem adli tıp açısından hem de hukuki açıdan, her vaka kendi içinde değerlendirilmek durumundadır. Bir olay için komplikasyon olarak kabul edilen durum, bir diğer olayda hekime kusur olarak yükletilebilir¹⁰⁴². Örneğin, ilaca bağlı görme kaybı bir komplikasyondur ancak böyle bir durum ortaya çıkar çıkmaz hekimin aktif olarak müdahale ederek önlemler alması gerekir, aksi takdirde komplikasyon olarak başlayan bir zarardan kusurlu olarak sorumlu hale düşecektir¹⁰⁴³. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, hekimin henüz lisans almamış bir ilacı hastasına uygulaması sonucunda meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasının gerekçelerinden biri olarak hekimin

¹⁰⁴⁰ **Hancı**, (kötü uygulama) s. 306.

¹⁰⁴¹ **Yavuz**, s. 101.

¹⁰⁴² Bu açıdan önemli bir başka kavram da *endikasyon* kavramıdır. *Endikasyon*, bir tıbbi müdahale ya da cerrahi girişimin gereklilik sebebidir. Örneğin; kolu kırılan bir hastada, kolu alçıya alma endikasyonu vardır. Çünkü alçıya almak, kırığın tedavisidir. Bkz. <http://ansiklopedi.turkcebilgi.com/Endikasyon> ; Endikasyon kavramı ve çeşitleri ile hukuki sonuçları hakkında ayrıca bkz. **Ünver**, Yener: “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi” Sempozyum No: 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, MÜHF., İstanbul 2007, s. 55 vd.

¹⁰⁴³ **Yavuz**, s. 103.

*uygulamayı ortaya çıkması muhtemel komplikasyonları açısından iyi takip etmemesi şeklinde ifade etmiştir*¹⁰⁴⁴.

Komplikasyonun, yani hukuken kabul edilebilir bir riskin tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa da, hekime sorumluluk olarak yükletilmemesi için, çok önemli bir unsura daha ihtiyaç vardır: *hekimin hastasını bu duruma karşı bilgilendirmiş olması*. Hekim için, komplikasyonu hukuka uygun hale getiren, yani sorumluluğunun doğmasına engel olan tek durum, gerekli şartların varlığı halinde hekimin hastasını bu konuda aydınlatarak rızasını almış olmasıdır. Aydınlatılmış rıza ilgili bölümde açıkladığımız gibi, hekimin uygulanacak tedavi ve sonuçları ile ilgili olarak hastasına detaylı bilgi vermesi ve bu bilgiyi değerlendiren hastanın da söz konusu tedaviye izin vermesi gerekir. Normal şartlarda, tedavi sırasında ya da sonrasında ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda hastasına bilgi vermemiş olan hekim, gerekli özeni gösterip, uygun tedbirleri aldı ise komplikasyonun meydana gelmesinden değil, aydınlatılmış rıza almamış olmasından dolayı kusurlu ve doğan zarardan sorumlu olacaktır. Yargıtay kararlarında da¹⁰⁴⁵, hastaların meydana gelebilecek komplikasyonlarla ilgili olarak önceden bilgilendirilmiş olması ve gerekli önlemlerin alınması, özellikler sorgulanmaktadır.

¹⁰⁴⁴ Yüksek Mahkeme *hekimin henüz lisanslanmamış bir ilaç ile hastasını iyileştirmeye çalışmasının yasak olmadığını ama tedavi sürecini özellikle de göz hasarı meydana gelebilme ihtimalini çok iyi takip-kontrol etme sorumluluğu altında olduğunu, söz konusu olayda gerekli gözetimin yapılmamış olmasının bir hata olduğunu* ifade etmiştir. Bundesgerichtshof, 27.3.2008, VI ZR 55/05, **Spickhoff**, s.9-10.

¹⁰⁴⁵ “Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur....” **Yarg.**13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; “...ameliyattan önce böyle bir ihtimalden hiç bahsetmemiş olmasına rağmen, davalı doktorun hata ve kusuru nedeniyle, ameliyat sırasında sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu sol kolunun felç olduğunu...” **Yarg.** 13.HD. T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687, www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

c. Tıbbi Uygulamadan Hatalı Örnek Durumlar

Ülkemiz açısından, tıbbi uygulama hatalarının denetimi ya da tespiti ile ilgili her hangi bir çalışmaya rastlanmaz iken, bu konuda ulaşılabilen çalışmaların hemen tamamı, resmi bilirkişilik kurumlarına ait kararların geriye dönük olarak incelenmesi ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, bir tıbbi uygulama hatası ancak şikayet başvurusu ya da dava açılması yolu ile ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁴⁶. Hekimin tıbbi uygulama hatası yapması, genel olarak, tüm hukuk sistemlerinde iki gruba ayırılarak değerlendirilmektedir: İlk grupta, hekimin bilinçli olarak tıbbi standartların dışına çıkması yer alırken, ikinci grupta ise, bilinçli olmadan –dikkatsizlik, özensizlik ya da tecrübesizlik vb. nedenlerle – tıbbi standartlara uygun hareket etmemesi söz konusu olabilir. Hangi şekilde olur ise olsun, hekim tıbbi uygulama hatası sonucunda, hastasına zarar verdi ise sorumlu olacaktır¹⁰⁴⁷.

1. Teşhis (Tanı) Hataları

Teşhis hatası yalnız başına, hekimin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir¹⁰⁴⁸. Hekim, sanatının kurallarına göre ve zorunlu tüm zamanı ve dikkati harcayarak hastasını muayene ettikten sonra özenle teşhisini koymuş¹⁰⁴⁹, uygun tedaviyi tavsiye edip tıbben kabul edilen ilkelere uygun biçimde bunu uygulamışsa,

¹⁰⁴⁶ Polat, s. 289.; Ayrıca mahkeme kararlarında da yer alan olgu örnekleri için bkz. Polat, s327 vd.

¹⁰⁴⁷ Giesen (international) s. 133 vd.

¹⁰⁴⁸ Ayan, s. 66.; Aşçıoğlu, s. 80.; Hakeri, s. 343.

¹⁰⁴⁹ Aşçıoğlu, s.80 vd. “Doktor tanı koymada araç olarak kullanacağı zorunlu olan tüm yöntem ve araçları tüketmek zorundadır. Bunların eksik yapılması kusur olarak kabul edilmektedir; burada hata, tanı koymak için zorunlu araştırmaların hiç veya eksik yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bir hastalığın tanısı için gerekli olan fizik – biyolojik işlemler ve kimyasal tahlillerin veya diğer pozitif tanı verilerinin yapılmaması durumunda kusur ve sorumluluğun kabul edilmesi kaçınılmaz olabilir.”

ihmal veya tedbirsizlikle kınanmaktan kurtulur¹⁰⁵⁰. Burada önemli olan, hekimin, teşhis koyabilmek için gerekli araştırmaları yapmış, bilinen tüm yöntemlere başvurmuş ve sonuçlar üzerinde tıp biliminin gereklerine göre¹⁰⁵¹ dikkatli ve özenli bir değerlendirme yapmış olmasıdır. Zira, hekimin yetenekleri sınırlı olduğu gibi, özenli bir araştırmaya rağmen belirtiler bazen hiç elde edilemeyebilir ya da aynı anda birden fazla hastalığa işaret ediyor olabilir¹⁰⁵².

Hekim, tedavi sürecine hastasını dinleyerek ve öyküsünü alarak başlar¹⁰⁵³. Daha sonra, muayene ve gerekli görüyor ise, bir takım laboratuvar tetkikleri ve araştırmaları talep eder. Sonuç olarak, topladığı verileri değerlendirerek hastalıkla ilgili bir tanımlama yaparak teşhisini koyar. Hastanın öyküsünün hiç alınmaması, eksik alınması – örneğin ailesinde bu tür bir hastalığın bulunup bulunmadığının sorulmamış olması – yetersiz araştırma yapması, gerekli olan muayeneyi yapmamış olması, önemli teşhis hatalarına ve hastanın zarar görmesine neden olabilecektir.

Eldeki olanaklar ile, tanı konabilecek olan bir hastalığın tanısının konamamış olması önemli bir tıbbî uygulama hatasıdır. Örneğin, günümüzde ultrasonografi ve

¹⁰⁵⁰ Tandoğan, (borçlar) s. 419.

¹⁰⁵¹ TTB Yüksek Onur Kuruluna, 1984-1998 yılları arasında yansıyan ve “bilimdışı-aldatıcı tanı ve tedavi” olarak değerlendirilen çok çarpıcı örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin: 35 yaşındaki bir bayan, karın ağrısı ve mide de dolgunluk hissi ile Dr.A’nın muayenehanesine başvurur. Dr. A. şikayetlerin nedeninin küçükken hastanın karnına kaçan bir yılan olduğunu söyler ve operasyonla yılanı dışarı çıkarır. Hasta rahatlamıştır ve sorunun çözüldüğüne inanır. Olay basına yansır ve hekim hastaya yaptığı açıklamayı basına da yapar: “Z.U. adında 35 yaşında bir kadın, çok yiyip içmesine karşın, günden güne zayıfladığını, midesinde dolgunluk ve karnında ısıklık sesine benzer sesler geldiği şikayeti ile başvurdu. Yapılan röntgenolojik tetkik sonucu, hastanın midesinde yabancı bir unsurun olabileceği düşünüldü. 24 saat aç bırakılan hastaya önce nazogastrik tüp yutturularak, yılan özel ilaçlarla zararsız hale getirilerek ağız boşluğuna çıkarılmaya zorlandı. Laringoskop ve Magil pensi yardımı ile yılan ağızdan dışarı çekilerek çıkarıldı ve hasta sağlığına kavuşturuldu.” Anestezi uzmanı Dr.A. kadının midesinden çıkarılan yılanın, zararsız su yılanı olduğunu da sözlerine ekler. Bir başka hekimin şikayeti üzerine TTB Onur Kurulu ve ardından TTB Yüksek Onur Kurulunda görüşülen bu olayda adı geçen hekime verilen ceza ise kanımızca en az olay kadar çarpıcıdır: 3 ay meslekten alıkoyma.! Bkz. Civaner/Okuyan Amato, s.56 vd.

¹⁰⁵² Ayan, s. 66.

¹⁰⁵³ Hekimin Teşhis Koyma ve Tedavi Yükümü için Bkz. § 8. IV.

radioimmunoassay gibi yöntemlerle, duyarlı gebelik muayene ve testleri yapılabilmekte iken, hekimin dikkatsizliği, özensizliği ya da tecrübesizliği nedeniyle anne ve bebeğin durumunu doğru değerlendirememesi, yüksek riskli gebeliklerin belirlenememesi sık hata yapılan ve dava konusu olan durumlardandır¹⁰⁵⁴.

Hekim, böyle bir durumda sorumlu olmaktan kurtulamayacağı gibi, gerekli araştırma ve tetkiklerin hiç yapılmamış olması da kuşkusuz sorumluluğunu gerektirecektir. Örneğin, hekimin hasta için hiç MR ya da röntgen çektirilmemiş olması, laboratuvar araştırması yaptırmamış olması ya da toplum için tehlike arz edebilecek türde psikolojik rahatsızlıkları olan bir hastayı psikiyatri kliniğine yatırmamış olması gibi. Eğer, somut olayın özellikleri, farklı uzmanlık alanlarında hekimlere ya da uzman kuruluşlara danışılmasını da gerektiriyor ise, hekim bu konuda da sorumlu davranmalıdır. Ancak, bu gibi durumlarda da, sonuçların iyi değerlendirilebilmesi için hekimin dikkatli ve özenli davranması gerekir¹⁰⁵⁵.

Teşhis hatası ve aynı zamanda bir ameliyat hatası olarak nitelendirilebilecek bir tıbbi hata örneği şu şekilde meydana gelmiştir: *“Davacı ...rahatsızlığı nedeniyle Doğum ve Çocuk Bakımevine başvurmuş, hastanede görevli Dr...tarafından kendisine sağ yumurtalıkta kist olduğu teşhisi konularak, ameliyatla alınması gerektiği bildirilmiştir. Hasta bir gün sonra Dr .. tarafından ameliyata alınmış, ameliyat esnasında kan kaybı durmadığı için Devlet Hastanesinden çağrılan doktorlarla yapılan konsültasyon sonucu kist sanılarak alınan parçanın atipik bir böbrek olduğu anlaşılmıştır. Hastanın durumunun kötüleşmesi üzerine A. Tıp*

¹⁰⁵⁴ **Polat**, s. 35.; “...hamileliğin takibi sırasında belirlenmesi mümkün olan arızanın zamanında fark edilmemesi sonucu davacıların uğradığı zarardan kusuru var ise sorumludur...” Yarg. 13.HD. T.21.12.2006, E.13122, K.16638, **Özkan/(Öner) Akyıldız**, s. 340-342.

¹⁰⁵⁵ **Yıldırım**, s. 73.

Fakültesi Hastanesine kaldırıldığında çekilen röntgende böbrek yerinde görülen karartının nedenini anlamak için yapılan ikinci ameliyat sonucu, bu karartının ilk ameliyatta unutulmuş gazlı bez olduğu görülmüştür. Doğuştan tek böbrekli olduğu anlaşılan ve ameliyat sonucu böbreksiz kalan hastanın böbrek makinesine bağımlı kalması nedeniyle annesi ...'dan böbrek nakli yapılarak hasta kurtarılmıştır!.”¹⁰⁵⁶.

2. Tedavi Hataları

“Hekim, hastasına uygulayacağı tedaviyi seçmekte serbesttir.” (TDN. m. 6/2.) ve *“Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.”* (HMEK. m. 8) hükümleri doğrultusunda somut olayın özelliklerine göre hastasına en uygun tedavi yöntemini seçen hekim, hastasının herhangi bir zarara uğramasını önlemek amacıyla da tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kurallara göre hareket etmesi gerektiği dikkat ve özeni göstermek yükümü altındadır¹⁰⁵⁷. Hekim, vicdani, mesleki bilgisi ve tecrübesi ile hastasına farklı –yeni ya da daha geleneksel nitelikli- bir tedavi yöntemini uygulamayı tercih edebilir. Hekimin, bu konuda hastasına, gerekli ve yeterli bilgiyi vermesi son derece önemlidir¹⁰⁵⁸. Ancak, deney aşamasındaki bir tedavi yöntemi, yeni bir yöntem olarak kabul edilmeyecektir¹⁰⁵⁹.

Hekimin hastasını dinlemesi, öyküsünü alması, muayene etmesi, tetkik ya da test sonuçlarını değerlendirerek bir teşhise varması ve sonuç olarak da duruma en

¹⁰⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E.1991/28, K.1991/28, 14.10.1991., Bkz. **Savaş** (hekimin sorumluluğu) s. 189.

¹⁰⁵⁷ **Ayan**, s. 67.; **Hakeri**, s. 348.; **Polat**, s. 46.; **Demir**, (kurultay) s.159.

¹⁰⁵⁸ BGE 120 Ib 411, 413.; BGE 115 Ib 175, 184, BGE 105 II 284, 285.

¹⁰⁵⁹ **Giesen**, (çev:Özdemir) s. 222.

uygun tedavi yöntemini seçmesi, birbiriyle bağlantılı ve son derece önemli aşamalardır. Herhangi bir aşama da eksiklik, bilgisizlik, özensizlik ya da beceriksizlik var ise hatalı bir tedavi nedeniyle hastanın zarar görmesi söz konusu olabilecektir¹⁰⁶⁰. Örneğin, hekimin öykü alma konusundaki özensizliği nedeniyle hiç tedavi yapılmaması ya da gerekli tedaviye geç başlanması sonucu hastanın telafi edilemez kayıplar yaşaması – örneğin gözünün kör olması, bir uzvunun kesilmesi, hastalığın müdahale edilemez aşamaya gelmesi hatta ve hatta hastanın hayatını kaybetmesi gibi durumlar tedavi hataları olarak kabul edilmektedir.

Tedavi hataları çok değişik şekillerde söz konusu olabilir. Bunlardan bazılarını şu şekilde sınıflandırabiliriz:

a. Müdahale Yapılmaması

Gerekli olan tıbbi müdahalenin hiç yapılmaması, çok erken¹⁰⁶¹ ya da geç¹⁰⁶² yapılması en temel tedavi hatalarından biri olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁶³. Tıbbi müdahalelerde doğru zamanda, doğru tedavinin, doğru kişiye, doğru şekilde yapılması çok önemlidir. Hekimin, istisnai ve özel durumlar için geçerli olsa da, ameliyatı genişletmesini gerektiren, çok önemli ve hayati belirtilere rağmen ameliyatı sonlandırması da tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilebilir¹⁰⁶⁴. Ancak,

¹⁰⁶⁰ Örnek olaylar için Bkz. **Civaner / Okuyan Amato**, s. 58. vd.

¹⁰⁶¹ Clark v. MacLennan (1983) 1 ALL ER 416. (doğum sonrası erken dönemde vagen ön duvarının onarılması), **Giesen** (international) s. 135.

¹⁰⁶² Hotson v Fitzgerald (1985) 3 ALL ER 167, **Giesen** (international) s. 135.

¹⁰⁶³ **Hakeri**, s. 350.

¹⁰⁶⁴ Bu yönde bir karar için bkz. LG Mannheim, 30 Jan 1981 VersR 1981, 761, **Giesen** (international) s. 135

bu istisnai bir durumdur ve uygulanması gereken genel kural daima hekimin hastasının rızasını almadan ameliyatın kapsamını genişletmemesidir¹⁰⁶⁵.

Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu olay da hekim “...*trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen kişi, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor... ve hemşire....’nin uzun süre geçmesine rağmen, zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile hasta da gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle ...*” ölüme sebebiyet vermekten sorumlu tutulmuşlardır¹⁰⁶⁶. Yüksek Sağlık Şurasının 22.4.1996 tarihli raporunda, doğru teşhis ve tedavi yapılmadan hastaneden erken taburcu edilen mağdurun tedavi edilmeyen bacağıının kesilmesi gerektiği.... uzuv kaybının doktorun eksik teşhis ve yanlış tedavisinden kaynaklandığı belirtilmiştir¹⁰⁶⁷.

Diğer yandan, dünyaya gelmesi arzu edilmeyen sağlıklı ya da sağlıksız bir çocuğun doğumu¹⁰⁶⁸; gebeliğin önlenibilme fırsatının yitirilmiş olması; tedavi olma ya da yaşama şansının yitirilmiş olması¹⁰⁶⁹ vb. durumlarda da hekimin, gerekli müdahaleyi, gerektiği zamanda yapmaması nedeniyle ortaya çıkan tıbbi uygulama hataları söz konusudur.

¹⁰⁶⁵ Bu yönde karar örnekleri için bkz. BG 12 Jan 1982 BGE 108 II 59 (62).; Reibl v. Hughes (1980) 14 CCLT 1 (SCC, Loskin CJC at 13), **Giesen** (international) s. 135.

¹⁰⁶⁶ **Yarg.** 4.CD., 11.2.2004 T., 2003/1064 E., 2004/2055 K., Bkz. **Savaş**, (hekimin sorumluluğu) s.187 vd.

¹⁰⁶⁷ **Savaş**, (hekimin sorumluluğu) s.188 vd.

¹⁰⁶⁸ **Büyüksağış**, (zarar) s. 351 vd. ve 382 vd.; Dünyaya gelmesi istenmeyen çocuk için kullanılan “*wrongfull birth*” kavramı ve açıklamalar için bkz. **Van Dam**, s. 249.

¹⁰⁶⁹ **Büyüksağış**, Erdem: “*Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*” AÜHFD. Cilt: 54., Sayı: 4, Ankara 2005. s. 129 vd.; Ayrıca bkz. **Abik**,Yıldız: “*Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı*”, AÜHFD., Cilt:54, S.3, Ankara 2005.

b. Eksik Ön Muayene ve Yetersiz Hasta Öyküsü Alma

Hastanın, genel sağlık durumunun yanında özellik arz eden yapısının da tanınabilmesi açısından, öncelikle öyküsünün alınması ve teşhise yönelik muayene edilmesi son derece önemlidir. Tanıyı koyabilmedeki en basit ancak en önemli öğelerden biri hastanın etkin ve detaylı anamnezini almak, bu bilgilerden yola çıkarak semptomları (belirtileri) birleştirebilmektir. Bu konuda, özenli, dikkatli ve becerikli olunmadığı takdirde, yanlış bir tanı konulması söz konusu olacaktır¹⁰⁷⁰. Hekim, sadece hastadan duyduklarına göre hareket etmemelidir ama, duyduklarını da tamamen göz ardı etmemelidir¹⁰⁷¹. Örneğin, hekim hastayı, ailesinde şeker hastalığı ya da tansiyon problemi olup olmadığı yolunda sorguladığında ve olumsuz yanıt aldığında, yine de tedbirli olması, gerekiyor ise tetkik ve araştırmalar ile hastadan aldığı bilgileri teyit ederek, müdahalede bulunması gerekir. Önemli sonuçlar doğurabilecek durumlarda, hekimin sadece hastanın verdiği bilgiye güvenerek tıbbi müdahalede bulunmasının ya da bulunmamasının bir zarara sebep olması halinde, hekim sorumlu olabilecektir.

Aynı şekilde, olumsuz sonuçların meydana gelmemesi ve hastanın zarar görmemesi için tedaviye başlamadan önce bazı testlerin de yapılması gerekebilir; penisilin ya da alerji testi¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ Yıldırım, s. 72.

¹⁰⁷¹ Giurelli v. Girgis (1980) 24 SASR 264 (White J.): “hekimin hastayı dinlememesi ve ifade etmeye çalıştığı belirtiler (semptomlar) üzerinde yeterince araştırma yapmaması hekimin ihmali olarak kabul edilmiştir”.; Schwartz v. United States, 230 F Supp.536 (ED Pa 1964) “Hekimin, önemsemediği ve dikkate almadığı hastalık şikayetlerinin daha sonra kanser teşhisi ile neticelenmesi, hekimin tıbbi uygulama hatasıdır.” **Giesen** (international) s. 127.

¹⁰⁷² Robinson v. Post Office (1974) 2 ALL ER 737 CA, **Giesen** (international) s. 134.

c. Hastanın Vücudunda Yabancı Madde Unutulması

Cerrahî amaçlı tıbbi müdahaleler sonrasında, hastaların vücutlarında sargı bezi, tampon, pens, sünger gibi ameliyatta kullanılan alet veya malzemelerin unutulması, sadece ülkemizde değil tüm dünyada mahkemelere yansıyan olaylarda görülmektedir¹⁰⁷³. Bu tür durumlar, hastanın ölümüne bile sebep olabilecek maddi manevi zararlara neden olan olaylardır. Bazı hekimler tarafından bu durum, şanssızlık olarak değerlendirilmekte ve çok tecrübeli ve özenli hekimlerin bile başına gelebileceği savunulmaktadır¹⁰⁷⁴. Bazı hekimler için ise, bu sorun ciddi olmakla birlikte basit bir şekilde çözümlenebilir. Eğer ameliyatın başında ve tamamlanmasından önce kullanılan malzemenin –sargı bezi, tampon ve diğer aletlerinin – sayımı yapılırsa bu sorun ortadan kalkabilir¹⁰⁷⁵. Bu nedenler de hastanın vücudunda yabancı madde unutulması hekimin özensizliği, dikkatsizliği ve kusuru olarak değerlendirilebilir. Yargıtay’ın bu konudaki görüşü de aynı yöndedir: “*Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibariyle, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen*

¹⁰⁷³ Giesen (international) s. 139 vd.

