



İZMİR BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

SAĞLIK HUKUKU A.B.D.

ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKA AYKIRI
TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ulus ÇELİK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK

Eylül 2023

**ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKA AYKIRI TIBBİ
MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Ulus ÇELİK - İzmir 2023

**ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKA AYKIRI TIBBİ
MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU**

Ulus ÇELİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Sağlık Hukuku Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK**

**İzmir
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Eylül 2023**

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim dalında öğrenim görmekte olan Ulus ÇELİK'in "Özel Sağlık Kurumlarının Hukuka Aykırı Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğu" başlıklı tezi .../.../2023 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca, Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri	Unvanı Adı Soyadı	İmza
Üye (Tez Danışmanı)	Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK	
Üye		
Üye		
Üye		
Üye		

Prof. Dr. Özge TÜZÜN ÖZMEN

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZET

ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKA AYKIRI TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Ulus ÇELİK

Sağlık Hukuku Anabilim Dalı
İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Eylül 2023
Danışman: Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK

Bir taraftan yaşam hakkı ve sağlık hakkı gibi temel hak ve hürriyetlerden beslenen, diğer taraftan ahde vefa ilkesi gereği ödenen bedellerin karşılığının tam ve eksiksiz ifası gerekliliğini havi sağlık hizmet sözleşmeleri etrafında şekillenen sağlık hukuku, geçmişte olduğu gibi bugün de gerek teorik alanda gerekse hukuk uygulamaları alanında önemini artarak sürdürmektedir. Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi, kamu sağlık politikalarındaki liberal dönüşümler sektördeki serbestiyi beslemekte, bu sayede özel sağlık hizmeti sunucuları olarak özel sağlık kurumlarının yaygınlaşmasını teşvik etmektedir. Özel sağlık kurumları ile sağlık hizmetinden faydalanan kişilerin kurduğu bağ, sağlık hukukunun temel unsurlarından biri haline gelmiştir. Sağlık hizmetlerinin liberal politikalar vasıtasıyla özel sağlık kurumları ile kurduğu bağ, sağlık hukukunun özel hukukla olan ilişkisini de geliştirmektedir. Bu kapsamda olmak üzere yaygınlaşan özel sağlık kurumlarının kendine has hukuki statüsü de dikkate alınarak hasta ve hastane arasındaki hak ve sorumluluklara mercek tutan çalışmalar sık karşılaşılan hukuki sorunların çözümünde faydalı bir birikim oluşturmaktadır. Biz de çalışmamız da bilhassa tıbbi uygulamaların ortaya çıkardığı hukuki sorunlarda sorumluluğun tayini ve zarar ziyan tazminine yönelik talep ve davalara uygulanacak hukuk ile ilgili olarak hukuki enstrümanların kaynakları, usuli süreçler ve uygulamadaki sorunlar üzerinde durduk. Özetle özel sağlık kurumlarının hukuki statüsü ve bu hastanelerin tıbbi uygulamalarından kaynaklı zararların giderilmesi yönteminin mevzuat ve hukuktaki karşılığını tezimize konu edindik.

Anahtar Sözcükler: Sağlık hukuku; Özel sağlık kurumu; Tazminat; Özel sağlık kurumlarının hukuki sorumluluğu; Tıbbi uygulama hatası (malpraktis).

ABSTRACT

LEGAL LIABILITY OF PRIVATE HOSPITALS REGARDING MEDICAL MALPRACTICE

Ulus ÇELİK

Department of Medical Sciences Studies

İzmir Bakırçay University, Graduate Education Institute, September 2023

Supervisor: Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK

Health law, which is nourished by fundamental rights and freedoms such as the right to life and the right to health, on the one hand, and on the other hand, health law, which is shaped around health service contracts that require full and complete performance of the prices paid in accordance with the principle of covenant loyalty, continues to increase its importance both in the theoretical field and in the field of legal practice today, as in the past. Privatization of health services and liberal transformations in public health policies feed the liberalization in the sector, thus encouraging the proliferation of private health institutions as private health service providers. The link between private health institutions and the beneficiaries of health services has become one of the fundamental elements of health law. The bond that health services establish with private health institutions through liberal policies also develops the relationship between health law and private law. In this context, studies that focus on the rights and responsibilities between the patient and the hospital, taking into account the unique legal status of private health institutions that have become widespread, constitute a useful accumulation in solving common legal problems. In our study, we have focused on the sources of legal instruments, procedural processes and problems in practice, especially regarding the determination of liability in legal problems arising from medical practices and the law to be applied to claims and lawsuits for compensation for damages. In summary, the legal status of private health institutions and the method of compensation for damages arising from the medical practices of these hospitals in legislation and law have been the subject of our thesis.