¹⁰⁷⁴ Bkz. **Hakeri**, s.352.; “...Mahkemenin talimatı ile önüne getirilen dava dosyasını inceleyen Yüksek Sağlık Şurası, 19 Kasım 1975 günlü kararı ile *ameliyat sırasında vücutta gazlı bez unutulması nadirde olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatların görülebilen ihtilaflarındandır. Bu itibarla ameliyat sahasında gaz tamponu bırakan Op.Dr...’ya atfı kabil bir hata yüklenemez.*” Şeklinde görüş bildirilen bilirkişi raporuna dayanılarak red edilen dava, temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından bozulmuştur. **Yarg.** 13.H.D. T.14.2.1983, E.1982/7237, K.1983/1783, www.kazanci.com (erişim tarihi: 24.04.2006)

¹⁰⁷⁵ **Polat**, s. 190.

zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul edilmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır... ”¹⁰⁷⁶

Hastanın dolaşım sisteminde bir kataterin kaybolması¹⁰⁷⁷, böbrek taşı ameliyatında cerrahi bıçağının hastada unutulması¹⁰⁷⁸, hastanın karnında iğne unutulması¹⁰⁷⁹, hastanın safra kesesinde klips unutulması¹⁰⁸⁰, hastanın midesinde maşa unutulması¹⁰⁸¹ ve hastanın karnında 152.4 mm uzunluğunda kelly pensi denen bir aletin unutulması 5 yıl sonra bulunması¹⁰⁸² gibi olaylar cerrahi müdahalelerde çoğunlukla hekimin sorumluluğu ile sonuçlanmaktadır. Ancak hasta, belli bir zaman dilimi içinde farklı hekimlere birden fazla ameliyat oldu ise ve hastanın vücudunda unutulan aletin hangi ameliyat esnasında unutulduğu tam olarak belirlenemedi ise, hekim –illiyet bağının kurulamaması nedeniyle sorumlu olmaktan kurtulabilir¹⁰⁸³.

d. Teşhise Yönelik Gerekli Tetkiklerin Yapılmaması

Hekimin, hastasının sağlık durumunu belirleyebilmesi bazı durumlarda, belli tetkiklerin yapılmasına bağlı olabilir. Bu tetkiklerin sonuçlarına göre teşhis

¹⁰⁷⁶ **Yarg.** 13.HD., E.1982/7237, K.1983/1783, T.14.3.1983, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 24.4.2006)

¹⁰⁷⁷ Mc Laughlin v. Rush – Presbyterian St Luke’s Medical Center).

¹⁰⁷⁸ City of Somerset v. Hart, 549 SW2d 814 (Ky 1977).

¹⁰⁷⁹ Tramutola v. Bortone, 288 A2d 863 (NJ Super 1972).; Jackson v. United States, 182 F Supp. 907 (D Md 1960)

¹⁰⁸⁰ Flanagan v. Mount Eden Hospital, 301 NYS2d 23 (1969).

¹⁰⁸¹ Melnyk v. Cleveland Clinic, 290 NE2d 916 (Ohio 1972).

¹⁰⁸² Gloning v. Miller (1953) 10 WWR 414 (Alta SC).; aynı tür de bir başka olay için bkz. Mc Cluskey v. Thranow, 142 NW2d 787 (Wis 1966).

¹⁰⁸³ Örneğin, bir olayda 1961 yılında hastanın karnında bulunan aletin 1944 ve 1959 yılları arasında yapılan hangi operasyonda kaldığı tespit edilememiştir. Radclyffe v. Rennie (1965) SCR 703.; Aynı şekilde, hastanın karnında kalan laparatomy paketinin daha önce olduğu dört ameliyattan hangisinde kaldığı belirlenememiştir. Clinard v. Pennington, 438 SW2d 748 (Tenn App 1969).

koyulabilir ve uygun tedavi yöntemi tespit edilebilir. Hekim, gerekli ve belirleyici olduğu halde örneğin, tomografi, MR, ultrason, syntigrafi gibi radyolojik incelemeleri hiç istememiş ise, hasta da mevcut olan hastalıkların ya da özel durumların tespit edilememesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Örneğin, tedaviye başlanmadan önce alerji ya da tetanaza karşı test yapıp yapılmaması doğuracağı sonuçlar açısından farklı olacaktır¹⁰⁸⁴.

e. Yanlış Tedavi Yöntemi, Yanlış İlaç Seçme veya Uygulamayı Yanlış Yapma

Hukuki kurallara ve etik ilkelere göre, hekim hastasına uygulayacağı tedavi yöntemini seçmede mesleki bilgi ve vicdani kanaatine göre serbest olsa da, prensip olarak hekim hastası için en az tehlikeli ve en faydalı yöntemi seçmelidir¹⁰⁸⁵. Hekim durumun özelliklerine göre gerekli tedbirleri almak ve hastasını riskler konusunda geniş şekilde aydınlatarak rızasını elde etmek kaydıyla, daha az denemiş ancak hastasına daha fazla fayda sağlayabileceği bir tedavi yöntemini de seçebilir (TDN.m.10). Ancak örneğin ilaç tedavisi ile iyileşebilecek bir hastalık için son çare olan cerrahi müdahaleye öncelikle başvurulması durumunda tıbbın tanınan ve kabul edilen ilkelerine uyulmadığı kabul edilebilir¹⁰⁸⁶.

Hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle, sorumluluğunu doğuran önemli bir başka konu da ilaçlar ile ilgili yapılan hatadır¹⁰⁸⁷. Tedavi için uygun ilacı yanlış

¹⁰⁸⁴ Robinson v. Post Office (1974) 2 ALL ER 737 CA., **Giesen** (international) s. 134.

¹⁰⁸⁵ **Ayan**, s. 66.

¹⁰⁸⁶ **Hancı**, (malpraktis) s.103.; Örneğin, British Columbia Law Reports da yayımlanan bir yüksek mahkeme kararında , hastaya gereksiz yere mastectomy (memenin alınması ameliyatı) yapılması, hekimin tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmiştir: Down v. Royal Jubilee Hosp. (1980) 24 BCLR 296 (SC).

¹⁰⁸⁷ Farmakolojik hata olarak da ifade edilen ilaç kullanımına yönelik hatalar için bkz. **Demir** (AÜHFD) s. 244. ; **Soyaslan**, (ilaçla tedavi) s. 230 vd.; **Ünver**, (endikasyon) s. 55 vd. ; İlaç komplikasyonları ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Öztürkler**, s. 410 vd.

uygulama, doz miktarında yanılma¹⁰⁸⁸, deri içi yerine altına enjeksiyon, konulan teşhis ve tanıya rağmen tamamen yanlış bir ilacın seçilmesi gibi durumlarda, tıbbi uygulama hatalarına örnek olarak verilebilir¹⁰⁸⁹. Yabancı mahkeme kararında yer alan bir olayda, ilaç üretici firmanın “pediatrik kullanım için uygun değildir” uyarısına rağmen, hekimin penicilin ve streptomycin ilaçlarını, yetişkinlere verilen dozun %75 azını çocuk hastasına uygulaması sonucu kalıcı sinir zedelenmesine neden olması, hekimin tıbbi uygulama hatasının bir sonucudur¹⁰⁹⁰. Uygulamanın yanlış yapılması ile ilgili olarak ,en çok görülen olaylardan biri de, kanser hastalarına uygulanan yüksek doz radyasyon nedeniyle zarar görmeleridir¹⁰⁹¹.

Tıbbi müdahale yapılırken, hastanın sağlıklı organlarına zarar verilmesi de, ciddi sonuçlar yaratan tıbbi uygulama hatalarıdır. Örneğin enjeksiyon ile uygulanan bir kemoterapi tedavisinde iğnenin hastanın koluna batması ve ilacın dokulara geçmesi nedeniyle kolun zarar görmesi, bu nedenle hastanın birçok ameliyat olması durumunda Kanada Yüksek Mahkemesi hekimin kusurlu olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁸ Reynard v. Carr (1983) 30 CCLT 42, 49 (BCSC), **Giesen** (international) s.133.

¹⁰⁸⁹ **Hancı**, (kötü uygulama) s. 308. ; Örneğin, hekimin, hastasını hiç görmeden telefonla ilaç tedavisine girişmesi, ilaçla ilgili olarak kullanım ve uygulama dozlarını araştırmadan reçete etmesi, kullanım alanı dışında, yüksek ya da düşük dozda ilaç kullanılması yolu ile yapılan uygulamalar açısından, tıbbî özen yükümünün ihlali gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Bkz. **Demir**, (AÜHFD) s. 244.

¹⁰⁹⁰ Koury v. Follo, 158 SE2d 548 (NC 1968).; İlaçların uygulanması gerekenden yüksek dozda verilmesi de hastaların bazen ölümle dahi sonuçlanabilecek şekilde zarar görmesine neden olabilmektedir. Örneğin, novocaine yerine adrenalin enjekte edilen iki hasta hayatını kaybetmiştir: Budgen v. Harbour View Hosp. (1947) 2 DLR 338 (NS SC).; Pollard v. Chipperfield (1952) 7 WWR 596 (Sask CA).; Aynı şekilde yüksek dozda verilen ilaç nedeniyle beyinde hasar oluşması: Talcott v. Holl, 224 SO2d 420 (Fla App 1969). Diğer kararlar için bkz. **Giesen** (international) s. 141.

¹⁰⁹¹ Stein v. Baum, 232 NE2d 96 (III.App 1967); Quinlan v. Gudes, 140 NW2d 782 (Mich App.1967)

¹⁰⁹² Arnold v. Bonnell (1984) 55 NBR2d 385 (NB QB).; Aynı tür kararlar için bkz. Marrero v. Goldsmith, 486 SO2d 530 (Fla 1986).; Hoven v. Rice Men Hosp. 386 NW2d 752 (Minn App 1986).; Schaffner v. Cumberland County Hosp. 326 SE2d 116 (NC App 1985).

f. Yanlış organın ya da hastanın ameliyat edilmesi

Sağ böbrek yerine sol böbreğin alınması, göz ameliyatı olması gereken hastaya rahim ameliyatı yapılması¹⁰⁹³ elbette tıbbi hataların en ürkütücü olan örnekleridir. Ancak, ne yazık ki, bu tür ameliyat hataları hiç de azımsanamayacak sıklık ve sayıda gerçekleştiği için, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Ekim 2004 yılından itibaren hasta güvenliğini üzerine çalışmalara başlamıştır. Araştırma sonuçları göstermektedir ki, belirli tıbbi standartlara uyulması halinde, ameliyatlarda sonucunda ortaya çıkan birçok komplikasyon ve ölüm olayının önüne geçilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, Dünya Sağlık Örgütü tarafından organize edilen ve ameliyatlarda riskleri azaltmayı hedefleyen en son proje kapsamında “*Güvenli Ameliyat Hayat Kurtarır*” sloganı ile ameliyat yapan ekiplere yönelik olarak bir denetim listesi hazırlanmıştır¹⁰⁹⁴. Ameliyat sonrasında yaşanan olumsuzluklar daima hekime yükletiliyorsa da, bu projeler kapsamında Dünya Sağlık Örgütü tarafından da vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinde başarının sırrı ekip çalışmasından geçmektedir. Hekimin sorumluluğunun yanı sıra, anestezi uzmanı, hemşire, sağlık teknisyenleri ve ameliyatta görev alan herkesin bunun yanı sıra, alt yapı koşullarının,

¹⁰⁹³ “*Rahminde kist bulunan Ü.B. ile gözünde katarkt bulunan S.K. aynı anda ameliyathaneye getirilmesiyle hatalar zinciri başladı. İki hasta yan yana sedyelerde yatıyordu. Kılınc’ın üzerine yanlışlıkla Ü.B.nin, Ü.B.nin ise S.K.nin dosyası koyuldu. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla anestezi uzmanı, belli ki adını dahi sormadan S.K.yı ameliyata aldı. Onun rahmi çıkarılırken, göz doktorları Ü.B.nin kendi hastaları olmadığını fark ettiler. Servislerde hastayı aramaya başladılar. Sonunda S.K.yı buldular ama artık çok geçti, 55 yaşındaki kadın rahminden olmuştu. Cerrah ve anestezi uzmanı hakkında soruşturma başlatıldı. Hiç değilse bundan sonra benzer olayların önüne geçmek için hastalara bileklik takılması kararı alındı.*” Mesude Erşan, **Hürriyet Gazetesi**, 3 Ağustos 2008.

¹⁰⁹⁴ Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organisation) verilerine göre, dünyada bir yılda 234 milyon ameliyat yapılmaktadır. Gelişmiş ülkelerde ameliyatlarda komplikasyon görülme sıklığı %3-16 ve bunların %4-8’i kalıcı bir sakatlık veya ölümlle sonuçlandığı belirtilmektedir. Bu rakamlar gelişmekte olan ülkelerde daha da yüksek bir oranda %5-10 arasında ifade edilmektedir. “*Güvenli Ameliyat Hayat Kurtarır*” sloganı ile yürütülen projede, ameliyat ekipleri tarafından yeni denetim listesinin uygulandığı 8 pilot bölgede, ameliyat risklerinin %50’ye varan oranda azaldığı görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.who.int/patientsafety/en/>

ameliyatın yapıldığı kurumun durumunun ya da çalışma şartları gibi faktörlerinde sonuçta etkili olduğu kabul edilmektedir.

Gerekli dikkat ve özenin, gösterilmemesi sonucu yanlış organların alınması, hastalar açısından geri dönüşü olmayan zararlara neden olabilmektedir. Örneğin: “...Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirilmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeden, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözünde zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün kör olduğu...”¹⁰⁹⁵. Bir başka olayda da: “N.,devlet hastanesi dış polikliniğinde dış tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın dış çektirmek üzere kendisine başvuran ...S’nin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V no.lu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V no.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde....”¹⁰⁹⁶.

g. Kontrol, Gözetim ve Tedavi Sonrası Bakım Hataları

Hekim uyguladığı tedavinin ya da gerçekleştirdiği cerrahi müdahalenin başarısını ya da başarısızlığını kontrol altında tutmak ve takip etmek zorundadır ki, bu da kendisine yüklenmiş olan mesleki özen yükümünün bir gereğidir. Örneğin,

¹⁰⁹⁵ **Yarg.** 2.CD., 24.4.1996 T., 1996/4493 E., 1996/4682 K., Bkz.**Savaş**, (hekimin sorumluluğu) s.186.

¹⁰⁹⁶ **Yarg.** 4.CD., 12.11.2003 T., 2002/28399 E., 2003/11352 K., Bzk. **Savaş** (hekimin sorumluluğu) s.186.

hekim riskli hamilelik olarak sınıflandırdığı hastasını, bu durumun gerektirdiği yoğunlukta bir özen ve dikkat ile takip göstermek zorundadır¹⁰⁹⁷.

Yargıtay bir kararında “...Somut olayda hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr.A. ’nın davacının annesi olan S. ’nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır.”¹⁰⁹⁸.

Tedavi sonrasında uygulanmak üzere, hekim tarafından hastaya verilmesi gereken bilgiler ve yapılması gereken önemli uyarılar olabilir. Hekim, bunları eksiksiz yerine getirmekle yükümlüdür ancak hastanın da bu konu da aktif katılımına ve işbirliğine ihtiyacı vardır. Örneğin, hastanın yapması ya da yapmaması gereken fiziksel hareketler, uygulaması gereken diyet, düzenli kontrole gelmesi gibi. Diğer yandan, hekimlerin ilaçları denetlemek gibi bir yükümlülükleri olmasa da, önerdikleri ve reçeteye yazdıkları ilaçlar ile ilgili bilgiyi hastalarına sağlamaları gerekir¹⁰⁹⁹. Örneğin, hastanın özel durumu ile ilacın etkisi ya da birden fazla ilaç kullanılacak ise bunların birbirleri ile etkileşimleri konusunda hekim dikkatli ve uyarıcı olmalıdır.

Yargıtay bir kararında bu konuyla ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “Çocuk olan hastanın, yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen

¹⁰⁹⁷ Edmison v. Boyd (1985) 62 AR 118 (Alta QB) Olayda hamile kadın çok kilolu olması, çok kısa boylu (cüce) olması ve çok düşük yapmış olmasına rağmen hekim tarafından bu riskler nedeni ile daha dikkatli ve daha özeni takip edilmemiş ve sonuçta bebek spastik rahatsızlıklar ile dünyaya gelmiştir.

¹⁰⁹⁸ **Yarg.** 13.HD., E.2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005, <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹⁰⁹⁹ **Soyaslan**, (ilaçla tedavi) s. 335.

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 hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.”¹¹⁰⁰.

Hekimin sorumluluğunu gerektiren ve ilaçlarla ilgili tedavi hatalarına, hekimin hastasına yanlış ilaç vermesi; hastaları karıştırarak başka bir hasta için önerilen bir ilacın bir diğer hastaya enjekte edilmesi¹¹⁰¹; yanlış doz önerilmesi ...vb. olaylar örnek olarak verilebilir.

Yargıtay’ın 2006 tarihli bir kararında da; “ Davacı yüzündeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora başvurmuş, davalı doktor da, kişinin sağlığına zarar verecek biçimde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulayarak, davacının yüzünde sert modüller oluşmasına, göz kapağının düşmesine, kırışık ve izlerin derinleşip yenilerinin eklenmesi suretiyle büyük ağrı ve ızdırap çekmesine neden olmuştur. Bu yüzden davalı doktor ortaya çıkan zararın tamamından sorumludur.”¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ **Yarg.** 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005, <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹⁰¹ “Hastaya yanlış ilaç enjekte edilerek, ilgilinin parmağının kangren olması nedeniyle kesilmesine sebep olan idarenin sağlık hizmetinin kusurlu olduğu, uğranılan zararın tazmini gerektiği...” 1997 tarihli bir Danıştay kararında da yer almıştır. **Danıştay** 10.HD., 08.12.1997, 2121/5476.

¹¹⁰² **Yarg.** 13.HD. 13.04.2006, 905/5549, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 13.08.2008)

3. TIBBİ MESLEK KUSURU KAVRAMI

Meslek kusuru (*Kunstfehler*) kavramı, doktrin ve içtihat tarafından geliştirilen ancak üzerinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü tartışmaların konusu olmaya devam eden bir kavramdır¹¹⁰³.

Hekimlik mesleği açısından, tıbbın gelişmişlik seviyesine göre zarar verici bir sonuç doğuran ya da doğurma ihtimali olan her eylem hekimin meslek kusuru olarak değerlendirilebilir. Daha açık ifade etmek gerekirse, hekim bir *yapma* eylemi ile tedaviye yönelik olmayan ya da tıbbi açıdan kabul görmüş ilkelerin dışına çıkarak bir uygulama yapmış olabileceği gibi; bir *yapmama* eylemi ile tıbbi açıdan zorunlu olarak uygulaması gereken bir tedaviyi ya da müdahaleyi yerine getirmeyerek bir meslek kusuru işlemiş olabilir. Bir başka açıdan da, meslek hatası tıbbi bilgi seviyesine göre gösterilmesi gereken özenin gösterilmemiş olması nedeni ile tedavinin hatalı olmasını ifade etmektedir¹¹⁰⁴.

Meslek kusuru ile ilgili olarak genel kabul görmüş tanım ise, “*meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder*”. Hekim, *tıp biliminin ve uygulamasının genel olarak kabul edilmiş kurallarını, yeterince dikkatli ve özenli olmadığı için ihlal ederek çiğnedi ise meslek kusuru işlemiş demektir*”¹¹⁰⁵ şeklinde ifadeler ile yapılmıştır. Meslek kusuru aslında objektif özen

¹¹⁰³ Meslek kusuru için, Alman doktrininde, tedavi hatası (*Behandlungsfehler*), hekim hatası (*Arztfehler*), ya da meslek hatası (*Berufsfehler*) gibi ifadeler de kullanılmaktadır. Bkz. **Kuhn**, Moritz: “*Ärztliche Kunstfehler*” SJZ 1987, s. 353-364.; “*Der ärztliche Behandlungsfehler*” **Giesen** (arzthaftung), s. 57 vd.; “*(Kunstfehler) Behandlungsfehler*” **Roggo**, s. 56 vd.; “*Kunstfehler*” **Ott**, s.121 vd.; “*Kunstfehler/Behandlungsfehler*” **Wiegand** (arztvertrag) s. 96.; **Ayan**, s. 104.

¹¹⁰⁴ Görüşler için Bkz. **Ayan**, s. 105.; **Şenocak**, (hekim) s. 83 vd.; **Giesen**, (Arzthaftungsrecht) s.97 vd.

¹¹⁰⁵ Meslek kusurunun bu şekilde tanımlanması ve ifade edilmesi 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için **Ayan**, s.105.; **Şenocak**, (hekim) s. 83.

yükümünün ihlali ile aynı anlama gelmektedir. Ancak özen gösterme yükümüne aykırılık, bir de sorumluluğa yol açabilecek şekilde kusurlu olarak tespit edilmektedir¹¹⁰⁶. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı da hareket ediyor demektir; ancak hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Hekimin davranışının kınanabilir yani kusurlu olup olmadığı da araştırılmalıdır¹¹⁰⁷.

Hangi şekilde ifade edilirse edilsin, meslek kusurunun söz konusu olabilmesi için, her durumda tıp bilimin genel olarak kabul edilmiş kurallarına aykırı gelen bir davranışın varlığı gerekir. Bu durumda, meslek kusuru kavramı, kendisini oluşturan iki unsurdan oluşmaktadır. Birincisi, *tıp biliminin genel olarak tanınmış kuralları*, ikincisi ise *tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılık* dır.

a. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınp Kabul Edilmiş Kuralları

Hekimler tıbbi faaliyetlerini yerine getirirken, gerek genel düzenlemelerde gerekse sağlık mevzuatında yer alan ve belli tür davranışları emreden hukuk kurallarına uymak zorundadırlar. Ancak, bunun yanı sıra bilimsel açıdan genel kabul görmüş tıp kurallarına¹¹⁰⁸ da uygun davranma yükümü altındadırlar. Tıp, bir meslek ve bir sanat olmasının yanı sıra bilimsel uygulamalı bir etkinliktir. Bu nedenle amacını gerçekleştirmek için bilimin bütün dallarındaki bilimsel bilgileri ve bilimin

¹¹⁰⁶ **Ayan**, s. 107 vd.; *Demir*'e göre hekimin hem teşhis hem de tedavi aşamalarında sergilediği bir tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği, sonuçta bir tıbbi meslek kusuru (malpraktis) olarak kabul edilmekte, bu da tıbbın kötü uygulanması anlamına gelmektedir. Ayrıntıları için bkz. **Demir**, (kurultay) s. 156.

¹¹⁰⁷ **Ertaş**, s. 186 vd.

¹¹⁰⁸ Tıp biliminin genel olarak tanınp kabul edilmiş kuralları yani denenmiş ve bilinen meslek kuralları tıbbi standart olarak ifade edilmektedir. Bkz. § 11.IV.B.2.a.

yöntem bilgisini kullanan teknik bir disiplindir¹¹⁰⁹. Diğer yandan, tıp bilimi sürekli gelişme içinde olan dinamik bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla, geçerliliği tartışmalı olan ve henüz genel olarak kabul görmemiş kurallar olabileceği gibi bir hastalık ya da tedavi yönteminin pek çok farklı açılım ve uygulaması da mümkün olabilir. Bu nedenle, tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edebilmek için, bu kuralın hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer durumlarda sürekli uygulanıyor olması gerekir¹¹¹⁰.

Hekimler, uygun buldukları tedavi yöntemlerini –bir anlamda araç ve metotları¹¹¹¹-mesleki bilgi ve vicdani kanaatlerine göre özgürce seçebilme hakkına sahiptirler¹¹¹². Diğer yandan her tür hastalık, tedavi, tıbbî müdahale açısından farklı yaklaşımlar ya da ekolleri benimsemeleri de mümkündür¹¹¹³. Somut olayın özelliklerine, hastanın genel durumuna göre en uygun tedavinin hangisi olabileceğini en doğru değerlendirecek kişi hekimdir. Hekimin bu alandaki değerlendirme ve seçme hakkın elinden alınması, tıp biliminin gelişmesine ve ilerlemesine de zarar verir.

Belli durumlar da hekim, tıp bilimi tarafından daha az kabul görmüş, yaygın bir uygulamaya kavuşmamış ama somut olayın özelliklerine göre hastaya yarar sağlama şansı daha yüksek olan bir yöntemi de seçebilir. Hekimin, yeteri kadar yaygın uygulaması olmayan ama meslekî bilgi ve vicdanî kanaatine göre hastasına daha yararlı olacağını, iyileşme şansını artıracığını düşündüğü bir tedavi yöntemini

¹¹⁰⁹ Çobanoğlu, s. 13.

¹¹¹⁰ Ayan, s. 106.; Şenocak, (hekim) s. 84.; Doğan, s. 50.

¹¹¹¹ Aşçıoğlu, s. 82

¹¹¹² TDN m.6: “Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”

¹¹¹³ Giesen, (international) s. 133.

ya da cerrahi müdahaleyi tercih etmesi halinde hastasını ayrıntılı bir şekilde aydınlatmalıdır¹¹¹⁴.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2007 tarihli bir kararında, hekimin tedavi yöntemini seçme konusunda ki özgürlüğünü vurgulamış ve bu görüşünü: “...*Hekimin emin bir iyileşme yöntemi yerine, risk ve yarar dengesini objektif olarak gözetmesi kaydı ile mevcut özel duruma göre daha fazla iyileşme sağlayacağını düşündüğü bir başka yöntemi seçmesi mümkündür..... Ancak hekim uyguladığı yöntemin, tıbbi standartların dışında bir tedavi yöntemi olduğu ve etkinliği konusunda yeterli bilgi olmadığını hastasına açıklamak zorundadır. Hekim böyle bir durumda hastasının varsayımsal onamına dayanamaz.*”¹¹¹⁵ ifadeleri ile şekillendirmiştir.

Yargıtay’ın bu konuda yerleşmiş görüşü ise kararlara “...*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 tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve*

¹¹¹⁴ Tandoğan, (borçlar) s.417.; Aşcıoğlu, s. 83.

¹¹¹⁵ “*Hekim standardın dışında ve istatistiksel verileri yeterli olmayan yeni bir tedavi uygulaması yapmaktadır. Kaymış diskler, bir katater yardımı ile farklı ilaç karışımlarının spinal kanala enjekte edilerek tedavi edilmeye çalışılmaktadır. Uygulama sonucunda hastanın dayanılmaz ağrıları olmuş, hekim telefon ile ağrı kesici ilacın artırılmasını önermiştir. Ancak ağrılar devam edince, bu kez hekim –yine telefon ile- kataterin 1 cm. çekilmesini söylemiştir. Ağrılar sona ermiş ancak mesane ve bağırsaklar korkunç zarar görmüştür. Olayda bir tedavi hatası vardır. Ağrıların yeni tedavi yönteminden kaynaklandığı açıktır ve daha özenli ve dikkatli bir şekilde kontrol altında tutulması gerekir. Kaldı ki, hiçbir şekilde hekim yapılması gerekeni telefon ile belirtmemeli, hastasının bizzat görmeli ve incelemelidir. Ek olarak, hekim hastasına yeterli bilgi vermemiş olmaktan dolayı da sorumludur.” Bundesgerichtshof, 22.5.2007, VI ZR 35/06, Spickhoff, s. 10.*

hastalığın göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. ...” şeklinde yansıtmaktadır¹¹¹⁶.

b. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kurallarına Aykırılık

Hekimin, meslek kusurunun varlığından söz edebilmek için tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallarının çiğnenmesi ve *kusurlu* olarak bu kurallara aykırı davranmış olması gerekir¹¹¹⁷. Diğer bir ifadeyle, hekime meslek kusuru olarak yükletilen, bilinen ve kabul edilen tıp kurallarının yani tıbbi standartların ihlal edilmesi ile ortaya çıkan tıbbi uygulama hatalarıdır¹¹¹⁸.

Yargıtay 1974 yılında vermiş olduğu bir kararda, ifade etmeye çalıştıklarımızı şu şekilde dile getirmiştir: *“Bir meslek veya san’at erbabı, meslek ve sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi”* yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsiz sorumluluğu gerektiren bir kusur

¹¹¹⁶ **Yarg.** 13.HD. T.7.2.2005, E.2004/12088, K.2005/1728.; **Yarg.** 13.HD. T.25.4.2002, E.2002/2589, K.2002/4560.; **Yarg.** 13.HD. T.8.7.2005, E.2005/3645, K.2005/11796.; **Yarg.** 13.HD. T.6.7.2006, E.2006/5518, K.2006/11185.; **Yarg.** 13.HD. T.10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288.; **Yarg.** 13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; **Yarg.** 13.HD. T.6.3.2003, E.2002/13959, K.2003/2380.; “...Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeden belrileyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz...” **Yarg.** 13.HD.28.11.2005, E.2005/11159, K.2005/17474. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008); **Yarg.** 13.HD. T.9.4.2003, E.2003/711, K.2003/4255. www.kazanci.com (erişim tarihi: 13.07.2007).; “..hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır...” **Yarg.** 4.HD. T.7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/2541 www.kazanci.com. (erişim tarihi: 22.10.2007)

¹¹¹⁷ **Ayan**, s. 106.; **Şenocak**, s. 84.; **Aşçıoğlu**, s.83.

¹¹¹⁸ Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) kavramı için Bkz. § 11.IV. B.2.

sayılmaz. Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin bütün kuralları uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilmediğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu olmaz.”¹¹¹⁹.

4. YAN YÜKÜMLERİ İHLAL İLE İLGİLİ KUSURLAR

a. Genel Olarak

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi, sözleşme ilişkisinde alacaklının edim menfaatinin yanı sıra bir de korunma menfaati yer almaktadır. Edim menfaati, sözleşmenin konusunu teşkil eden asli edim yükümünün tam ve gereği gibi yerine getirilmesi ile sağlanabilirken, korunma menfaati edim menfaati dışında kalan değerlerine herhangi bir zarar verilmemesi ile mümkün olur. Hekimlik sözleşmesi için de bu durum geçerlidir. Hekimlik sözleşmesi içinde ifaya yardımcı yan yükümler olarak yer alan özen gösterme ve aydınlatılmış rıza alma yükümleri ile koruyucu yan yükümler niteliği taşıyan sadakat, sır saklama ve kayıtların tutulması yükümleri, hekim tarafından kusurlu olarak ihlal edildiği zaman sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacaktır.

Özellikle tıbbi özen yükümü, hekimin diğer bütün yükümlerini yerine getirmesinde ve bunların sınırlarının çizilmesinde belirleyici nitelik olup, hekimin sözleşme nedeniyle tazminat ödemesine neden olabilir¹¹²⁰. Hekimin somut olayda

¹¹¹⁹ **Yarg.** 13.HD. T.14.10.1974, E.1973/2637, K.1974/2492. www.kazanci.com (erişim tarihi: 02.07.2008).

¹¹²⁰ **Demir**, (kurultay) s. 155.

mesleki kusurunun olup olmadığı ve bu nedenle bir tıbbi kötü uygulamanın ortaya çıkıp çıkmadığı, hekimin gösterdiği özen ile tespit edilmeye çalışılmaktadır.

b. Hekimin Özen Gösterme Yükümü İhlali

Yukarıda ayrıntıları ile incelemeye çalıştığımız gibi, hekimlik sözleşmesinin en önemli yükümlerinden biri olan özen gösterme yükümüne aykırılık, hekimin tıbbî standartlardan sapan kusurlu davranışları olarak nitelendirilmekte ve bir tıbbî uygulama hatası (malpraktis) olarak sorumluluğunu doğurmaktadır. Hekimin özen gösterme yükümü, hem asli edim yükümünü hem de diğer yan yükümlerini ifa ederken dikkate alınması gereken bir yükümdür.

Hekimin özen gösterme yükümü, yargı kararlarında değişik ifadeler ile yer almakta ve vekil konumundaki hekime *vekaleti gereği gibi ifa etmemiş olma* hüküm ve sonucunu doğurmaktadır. Özellikle, 2000 yılından itibaren Yargıtay kararlarında, dava temeli vekalet sözleşmesi ve özen yükümüne aykırılığa dayandırılan davalarda, *titiz bir ihtimam ve dikkat göstermek, hem mesleki hem de hayat tecrübelerine göre özenli davranmak ve gerekli tüm tedbirleri almak* hekimin özen gösterme yükümünün ölçüsü olarak kabul edilerek ele alınmaktadır.

Yargıtay uygulamalarında yer alan aşağıdaki olaylar, hekimin özen gösterme yükümünün ihlali nedeniyle sorumluluğunu gerektirecek şekilde hükme bağlanmıştır: Burun rahatsızlığı nedeniyle yanlış ameliyat yapılarak damağın

delinmesi¹¹²¹; koltuk altındaki kitlenin alınması sırasında sinirlerinde kesilerek sol kolun felç olması¹¹²²; doğum sırasında çocuğun omuz sinirlerinin zedelenmesi ve sakat kalması¹¹²³; dış gebelik ihtimalinin araştırılmamış olması¹¹²⁴; ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyat ile ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmaması¹¹²⁵; doğum sonrası takip sırasında yapılan kontrollerde, başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlanmamış olması¹¹²⁶; hastanın göğsündeki kitleye müdahale etmek amacıyla işaretleme yapmak için kullanılan tel kancanın bir kısmının hastanın göğsünde unutulması¹¹²⁷; hastaya yazılan ilaçların mide kanaması geçirilmesine neden olup olmayacağının detaylı araştırılmamış olması¹¹²⁸.

c. Hekimin Aydınlatma Yükümü İhlali

Hekimin, hastasını aydınlatma yükümü, hekimlik sözleşmesinin önemli bir yan yükümüdür¹¹²⁹. Hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin geçerli olabilmesi, sağlıklı

¹¹²¹ **Yarg.** 13.HD., E.2002/2589, K.2002/4560, T.25.4.2002. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²² **Yarg.** 13.HD., E.2002/7925, K.2002/10687, T.15.10.2002. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²³ **Yarg.** 13.HD., E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²⁴ **Yarg.** 13.HD., E.2003/6060, K.2003/10174, T.16.9.2003. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²⁵ **Yarg.** 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²⁶ **Yarg.** 13.HD., E.2005/3645, K.2005/11796, T.8.7.2005. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²⁷ **Yarg.** 13.HD., E.2005/11159, K.2005/117474, T.28.11.2005. www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹¹²⁸ **Yarg.** 13.HD. E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006, YKD. Cilt:33, S.7, Temmuz 2007, s. 1307-1310.

¹¹²⁹ Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümü için Bkz. § 8. VI.

ve geçerli olarak rızasını açıklamış olmasına bağlıdır. Rızanın geçerli olabilmesi ise, hastanın öncelikle kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahalenin türü, konusu, biçimi, zamanı, sonuçları ve riskleri hakkında aydınlatılması ile mümkündür. Bu nedenle, aydınlatma yükümünün ihlal edilmesi, hastanın rızasının, sağlıklı bir iradeye dayanmadığı için geçersiz olmasına neden olur. Tıbbî müdahaleye rızanın, sağlıklı bir iradeye dayanmadığı durumlarda yapılan müdahale, hem hukuka aykırı bir haksız fiil hem de sözleşmesel yükümlere aykırı bir kötü ifa hali olarak kabul edilir. Hekim, bu nedenle, hastaya ve yakınlarına verilen zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir¹¹³⁰. Bunun ceza hukuku bakımından sonucu, hekimin yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulabilecek olmasıdır¹¹³¹. Özel hukuk açısından ise, hekimin aydınlatma yükümünü ihlal etmiş olması eğer bir zarara neden olmadı – örneğin hasta iyileşti ya da herhangi bir risk gerçekleşmeden ameliyat sonuçlandı – ise, herhangi bir tazminat ödeme sorumluluğuna neden olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, hastanın rızasına uygun müdahalenin yapıldığı, sağlığına kavuştuğu dolayısı ile herhangi bir zararın doğmadığı durumlarda, sorumluluğun şartları yerine gelmediği için tazminat talebinde bulunmak dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir¹¹³².

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 2008 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, hekimin henüz lisans almamış bir ilacı hastasına uygulaması sonucunda meydana gelen zarardan, hekimi “...uygulamayı ortaya çıkması muhtemel komplikasyonları açısından iyi takip etmediği; daha da önemlisi hastasını ilacın henüz lisanslı olmadığı ve bir takım bilinmeyen risklerin söz konusu olabileceği

¹¹³⁰ Demir, (AÜHFD) s. 242.

¹¹³¹ Hakeri, (aydınlatma ve rıza) s. 43.

¹¹³² Zeytin, (tedavi) s. 114.

şeklinde aydınlatmadığı gerekçesi ile...” sorumlu tutmuştur¹¹³³. Mahkemelere yansıyan olaylarda aydınlatma yükümünün özenle ve dikkatle yerine getirilmemesi özellikle tıbbi müdahalenin risklerinin önceden hastaya açıklanmaması hallerinde sıklıkla görülmektedir¹¹³⁴. Hekimin, teşhis ve tedavi ile ilgili yapılan tetkiklerin sonuçlarının hastaya bildirilmemesi gibi durumlar da aydınlatmanın *eksik* ya da *yetersiz* yapıldığı kabul edilmektedir¹¹³⁵.

TTB Yüksek Onur Kurulu, hekimin, aydınlatma yükümünü yerine getirmemiş olmasını kusur olarak kabul etmekte ve kurul kendisine yapılan şikayet başvurularında bu konuya ayrı bir önem vermektedir¹¹³⁶. Konu ile ilgili birkaç vaka şu şekilde ifade edilmiştir:

- 38 yaşında bekâr bayan hasta, kanamaları olduğu için hekime başvurur. Rahimde ur (myom) olduğu tespit edilerek, kendisine ameliyat önerilir. Kendisine verilen bilgi, tek bir myomun laparoskopik yöntemle çıkarılacağıdır. Kanama nedeniyle açık ameliyata geçilir ve kanama durmadığı için rahim tamamen alınır (histerektomi). Hasta rahminin alınmasından hiç bahsedilmediğini, bekâr ve çocuk sahibi olabilecek

¹¹³³ Davaya konu olan vaka, Amerika’da henüz lisans almış bir epilepsi ilacının hastaya uygulanarak, hastada tedavi edilemeyecek görme hasarına neden olması ile ilgilidir. İlaç hastaya uygulandığı sırada, birkaç Avrupa Birliği ülkesi dışında, ne Amerika da ne de Almanya da lisans almamıştı. Hekim, söz konusu ilacın henüz insanlarda görme bozukluğu yaratıp yaratmayacağını bilmediğini bilmekte idi. İlacın, hastaya uygulanmasından bir süre sonra, görme ile ilgili problemler başladı ve buna rağmen ilaç uygulamasına bir süre daha devam edildi. Bu durumda, Yüksek Mahkeme hekimin henüz lisanslanmamış bir ilaç ile hastasını iyileştirmeye çalışmasının yasak olmadığını ama tedavi sürecini özellikle de göz hasarı meydana gelebilme ihtimalini çok iyi takip-kontrol etme sorumluluğu altında olduğunu ifade etmiştir: “*Gerekli gözetimin yapılmaması bir hatadır. Dahası, hekimin kullanacağı ilacın lisansız olduğu ve bilinmeyen bir takım risklerin ortaya çıkabileceği konusunda hastasına yeterli bilgi vermediği belirlenmiştir...*” Bundesgerichtshof, 27.3.2008, VI ZR 55/05, **Spickhoff**, s.9-10.

¹¹³⁴ BGE 120 II 248, 249.; BGE 115 II 62, 65.; Chester v. Afshar 2004 UKHL 41.

¹¹³⁵ Truman v. Thomas, 27 Cal.3d. 285, 165 Cal. Rptr. 308, 611 P.2d 902, 905 (1980) Bkz. **Roggo**, s. 187.

¹¹³⁶ **Çelik**, s. 79 vd.

yaşıta olduğunu belirtir. Hekim, durumun bir komplikasyon olduğunu, hastanın hayatı için rahmin alınmasının kaçınılmaz olduğunu vurgular. Bilirkişi de, komplikasyon olduğunu teyit eder ve hekimin kusursuz olduğunu belirtir. YOK (Yüksek Onur Kurulu) da olayı komplikasyon olarak değerlendirir ve herhangi bir tıbbi uygulama hatası olmadığına ifade eder. *Ancak, hekimin hastayı ameliyat öncesinde komplikasyonlar ve olası sonuçları ile ilgili olarak aydınlatmadığı ve rahmin alınması için onamını almadığı, hasta yakınlarını dahi bilgilendirmediği gerekçesi ile kusurlu bulmuştur.*

- Hasta, her iki dizinde ağrı ve sorunlar ile ilgili olarak hekime başvurur. Sol diz ağırlıklı olmak üzere her iki dizde ameliyat gerektirecek eklem hastalığı saptanır. Hasta sol dizinden ameliyat olmak üzere uyutulur ancak kendisine geldiğinde sağ dizinden ameliyat yapıldığını görür. Yanlış dizinin ameliyat edildiğini söyleyen hastaya karşılık, hekim MR da her iki dizinde problemlili olduğunu görüldüğünü ve önce daha hafif arızası olan tarafı ameliyat etmenin mesleki seçimi olduğunu ifade eder. *YOK hekimin mesleki deneyimi nedeni ile böyle bir seçim yapmaya yetkisi olduğunu, ancak hastanın dosyasına tanı bölümünde sol diz yazıldığı ve bu konuda hastasına bilgi vermediğini veya eksik bilgi verdiğini dolayısı ile aydınlatılmış onamın gereklerini yerine getirmediğini belirterek hekimi bu gerekçe ile kusurlu bulmuştur.*

Yargıtay'ın da aydınlatma yükümünün ihlaline doktrinindeki görüşlere paralel bir önem atfetmeye başladığı görülmektedir. Yargıtay 13.HD. nin son kararlarının birinde, davanın başından itibaren hekim kusuruna yönelik olarak açılmasına ve

hekimin hiçbir kusurunun bulunmadığının belirlenmesine rağmen aydınlatma yükümünün ihlalinin ana tazminat nedeni olarak görülmesi önemlidir¹¹³⁷.

d. Hekimin Sadakat ve Sır Saklama Yükümü İhlali

Koruyucu yan yüküm niteliğindeki sadakat ve sır saklama yükümleri¹¹³⁸ sözleşme kurulmadan önce, sözleşme esnasında ve en önemlisi sözleşme sona erdikten sonra da devam eden yükümlerdir¹¹³⁹.

Hekim, hastasının kendisine gösterdiği güvenin sonucunda vücut bütünlüğü, sağlık ve yaşama hakkı gibi en üstün kişilik değerleri üzerinde tasarruf edebilme yetkisine sahip olmaktadır. Bu güvenin gereği olarak hastasına karşı dürüst davranma, onun güvenini sarsacak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle, serbest çalışan bir hekim sadece ücret almaya yönelik olarak, hastaya faydası olmayacağını bildiği bir tedaviyi uygulaması ya da böyle bir ameliyat yapmaya yönlendirmesi sadakat yükümüne aykırı bir davranış olacaktır. Hekim bu nedenle hastanın uğramış olduğu maddi-manevi zararı tazmin etme yükümü altındadır. Kanaatimizce özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleler için mümkün olduğu savunulmasına karşın, hekimin bir hastasını sonucun elde

¹¹³⁷ Guatr ameliyatı sonrasında, sesinde kalıcı bozukluk meydana gelen hasta hekime karşı maddi ve manevi tazminat davası açar. Bilirkişiler, meydana gelen ses bozukluğunun komplikasyon olduğunu belirterek, hekimi kusurlu bulmazlar. Dosyanın, daha sonra gönderildiği adli tıp uzmanı ise, hekimin tıbbi müdahale nedeniyle kusuru olmasa da, hastasını yeterince aydınlatmadığı için kusurlu olduğunu belirtir. Bu kez, hasta aydınlatma yükümünün ihlali nedeniyle tazminat talep eder ve mahkeme talep ile birlikte hekim hakkında tazminata hükmeder. Yarg.13.HD. de bu kararı yerinde bularak onaylar. Bkz. **Hakeri**, Hakan: “Yargıtay’ın Aydınlatma Konusundaki Son Kararın Sonuçları” (15.12.2008, Sayı: 410) www.medimagazin.com. (2.3.2009)

¹¹³⁸ Hekimin Sadakat ve Sır Saklama Yükümü için Bkz. § 8. IX.

¹¹³⁹ **Eren**, (borçlar) s. 41.

edilmesini yüzde yüz garanti eder tarzda aydınlatması ve bu şekilde tıbbi müdahaleye rıza göstermesini sağlaması da sadakat yükümüne aykırılık olarak değerlendirilebilir.

Hekimlik sözleşmesi nedeniyle, hastasının hatta yakın çevresinin özel ve koruma altındaki alanına girme ayrıcalığına sahip olan hekim, hastasına ait özel bilgileri yani sırları da saklama yükümü altına girer. T.C. Anayasası 20 inci maddesi ile koruma altına alınan sır saklama yükümü, hekimlik sözleşmesinin koruyucu bir yan yükümü olduğu kadar hekimlik mesleğinin de çok önemli etik değerlerinden biridir. Hasta sırları korunmalı ve kişisel verileri başkalarına verilmemelidir¹¹⁴⁰.

Kanaatimizce, serbest çalışan hekim sır saklama yükümü açısından daha da yoğun bir özen göstermelidir. Zira hasta, herhangi bir hastane ortamında birçok kişi ile (idari ve teknik personel, asistanlar, diğer uzman hekimler..vb.) karşılaşmak istemediği için de serbest çalışan hekime başvurmayı tercih etmiş olabilir. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, psikiyatrik sorunlarda, istenmeyen gebeliklerin sonlandırılmasında ya da AİDS gibi toplumdan dışlanmalarına neden olabileceği korkusu taşıdıkları bazı hastalıklarda durum böyle olabileceği gibi, hasta yakınlarının üzülmemesi ya da korkuya kapılmaması için de hastalığının bilinmesini istemeyebilir. Bu nedenle hastanın rızası alınmadan, sağlık durumu ile ilgili olarak hekimin hasta yakınlarına bilgi vermesi hekimin sır saklama yükümünün ihlali anlamına gelir.

¹¹⁴⁰ Hekimin Sır Saklama Yükümünün Hukuki Dayanakları için Bkz. § 8. C.2.; Örneğin, hekim, hastasının hekimlik sözleşmesi nedeniyle öğrendiği gizli bilgilerini, hastası aleyhine açılan davalarda, tanıklıktan kaçınma hakkına sahip olduğu halde, hastasına zarar vermek amacıyla açıklarsa, sır saklama yükümünü aykırı davranarak hastasının kişilik haklarını ihlal etmiş olacaktır. Bu nedenle hekim, hastasının uğrayacağı manevi zarar nedeniyle tazminat ödeme borcu altına girecektir. Bkz. **Demir**, (AÜHFD) s. 248.

e. Hekimin Kayıt Tutma Yükümü İhlali

Mesleğini serbest olarak icra eden hekim, hastası ile arasındaki sözleşme ilişkisi gereğince kayıt tutmak yükümü altındadır¹¹⁴¹. Kayıt tutma yükümü hekimlik sözleşmesinden doğan bir koruyucu yan yüküm olduğu kadar, hekimin mesleği gereği sahip olduğu bir yükümdür ki, yerine getirilmemesi halinde, hekim meydana gelebilecek her türlü zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır¹¹⁴².

Kayıt tutma yükümünün gereği gibi yapılması, hekimin mesleğini özenli bir şekilde yerine getirmesi ile de yakından bağlantılıdır. Yargıtay da kayıtların düzgün ve zamanında tutulmamasını, hekimin özen gösterme yükümüne aykırı davrandığının bir göstergesi olarak değerlendirmektedir: “....somut olaya baktığımız da, ameliyat sonrasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, ... dolayısıyla, ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur....”¹¹⁴³.

Hekimin kayıt tutma yükümünün bir başka fonksiyonu ise hekim ve hastası arasında çıkabilecek bir anlaşmazlık için ispat görevi görmesidir. Yüksek Sağlık Şurası’nın bir kararında¹¹⁴⁴ “Doktorun tıbbi tedavinin yararsızlığı nedeni ile verdiği operasyon kararı doğrudur. Ancak dosya da bu yargısına dayanak teşkil edecek ileri inceleme (BT, MR gibi) bulunamamıştır. Karar doğru olmakla birlikte hastanın eksik hazırlanması söz konusudur.” denilerek dosyada bulunmayan daha doğrusu kayıt

¹¹⁴¹ Hekimin Kayıt Tutma Yükümü ve ayrıntıları için Bkz. § 8. X.

¹¹⁴² Ayan, s. 95.; İpekyüz Yavuz, s. 108 vd.; Zeytin (tedavi) s. 110.

¹¹⁴³ Yarg. 13.HD., E.2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 07.02.2008).

¹¹⁴⁴ Bkz. Hancı, s. 39-40.

altına alınmamış olan tetkiklerin yapılmamış olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aynı şekilde, göğsünde hissettiği ağrılar nedeniyle hekime başvuran hastanın, EKG (kalp grafisi) çekildikten sonra olumsuz bir şey olmadığı söylenerek evine gönderilmesinden iki saat sonra kalp krizi geçirip ölmesi nedeniyle açılan davada, EKG çıktısını mahkemeye sunamayan hekim kayıt tutma ve bunları saklama yükümünü ihlal etmiş olacaktır. Böylece, davacı hasta iddiasını ispatlama imkanını kaybetmiş olsa da, hekiminin bu durumdan yararlanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹¹⁴⁵.

V. ZARAR

A. GENEL OLARAK

Zarar, bütün hukukî sorumlulukların temel koşulu olduğu için herhangi bir zararın meydana gelmemesi halinde sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, zarar, sorumluluğun ve tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur¹¹⁴⁶. Doktrin ve uygulamada zarar, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda tanımlanmaktadır. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında gerçekleşen eksilme olarak teknik anlamda maddi zararı yani malvarlığı zararını ifade ederken; geniş anlamda zarar, kişinin malvarlığında uğradığı zarar ile birlikte şahıs varlığında yani manevî varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵ Zeytin, (tedavi) s. 110.

¹¹⁴⁶ Eren, s.472.; Deschenaux /Tercier, s. 15

¹¹⁴⁷ Tandoğan (mesuliyet) s. 63.; Eren, s. 472.; Deschenaux /Tercier, s. 15.; Ayrıca bkz. Engel, Pierre: Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, 2. Édition, Berne 1997, s. 472.

Sözleşmenin ihlali yani borca aykırılık içinde geçerli olmak üzere, meydana gelen zarar, *maddi zarar - manevi zarar; şahsa verilen zarar – mala verilen zarar- diğer zararlar; doğrudan doğruya zarar – dolaylı zarar – yansıma zarar* şeklinde gruplandırılarak incelenmektedir.

Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında¹¹⁴⁸ meydana gelen eksilme olarak ifade edilmektedir¹¹⁴⁹. Malvarlığında meydana gelen eksilme, zarar görenin malvarlığının iki farklı durumu arasındaki farktan ibarettir ki, bu da zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktır¹¹⁵⁰. *Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr* olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir¹¹⁵¹. *Fiili zarar*, meydana gelen zarar verici olay sonucunda malvarlığının mevcut miktar ve değerinde meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu azalma malvarlığının aktif kısmında bir azalma ya da pasif kısmında bir artma şeklinde kendini gösterebilir¹¹⁵². Örneğin vücut bütünlüğünün ihlali halinde bakım ve tedavi giderleri, malvarlığında fiili bir

¹¹⁴⁸ Sorumluluk hukuku, malvarlığına geniş bir anlam yüklemektedir. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar (mülkiyet hakkı, sınırlı aynı haklar), nisbi nitelik taşıyan alacak hakları, maddi olmayan mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınai haklar) mallar varlığının en önemli unsurlarını oluştururlar. Kişilik hakları ve bu hakkı oluşturan hukuki varlıkların ihlali, aynı zamanda malvarlığında bir eksilmeye yol açmıyorsa, maddi zarar söz konusu olmayacağından malvarlığı kavramı içinde yer almazlar. Ancak, örneğin, vücut bütünlüğüne tecavüz edilen yani “cismani zarara” uğrayan kimse için hem maddi zarar (BK m.46) hem de manevi zarar (BK m.47) söz konusu olabilir. Aynı şekilde şahsiyet hakkının diğer ihlallerinde de hem maddi hem de manevi zarar (MK m.24). Eren, s.473 vd.; Oğuzman/Öz, s.514.

¹¹⁴⁹ Tandoğan, (mesuliyet) s. 63.; Eren, s. 473.; Kılıçoğlu, s. 209.; Oğuzman/ Öz, s.514.; Giesen, (international) s. 225 vd.; Ayrıca bkz. Büyüksağış, Erdem: Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 45 vd.

¹¹⁵⁰ Malvarlığının bu iki durumu arasında kalan fark, zarar görenin menfaatini ifade eder. Mommsen’in “menfaat teorisi” ve dolayısı ile “fark teorisi” ne dayanan bu görüş, Türk-İsviçre hukukunda hakim olan görüştür. Yargıtay da çeşitli kararlarında fark teorisini benimsemek suretiyle hüküm vermiştir. Bkz. Eren, s.474.; Oğuzman / Öz, s.514.; Reisoğlu, s.144.; Tekinay /Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 548.; Bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiştir; Yarg. 4.HD., 12.1.1982 T., E.13394, K.274.; Yarg. 4.HD., 19.11.1987 T., E.6597, K.8462.; Yarg. 4.HD., 28.11.1989 T., E.6310, K.9200. Uygur, Cilt: II. s.1375 vd.

¹¹⁵¹ BK m.41 de ifade edilen zarar hem fiili zararı, hem de kârdan yoksun kalmayı kapsar. Ayrıntı için Bkz. Uygur, Cilt:II. s. 1281.; Büyüksağış, (zarar) s.84 vd.

¹¹⁵² Tandoğan, s. 64.; Eren, s.478.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 560. vd.

azalma meydana getirecektir. *Yoksun kalınan kâr* ise, malvarlığının artmasına engel olan zarar verici olay nedeni ile elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder¹¹⁵³.

Manevi zarar, bir kişinin kişiliğini, yani şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin saldırıya uğraması dolayısı ile meydana gelen objektif eksilme ve kayıplar olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵⁴. Hukukça korunan kişilik değerleri¹¹⁵⁵ ve dolayısı ile kişilik hakları hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar gibi değerlerden oluşur¹¹⁵⁶. Diğer yandan objektif eksilmeyi manevi zarar olarak kabul eden bu görüşün karşısında, manevi zararın varlığı için objektif unsurun yanında bir de sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerektiğini söyleyen sübjektif teori vardır¹¹⁵⁷. Sübjektif teoriye göre, zarar görenin söz konusu ihlâl sonucu manevi varlığında meydana gelen eksilmeyi hissetmesi ve bunun sonucu olarak acı, elem, ızdırap duyması gerekir¹¹⁵⁸. Bir başka ifade ile bir kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucu duyduğu fiziksel ve manevi acı, keder ve hayat zevklerinde azalma olarak ifade edilmektedir¹¹⁵⁹. Türk-İsviçre

¹¹⁵³ **Oğuzman / Öz**, s. 515.; **Eren**, s. 478.; **Kılıçoğlu**, s. 212.; **Reisoğlu**, s.144.; Yargı kararları için bkz. **YHGK**. T. 26.6.1985, E.4-925, K.607.; **Yarg.** 4.HD., T.11.2.1988, E.8157, K.1337.; **Yarg.** 4.HD., T. 27.9.1978., E.11732, K.10472.; **Yarg.** 4.HD., T. 17.10.1977., E.88091, K.9687., **Yarg.** 4.HD., T. 31.1.1989., E. 10804, K. 704. **Uygur**, Cilt:II. s.1422 vd

¹¹⁵⁴ **Giesen**, (international) s. 232 vd.

¹¹⁵⁵ MK m.24 ve BK m.49 *genel olarak* kişilik haklarının korunmasını düzenleyen hükümlerdir.Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Kişilik Haklarını Koruyan Mânevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 141 vd.

¹¹⁵⁶ **Eren**, s. 483 (Borçlar).; Kişilik hakkı ve kişilik hakkının ihlali ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, (basın yoluyla) s. 3 vd.

¹¹⁵⁷ Teorilerin ayrıntılı açıklaması ve eleştirileri için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 145 vd. ; **Eren**, (borçlar) s. 483 vd.

¹¹⁵⁸ **Deschenaux /Tercier**, s.24 vd.; **Eren**, (borçlar) s. 483 vd. .; **Kılıçoğlu**, s. 20.;

¹¹⁵⁹ **Tandoğan**, s.63 (mesuliyet).

hukukunda hakim görüş subjektif teoridir¹¹⁶⁰ ve Yargıtay kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir¹¹⁶¹.

Şahsa verilen zarar, diğer bir ifade ile şahıs varlığı zararı kişinin maddi ya da maddi olmayan kişilik varlıklarına yönelik haksız fiiller sonucu doğan zarardır¹¹⁶². Sözleşme ile üstlenilen yükümlere aykırı davranılması nedeniyle de meydana gelebilecek olan bu zarar türünde, bir insanın hayatının, fizik ve ruh bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucu zarara uğradığı söz konusudur¹¹⁶³. Hekimin hukukî sorumluluğu açısından, doğal olarak daha çok şahsa verilen zarar söz konusu olmaktadır. Mala verilen zarar ise bir şeyin kaybı, tahribi ya da hasara uğramasından doğan zararlardır¹¹⁶⁴.

Diğer zararlar ya da *saf malvarlığı zararı*¹¹⁶⁵ adı altında toplanan zararlar ise, şahsa ve şeye verilen zararlar dışında kalan zararlardır. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık dışında kalan kişilik haklarına ilişkin değerlerin ihlal edilmesinden doğan

¹¹⁶⁰ **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 63, “*Manevî zarar* deyimi gerçek bir zararı değil, duyulan acıları ve ruhî sıkıntıları anlatır. Şüphesiz bu acılar ve sıkıntılar içinde failin sorumluluğu kabul edilmiştir.” **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 548.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 145 vd.; Diğer yandan **Eren**, esas itibarıyla objektif görüşü benimsemekle birlikte, belirli yoğunluktaki duygusal zararları da tazmini gerekli manevî zararlar arasında saymaktadır. “...*Kişilik hakkının konusunu oluşturan ve bu hakkın koruma alanına giren kişilik değerleri; maddi kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılır. Bu değerlerin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her objektif eksilme, manevî zarardır...*” demektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 485 vd.

¹¹⁶¹ **Yarg.** 4.HD., 22.6.1970 T., E.4924, K. 5159.; **Yarg.** 4.HD. 12.7.1971 T., E.5298, K.6927; **Yarg.** 15.HD., 24.12.1975 T., E.1975/4356, K. 1975/5124.; **Yarg.** 4.HD., 19.3.1979 T., E.6441, K.3677.; **Yarg.** 4.HD., 13.12.1982 T., E.9752, K.11402.; **Yarg.** 15.HD. 6.4.1989 T., E.2698, K.1768.; **Yarg.** 4.HD., 28.6.1999 T., E.4591, K.6190. **Uygur**, Cilt:III., s.2301 vd.; “.....*Belirlenmesi gereken, davacının kişilik değerlerine bir saldırının, ihlalin bulunup bulunmadığı ve ihlalin yaşama sevincinde, mutluluk ve huzur duygusunda bir eksilme yaratıp yaratmadığı olgusudur.....*” **YHGK.**, 22.3.2006 T., E.2006/4-66, K.2006/99. Meşe yazılım (ulaşım tarihi: 9.2.2007)

¹¹⁶² **Kılıçoğlu**, s. 208.

¹¹⁶³ **Eren**, s. 480 vd.; Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesinden doğan zararlar için bkz. **Büyüksağış**, (zarar) s. 53 vd.

¹¹⁶⁴ **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 69, **Eren**, s.480., **Kılıçoğlu**, s. 208.

¹¹⁶⁵ **Kırca**, s. 9 vd.; Salt ekonomik nitelikli kayıplar için ayrıca bkz. **Büyüksağış**, (zarar) s. 101 vd.

zararlar bu alana girerler¹¹⁶⁶. Saf malvarlığı zararı terimi ile de ifade edilen bu zarar türünde sadece malvarlığında bir eksilme meydana gelir. Örneğin, ticari itibarın ya da sınai ve fikri hakların ihlal edilmesi ya da boykot ve haksız rekabetten doğan zararlar bu gruba giren zarar türleridir¹¹⁶⁷.

Doğrudan doğruya zarar ve *dolaylı zarar* olarak ifade edilebilen zarar türleri haksız fiilin daha çok uygun illiyet bağı unsuru ile ilgilidir¹¹⁶⁸. Hukuka ve sözleşmeye aykırı bir fiilin, ilk ve en yakın sonucu *doğrudan doğruya zarar* olarak kabul edilir¹¹⁶⁹ ki, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin, bu fiil yüzünden araya ek bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır¹¹⁷⁰. *Dolaylı zarar*, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ek bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Örneğin, bir terzinin, hekimin özensiz ve dikkatsiz tıbbi müdahalesi nedeniyle, tedavisinin normalden daha uzun sürmesi sonucunda, uğradığı maddi ve manevi zararlar, doğrudan doğruya zararlardır. Aynı nedenle, kişinin bir süre iş görememesi ve terzilik faaliyetlerini yapamaması ise dolaylı zararlarıdır. *Yansıma zarar* ise, bir haksız fiile ya da sözleşmeye aykırılığa maruz kalan kimse dışında başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı zarardır. Alman hukukunun etkisi ile Türk hukukunda kabul edilen görüş, doğrudan doğruya zarar gören kişinin tazminat isteyebileceğidir. Bu nedenle 3.kişiler, sözleşmenin ihlal

¹¹⁶⁶ **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 69 **Eren**, s. 480.

¹¹⁶⁷ **Tandoğan**, (mesuliyet) s.69.; **Eren**, s.480.; Ayrıca haksız fiil hukukunda saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, s.11 vd.; **Büyüksağış**, (zarar) s.110 vd.

¹¹⁶⁸ **Eren**, s.480.

¹¹⁶⁹ **Tandoğan**, (mesuliyet) s.10.

¹¹⁷⁰ **Oğuzman / Öz**, s. 516 vd.; Dolaylı zarar – yansıma zarar ayırımı için bkz. **Büyüksağış**, (zarar) s. 98 vd.

edilmesinden dolayı zarar görmüş olsalar bile, sözleşmeye taraf olmadıklarından, talep hakları yoktur¹¹⁷¹.

B. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ZARAR

1. GENEL OLARAK

Hekimin, sözleşmeye dayanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için sözleşmeye aykırılık ve kusur şartlarının yanı sıra, hastanın bir zararının da doğmuş olması gerekir. Hastanın herhangi bir zararı doğmamış ise artık hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹¹⁷². *Sözleşmeden doğan zarar* olarak ifade edilen bu zarar¹¹⁷³, maddi zarar ya da manevî zarar olabilir¹¹⁷⁴. Her kişilik değerinin tıbbi müdahale sonucunda ihlal edilmesi ve bu nedenle bir maddi zararın doğması halinde, aynı zamanda manevi zararın da doğduğu kabul edilir¹¹⁷⁵. Örneğin, hastanın sağ böbreği yerine sol böbreği alınmışsa, doğan maddi zararın yanı sıra ayrıca manevi zararında doğmuş olduğu kabul edilecek ve bunun manevi tazminat talep ederken ayrıca ispat edilmesi beklenmeyecektir.

BK m.98/II hükmünde zararın ne olduğu ve zararın hesaplanması konularında haksız fiil hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık

¹¹⁷¹ Tandoğan, (üçüncü kişi) s. 20-21.; Deschenaux, / Tercier, s.219.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.861..; Eren, (Borçlar) s.1015

¹¹⁷² Ayan, s. 109.

¹¹⁷³ “Sözleşmenin ihlali sonucunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmaya sözleşmeden doğan zarar denir.”Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.1009.;

¹¹⁷⁴ Eren, s.1009.

¹¹⁷⁵ Zeytin, (tedavi) s. 114.

nedeniyle alacaklının uğradığı zarar konusunda BK m.42-m.44 hükümleri uygulanacaktır¹¹⁷⁶.

Ancak, haksız fiil sorumluluğundan yani sözleşme dışı sorumluluktan farklı olarak, sözleşmeden doğan sorumluluk için kullanılan önemli bir zarar ayrımı mevcuttur ki bu da *müspet zarar* ve *menfi zarar* ayrımıdır. *Müspet zarar*, borcun ifa edilmesindeki menfaatinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zarar, diğer bir ifade ile alacaklının malvarlığının borcun ifa edilmesi halinde göstereceği durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder¹¹⁷⁷. Yargıtay da, değişik kararlarında müspet zararı tanımlamıştır: “*Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mamaleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemi durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır ve kar mahrumiyetini de içine alır... Müspet zarar alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamakta, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair ”*

Menfi zarar ise, meydana gelmeyen veya hükümsüz kalan bir sözleşmenin, hüküm ifade edeceğine güvenmekten doğan zarar, diğer bir ifade ile sözleşme yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarardır¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶ Tandoğan, (Mesuliyet) s.424.; Kılıçoğlu, s.466 .

¹¹⁷⁷ Tandoğan, (Mesuliyet), s. 426.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.855.; Eren, (Borçlar), s. 1013.; Kılıçoğlu, s. 538.; Oğuzman / Öz, s.339.; Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.239.

¹¹⁷⁸ Tandoğan, (Mesuliyet), s. 427.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.855.; Eren, (Borçlar), s. 1014.; Kılıçoğlu, s. 538.; Oğuzman / Öz, s.340.; Buz, s.239 vd.

Kural olarak, 3.kişiler sözleşmeye aykırılıktan dolayı zarar görmüş olsalar bile, sözleşmeye taraf olmadıkları için bu zararlarının tazmin edilmesini talep ve dava edemezler. Ancak haksız filler açısından olduğu kadar hekimin hukuki sorumluluğunu da yakından ilgilendiren iki genel hüküm Borçlar Kanununda yer almaktadır. Bunlardan biri, ölüm nedeniyle ölenin desteğinden yoksun kalanların zararlarının tazmin edilmesi (BK. 45), diğeri ise ölenin ailesinin manevi zararının tazmin edilmesini (BK.m. 47) düzenleyen hükümlerdir.

2. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ZARAR

Hekimin, yapmış olduğu tıbbi müdahaleler sonucunda, hastanın maddî ya da manevî bir zarara uğraması söz konusu olabilir. Hekimlik sözleşmesinin ile üstlendiği yükümleri kusurlu olarak ihlal eden hekim, bu nedenle hastasının uğramış olduğu zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır¹¹⁷⁹. Avrupa Sorumluluk Hukuku Esasları, madde 1: 101.Temel Norm: (1) “Bir başkasının uğradığı zarar kendisine atfedilebilen kişi onu tazminle yükümlüdür.” ve (2) Zarar, bir kimseye özellikle, a) onun kusurlu bir davranışı...nedeniyle atfedilebilir hükmünü getirmektedir¹¹⁸⁰.

Hekimin sözleşmeye dayanan hukukî sorumluluğu açısından doğal olarak daha çok şahsa verilen zarar söz konusu olmaktadır. Şahsa verilen zarar ya da şahıs varlığı zararı kişinin maddi ya da maddi olmayan kişilik varlıklarına yönelik

¹¹⁷⁹ **Demir**, (AÜHFD) s. 247 vd. ; genel olarak tıbbi müdahaleden doğan zararın türleri ve tazmin biçimleri hakkında bkz. **Büyüksağış** (zarar) s. 131 vd.; **Öztürkler**, s.103 vd.; **Abik**, s. 281 vd.

¹¹⁸⁰ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: http://civil.udg.es/tort/Principles/pdf/PETL_Turkish.pdf Turkish translation by Erdem

zararları¹¹⁸¹ anlamında bir insanın hayatının, fizik ve ruh bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucu uğradığı kayıpları ifade etmektedir¹¹⁸². Bu şekilde, hastanın uğradığı zarar, maddî ya da manevî zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Hekim, uyguladığı tedaviyi ya da tıbbî müdahaleyi özenle ve gereği gibi yerine getirmiş olsaydı, hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile şu anda ki sağlık durumunun arasındaki farkın malvarlığına yansımaları, hastanın uğradığı *maddî zarar* olarak ifade edilebilir¹¹⁸³. Örneğin, hekimin özensiz bir muayene ve kusurlu olarak hastasına yanlış bir ilaç tedavisi uygulaması sonucunda, hastanın mide kanaması geçirmesine ve ameliyat olmasına sebep olması gibi bir durumda ameliyat masrafları (ulaşım, konaklama); işine devam edememe nedeniyle yoksun kalınan kar ve iş gücü kaybı şeklinde belirlenebilecek maddî zararlara sebep olabilecektir. Hekimin, kusurlu davranışı nedeniyle ameliyat olması gereken hastanın bu ameliyat için ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar fiili zarara; hastanın işine devam edememek ya da kalıcı rahatsızlığı nedeniyle aynı verimlilikte çalışamaması ise, yoksun kalınan kâra örnek gösterilebilir.

Diğer yandan, hekimin faaliyeti esas itibarıyla hastanın kişilik hakkı kapsamında korunan vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan, maddî zararların yanında çoğunlukla *manevî zararların* da doğması söz konusu olabilir¹¹⁸⁴. Hekimin kusurlu davranışı ile hastanın bir organını örneğin, gözünü, bacağına, elini kaybetmesi veya fonksiyonunu yapamaz hale gelmesi, vücut bütünlüğü hakkını ihlal etmek suretiyle kişilik hakkı ve değerlerinde objektif bir eksilmeye neden

¹¹⁸¹ Kılıçoğlu, s. 208.

¹¹⁸² Eren, s. 480 vd.; Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlar, kişilik haklarının ihlali kapsamında incelenmektedir. Bkz. Büyüksağış, (zarar) s. 53 vd.

¹¹⁸³ Reisoğlu, s.9-10.; Şenocak, (hekim) s. 76.

¹¹⁸⁴ Reisoğlu, s. 10.; Ayan, s. 110.; Şenocak, (hekim) s. 76 vd.

olmaktadır¹¹⁸⁵. Diğer yandan, hastanın fizik bütünlüğü eksilirken, bu yüzden duyduğu acı, elem ve yaşama sevincindeki azalma sebebiyle de ruhsal bütünlüğünde bir kayıp yaşamaktadır. Bu eksilmelerin tamamı, hastanın manevî açıdan da zarara uğradığı anlamına gelir¹¹⁸⁶. Bu nedenle, hekimin faaliyetleri kapsamında ve hekimlik sözleşmesinin ihlal edilmesi yoluyla, ortaya çıkan birçok durum, hastanın hem maddi hem de manevi anlamda zarara uğramasına neden olabilecek niteliktedir. Örneğin dünyaya gelmesi arzu edilmeyen sağlıklı ya da sağlıklı bir çocuğun doğumu¹¹⁸⁷; gebeliğin önleneme fırsatının yitirilmiş olması; tedavi olma ya da yaşama şansının yitirilmiş olması¹¹⁸⁸, hem maddi hem de manevi zararların ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

Manevî zararın gerçekleşmesi için mutlaka vücut bütünlüğünün ya da fizikî anlamda sağlığının bozulması zorunlu değildir; kişinin onuru, şerefi, saygınlığı, sırları da kişilik hakkı kapsamında korunan değerler olarak ihlal edilirse, manevî zarar söz konusu olabilir. Örneğin, hekim sır saklama yükümünü ihlal ederek, saygın bir insanı sosyal çevresinde ağır utanç ve sıkıntı içine düşürerek manevî zararına sebep olabilir.

¹¹⁸⁵ **Büyüksağış**, (zarar) s. 53.

¹¹⁸⁶ **Eren**, s. 485.

¹¹⁸⁷ **Büyüksağış**, (zarar) s. 351 vd. ve 382 vd.; Dünyaya gelmesi istenmeyen çocuk için kullanılan “*wrongfull birth*” kavramı ve açıklamalar için bkz. **Van Dam**, s. 249.

¹¹⁸⁸ **Büyüksağış**, Erdem: “*Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İliyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*” AÜHFD. Cilt: 54., Sayı: 4, Ankara 2005. s. 129 vd.; Ayrıca bkz. **Abik**, s. 270 vd.

IV. UYGUN İLLİYET BAĞI

A. GENEL OLARAK

Sorumluluğun dayanağı ne olursa olsun, - ister haksız fiil sorumluluğu, ister sözleşme sorumluluğu, ister kusur sorumluluğu, ister sebep sorumluluğu - meydana gelen zarar ile fiil arasında aranan illiyet bağı, hukukî sorumluluğun kurucu unsurlarından biridir¹¹⁸⁹. Bir kişinin sorumluluğu, meydana gelen zarar ile o kişiye ait davranış ya da olay arasındaki bir neden sonuç bağının varlığını gerektirir¹¹⁹⁰. Hukukta bir olayın sebebi, sonucu meydana getiren şartlardan yalnız biri veya bir kaçıdır. Sonucu doğuracak olan şartlardan hangisinin sebep adını alacak şart olacağı ise tartışmalıdır ki, iki önemli teori *şart teorisi* ve *uygun illiyet bağı teorisi* bu konunun tartışıldığı en önemli teorilerdir¹¹⁹¹.

Şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Dolayısı ile sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren şahıs, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur¹¹⁹². Şart teorisine göre sonucu meydana getiren bütün şartlar birbirine eşittir ve sebep olarak nitelendirilen şart zorunlu şarttır (*conditio sine qua non*)¹¹⁹³. Hukukî illiyet teorilerinin çıkış noktası olması açısından önem

¹¹⁸⁹ Eren, s.487 ;Oğuzman / Öz, s.502; Kılıçoğlu, s.212.

¹¹⁹⁰ Yargıtay kararlarında da; “Bir eylem ve zarar arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi ...” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Yarg.4.HD., T.27.10.1989, E.3793, K.8235, Uygur, Cilt: II., s.1365.

¹¹⁹¹ “Nedensellik Bağı” başlığı ile bkz. Deschenaux, / Tercier, s.25 vd.

¹¹⁹² Eren, s.490 vd.

¹¹⁹³ Tandoğan, (Mesuliyet) s.75; Eren, s.490.

taşısa da, şart teorisi günümüzde illiyet bağının oluşturulmasında belirsizliklere neden olması bakımından eleştirilen ve fazla taraftarı olmayan bir teoridir¹¹⁹⁴.

Bugün Türk Hukukunda, doktrin ve yargı kararlarında¹¹⁹⁵ hakim olan teori, uygun illiyet bağı teorisidir¹¹⁹⁶. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa *uygun illiyet bağı* denilir¹¹⁹⁷. Bir başka ifadeyle, hayat tecrübelerine göre bir fiilin normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantıkî illiyet bağı, uygun illiyet bağı olarak ifade edilmektedir¹¹⁹⁸. Bunun için, zararlı sonuç tipik özelliği itibariyle fiile uygun olmalı, onun uygun sonucu olarak görülmelidir¹¹⁹⁹. Bir fiil, ancak, uygun bir nedensellik niteliği taşıdığı takdirde, hukuken sorumluluk doğuran fiil olarak kabul edilebilir¹²⁰⁰. Bu anlamda, uygun illiyet bağı teorisinin *sorumluluğu kurma* ve *sorumluluğu sınırlama* şeklinde iki ayrı fonksiyonu vardır¹²⁰¹.

Ancak, belli bir olayda zararlı sonucu birden çok sebebin meydana getirmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, sebeplerin toplanması ya da bir araya

¹¹⁹⁴ Kılıçoğlu, s.213; Oğuzman / Öz, s.502.

¹¹⁹⁵ YHGK, 24.6.1964., E.508, K.481; Yarg. 4.HD., 9.10.1984, T., E. 6117, K.7425; Yarg. 4.HD., 10.2.1982 T., E.41, K.1066; Yarg. 4.HD., 2.6.1986 T., E.3470, K.4484; Yarg. 4.HD., 4.11.1986 T., E. 6935, K.7553; Yarg. 4.HD., 15.3.1993 T., E.11451, K.2534; Yarg. 4.HD. 6.5.1999 T., E.2567, K.4175; Yarg. 4.HD., 16.2.1998 T., E.8707, K.444; Uygur, Cilt:II., s. 1357-1371.

¹¹⁹⁶ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:I., İstanbul 1976, s.509.; Eren, s.492 vd.; Kılıçoğlu, s.213; Oğuzman / Öz, s.502. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.52 vd.

¹¹⁹⁷ Eren, (uygun illiyet bağı) s.52

¹¹⁹⁸ Oğuzman / Öz, s.502.

¹¹⁹⁹ Tandoğan, (mesuliyet) s.77.; ayrıca bkz. Yarg. 4.HD., T.13.9.1988, E. 4147, K.7480, Uygur, Cilt: II., s. 1359.

¹²⁰⁰ Deschenaux, / Tercier, s.31.

¹²⁰¹ Eren, (uygun illiyet bağı), s. 54 vd.; Tandoğan, Haluk: “Hukuka Aykırılık Bağı”, BATİDER 1979, C.X, s.16.

gelmesinden söz edilir¹²⁰². Bunlar, *ortak illiyet*, *yarışan illiyet* ve *seçimlik illiyet* halleridir. *Ortak illiyet*, hiç biri tek başına yeterli olmayıp ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğunu ifade eder¹²⁰³. Ortak illiyet için verilen tipik örnek bir kimsenin tek başına taşıyarak çalamayacağı bir eşyanın iki ya da üç kişi tarafından beraber taşınarak çalınmasıdır. *Yarışan illiyet*, birden çok sebepten her birinin zararlı sonucu aynı zamanda birbirinden bağımsız olarak tek başına meydana getirmeye elverişli olduğu hallerde söz konusu olur¹²⁰⁴. Örneğin her birinin akıttığı atık dereyi zehirlemeye tek başına elverişli iki fabrikanın atıklarını birleşmesi ile meydana gelen zehirlenme de yarışan illiyet söz konusudur. *Seçimlik illiyet* ise, zararlı sonucu birden çok sebepten yalnız biri fiilen meydana getirmiş olmakla beraber somut olayda bu sebebin hangisi olduğu bilinemediği takdirde varlık gösteren bir sebeplerin toplanması halidir¹²⁰⁵. Örneğin bir trafik kazası sonucu meydana gelen ölüm olayında, o sırada peş peşe bir aracın geçmiş olması ve hangisinin bu ölüm olayına neden olduğunun tespit edilememesi durumunda seçimlik illiyet söz konusudur.

Diğer yandan, zararlı sonucu meydana getiren sebepler birden fazla olsa bile bunlardan yalnızca birinin zararlı sonucu doğurması halinde *farazi ya da önüne geçilen illiyetten* ve *illiyet bağının kesilmesinden* söz edilir. *Farazi illiyet ya da önüne geçilen illiyette*, zararlı sonucu meydana getiren sebep somut olanda meydana gelen zararı fiilen meydana getirmemiş olsaydı, diğer sebep aynı zararı kesin olarak

¹²⁰² Eren, (uygun illiyet bağı) s.148.

¹²⁰³ Tandoğan, (mesuliyet) s. 83.; Eren, (uygun illiyet bağı) s. 149.; Kılıçoğlu, s.217.; Oğuzman / Öz, s.508

¹²⁰⁴ Tandoğan, (mesuliyet) s. 84.; Kılıçoğlu, s.216. Oğuzman / Öz, s.508.; Eren (uygun illiyet bağı) s.158.;

¹²⁰⁵ Eren, (uygun illiyet bağı) s. 160 vd.; Tandoğan, (mesuliyet) s. 85 vd. Oğuzman / Öz, s. 508 vd.

meydana getirmiş olacaktı¹²⁰⁶. Örneğin bir kişinin bomba yerleştirilmiş bir araç içindeyken, silah ile ateş edilerek vurulması halinde, 5 dakika sonra bomba patlayıp ölse de, silahla ateş edilmesi önüne geçilen illiyet bağı olarak kabul edilerek sorumluluk gerekçesi olur.

İllyet bağının kesilmesi ise, failin fili ile somut olayda meydana gelen zarar arasında sebep – sonuç bağı kesilmiş olabilir ki, böyle bir durumda failin sorumlu tutulması mümkün değildir. Sebep - sonuç bağının ya da daha doğru bir ifade ile illiyet bağındaki uygunluğun kesilmesinde¹²⁰⁷, ilk sebep gerçekleşen türden bir sonucu doğurmaya niteliği itibariyle elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni bir sebep, ilk sebebi arka plana atmış ve onu somut olayda elverişsiz hale getirmiştir¹²⁰⁸. Örneğin, tedavi görmekte olan bir hastanın, hastaneden evine dönerken trafik kazasında ölmesi olayında, hekimin uyguladığı tedavi ile hastanın hayatını kaybetmesi arasında herhangi bir uygun illiyet bağı olduğunu söylemek mümkün değildir. İllyet bağını kesen sebepler, *mücbir sebep*, *zarar görenin ağır kusuru* ve *üçüncü kişinin ağır kusuru* olmak üzere üçe ayrılır¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ **Eren**, (uygun illiyet bağı) s.164.; **Kılıçoğlu**, s. 216.

¹²⁰⁷ “İllyet bağının kesilmesi” terimi öğretilerde kullanılag elmiş bir ifade olmasına rağmen mecazi anlamda kullanılmaktadır. Zira bir olayda sebep ve sonuç ilişkisi ya vardır ya da yoktur. Mevcut olan bir şeyin sonradan yok sayılması mümkün değildir.” Bkz. **Tandoğan**, (mesuliyet) s.80; **Eren**, s. 517.

¹²⁰⁸ **Tandoğan**, (mesuliyet) s.80 vd.; “Bir sebep, hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre, somut olayda meydana gelen türden bir sonucu doğurmağa mahiyeti itibariyle elverişli değil veya elverişli olmakla birlikte ortaya çıkan başka bir sebeple arka plana atılmışsa, uygun olmayan illiyet (elverişsizlik, uygunsuzluk) söz konusu olur.” Bkz. **Eren**, (uygun illiyet bağı) s. 171.

¹²⁰⁹ Aynı zamanda sorumluluktan kurtulma sebebi de olan bu mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusuru ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. **Eren**, s.517 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 217 vd.

B. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNDE UYGUN İLLİYET BAĞI

Hekimin, hekimlik sözleşmesinden doğan sorumluluğundan söz edebilmek için eylemin hukuka aykırı ve kusurlu olması yanında, bir zararın varlığı ve zararın kusurlu sayılan eylemin uygun sonucu olması gerekir¹²¹⁰. Hekimin sözleşmeye aykırı davranışı, normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz¹²¹¹. Örneğin hekimin hastaya hemen müdahale ederek kan kaybını önleme imkanı var iken, bunu yapmamış olması ile hastanın bu nedenle hayatını kaybetmesi arasında uygun illiyet bağı olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda sebebin hayattaki genel tecrübelerine göre ve olayların normal akışına göre meydana gelen sonucu ortaya çıkarmaya uygun olup olmadığı, hakim tarafından hüküm anında belirlenecektir¹²¹².

Yargıtay uygulamalarında, illiyet bağının tespiti için tıbbi bilirkişi kurumlarına başvurulduğu ancak çoğu kez yapılan incelemelerin yetersiz ve istenilen bilgileri sağlamaktan uzak olduğu, bu raporlara dayanarak kurulan hükümlerin de bozulduğu görülmektedir. Örneğin, ilk derece mahkemesi, Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu raporuna dayanarak hüküm vermiş ancak Yargıtay “*Raporda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, bu konu da mesleki ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması*

¹²¹⁰ **Büyüksağış**, (h.sorumluluğu) s. 129.; **Demir**, (AÜHFD) s. 248.; Ayrıca bkz. Yarg.4.HD., T.13.09.1988, E. 1988/4147, K.1988/7408, **Uygur**, Cilt: II., s.1368.

¹²¹¹ **Ayan**, s. 111.; **Aşçıoğlu**, s. 103.; **Şenocak**, (hekim) s. 90.; **Giesen** (arztaftung) s. 149.

¹²¹² *Rümelin* tarafından ortaya atılan bu görüş “ex-post” / objektif olarak sonradan tahmin (değerlendirme) görüşü olarak adlandırılan ve Türk-İsviçre Hukukunda hakim olan görüştür. Bu görüşe göre, filin işlenmesi anında mevcut olup, o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek olan her şart hesaba katılmalıdır. Bu görüşe göre, “....her şeyden önce vücut bütünlüğünün ihlali anında zarar görenin şahsında mevcut ve esasen bilinen bütün şartlar hesaba katılır. Bu nedenle mesela kafa kemikleri ince ve zayıf veya kan sistemi anormal bir şahsa vurulan hafif bir darbe sonucu meydana gelen ölümle failin davranışı arasında uygun illiyet bağı kabul edilmeli, başka bir deyimle ölen şahsın bu anormal durumu nazara alınmalıdır.” Diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren** (uygun illiyet bağı) s. 92 vd.; **Tandoğan**, (mesuliyet) s. 77 vd.

gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağını olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmediğinden, son merci niteliğinde bulunmayan kurumun –açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ile oluşturulmuş- yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak...” verilmiş olan hükmü, usul ve yasaya aykırı bularak bozmuştur¹²¹³.

Diğer yandan, olayda illiyet bağının kesilmesine yol açan nedenlerden biri var ise hekimin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Buna göre, zarar gören hastanın ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebeplerden biri var ise hekimin doğan zarar nedeniyle sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır¹²¹⁴. Örneğin hekim tarafından ilaç tedavisi uygulanan hastanın evine döndüğü gece depresyon olması ve hayatını kaybetmesi mücbir sebep nedeniyle; hekimin yapılmasını önerdiği tahlillerin yapılması sırasında hemşirenin hastaya fizikî zarar vermesi üçüncü şahsın kusuru nedeniyle; bizzat hastanın, hekimin ameliyat sonrasında dikkat etmesini söylediği beslenme programına uymadığı için mide kanaması geçirmesi ya da yeniden ameliyat olması gerekmesi ise zarar gören hastanın kusuru nedeniyle hekimin sorumluluğunu kısmen ya da tamamen ortadan kaldıracaktır.

¹²¹³ Somut olayda, hastanın göğsündeki kitleye müdahale etmek amacıyla işaretleme yapmak için kullanılan tel kancanın bir kısmının, hastanın göğsünde unutulması ve bunu takip eden fiziki ve ruhsal sıkıntıları nedeniyle maddi ve manevi zarara uğraması, bu nedenlerle de maddi – manevi tazminat talep etmesi söz konusudur. **Yarg.** 13.HD., E.2005/11159, K.2005/17474, T.28.11.2005: www.kazanci.com (erişim tarihi: 7.2.2008)

¹²¹⁴ **Demir**, (kurultay) s. 159. ; **Zeytin**, (tedavi) s. 115.

§ 12. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU AÇISINDAN İSPAT SORUNU

I. GENEL OLARAK

Hekimlik sözleşmesi açısından ispat sorunu önemli bir konudur. Özellikle hekimin asli iş görme edimini özensiz olarak ifa etmesiyle meydana gelen sözleşme ihlalleri bakımından ispat sorununun önemi daha da artmaktadır¹²¹⁵. Bu konudaki temel zorluk ise, sözleşme ihlali ve kusur kavramlarının özen kavramı üzerinden tanımlanmaya çalışılması sonucu oluşan kavram bulanıklığıdır¹²¹⁶.

İspat yükünün dağılımına ilişkin genel kural MK.m.6 da yer almaktadır. Bu hüküm gereğince, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlüdür¹²¹⁷. Bu ana kuralın istisnası ise BK. m.96 da karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeye dayanan sorumlulukta ispat için getirilen genel hüküm niteliğindeki BK m.96 gereğince, borçlu aleyhine bir kusur karinesi kabul edilmiştir¹²¹⁸. Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören kişi, zarardan sorumlu tutulanların kusurunu ispat etmekle yükümlü olduğu halde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlulukta ispat yükü ters çevrilmiştir¹²¹⁹. Bu nedenle, borçlu, alacaklıya verdiği zararın tazmininden ancak kusursuz olduğunu ispat ederek kurtulabilir. Hekimlik sözleşmesiyle, belli yükümler altına giren hekim açısından da

¹²¹⁵ **Kaufmann**, Franz Josef: Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, München 1984, s. 11 vd.; **Straeter**, s. 33 vd.

¹²¹⁶ **Gümüş**, s. 374.; **Şenocak** da tıbbi müdahaleden dolayı açılan tazminat davalarında, meslek kusurunun (objektif özen yükümlülüğünün) ve illiyet bağının varlığının önemli ispat sorunlarını oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Şenocak** (özel sorunlar) s. 246 vd.

¹²¹⁷ **Akıntürk**, (başlangıç hükümleri) s. 199 vd.

¹²¹⁸ **Eren**, s.1022.; **Uygur**, Cilt: III. s.3143.

¹²¹⁹ **Kılıçoğlu**, s. 468.; **Oğuzman / Öz**, s. 357.

durum bu şekildedir¹²²⁰. Hasta, sözleşmenin ihlalini, zararını ve illiyet bağıını ispat etmekle yükümlü iken hekimin kusurunu ispat etmek zorunda değildir¹²²¹.

Tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, iddiaların dayandığı olguları mahkemeye sunma ve ispat etme yükümü açısından hekimlik sözleşmesinin taraflarını oluşturan hekim ve hastanın durumları birbirinden oldukça farklıdır¹²²². Hekim uzmanlığına dayalı bir bilgi avantajı ile tıbbi müdahalenin her aşamasında yüksek bir hakimiyete sahiptir. Normal şartlarda güvendiği hekime kendisini emanet eden hastanın, uyuşmazlık halinde bilgi ve belge sağlama açısından durumu bu nedenle daha zayıftır. Bu sebeplerle hukuk uygulaması, tıbbi sorumluluğa ilişkin davaların bu özelliklerini özel ispat kuralları geliştirmek suretiyle dikkate almaktadır¹²²³.

II. HASTANIN İSPAT YÜKÜ VE HASTA LEHİNE İSPAT KOLAYLIKLARI

Hasta, hekimlik sözleşmesine dayanarak hekimi hukuken sorumlu tutmak istediği olaylar için sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmediği ve bu nedenle zarara uğradığını iddia edecektir. BK. m. 96 hükmü gereğince hasta, *sözleşme ile yüklenilen tedavi borcunun objektif olarak ihlal edilmiş olduğunu ve bu ihlal sonucunda bir zarara uğradığını yani ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağının var olduğunu* ispat

¹²²⁰ Şenocak, (özel sorunlar) s. 246.

¹²²¹ Zeytin, Zafer: “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller” Uluslar arası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, s. 135 vd.

¹²²² Giesen (arzhaftung) s. 326.; Kaufmann, s. 12 vd.

¹²²³ Şenocak, (özel sorunlar) s. 249.

etmekle yetinecek ama ayrıca söz konusu ihlalde hekimin kusurlu bir davranışın etken olduğunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır¹²²⁴.

Bu anlamda ispatlanması gereken, hekimin meslek kurallarından, şartların gerektirdiği tıbbi standartlardan, göstermesi gereken dikkat ve özen yükümünden sapmış olan davranışlarıdır. Mesleki bilgisi olmayan ya da gerçekleştirilen tıbbi faaliyet sırasında anestezi altında olan hastanın, bu ispatı yapması oldukça zor olduğu kadar menfaat dengesine ve hakkaniyete de uygun değildir¹²²⁵. Aynı durum, sözleşmenin ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağının ispat edilmesi için de geçerli olduğundan, kanıtlara dayalı kuvvetli ihtimalin ortaya koyulması yeterli görülmektedir¹²²⁶. Bu nedenle, hastadan beklenen, normal hayat akışı içinde hekimin davranışının ortaya çıkmış olan sonucu yaratmaya elverişli olup olmadığını ortaya koyabilmesidir. Burada, fiili bir karine olarak *ilk görünüş ispatı* hasta lehine belli ölçüde bir ispat kolaylığı olarak sağlamaktadır. İlk görünüş ispatı temelde istenilmeyen bir vakanın gerçekleşmesinden genel hayat tecrübelerine göre başka bir sonucun –örneğin sözleşmenin ihlalinin- çıkarılmasından ibarettir¹²²⁷.

Örneğin, hasta organ yerine sağlıklı organın alınması ya da mikrop kapma, tipik nedensel süreçte değerlendirildiği zaman sözleşmenin ihlaline işaret etmektedir. Yargıtay’ın da ilk görünüş ispatı kurallarını uyguladığı 1983 tarihinde vermiş olduğu bir kararda şu şekilde görülmektedir: “*Davalı operatör doktorun, davacının*

¹²²⁴ **Sarial**, s. 108.; BK. M.96 gereğince borçlu aleyhine kabul edilen kusur karinesi, hekimlik sözleşmesi açısından da *tıbbi kusur karinesi* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde, hekimlik sözleşmesinde, hekime ait tıbbi kusurun hasta tarafından kanıtlanmasına gerek yoktur; hekim aksini kanıtlayana kadar karine olarak kusurlu varsayılmaktadır. Bkz. **Demir** (AÜHFD) s. 247.

¹²²⁵ **Ayan**, s. 108. ; **Sarial**, s. 109.

¹²²⁶ **Belgesay**, s. 110.; **Ayan**, s. 111 vd.

¹²²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gümüş**, s. 384. ; **Sarial**, s. 109 vd.; **Ott**, s. 111.; **Giesen** (arzhaftung) s. 355.; **Yıldırım**, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 120 vd.

vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizaatihi sorulu olmasını gerektiren ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır.....Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.”¹²²⁸

Hekimin, kontroller sırasında hastada başlamış olan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamaması; hastaya verilen ilaçların birini etkileyerek daha yüksek ve olumsuz etki yapacağını dikkate almaması; teşhis için gerekli tetkik ve araştırmalar yapılmadan tedaviye başlanması; hastayı aydınlatmamış ve rızasını almamış olması¹²²⁹; tutulması gereken kayıtların tutulmaması¹²³⁰; hastanın sırlarının açıklanması gibi hallerin her birinde meslek kusuru ve kabul edilmiş tıbbi uygulamalardan sapma olduğu için meydana gelmiş bir zarar ile aralarında uygun illiyet bağının var olduğu hastanın delil sunmasına gerek kalmaksızın kabul edilecektir¹²³¹. Hekimlik faaliyeti açısından da, objektif olarak belirli bir meslek

¹²²⁸ **Yarg.** 13.HD. T.14.3.1983, E. 1982/7237, K.1983/1783, www.kazanci.com (erişim: 24.4.2006).; Ameliyat edilen hastanın karnında koher pensinin unutulması halinde aynı yönde bir başka karar için bkz. **Yarg.** 4.HD., T.11.2.1976, E.4260, K.1393, **Özkaya**, s. 505 vd.

¹²²⁹ Hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığına ilişkin olarak ispat yükü hekime düşmektedir. Aynı şekilde, hekim aksini ispat edemediği sürece, hastanın gereği gibi aydınlatılmadığı durumlarda, hukuken geçerli bir rızanın da alınmadığı sonucuna varılacaktır. **Straeter**, s. 42 vd.; Örneğin bir Yargıtay kararında, *hekim sezeryan ile müdahalede bulunmak istediği hastasının bunu reddetmesi dolayısıyla sezeryan uygulamasının yapılamadığını iddia etmiş ancak bu iddiasını ispat edememiştir*. Bkz. **Yarg.**13.HD. T.5.2.2007, E.16810, K. 1248, **Özkan/(Öner) Akyıldız**, s. 342-343.

¹²³⁰ Kayıtların tutulmamış ve dosyalanmamış olması tek başına bir tazminat sebebi değilse de, belgelenmemiş olan tıbbi müdahalenin yapılmamış olduğu yönünde fiili bir karine yaratmaktadır. **Şenocak** (özel sorunlar) s. 250.; **Straeter**, s. 44 vd.; **Hancı** (malpraktis) s. 40

¹²³¹ Alman ve İsviçre hukukunda, hastaya illiyet bağını ispat konusunda tanınan ispat kolaylığının başında, hekimin ağır meslek kusurunun varlığı durumudur. Bkz. **Kaufmann**, s. 15 vd.; **Straeter**, s.14 vd.

kuralına aykırı hareket ettiği ispatlanan hekimin kusurlu olduğu varsayılır¹²³². Başka bir ifadeyle, hasta tarafından hekimin somut olayda ağır meslek kusuru ispat edilmişse, somut olaydaki zararın hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının sonucu olduğu karine olarak kabul edilmekte ve uygun illiyet bağının olmadığını ispat hekime yüklenmektedir¹²³³. Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp Kurumlarının verdiği raporlardan ve Yargıtay kararlarından ülkemizde uygulamanın da bu yönde yapıldığını görmek mümkündür¹²³⁴.

III. HEKİMİN İSPAT YÜKÜ

Hekimlik sözleşmesini gereği gibi ifa etmediği ve zarar verdiği gerekçesi ile dava edilen hekim¹²³⁵, *söz konusu zararın meydana gelmesinde kendisine bir kusur*

¹²³² Ayan, s.109.

¹²³³ Şenocak, (özel sorunlar) s. 249.

¹²³⁴ 11.5.1992 tarihinde vermiş olduğu karar ile Yüksek Sağlık Şurası, gecikmiş ve geç tıbbi müdahale yapılmış olan hastanın ölmesi üzerine hekimi kusurlu bulmuştur.; Yüksek Sağlık Şurasının 22.4.1996 tarihli kararında, ameliyat sırasında hastanın bağırsağını hasara uğratan ve hastanın karnında cerahat, defekt ve gaitayı gidermeden kapatan hekim kusurlu bulunmuştur. Diğer örnekler için bkz. Öztürkler, s. 147 vd.; Yüksek Sağlık Şurası hekimlerin kusurlarını belli oranlar (2/8 ya da 4/8 gibi) ile ifade ediyorsa da Yargıtay konu ile ilgili hemen hemen tüm kararlarında *hekimin meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, tamamıyla sorumlu olduğunu* ifade etmektedir. Yarg. 13.HD., T.8.7.2005, E.2005/3645, K.2005/11796; Yarg. 13.HD., T.7.2.2005, E.2004/12088, K.2005/1728; Yarg. 13.HD., T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; Yarg. 13.HD., T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687 www.kazanci.com (erişim tarihi:07.02.2008)

¹²³⁵ “Kural olarak vekalet hukukunda, vekil sonuçtan sorumlu olmadığı için zararın gerçekleşmesinden sözleşmenin ihlali sonucu çıkartılamaz. Buna karşılık bir zararın varlığı durumunda genel hayat tecrübelerine göre ve olayların düzenli ve olağan (tipik) akışından kolaylıkla özen yükümünün ihlali sonucuna varılabilir. Bu kapsamda ilk görünüş ispatından, bir ispat kolaylaştırması olarak yoğun olarak yararlanılmaktadır.” Bkz. Gümüş, s. 384.; Hekimlik sözleşmesinde de herhangi bir sonuç garanti edilmediği için hastanın iyileşememesi ve hatta hayatını kaybetmesi sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir. Ancak bir zararın ortaya çıkması durumunda, özen yükümünün yerine getirilmemiş olduğu sonucuna varılması mümkündür.

*yüklenemeyeceğini veya kendi davranışının zarara neden olmadığını yani illiyet bağının mevcut olmadığını ispat edecektir*¹²³⁶.

Zarar gören yani hasta, ispat yükünü yerine getirmişse, hekim ancak meslek kurallarına aykırılığın somut olayın hal ve şartlarına göre bir kusur oluşturmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹²³⁷. Meslek kusuru ifadesi, tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların kusurlu olarak ihlal edilmesine karşılık gelmektedir. Hekim için hem tıp biliminin genel esaslarını bilmemesi hem de bildiği halde uygulamaması objektif özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Ancak objektif özen yükümlülüğünün ihlali tek başına sorumluluğu doğurmaya yetmeyecek, hekimin kusurlu olduğunun da ispat edilmesi gerekecektir. Kusurun tespiti söz konusu olaydaki hekimin davranışının, aynı şartlarda ortalama bir hekimin göstereceği davranıştan herhangi bir sapma olup olmadığı karşılaştırılarak yapılacaktır. Hastanın ilk görünüş ispatından yararlanarak, örneğin, ameliyat olması gereken sol gözü yerine sağ gözüne müdahale edildiğini ortaya koyması yeterlidir. Artık kusurlu olmadığını iddia eden hekimin yapması gereken, somut olayın özelliklerine göre bu iddiasını ispatlamasıdır. Örneğin, *Kaneti*'ye göre, titiz ve sorumluluk bilinci taşıyan bir hekimin bile, böyle bir yanlışlığa düşebileceğini ve zararı yaratabileceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹²³⁸.

Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında ifade edildiği gibi¹²³⁹ hekim, kusursuzluğunu ispat için zararlı sonucun mücbir sebepten, hastanın

¹²³⁶ Sarial, s. 108.

¹²³⁷ Tandoğan, s. 432.; Kaneti, s. 72.

¹²³⁸ Kaneti, s. 73.

¹²³⁹ Yarg. HGK., T. 23.6.2004, E.13-291, K.370 www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 12.10.2008); Bir başka Yargıtay kararında da, hekim zarar görenin yani hastanın kusurlu davranışları nedeniyle kusursuzluğunu iddia etmiş ancak iddiasını ispat edememiştir: "...Davalılar, davaya

kusurundan ya da üçüncü kişinin kusurundan kaynaklandığını, kendisinin üzerine düşen her şeyi yaptığını ispatlamalıdır. Somut olayda, illiyet bağının kesilmesine yol açan mücbir sebep, umulmayan hal, üçüncü şahsın ya da mağdurun kusuru söz konusu ise hekim meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu olmayacaktır¹²⁴⁰. Bazı durumlarda ise hastanın farklı biyolojik yapısı zararın oluşmasına katkı sağlamış ve bu nedenle normalde beklenmeyen ağır bir zarar durumu ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş olması, gerekli tedbirleri alması ve zararın meydana gelmemesi için elinden geleni yapmış olması gerekir. Örneğin, normal şartlarda ameliyat sonrası kanama olması beklenmeyen bir durumdur. Kanama ortaya çıktığında, hekimin hemen müdahale etmesi ve gerekli tıbbi desteği vermiş olması halinde, sonuç komplikasyon boyutunda değerlendirilebilir. Böyle bir nitelendirme sonucunda ise, hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak aynı durumda, hekimin kanama meydana geldiğinde ilgilenmemesi, müdahale etmemesi, kusurlu olarak geç müdahale etmesi artık komplikasyon değil, bir meslek kusuru niteliği taşıyacaktır.

cevaplarında, davacının ameliyat sonrası kendisine bildirilen talimatların hiçbirine uygun davranmadığını, rutin kontrollerin hiçbirine gelmediğini, davacının talimatlara uyarak, kontrollerine gelmiş olsaydı, tıbben böyle bir tedaviye gerek duyulmamış olacağını, kusurlarının bulunmadığını bildirerek, davanın reddini dilemişlerdir. Ancak davalıların bu savunması, yargılamada toplanan deliller ile kanutlanamamıştır.” Bkz. Yarg. 13.HD., T.25.4.2002, E.2002/2589, K. 2002/4560 www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹²⁴⁰ **Ayan**, s. 111.; **Demir**, (AÜHFD) s. 248.

IV. SORUMLULUĞUN TESPİTİNDE BİLİRKİŞİNİN ROLÜ

A. GENEL OLARAK

Bilirkişilik, somut olayda kusurun ve meslek kurallarına aykırılığın tespit edilebilmesi için genelde mahkemelerin başvurduğu bir kurumdur¹²⁴¹. Hakim hüküm vereceği konudaki teknik ayrıntıyı bilse bile, bu bilgiyi tartışma imkanı olmadığı için kullanamaz ve bir bilirkişi görüşü alır¹²⁴². Sorumluluğun iki kurucu unsuru olan kusur ve illiyet bağı sorununun tıbbi açıdan aydınlatılması için bilirkişiye başvurulduğundan, bilirkişi raporlarının söz konusu olguların ispatı açısından da önemi büyüktür¹²⁴³. Hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenmesi açısından da durum böyledir. Ancak bilirkişilere başvurma konusunda hakimin takdir hakkı olduğu gibi, bilirkişi raporlarının değerlendirilmesi konusunda da hakime serbestlik tanınmıştır¹²⁴⁴.

Tıbbi müdahaleler ile ilgili uyuşmazlıklarda görüşüne başvurulanan bilirkişiler Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve Üniversitelerdir. Yüksek Sağlık Şurası

¹²⁴¹ Bilirkişilik kurumu hukuk ve ceza yargısı açısından ayrı ayrı kendi usul kanunlarında düzenlenmiştir ancak birçok yönden –görevi, işlevi, sayısı, reddedilmesi, inceleme ve raporlandırma, görüşün bağlayıcılığı gibi- aralarında çok büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Deryal**, Yahya: *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004, s. 19 vd.

¹²⁴² **Yenisey**, s. 310.; HUMK m. 276'e göre bilirkişiler tarafların anlaşması ile seçilir, taraflar görüş birliğine varamaz ise yetki hakime aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt:3, s. 2662.; Bu konuda uygulamada hakimin bilirkişiyi belirlemesiyle ilgili olarak bkz. **Yılmaz**, Battal: *"Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi"* Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 400.

¹²⁴³ **Şenocak**, (özel sorunlar) s.247.; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Varol**, Nezih: *"Sağlık Hukukunda Bilirkişilik"* Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 375 vd. ; **Yılmaz**, Battal: *"Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi"* Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 399 vd.;

¹²⁴⁴ **Kaneti**, s. 74.; **Doğan**, s. 52.

hekimlerin kusur durumlarını belirlerken, mağdurdaki arazın niteliğini tayin etme yetkisi, Adli Tıp Kurumuna verilmiştir¹²⁴⁵.

B. YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI

Yüksek Sağlık Şurası (YSS), Sağlık Bakanlığının sürekli bir kuruluşu olarak 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili hükümlerine göre bilirkişilik faaliyeti yapmaktadır. Tedavi ile ilgili genel ilkeler ve hekimlerin kusurlu olup olmadıkları Yüksek Sağlık Şurası tarafından akademik bir yöntem izlenerek¹²⁴⁶ belirlenir¹²⁴⁷. 1219 sayılı Kanun'un 75 inci maddesine göre, tıp mesleğinin uygulanması ile ilgili Ceza mahkemelerinin –gelen raporla bağlı olmasalar da- bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurasının görüşünü almaları zorunludur¹²⁴⁸. Ancak böyle bir zorunluluk hukuk mahkemeleri için getirilmemiştir. Tam tersine 1997 ve 2006 yıllarında, şurada bekleyen dosyaların yoğunluğu nedeniyle adli makamlar tarafından görüş talep edilmemesi yönünde tavsiye kararları alınmıştır¹²⁴⁹.

¹²⁴⁵ **Yenisey**, s. 313.

¹²⁴⁶ Bkz. **Işık**, Sedat: “Şura’da Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor?” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 361.

¹²⁴⁷ **Hancı**, s. 21 vd. ; **Budak**, Ali Cem: “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller” YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 346 vd.

¹²⁴⁸ Ayrıntılar için bkz. **Yenisey**, s. 314 vd.; **Gökcan**, Hasan Tahsin: “Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 321 vd.; **Keskin**, s. 352.; **Yılmaz**, s. 401.

¹²⁴⁹ “2006 tarihli tavsiye kararında ceza davası dışındaki davalarda Yüksek Sağlık Şurası kararının alınmasının zorunlu olmaması ve ayrıca hazırlık soruşturmasında şura kararının alınmasının uygun olmadığı belirtilerek ve yine yargı sürecinin gecikmesine de mahal verilmemesini teminen ceza davaları dışındaki adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturmalarında şura görüşü istenilmemesinin Adalet Bakanlığı’na bildirilmesi yönünde bir tavsiye kararı alınmıştır.” Bkz. **Keskin**, s. 353.

Yüksek Sağlık Şurası raporlarının hukuken değerlendirilmesinden sonra gerek görüldüğü durumlarda bir başka bilirkişi kurumuna başvurusu, hakimın takdir yetkisi kapsamında yer almaktadır. Örneğin Yargıtay 2002 de, yetersiz olarak nitelendirdiği Yüksek Sağlık Şurası raporunu ve genel olarak bilirkişilik hakkında yapılan değerlendirmeyi yerinde bulmayarak hükmün bozulmasına karar vermiştir: *“Hükme esas alınan Yüksek Sağlık Şurası rapor ve ek raporunda ibraz edilen deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25.3.1998 gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobu kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır. Rapor gerekçesiz olup, hükme elverişli değildir. Öte yandan Yüksek Sağlık Şurası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcı olup, hukuk hakimini bağlayıcı olacağına ilişkin bir yasal düzenleme yoktur¹²⁵⁰. Öyleyse mahkemece, davacının rapora itirazları da göz önünde bulundurularak dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp Kurumu’na gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli gerekçeli rapor alınmalı, sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek yetersiz ve gerekçesiz Yüksek Sağlık Şurası raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”¹²⁵¹. Diğer yandan YŞS, hekimlerin kusurlarını belli oranlar (2/8 ya da 4/8 gibi) ile ifade ediyorsa da, Yargıtay konu ile*

¹²⁵⁰ Kararda yer alan bu ifade hatalıdır: 1219 sayılı Kanun’un 75 inci maddesi gereğince Ceza davaları için Yüksek Sağlık Şurasından görüş almak zorunludur ama mahkeme karar ile bağlı değildir. HUMK m. 286 da açıkça bilirkişilerin oy ve görüşlerinin hakimi bağlamayacağını ifade etmektedir.

¹²⁵¹ **Yarg.** 13.HD. T.9.4.20021376/3840.; Aynı yönde bkz. **Yarg.** 13.HD. T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687.; **Yarg.** 13.HD., E.2004/12088, , E. 2004/12088., K.2005/1728. www.kazanci.com (erişim tarihi:7.2.2008)

ilgili hemen hemen tüm kararlarında “.. *hekimin meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, tamamıyla sorumlu olduğunu...*” ifade etmektedir¹²⁵².

Yüksek Sağlık Şurası üyeleri Sağlık Bakanınca ülkede sağlık hizmetleri ve eserleriyle tanınmış kişiler arasından seçilmekte ve bu şekilde seçilen üyelerin görev süresi 1 yıl olmaktadır. Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Temel Sağlık ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürüyle, Birinci Hukuk Müşaviri ise kurulun tabi üyeleridir¹²⁵³. Yüksek Sağlık Şurası’nın çalışma usul ve esasları ise Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yönerge ile düzenlenmiştir¹²⁵⁴. Şura’ya gönderilmiş olan adli dosyaların incelenmesine hız kazandırabilmek amacıyla Mart 2007 tarihinden itibaren ihtisas komisyonları oluşturulmuştur. Bu komisyonlar da, her anabilim dalının uzmanlarından oluşan hekimler raportör sıfatıyla dosyaları inceleyerek, gerekli bilgileri bir rapor şeklinde hazırlamaktadırlar¹²⁵⁵.

C. ADLİ TIP KURUMU

Adli Tıp Kurumu, 19.2.2003 tarih, 4810 sayılı Kanun’la değişik, 14.4.1982 tarih ve 2659 sayılı Kanun’la Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak kurulmuştur. Adı

¹²⁵² Bkz. **Yarg.** 13.HD., T.8.7.2005, E.2005/3645, K.2005/11796; **Yarg.** 13.HD., T.7.2.2005, E.2004/12088, K.2005/1728; **Yarg.** 13.HD., T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; **Yarg.** 13.HD., T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687 www.kazanci.com (erişim tarihi:07.02.2008)

¹²⁵³ Ayrıntıları için bkz. **Keskin**, Adem: “Şura’nın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 351.

¹²⁵⁴ Yüksek Sağlık Şurası Çalışma Yönergesi, Tarih: 19.12.2000, Sayısı: 6831. Yönelge 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 16 ncı maddesi ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 31 ‘nci maddesine dayanılarak çıkarılmıştır. Bkz. www.saglik.gov.tr

¹²⁵⁵ Yüksek Sağlık Şurasının sunulacak olan bu raporda, dosyanın hangi mahkeme y ada savcılıktan geldiği, ne sorulduğu, olayda adı geçen kişiler, olayın meydana geliş şekli, olayın zamanı ve yeri, kişilerin olaya katılış biçimi, uygulanan tetkik ve tedavinin detayları vb. bilgiler yer almaktadır. Bkz. **Yol**, Sinan: “Şura’dan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 356.

geçen Kanun'un 1 inci ve 2 inci maddelerinde ifade edildiği gibi Adli Tıp Kurumu öncelikle, mahkemeler, hakimler ve savcılar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle görevlidir. Adli Tıp Kurumu, İhtisas Daireleri, İhtisas Kurulları ve Adli Tıp Genel Kurulu şeklinde hiyerarşik olarak örgütlenmiş bir yapı içinde çalışır¹²⁵⁶.

Adli Tıp Kurumundan alınan bilirkişi raporları da, çoğunlukla teknik ve mesleki konuların açıklanması nedeniyle hakimin karar vermesinde büyük ölçüde fayda sağlayacaktır. Her ne kadar bu raporlar ile bağlı olmasa da hakim, bilirkişi raporuna neden katılmadığını kararında açıklamak durumundadır¹²⁵⁷. Örneğin Yargıtay'ın 2002 tarihli bir kararında¹²⁵⁸ şu ifadeler yer verilmiştir: *“Mahkemece itibar edilen Adli Tıp 2.İhtisas Kurulunun 14.9.2001 tarihli raporunda “yapılan ameliyatın usulüne uygun olduğu, damakta ortaya çıkan fistül’ün olağan ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, doktora atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı” görüşüne yer verilmiştir. Ancak bu raporu düzenleyen kurul içerisinde konusunda uzman Kulak Burun Boğaz uzmanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu rapora itibar edilerek hüküm oluşturulamaz.”*

Halen, Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Akdeniz Üniversitesi'nde Adli Tıp Enstitüleri bulunmaktadır¹²⁵⁹.

¹²⁵⁶ Budak, s. 343. Ayrıca bkz. www.atk.gov.tr

¹²⁵⁷ Yenisey, s. 311.

¹²⁵⁸ Yarg. 13.HD., T.25.4.2002, E.2002/2589, K.2002/4560 www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.02.2008)

¹²⁵⁹ Budak, s.343.; Ayrıca Bkz. Köroğlu, Hasan: Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001., s. 188 vd.

D. ÜNİVERSİTELER

2659 sayılı Adli Tıp Kanunu'nun 31 inci maddesine göre Yüksek Öğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda bilirkişi sayılır. Tıbbi konularda yeterli teknik bilgiye sahip olmayan mahkemelerin, Adli Tıp Kurumundan gelen rapor ile tatmin olmamaları halinde doğrudan doğruya karar vermesi mümkün değildir. Bu nedenle, Adli Tıp Kanunu 31 inci maddesinde *diğer adli ekspertiz kurumları* şeklinde belirtilen kurumlardan birine başvurmaları gerekir¹²⁶⁰.

Yüksek Sağlık Şurasında bekleyen dosyaların çokluğu nedeniyle, hukuk mahkemelerinin görüş talep etmemeleri şeklindeki tavsiye kararının alınmasının¹²⁶¹ etkisi ile son dönemde yargı kararlarında üniversite ve üniversite öğretim üyelerine bilirkişilik için daha fazla başvurulduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 2007 tarihli bir kararında “..*O halde mahkemece, hastanın gerek davalı hastanede gerekse Alman Hastanesinde yapılan ameliyat ve tedavilerine ilişkin tüm bilgiler ameliyat ve tabela kağıtları, varsa çekilen filmler, sonografik inceleme raporları, ekspertiz, Adli Tıp Raporu birlikte gönderilip, Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, nöroşirurji hastalıkları konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıya uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktora atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorun az yukarıda açıklanan ilke ve*

¹²⁶⁰ Yılmaz, s. 401.

¹²⁶¹ Bkz. § 12. IV. B.

esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir... ” şeklinde ifadeler yer almaktadır¹²⁶².

§ 10. SORUMLULUKTAN KURTULMA ANLAŞMASI

I. GENEL OLARAK

BK.m. 99 da düzenlenen¹²⁶³ sorumluluktan kurtulma anlaşması (sorumsuzluk anlaşması), borçlar hukuku’nun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine dayanır. Sözleşmenin ihlalinin doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmaya sorumsuzluk anlaşması denir¹²⁶⁴.

Alacaklı ve borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bu sözleşme ile ileride gerçekleşmesi muhtemel bir tazminat hakkı üzerinde tasarruf edilmektedir¹²⁶⁵. Sorumluluktan kurtulma anlaşması, her hangi bir şekil şartına bağlı değildir ama mutlaka asıl sözleşme yapılırken ya da en geç zarar doğmadan önce

¹²⁶² **Yarg.** 13.HD., T.18.6.2007, E.2916, K.8485.; Aynı yönde kararlar için bkz. **Yarg.** 13.HD., T.9.7.2007, E.7502, K.9890.; **Yarg.** 13.HD., T.21.12.2006, E.13122, K.16638.; **Yarg.** 13.HD., T.19.10.2006, E.10057, K.13842.; **Yarg.** 13.HD. T.10.10.2006, E.10068, K.13288.: **Özkan / Öner Akyıldız**, s. 332-352

¹²⁶³ BK. m. 99: “*Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes’uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart batıldır. Hafif kusur halinde borçlu iptidaen mes’uliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes’uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile Hakim bu şartı bâtil addedebilir.*”

¹²⁶⁴ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 900.; **Eren**, s. 1042.; **Akman**, Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 80 vd.

¹²⁶⁵ **Erten**, Ali: Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s. 90.; **Akman**, s.12.

yapılmalıdır. Zarar doğduktan sonra, böyle bir anlaşmanın yapılması artık sorumluluktan kurtulma anlaşması değil ancak ibra¹²⁶⁶ ya da sulh sözleşmesine¹²⁶⁷ vücut verebilir¹²⁶⁸.

BK. m.99 gereğince, borçlunun kasıtlı hukuka aykırı bir davranışından veya ağır ihmalden doğacak zarardan sorumlu olmayacağı konusunda alacaklı ile zararın doğmasından önce yapmış olduğu sorumluluktan kurtulma anlaşması geçersizdir. BK. m.99/II de ise borçlunun hafif kusuru (ihmali) için yapacağı sorumsuzluk sözleşmesi iki durumda kısıtlanmış ve hakimın takdirine göre batıl sayılabileceği hükme bağlanmıştır¹²⁶⁹. Bu durumların ilki, alacaklının anlaşmanın yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde bulunması, ikincisi ise borçlunun sorumluluğunun devlet tarafından verilen bir izin ya da ruhsata bağlı bir sanatın icrasından doğuyor olmasıdır¹²⁷⁰.

Sorumluluktan kurtulma anlaşması açısından iki önemli konunun altının çizilmesi gerekir. Öncelikle sorumluluktan kurtulma anlaşması hiçbir zaman borçlunun sözleşmeden doğan asli edim yükümüne etki etmez; asli edim yükümü

¹²⁶⁶ İbra Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamakla birlikte doktrin ve uygulama tarafından borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmektedir. Tarafların aralarında mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik olarak yaptıkları sözleşmeye *ibra sözleşmesi* denir. Bkz. **Eren**, s. 1221 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 988 vd.; **Tunçomağ**, s. 1172 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 578 vd.

¹²⁶⁷ Sulh Sözleşmesi mahkeme dışında yapılan sulhü ifade etmek üzere, tarafların mevcut veya muhtemel bir hukuki uyuşmazlığı ya da belirsiz bir hukuki ilişkiyi belirli taviz ve fedakarlıkta bulunmak suretiyle halletmeleri anlamına gelir. Bkz. **Eren**, s. 1211.

¹²⁶⁸ **Tandoğan** (mesuliyet), s. 454.; **Akman**, s. 43.; **Erten**, s.91.

¹²⁶⁹ BK. m.100 hükmü de Yardımcı Kişilerin Sorumluluğu ile ilgilidir. Yasa koyucu BK. m.100/II hükmü ile tarafların, yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğunu tamamen ya da kısmen kaldıran anlaşmalar yapabileceklerini belirttikten sonra, iki özel durum için kısıtlama getirmiştir ve sadece. BK. m. 100/III'e göre: "*Alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mes'uliyetten kendisini beri kılabilir.*"

¹²⁷⁰ "*Buradaki düzenlemenin maksadı, alacaklıyı borçlunun baskı altına almasından korumaktır. Özellikle Devlet tarafından tanınan bir imtiyaza dayanarak, tekel durumunda çalışan vekillerin, yapacakları anlaşma ile sorumlu olmayacaklarını müvekkillerine kabul ettirme ihtimali çok yüksektir.*" Bkz. **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 270 vd.

azaltılamaz, değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. İkinci olarak ise, sorumluluktan kurtulma anlaşması yapılmış olması borçlunun göstermesi gereken özen borcu üzerinde de herhangi bir etkisi yoktur¹²⁷¹.

II. HEKİM VE SORUMLULUKTAN KURTULMA ANLAŞMASI

Bir hekimin, hastası ile *hiçbir kusurundan* sorumlu olmayacağına dair bir sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, etik açıdan kabul edilebilir olmayacağı gibi, BK. m.99/I hükmü gereğince hukuken de geçersizdir.

Ancak doktrinde, hekimin *hafif kusurlarından* sorumlu olmamak için bir sorumluluktan kurtulma anlaşması yapıp yapamayacağı üzerinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu görüşleri belirtmeden önce, hekimlik mesleğinin BK. m.99/II de ifade edilen *hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası* olup olmadığının; söz konusu madde hükmüne göre hafif kusurlarından sorumlu olmamak için anlaşma yapıp, yapamayacaklarının belirlenmesi gerekir.

Doktrinde çoğunlukla taraftar bulan görüşe göre; hekimlik resmi bir izne veya ruhsata dayanılarak yapılabilen bir meslek olarak, İdare hukuku anlamında BK.m. 99/II’de belirtilen imtiyaz alınarak yapılan işlerden ayrılır. Ancak, kanun koyucunun toplum yararı ve genel güvenlik sebeplerinden icrasını resmi bir izne veya ruhsata bağlı tuttuğu faaliyetler ve meslekler- avukatlık¹²⁷², hekimlik, dişçilik, ebelik,

¹²⁷¹ Akman, s. 9 vd. ; Başpınar, (vekilin özen borcu) s. 265.

¹²⁷² Günergök, “Avukatlık faaliyeti, hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen ticari işletme faaliyeti değildir ve bir tekel sözkonusu değildir. Bugün her yerde mesleğini icra eden çok sayıda avukat vardır. Avukat ile şartlarda anlaşamayan müvekkilin bir başka avukatla çalışma imkanı her zaman için mevcuttur. Ayrıca avukatlık ilişkisi güvene dayalı olup, elektrik, doğalgaz dağıtımı

veterinerlik vb.- de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu meslek sahipleri hizmetlerini kamuya açık olarak sunarlar ve sahip oldukları izin/ruhsat ile toplumda özel bir güven durumu yaratırlar¹²⁷³. Bu özel ve avantajlı durum¹²⁷⁴, sözleşmenin zaten zayıf tarafı olan hasta üzerinde bir – tıpkı tekel niteliği taşıyan imtiyazlı işletmeler gibi-baskı yaratarak¹²⁷⁵, istenilen şartların kolayca kabulüne imkan verebilecektir¹²⁷⁶. Bu nedenle bir hekimin, hastası ile yaptığı hekimlik sözleşmesine bir sorumsuzluk şartı eklenmesi ya da ayrı bir sorumsuzluk anlaşması yapılması

gibi faaliyetlerle kıyaslanması mümkün değildir....” İfadeleri ile sözleşme özgürlüğü kapsamında avukatında sorumsuzluk anlaşması yapabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Günergök, s. 185 vd.; Buna karşın Güner, avukatlığı tekel niteliğinde bir faaliyet olarak görmektedir. Bkz. Güner, s. 316 vd.

¹²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akman**, s. 64 vd. **Feyzioğlu** ise, genel kabul gören görüşten şu ifadeler ile ayrılmaktadır: “*BK. m. 99/II de imtiyaz suretiyle görülen işlerden bahsedildiğine göre, kamu hizmetlerini imtiyaz suretiyle değil, bizzat ifa eden kamu tüzel kişileri bu istisnanın dışında kalacaklardır. Aynı nedenle, avukatlık, doktorluk, eczacılık, şoförlük gibi icrası bir ruhsata bağlı olan meslekleri icra edenler de kanaatimizce BK.m. 99/II’nin kapsamı dışında bırakılmalıdır. Çünkü ruhsat bir imtiyaz değildir; aralarında nitelik farkı vardır ayrıca şartları haiz herkes ruhsat alabilir oysa imtiyaz bir tekel durumunu getirir ve aynı yer için birden fazla imtiyaz düşünülemez.*” Bkz. **Feyzioğlu**, Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.II, İstanbul 1977, s. 214-215.

¹²⁷⁴ Bu konu kapsamında yapılan bir diğer tartışma da imtiyaz suretiyle yapılan meslekler ve bunların bir tekel niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Baskın görüş, hekimliğin imtiyazlı ve tekel niteliği taşıyan bir meslek olduğu yönündedir. Örneğin **Aşçıoğlu**, bu görüşü şu şekilde ifade etmiştir: “*Tıp sanatının uygulanması, belirli akademik öğrenim görmüş, uzmanlık almış ve devletten izin veya ruhsat alan bireylerin tekelindedir. Yasa koyucunun, toplum yararına ve genel güvenlik nedeniyle yaptığı bu düzenlemenin bir özelliği de doktorların hizmetlerinin kamuya açık olmasıdır. Doktor, sözleşme yapmaya hazır (özel durumlarda zorunlu) bir meslek adamı olarak kendisine güvenilir.*” Bkz. **Aşçıoğlu**, s. 46 ve 127. Aynı yönde **Oğuzman / Öz**, s. 349.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 885.; **Akman**, 65-67.; Buna karşılık **Feyzioğlu**, “*Eğer kanun koyucu imtiyaz ve ruhsat kavramlarının her ikisini de amaçlamış olsaydı, iki deyimde de metin de yer verirdi. Sadece imtiyazlı işletmeleri düşünmüş olmasının nedeni, orada tekelliliğin bulunuşudur. Ruhsatta böyle bir durum olmadığı için, hafif ihmalle sorumlu tutulmama teklifi ile karşılaşan müşteri, ona güven taşımıyorsa kendisiyle anlaşmaz, güvendiği bir başka doktoru, avukatı, eczacıyı seçer. Halbuki imtiyazlı işletme yerine bir başkasını seçemez. Bu nedenle onlara karşı BK.m.99/II’ye dayanmak anlam taşır.*” Bkz. **Feyzioğlu**, s.215, dipnot:267.

¹²⁷⁵ Örneğin, sağlık kurumları kullandıkları tip sözleşmelerde, genel işlem şartı niteliğini taşıyan bir sorumsuzluk şartı bulundurmaktadırlar. Böyle bir şartı, sözleşmenin zayıf tarafını temsil eden ve bu sebeple pazarlık gücü bulunmayan hastanın kabul edeceği tartışmasıdır.” Bkz. **Akman**, s. 75.; **Özdemir**, s. 181.; **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s. 271.; “*Ancak özel hastane işleticisinin yapacağı sorumsuzluk anlaşması, BK. m.99/II dikkate alındığında, hakimın takdir yetkisini kullanmasıyla geçersiz sayılabilecektir.*” Bkz. **Hatırnaz**, s. 132.

¹²⁷⁶ **Akman**, s. 65.; **Erten**, s. 244.; **Oğuzman/Öz**, s. 349.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 885.; **Başpınar**, (vekilin özen borcu) s.271.

halinde, hakim BK. m.99/II de yer alan takdir yetkisine dayanarak bu anlaşmayı geçersiz kılabilir¹²⁷⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, hekim hastası ile hafif kusurlarına ilişkin bile olsa sorumsuzluk anlaşması yapamaz. Böyle bir sözleşme yapıldı ise *kendiliğinden* geçersizdir¹²⁷⁸. Hekimlik sözleşmesinde hekim her türlü özeni göstereceğini taahhüt etmekte, hastada bu inancı taşıyarak hekimini seçmek ve tıbbi müdahale için ona rıza vermektedir. Hukuki düzenleme açısından da vekilin özen gösterme yükümünü düzenleyen BK. m.390, sorumluluktan kurtulma şartını düzenleyen BK.m. 99'a göre özel bir hüküm olarak, öncelikli uygulama alanı bulacaktır. Bunun anlamı, vekilin özen borcu ile ilgili olarak sorumluluktan kurtulma anlaşması yapılması söz konusu değildir¹²⁷⁹. Diğer yandan, belirli bir tıbbi uzmanlık ve meslek kuralları çerçevesinde hareket etmesi beklenen bir hekimin, belli kusurlarından sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapmayı talep etmesi bile hastanın güvenini sarsacak, vekalet sözleşmesinin güçlü özen gösterme yükümü ile çelişki yaratacaktır¹²⁸⁰. Böyle bir durum, en başta hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmeyecek ve kamu düzenine aykırı olduğu gibi BK. m.20 gereğince ahlaka da aykırı sayılacaktır¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Erten, s. 244.; Akman, s. 65.; Başpınar, (vekilin özen borcu) s. 167.; Doğan, s. 54.; Demir, (kurultay) s. 160.

¹²⁷⁸ Tandoğan, (borçlar) s. 433.; Aşçıoğlu, s. 127.; Ayan, s. 119

¹²⁷⁹ Başpınar, (vekilin özen borcu) s. 268.

¹²⁸⁰ “Vekalet sözleşmesinin bir türü olan tedavi sözleşmesinde, hekimin ve yardımcılarının özen eksikliğinden doğabilecek muhtemel sorumluluklarını ortadan kaldıran bir şart, kendilerine duyulan güveni de ortadan kaldıracağından geçerli sayılmamak gerekir.” Bkz. Büyüksağış, (h.sorumluluğu) s. 129.

¹²⁸¹ Tandoğan (borçlar), s. 433.; İpekyüz Yavuz, s. 145.; Ayan da bu görüşü kabul etmekle birlikte, hafif ihmale ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasının BK.m.20 anlamında batıl sayılmasa bile, hakim bunu her hal ve şart altında geçersiz saymasının (BK. m.99/II) tavsiye edilebileceğini, ilişkinin niteliği gereği çıkarlar dengesinin böyle bir anlaşmanın geçersiz sayılmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bkz. Ayan, s. 120.

Kanaatimizce, serbest çalışan bir hekim ve kendisine başvuran hastası arasından gerçekleşen hekimlik sözleşmesi için hekimin bir sorumsuzluk şartı ya da sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, *hekimlik sözleşmesinin niteliğine* uygun düşmeyecektir. Hekimlik sözleşmesi, yoğun güvene dayalı olarak mesleki bir faaliyet gerektiren ve ücret karşılığı yapılan bir vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Hekimin asli borcu *ihtiyaç duyulan hekimlik faaliyetinin gereğini özenle yerine getirmektir*. Belirli uzmanlık ve meslek kuralları çerçevesinde hareket etmesi beklenen bir hekimin, hastası ile yapacağı bir hekimlik sözleşmesi için bazı kusurlarından sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapmayı talep etmesi bile hastanın güvenini sarsacak niteliktedir. Hekim hastasını somut olayın taşıdığı risk ve sonuçları ile ilgili olarak ayrıntılı ve özenli bir şekilde aydınlatmalı fakat “*Bazı hafif kusurlar meydana gelirse ben sorumlu olmayacağım*” dememelidir. Böyle bir durumda hastanın hekimine –mesleki bilgisine, becerisine, tecrübesine ve hatta kişiliğine- duyduğu güven büyük yara alacaktır. Bu nedenle hekimin hafif kusurları için bile yapacağı bir sorumluluktan kurtulma anlaşmasının kendiliğinden geçersiz olacağı görüşüne katılıyoruz. Kaldı ki, -istisnai durumlar hariç – hasta, hafif kusurlarından sorumlu tutulmama teklifi ile karşılaştığında ve hekime karşı bir güven sorunu yaşadığında, bir başka hekime başvurma hakkına her zaman sahiptir.

SONUÇ

Hekimlik, kökleri tarih öncesi döneme dayanan, dünyanın en eski mesleklerinden biridir. Günümüzde ise, hekimlik, belirli bir meslekî eğitim sürecinin başarı ile tamamlanması ve devletin yetkili organlarından alınması zorunlu olan çalışma ruhsatı ile yerine getirilen bir meslek ve sanattır. Hekim, bir takım meslekî faaliyetleri yerine getirirken, tıbbî etik ilkelere, tıbbın kabul edilmiş kurallarına uygun davranmak zorundadır. Hukuk ise kendi koyduğu ilke ve kanunlara göre, hekimlik faaliyetlerini değerlendirmektedir. Bu iki bilim dalı, farklı özellikler taşısalarda, ortak bir ilke de buluşmaktadırlar; kimseye zarar verme: *primum non nocere*. Hekimlik faaliyetleri, kişilik hakları kapsamında korunan yaşama ve sağlık hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı gibi değerler ile yakından ilgilidir. T.C. Anayasası m.17, TMK.m.23 ve m.24, BK.m. 47 birlikte değerlendirildiğinde, kanun ile düzenlenen bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, hekimin, iyileştirmek amacıyla da olsa, hastaya uyguladığı her tür tıbbî müdahale, esas itibarıyla kişilik haklarına, vücut bütünlüğüne yapılan hukuka aykırı saldırılardır. Bir tıbbî müdahale kural olarak *hastanın rızası*; belirli şartlarda *varsayılan rıza*; *daha üstün nitelikte özel yarar* veya *kamusal yarar*, kanunun verdiği *yetkinin kullanılması* ve *zaruret hali* ile hukuka uygun hale gelebilir.

Tıbbî etik, ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk, hekimin sorumluluğunu gerektiren değişik hukuk kaynaklarıdır. Özel hukuk (medenî hukuk) açısından bakıldığında zaman, hekim culpa in contrahendodan, vekaletsiz iş görmeden ve haksız

fiilden sorumlu olabilir. Hekimin hukuksal sorumluluğunu doğuran kaynaklardan biri de *hekimlik sözleşmesidir*. Hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan bir hekim ve hasta – ya da kanunî temsilcisi- arasında kurulan, rızai, şekle bağlı olmayan ve kanunlarca düzenlenmemiş (atipik) bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşme ilişkisinde, hekimin asli edim yükümünü, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirmek; hastanın asli edim yükümünü ise bir ücret ödemek oluşturur. Ancak, hekimlik sözleşmesi, taraflar arasında güç dengesinin olmadığı, yoğun bir güven temelinde kurulan bir sözleşme olarak diğer işgörme sözleşmelerinden ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı nitelikler taşır. Hekimlik sözleşmesinin hukuksal niteliğini, özellikle hekim tarafından üstlenilen asli edim yükümünün konusu ve içeriği değerlendirilerek, istisna (eser), hizmet, kendine özgü sözleşme ya da çoğunluğun kabul ettiği gibi vekalet sözleşmesi niteliğinde gören görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, hangi tür tıbbî müdahale için olursa olsun, hekimlik sözleşmesi –tıpkı avukatlık sözleşmesi gibi- sonucun önceden taahhüt edilmesine imkan verecek nitelikte değildir. Bunun en önemli nedeni, hekimin faaliyetleri, işin mahiyeti gereği, önceden belirlenmesi ve taahhüt edilmesi mümkün olmayan, insan, hasta ve hastalık gibi faktöre bağlı olarak gelişmesidir. Diş hekiminin, diş için dolgu ve protez yapılmasında, teknik imalatında işin içine girmesi nedeniyle, istisna sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gereği baskın görüş olarak savunulmaktadır. Aynı görüş, estetik amaçlı tıbbî müdahaleler içinde seslendirilmektedir. Yargıtay'ın da bu yönde kararlar vermesine rağmen, kanaatimizce, hekimlik faaliyeti bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Belirsizlik faktörü ve sonucun garanti edilememesi özellikleri, tüm tıbbî müdahaleler için vardır. Bu nedenlerle, biz, hekimlik sözleşmesinin hangi tür tıbbî müdahale için

yapılırsa yapılsın, ancak bir vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği görüşünü benimsiyoruz.

Hekimlik sözleşmesinde, hekimin asli edim yükümünün tıbbî teşhis, tedavi ve bakım olduğunu daha önce belirtmiştir. Ancak, bu asli edim yükümünün yanında hekimin son derece önemli bazı yan yükümleri de doğmaktadır. Bunlar arasında, hastaya özen gösterme yükümü ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ifaya yardımcı yan yükümler niteliğindedir. Hem özen gösterme yükümü, hem de hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, asli edim yükümünün tam ve doğru bir şekilde ifa edilmesine yardım ederler. Hekimlik sözleşmesinde, sadakat, sır saklama ve kayıt tutma yükümleri ise, koruyucu yan yükümler niteliğindedir. Hastanın da, hekimlik sözleşmesinde ücret ödeme olarak şekillenen, asli edim yükümü dışında, bazı yan yükümleri mevcuttur: bilgi ve belge verme yükümü, yapılacak olan müdahalelere ve incelemelere katlanma yükümü, talimat ve tavsiyelere uyma yükümü gibi.

Hekimin, sözleşmeden doğan sorumluluğu ise şu şartlar da söz konusu olmaktadır: Geçerli bir hekimlik sözleşmesinin varlığı, sözleşmeden doğan edim yükümlerinin ihlal edilmesi, hekimin kusuru, zarar ve uygun illiyet bağı.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle hekim ve hasta arasında mevcut bir sözleşme ilişkisinin mevcut olması gerekir. Sözleşme ilişkisi olmadan başka birine verilen zarar halinde, sözleşme dışı bir sorumluluktan özellikle de–şartları varsa – haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir.

Hekim, hekimlik mesleğinin gereklerini yerine getirirken, tıp, etik ve hukuk kurallarına uygun davranmamış, kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermemiş ise, sözleşme ile üstlenmiş olduğu borca aykırı davranmış olacaktır. Bu halde, vekilin

özen borcunu ihlalinde olduğu gibi, hekiminde tıbbî özen yokluğu ya da eksikliği, asli edim yükümü ve/veya yan yükümlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, sözleşme ihlal edilmiş demektir.

Hukuki sorumluluk, hekimin kusurlu olmasını da gerektirmektedir. Hekimin kusuru, objektifleştirilerek değerlendirilecektir. Buna göre, hekim, somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbî standartların altında bir uygulama yapmış ise, tıbbî uygulama hatası (*medical malpractice*) yaptığı kabul edilmektedir. Hekime mesleki kusur ya da tıbbî kusur olarak yüklenen durum, bilinen ve kabul edilen tıp kurallarının yani tıbbî standartların ihlal edilmesi ile ortaya çıkmaktadır. Ancak hekim, kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermesine rağmen bir takım beklenmedik durumlar ortaya çıkabilir. Komplikasyon ya da tıbben izin verilen risk olarak ifade edilen bu durumlar için hekimin –kural olarak – sorumluluğu doğmayacaktır yeter ki, hekim hastasını bu duruma karşı bilgilendirmiş olsun. Tıbbî uygulama hataları, teşhis ve tedavi hataları olarak pek çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir: müdahale yapılmaması, eksik ön muayene, yetersiz hasta öyküsü alma, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi seçme, yanlış ilaç seçme veya uygulamayı yanlış yapma...vb.

Hekimlik sözleşmesinden doğan kusurlar açısından, tıbbî faaliyetlerin esas itibariyle, kişilik hakları kapsamında korunan değerlere yönelik olması nedeniyle maddi zararların yanında manevi zararlarında doğması söz konusu olabilir.

Hekimin sözleşmeye aykırılık olarak nitelenen kusurlu davranışı, normal hayat tecrübelerine göre meydana gelen zararı doğurmaya elverişli olmalıdır ki,

hekim bu nedenle sorumlu tutulabilsin. Uygun illiyet bağının varlığı, uygulama da tıbbî bilirkişilere başvurularak tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Hekimlik sözleşmesi açısından, ispat sorunu da önemli bir konudur. Bu konudaki temel zorluk, sözleşme ihlali ve kusur kavramlarının, özen kavramı üzerinden tanımlanmaya çalışılmasıdır. Hastaya, ispat yükü açısından bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. Hastanın ispatlaması gereken, hekimin meslek kurallarından, şartların gerektirdiği tıbbî standartlardan, göstermesi gereken dikkat ve özen yükümünden sapmış olan davranışlarıdır. Hasta ilk görünüş ispatı adı verilen bir ispat kolaylığından yararlanırken, ispat açısından nispeten daha güçlü konumda olan hekim kusurlu olmadığını ispatlamak zorundadır. BK.m. 96 da yer alan kusur karinesi hekim içinde geçerlidir.

Hekimin sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, kanaatimizce, hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmeyecektir.

Sonuç itibariyle, hekimin tıbbî faaliyetlerini doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen birçok kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge, sağlık mevzuatımız içinde yer almakta, ancak, bunların hiç birinde hekimin hukuki sorumluluğuna yer veren özel hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan sorunlar, özel hukuk açısından BK. genel hükümlerinin kıyasen uygulanması ile çözülmeye çalışılmaktadır. İnsan hayatı için son derece önemli bu meslek için - tıpkı Avukatlık Kanunu gibi- ayrı bir *Hekimlik Kanunu* hazırlanması, birçok kavramın daha net ortaya konması ve sorunların daha doğru bir şekilde çözümlenebilmesi açısından son derece yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ABAGGLEN, Sandro: Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungs-beziehungen, insbesondere im Bankgesschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995.
- ABİK, Yıldız : “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, AÜHFD., Cilt:54, S.3, Ankara 2005.
- AKARTEPE, Alpaslan :Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007.
- AKINCI, Şahin : Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007. (hukuki problem)
- AKINCI, Şahin : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli (Organ -Doku) Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996. (biyolojik madde nakli)
- AKINTÜRK, Turgut : Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, İkinci Cilt, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2008. (aile hukuku)
- AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007.
- AKİPEK, Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: Sözleşmeler Rehberi, Sözleşmelerin Hazırlanması, Sözleşme Örnekleri, Yargıtay Kararları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2002.
- AKİPEK, Şebnem : Alt Vekalet, Ankara 2003.
- AKKANAT, Halil : Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof.Dr. Öze Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.
- AKMAN, Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

- AKSOY, Şahin : Tıp Etiğinin Ülkemizdeki ve Dünyadaki Tarihi, Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Prof.Dr. Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr.Öztan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, İstanbul 2003.
- AKTAN, Can Coşkun : Ahlak ve Ahlak Felsefesi, İstanbul 1999.
- AKÜNAL, Teoman : "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", T. H.da Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ank. 12-13 Mart 1982, İst 1983, s. 19-30.
- AKYILDIZ, Sunay : Hasta Hakları ve Hekimin Sorumluluğu, Güncel Hukuk, Mart 2006/3, s.21.
- AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006.
- ALTINTAŞ, Ayten : Rönesans Tıbbı, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s.91-97.
- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006.
- ARAT, Ayşe : Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:I, S.2, 2006, s. 225-238.
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005.
- ARPACI, Abdülkadir : Kişiler Hukuk (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 2000.
- ARSLAN, Mahmut : İş ve Meslek Ahlakı, Ankara 2005.
- AŞÇIOĞLU, Çetin : Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorları, Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezaî ve Hukukî), Ankara 1993.
- ATABEK, Reşat / SEZEN, Merih: Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: XXVIII., İstanbul 1954. s. 135-149.

- ATAMER, Yeşim : “Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu” 22.09.2006, www.lambadaistanbul.org (erişim tarihi: 21.10.2008)
- ATAMER, Yeşim : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996. (haksız fiil)
- ATEŞ, Derya : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.
- ATICI, Elif : Malign Tümör Hastalarında Etik İkilemler: Hukukun Ulaşamadığı İnce Ayrıntılar, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002.
- AYAN, Mehmet : Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- AYDIN, Erdem : Tıp Etiği, Ankara 2006.
- BAKER, Tom : The Medical Malpractice Myth, Chicago, 2005.
- BASANTA, W.Eugene : A Primer on Medical Liability Law in the United States, <http://www.law.umkc.edu/irelandclassmaterials/2007materials/MedLaibPrimer.ppt>
- BAŞAĞAOĞLU, İbrahim: Hekimin Mesleki İlişkileri, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007.
- BAŞALP, Nilgün : Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BAŞPINAR, Veysel : Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 223-38. (hekimin özen borcu)
- BAŞPINAR, Veysel : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004. (vekilin özen borcu)
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.

BEAUCHAMP L.Tom / CHILDRESS, F.James: Principles of Biomedical Ethics, New York 1979.

BEAUCHAMP L.Tom / WALTERS, LeRoy: Contemporary Issues in Bioethics, United States 2003.

BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953.

BIGGS, Hazel : Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis, Ankara Barosu- AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 53-64.

BIRKS, Peter : English Private Law , Oxford 2004.

BİLGE, Necip : Hukuk Başlangıcı ve Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara 2005.

BOVBJERG, Randall R.: “Problems and Solutions in Medical Malpractice” The Liability Maze, The Impact of Liability on Safety and Innovation, Editors: Peter W.Huber / Robert E. Litan, U.S.A. 1991, s. 274 -290.

BOZKURT, Enver : İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı, Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 13 -17.

BRODY, Howard : The Healer's Power, New York 1993.

BRUGGEMEIER, Gert: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Heidelberg 2006.

BUDAK, Ali Cem : Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl:2006, s. 309-321.

BUZ, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

- BÜKEN ÖRNEK, Nükhet: Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Ankara Barosu - AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.33-42. (etik)
- BÜKEN ÖRNEK, Nükhet: Hekim-Hasta Arasındaki Güven İlişkisi, Sınırlar ve Sınır İhlalleri, Medimagazi, 21.05.2007, S.330.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007. (zarar)
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım" AÜHFD. Cilt: 54., Sayı: 4, Ankara 2005. s. 119-148. (h.sorumluluğu)
- BYGRAVE, Lee A. : Data Protection Law, Approaching Its Rationale, Logic and Limits, Holland 2002.
- BYRNE A., John : Informed Consent, New York 1996.
- CAREY, Peter : Data Protection, Second Edition, United States 2004.
- CİVANER, Murat / OKUYAN AMATO, Zuhâl: Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Dosyalarında Tıbbî Etik İhlalleri, İzmir 1999.
- CLARKE, B.David: "The Patient Self-Determination Act" Health Care Ethics, Critical Issues, John F.Managle, David C.Thomasma, Maryland 1994, s. 93-108.
- COHEN-ALMAGOR, Raphael: Medical Ethics At The Dawn of The 21st Century, New York 2000.
- COLLIN, Joseph : Should Doctor's Tell The Truth?, Bioethics: An Anthology, Edited By: Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 501-506.
- ÇAKMUT YENERER, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

- ÇELEN, Alper : “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “Kamu Görevlisi Hekimin Kişisel Kusur Sorumluluğuna İlişkin Kararı” Üzerine Değerlendirme” Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:1, 2008 s. 328-331.
- ÇELİK, Faik : Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB-Yüksek Onur Kurulu Kararları), YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl: 2006, s. 71-81.
- ÇETİN, Gürsel : Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çetin/Yorulmaz), İstanbul 2006, s.31-42.
- ÇIMRIM/SEVİNÇ/KUNDAK/ELLİDOKUZ: "Tıp Fakültesinde Çalışan Hekimlerin Meslek Anamnezi Alma Alışkanlıkları", Toplum ve Hekim, Ocak-Şubat 1998, C.13, S.1.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- ÇOBANOĞLU, Nesrin: Tıp Etiği, Ankara 2007.
- DAM van, Cees : European Tort Law, Oxford 2006.
- DEMİR, Mehmet : "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.153-160. (kurultay)
- DEMİR, Mehmet : "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" AÜHFD. Yıl 2008, Cilt: 57, S.3, s. 225-252. (AÜHFD)
- DEMİR, Mehmet : "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane -Kamu Hastanesi Ayırımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009. (armağan)
- DEMİRCİOĞLU, H.Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

- DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşeğül: Hekim - Hasta İlişkileri ve Etik Sorunlar, Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Prof.Dr. Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr.Öztan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, İstanbul 2003.
- DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşeğül: Tıbbi Deontoloji ve Genel Tıp Tarihi, Bursa 1996, s.3.
- DERYAL, Yahya : Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti, Ankara Barosu - AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.71-84. (hasta sırrı)
- DERYAL, Yahya : Türk Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2004. (bilirkişi)
- DESCHENAUX, Henri /TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1983.
- DEUTSCH, Erwin / SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Berlin 2003.
- DEUTSCH, Erwin : Das Therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 1980.
- DEUTSCH, Erwin : Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, AÜHFD., C.26, S.1-4 1979, s.171-186.
- DİNÇ, Gülten : Ortaçağ'da İslam Tıbbı, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Kitabı, İstanbul 2007, s.73-89.
- DOĞAN, Cahid : Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti, Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 105-149.
- DOĞAN, Hanzade : Tıbbi Etik ve Hukuk; Benzerlikler ve Ayrılıklar, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002.
- DOĞAN, Murat : Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 39-55.

- DONAY, Süheyl : Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, 1968, s. 44-58. (doktorun)
- DONAY, Süheyl : Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978. (meslek sırrı)
- DONAY, Süheyl : Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlükle Hareket Etme Borcu, Batider 1970, Cilt:5, S.4, s. 728-749. (vekilin)
- DOUARD, John W./ WINSLADE, William J.: “Tarasoff and the Moral Duty to Protect the Vulnerable” Health Care Ethics, Critical Issues, Maryland 1994, s. 316-324.
- DOUGLAS, Thomas: "Medical Injury Compensation: Beyond No Fault" Medical Law Review, 17, Spring 2009, s. 30-51.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi : Basın ve Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1976.
- DUTTGE, Gunnar : Kann Eine Barmherzige Illusionierung (Thomas Mann) Des Patienten Gerechtfertigt Sein?, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl: 2006, s. 91-100.
- ELÇİOĞLU, Ömür / KIRIMLIOĞLU, Nurdan: Tıp Etiği İlkeleri, Çağdaş Tıp Etiği, Editörler: Prof.Dr. Ayşeğül Demirhan Erdemir, Prof.Dr.Özcan Öncel, Doç.Dr. Şahin Aksoy, İstanbul 2003.
- ENGELHARDT, Dietrich: “Tıp Etiğinin Sistematiği ve Tarihi Üzerine” Tıbbın Gündelik Yaşamında Etik, Yayınlayan: Dietrich v.Engelhardt, Türkçesi: Arın Namal, İstanbul 2001, s. 1-14.
- ER, Ünal : Sağlık Hukuku, Ankara 2008.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, İstanbul 2006.

- ERLÜLE, Fulya : Alt Vekalet, Prof.Dr. S.Sulhi Tekinay Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 259 vd.
- ERMAN, Barış : Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- ERMAN, Hasan : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4.Bası, İstanbul 2000.
- ERTAŞ, Şeref : Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, Y:1, N. 1 4, s. 173-204.
- ERTEN, Ali : Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- ESENER, Turhan : İş Hukuku, Ankara 1978.
- FELMANN, Walter : Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abteilung, Die Einzelnenvertragsverhältnisse, 4.Teilband, Der einfache Auftrag, Art.394-406 OR, Bern 1992.
- FENNELL, Phil : Treatment Without Consent, Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People since 1845, London 1996.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:I, İstanbul 1976. (Cilt:I)
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:I, İstanbul 1977. (Cilt:II)
- FEYZİOĞLU, Metin: "Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi", Ankara Barosu - AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.311-319.

- FISCHER, Gerfried : "Die Arztliche Aufklärungspflicht im Deutschen Zivilrecht", YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl: 2006, s. 71-81.
- FLEMING, John : The Law of Torts, 9th Edition, Sidney 1998.
- GIESEN, Dieter : Arzthaftungsrecht, Die Zivilrechtliche Haftung aus Medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, Tübingen 1995. (arzthaftung)
- GIESEN, Dieter : International Medical Malpractice Law, Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care, Tübingen 1988. (international)
- GIESEN, Dieter : Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu, (Çeviren: Salim Özdemir) Yargıtay Dergisi 1976, Cilt: III. S.3-4, s. 217-228 (Çev:S.Özdemir)
- GİRİTLİOĞLU, Hakan: Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü, Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.19-26.
- GORDON, Thomas / EDWARDS, Sterling: Doktor-Hasta İşbirliği, Londra 1995, çeviren: Emel Aksay.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.321-327.
- GÖRKEY, Şefik: Hasta Hakları, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal) Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002, s. 100-126.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara 1997.
- GROOPMAN, Jerome: Doktorlar Nasıl Düşünür?, Çeviren: Serhat Ataman, İstanbul 2007.

- GÜLTEPE, Hilal : Yeni Türk Ceza Kanunu'da İhbar Yükümlülüğünün Sağlık Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.10., İstanbul 2005.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜNDAY, Metin : İdare Hukuku, Ankara 2003.
- GÜNER, Semih : Avukatlık Sözleşmesi, Av.Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999.
- GÜNERGÖK, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003.
- GÜRAN, Sait : Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 77-87
- GÜRİZ, Adnan : Hukuk Başlangıcı, 10.Baskı, Ankara 2005. (hukuk)
- GÜRİZ, Adnan : Hukuk Felsefesi, Ankara 2003. (felsefe)
- GÜRİZ, Adnan : "Adalet Kavramı" Prof.Dr. Jale Akipek'e Armağan, 1991. (adalet)
- GÜRSOY, Kemal : Vekalet akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977.
- GÜVEN, Kudret : Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000.
- GÜVEN, Kudret : “Cinsiyet değişikliği ve Hukukî Sonuçları” GÜHFD. Cilt: 1., S:1, Ankara 1997, s.45-80. (cinsiyet)
- HAKERİ, Hakan / ZEYTİN, Zafer: "Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?", Güncel Hukuk, S.25, İstanbul 2006, s.54-57.

- HAKERİ, Hakan : "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 161-170. (hastane yönetimi)
- HAKERİ, Hakan : "Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri", Uluslararası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s.130-134. (hastanın)
- HAKERİ, Hakan : Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- HAKERİ, Hakan : "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", YÜHFD, Özel sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl:2006, s. 31-48. (yönetmelik taslağı)
- HANCI, Hamit : Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.303-310. (kötü uygulama)
- HANCI, Hamit : Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002.
- HATEMİ, Hüseyin : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007.
- HERZOG, Peter : Die Haftung bei Dienstleistungen in den Vereinigte Staaten, Haftung der Dienstleistungsberufe, Heidelberg 1993.
- HIGGS, Roger : "On Telling Patients the Truth", Bioethics: An Anthology, Edited By: Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 507-512.
- HORTOĞLU, Cengiz : Tedavi Hataları, Güncel Hukuk, Mart 2006, s.12-13.
- HOT, İnci : Ortaçağ'da Batı Tıbbı, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Kitabı, İstanbul 2007, s.59-72.

- İŞİK, Sedat : "Şura'da Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor?", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.359-365.
- İÇEL, Kayıhan : Kitle Haberleşme Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1985.
- İNCEOĞLU, Sibel : "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi" YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 289 vd.
- İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- İŞGÜZAR, Hasan : Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- İYİMAYA, Ahmet : Avukatlıkta Özen Borcu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Cilt:I, Ankara 1990.
- JONSEN/SIEGLER/WINSLADE: Clinical Ethics, Fifth Edition, New York 2002.
- KAMM, Frances M. : "A Right To Choose Death?", Contemporary Issues In Bioethics, Editörler: Tom L. Beauchamp, LeRoy Walters, United States 2003, s. 186-191.
- KANETİ, Selim : "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", S. Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, T.Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.
- KARADENİZ, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankrara 1976.
- KARASU, Sinem : Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009.
- KASS, Leon R. : "Is There a Right to Die?", Contemporary Issues In Bioethics, Editörler: Tom L. Beauchamp, LeRoy Walters, United States 2003, s. 191-200.
- KAUFMANN, Franz Josef: Die Beweislastproblematik im Arzhaftungsprozeß, München 1984.
- KAYIŞ, Sedat Nuri : Neşter Bazen Yanlış Keser, Ankara 2007.

- KESKİN, Adem : "Şura'nın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.349-353.
- KIERKEGAARD MERCADO, Sylvia: Cyberlaw Security & Privacy, Ankara 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: "Hekimin Hukuksal Sorumluluğu" Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Cilt: 4, S.1, Ankara 1996. (hekim)
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008. (basın)
- KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Ankara 2002.
- KIRCA, Çiğdem : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- KIZILYEL, Serkan : "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu – AÜHF, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 203-240.
- KOCASAKAL, Ümit: "Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu", YÜHFD., Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl:2006, s. 151-158.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu, İstanbul 1980. s. 141-180.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, Hemen hemen hiç değiştirilmemiş 2.Bası, İstanbul 1985.
- KOENIG, Thomas H./ RUSTAD, Michael L.:In Defense of Tort Law, New York 2001.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1971.

- KÖK, Ahmet Nezih : "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.385-394. (sağlık şurası)
- KÖK, Ahmet Nezih : "Türk Ceza Adalet Sisteminde Hekimlik Uygulamaları ile İlgili Maddelerin Tıbbi Etik Açısından Değerlendirilmesi", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 79-88.
- KÖPRÜLÜ, Ömer : "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1984, C.58, S.10-11-12, s. 589-613.
- KÖROĞLU, Hasan : Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001.
- KUÇURADİ, Ioanna : Etik ve Meslek Etikleri, Ankara 2000. (meslek etikleri)
- KUÇURADİ, Ioanna : "Adalet Kavramı" Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz , İstanbul 1997. (adalet)
- KUÇURADİ, Ioanna : Etik, Ankara 1994. (etik)
- KUHN, Moritz : "Die Arzthaftung in der Schweiz" Medizinrecht, Heidelberg, Berlin 1999, s. 248 -254. (arzthaftung)
- KUHN, Moritz : "Ärztliche Kunstfehler" Schweizerische Juristen - Zeitung, Zürich 1987, s.353-364. (kunstfehler)
- KUHSE, Helga : Confidentiality and the AMA's New Code of Ethics: An Imprudent Formulation?, Bioethics: An Anthology, Edited By: Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 490-492.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan /YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:3, Ankara 1995.
- KÜÇÜK, Eşref : "XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeni Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku" AÜHFD yıl 2007, Cilt: 56, Sayı:4, s. 123-205.

- LACHAT, Anne Heritier: Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003.
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I., Allgemeiner Teil, 14.A., München 1987.
- LAUFS, Adolf/UHLENBRUCK, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, München 2002.
- LOEWY, Erich H. : Textbook of Healthcare Ethics, New York 1996.
- MAJNO, Guido : The Healing Hand, Man and Wound in the Ancient World, London 1991.
- MARKESİNİS, Basil / DEAKIN, Simon: Tort Law, Oxford 1999.
- MONAGLE, John F./ THOMASMA, David C.: Health Care Ethics, Critical Issues, Maryland 1994.
- MUMCU, Ahmet / KÜZECİ, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 2003.
- NAMAL, Arın : Hasta Hakları ve Etik, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007.
- OĞUZ, Arzu : Roma ve Türk Hukuku'nda İnançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, S.1-4, 1989-1990, s. 225-284.
- OĞUZ, Arzu : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003. (karşılaştırmalı)
- OĞUZ, Yasemin : Hekim Andı ve Benzeri Metinler (Eleştirel Bir Yaklaşımla), Deontoloji, Genişletilmiş 2.Baskı, Yazarlar? Ankara 1999, s. 1-10
- OĞUZ, Yasemin : Tıp Etkinliğinde Hekimin ve Hastanın Roller, Deontoloji, 2. Baskı, Ankara 1999.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.

- OTT, Werner E. : Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, 2003, S.3. s. 55-77.
- ÖNAL, Gülsüm : "Etik ve Hukuk Arasında İnce Çizgi: Adalet İlkesi", Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002.
- ÖRS, Yaman : "Hekim Andıyla İlgili Temel Yanılgılar" Toplum ve Hekim, Mart 1992.
- ÖZAY, İl Han : Günışığında Yönetim, İstanbul 1996.
- ÖZAY, Merter : Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006
- ÖZDEMİR OKTAY, Saibe: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- ÖZKAN, Hasan / AKYILDIZ (ÖNER), Sunay: Açıklamalı -İçtihatlı Hasta - Hekim Hakları ve Davaları, Ankara 2008.
- ÖZKAYA, Eraslan : Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997.
- ÖZLÜ, Tefik : Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim-Hasta İlişkileri, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007.
- ÖZPINAR, Berna : "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 269-292.
- ÖZPINAR, Berna : Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.

- ÖZSUNAY, Ergun : "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", T.Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31-59 (aydınlatma ödevi)
- ÖZSUNAY, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1977. (gerçek kişi)
- ÖZSUNAY, Ergun : "Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s.89-96. (hekim ve hastane)
- ÖZTAN, Bilge : Şahsın Hukuku, 6.Bası, Ankara 1994.
- ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- PAYLLIER, Pascal : Rechtsprobleme der Arztlichen Aufklärung unter Besonderer Berücksichtigung der Spitalarztlichen Aufklärung, 1999.
- POLAT, Oğuz : Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005.
- PRIBILLA, Otto : "Hukuk ile Etik Arasında Hekim" Tıbbın Gündelik Yaşamında Etik, Yayınlayan: Dietrich v.Engelhardt, Türkçesi: Arın Namal, İstanbul 2001, s. 323-336.
- RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.
- REİSOĞLU, Seza : "Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu", S.Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, T. Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.
- REUSSER, Kathrin : Patientenwille und Sterbebeistand, Eine Zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Zurich 1994.
- RIVES, James B. : "Magic, Religion and Law: The Case of the Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis" Religion and Law in Classical and Christian Rome, Editors: Clifford Ando / Jörg Rüpke, 2006, s. 47-67.

- ROGGO, Antoine : Aufklärung des Patienten, Eine Arztliche Informationspflicht, Bern 2002.
- ROSENAU, Hennig : "Aufklärung und Einwilligung bei Nichteinwilligungsfähigen", YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl: 2006, s. 59-69.
- SAGE, William M./ KERSH, Rogan: Medical Malpractice and The U.S. Health Care System , New York 2006.
- SARI, Nil : İlkçağ'da Tıp, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği, İstanbul 2007, s. 13-58.
- SARI, Nil : Tarih Öncesinde Tıp, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Kitabı, Yazarlar ?...İstanbul 2007, s.5-12.
- SARIAL, Enis : Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- SARITAŞ, Hatice : Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005.
- SAVAŞ, Halide : "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:81, S.3, Yıl 2007. (Özel hastane)
- SAVAŞ, Halide : Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007. (sağlık)
- SAVAŞ, Halide : "Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu", Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kaism 2007, Ankara 2008, s. 171-198. (hekimin sorumluluğu)
- SCHLALLER, Barry R.: Understanding Bioethics and Law, U.S.A. 2008.
- SEROZAN, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III.Cilt, 2.Baskı, İstanbul 1998. (İfa)

- SEROZAN, Rona : “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD., İstanbul 1968. (Edim)
- SEROZAN, Rona : Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005. (medeni)
- SERT, Gürkan : Hasta Hakları, İstanbul 2004.
- SİRMEN, Lale : “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku” Prof.Dr.Hüseyin Cahit Oğuzoğlu Armağan, Ankara 1972, s.441-471.
- SIEGLER, Mark : Confidentiality in Medicine: A Decrepit Concept, Bioethics: An Anthology, Edited By: Helga Kuhse and Peter Singer, UK 2000, s. 490-492.
- SLAPPER, Gary / KELLY, David: English Legal System, 5th Edition, London 2001.
- SOYASLAN, Doğan : Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2007.
- SOYASLAN, Doğan : "Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.329-343.(ilaçla tedavi)
- SPELLER, S.R. : Law of Doctor and Patient, London 1973.
- SPICKHOFF, Andreas: "Informed Consent - Recent Developments", World Medical Journal Vol.54, No:1, March 2008, s. 9-11.
- STAUCH, Marc / WHEAT, Kay: Sourcebook on Medical Law, London 1999.
- STOCKTER, Ulrich : Praventivmedizin und Informed Consent, Berlin 2008.
- STRAETER, Jenny : Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, 2006.
- SUNAY / KIZILKAYA: "Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu", Türk Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Dergisi, 2005, Cilt: 13, S.1, s. 36.

- ŞENOCAK, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995. (ifa yardımcısı)
- ŞENOCAK, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002. (eser)
- ŞENOCAK, Zarife : "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 241-254. (özel sorunlar)
- ŞENOCAK, Zarife : Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, S.4, Ankara 2001. (küçüğün rızası)
- ŞENOCAK, Zarife : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998. (hekim)
- TAG, Brigitte : "Autonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl: 2006.
- TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003.
- TANCREDI, Laurence / NELKIN, Dorothy: "Medical Malpractice and Its Effect on Innovation" The Liability Maze, The Impact of Liability on Safety and Innovation, Editors: Peter W.Huber / Robert E. Litan, U.S.A. 1991, s. 251-273.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II., 3.Baskı, Ankara 1987. (borçlar)
- TANDOĞAN, Haluk: "Hukuka Aykırılık Bağı", BATİDER 1979, Cilt: X., s.1-22. (hukuka aykırılık)
- TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (kusura dayanmayan)
- TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk -İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957. (vekaletsiz)

- TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk -İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963. (üçüncü kişi)
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961. (mesuliyet)
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.
- TERCAN, Erdal : İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.
- TERCIER, Pierre : Les Contrats Spéciaux, Fribourg 2003. (contracts)
- TERCIER, Pierre : Le Droit des Obligations, Fribourg 2004. (obligations)
- TERCIER, Pierre : Le Nouveau Droit de la Personnalité, Zurich 1984. (personnalité)
- THÉVENOZ, Luc : Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003.
- THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz: Commantaire Romand, Code des Obligations I. Genève-Bale-Munich 2003.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt: I., Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- UMUR, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.
- UYGUR B., Atiye : "Alt Vekalet Sözleşmesinde Müvekkil - Alt Vekil İlişkisi", Prof.Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 635-648.
- UYGUR, Turgut : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I +VI + VII., Ankara 2003.
- ÜNVER, Yener : "Türk Tıp Hukukunda Rıza", YÜHFD., Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl:2006, s. 227-288.

- ÜNVER, Yener : “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi” Sempozyum No: 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, MÜHF., İstanbul 2007, s. 55 vd. (endikasyon)
- ÜNVER, Yener : Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- VAROL, Nezih : "Sağlık Hukukunda Bilirkişilik", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.375-384.
- VEATCH, Robert M.: The Patient - Physician Relation, The Patient As Partner, Part 2, USA 1991
- VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt:1-2 (Çeviren:Cevat Edege), Ankara 1983.
- WEBER, Rolf : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996.
- WERRO, Franz : Commentaire Romand, Code des Obligations I, (Thévenoz, Luc/Werro, Franz) Genève-Bale-Munich, 2003.
- WIEGAND, Wolfgang: Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, Handbuch des Arztrechts, Honsell (Hrsg.), Zürich 1994.
- WIEGAND, Wolfgang: Die Aufklärung bei Medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung Anlässlich der Neuesten Bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Recht 1993. (behandlung)
- WIEGAND, Wolfgang: Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Artz und Recht, Berner Tage für die Juristische Praxis 1984, Bern 1985, s. 81-123. (arztvertrag)
- YALÇINDURAN, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000. (alt istisna)
- YALÇINDURAN, Türker: Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Ankara 2007. (ücret)
- YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) İstanbul 2004.

- YAVUZ, Fatih : "Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 97-106.
- YENİSEY, Feridun : "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi", YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt:III, Sayı:2, Yıl:2006, s. 309-321.
- YILDIRIM, Fadıl : "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 57-64.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- YILDIRIM, Nurhayat: "Hekimin Hastasına Karşı Olan Sorumluluğu", Medikal Etik, İstanbul 2002.
- YILMAZ, Battal : “Bilirkişilik Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi” Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması” Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, s. 784-811.
- YOL, Sinan : "Şura'dan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?", Ankara Barosu - AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s.355-358.
- YÜCEL, Rıfat / ŞENDAĞ, Nedim / DOĞAN, İlhan: "İstanbul Tabip Odası Hekimlik Uygulamaları 2001-İstatistik Yıllığı", Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko-Legal), Editörler: Hüsrev Hatemi, Hanzade Doğan, İstanbul 2002.
- ZEVKLİLER, Aydın : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2004.

- ZEYTİN, Zafer : "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", Uluslararası Katılımlı I.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005. (ispat)
- ZEYTİN, Zafer : "Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu", Roche Sağlık Günleri, 1/Tebliğler, İstanbul 2007, s. 96-117. (tedavi)
- ZEYTİN, Zafer : Die Arztliche Aufklärungspflicht nach dem Türkischen Recht in Festschrift für Adolf LAUFS zum 70.Geburtstag, Heidelberg 2006, s.1143-1166 (Aufklärungspflicht)

Web Siteleri:

<http://www.kazanci.com>

Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları
(European Group on Tort Law, Principles Of European Tort Law)
<http://civil.udg.es/tort/Principles/pdf/PETL.Turkish.pdf> Turkish Translation by Erdem Büyüksağış.

www.saglik.gov.tr

Medical Ethics Manual, World Medical Association, 2005.
Dünya Hekimler Birliği, Tıp Etiği Elkitabı adı ile Türkçe'ye çeviren:
Dr. Murat Civaner. www.wma.net

<http://www.canaktan.org/din-ahlak/ahlak/ahlak.htm>.

www.medimagazin.com.tr

www.tipterimleri.com

www.ansiklopedi.turkcebilgi.com

<http://www.who.int/patientsafety/en/>