Keywords: Health law; Private health institution; Compensation; Legal responsibility of private health institution; Medical malpractice.

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın İzmir Bakırçay Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Ulus ÇELİK

İÇİNDEKİLER

Sayfa

BAŞLIK SAYFASI	i
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR DİZİNİ	ix
ÖNSÖZ	x
1. GİRİŞ	1
2. GENEL OLARAK SAĞLIK HUKUKU VE ÖZEL SAĞLIK KURUMLARI.....	3
2.1. Sağlık Hukuku.....	3
2.1.1. Temel hak ve hürriyetler bağlamında sağlık hakkı.....	4
2.1.2. Hasta hakları kavramı.....	7
2.1.3. Genel olarak hastane-hekim yükümlülükleri.....	7
2.1.3.1. İnsan sağlığını koruma yükümlülüğü	9
2.1.3.2. Tıbbi işlemlerde dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü	10
2.1.3.3. Aydınlatma ve rızaya dayalı müdahalede bulunma yükümlülüğü	13
2.1.3.4. Sır saklama yükümlülüğü	21
2.1.3.5. İhbar yükümlülüğü.....	22
2.1.3.6. Dosya tutma yükümlülüğü.....	22
2.1.4. Genel olarak hasta yükümlülükleri.....	23
2.1.4.1. Ücret ödeme yükümlülüğü.....	23
2.1.4.2. Bilgi ve belge paylaşma yükümlülüğü.....	24
2.1.4.3. Tedavinin gereklerine uyma yükümlülüğü	26

2.2. Özel Sağlık Kurumları	27
2.2.1. Özel sağlık kurumlarının hukuki statüsü	27
2.2.2. Özel sağlık kurumlarının hukuki statüsü	28
2.2.2.1. Mesul müdür	29
2.2.2.2. Hekimler	29
2.2.2.3. Diğer çalışanlar	30
3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNAT .	31
3.1. Hukuki Sorumluluk.....	32
3.1.1. Hukuki sorumluluğun unsurları	32
3.1.1.1. Hukuka aykırı fiil.....	32
3.1.1.2. Kusur.....	33
3.1.1.3. Zarar	33
3.1.1.4. İlliyet bağı	35
3.1.2. Borçlar hukukunda hukuki sorumluluk halleri	36
3.1.2.1. Sözleşmelerden doğan hukuki sorumluluk.....	36
3.1.2.2. Haksız fiillerden doğan hukuki sorumluluk.....	37
3.1.2.3. Kusursuz sorumluluktan doğan hukuki sorumluluk	37
3.2. Tazminat Sorumluluğu.....	39
3.2.1. Maddi tazminat	39
3.2.2. Manevi tazminat	40
3.2.3. Özel tazminat halleri	42
3.2.3.1. Bedensel zarar halinde	42
3.2.3.2. Ölüm halinde	43
4. ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU	44
4.1. Özel Sağlık Kurumları ve Hasta Arasında Kurulan İlişkinin Hukuki Nitelemesi.....	44

4.1.1. Sözleşmesel sorumluluk: Hastaneye kabul sözleşmesi	45
4.1.1.1. Hizmet sözleşmesi	46
4.1.1.2. Eser sözleşmesi	46
4.1.1.3. Vekâlet sözleşmesi.....	48
4.1.1.4. Atipik-Karma sözleşme	49
4.2. Hukuki Sorumluluk Halleri.....	55
4.2.1. Sözleşmeden doğan sorumluluk	55
4.2.1.1. Kötü İfa (Tıbbi Malpraktis).....	57
4.2.1.2. Aydınlatılmış onamın eksikliği	58
4.2.1.3. Organizasyon kusuru	59
4.2.2. Haksız fiil sorumluluğu	62
4.2.2.1. Hukuka aykırı fiil.....	63
4.2.2.2. İlliyet bağı	65
4.2.2.3. Zarar	68
4.2.3. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk	70
4.2.4. Sorumsuzluk anlaşması.....	71
4.2.5. Tazminat taleplerinde zamanaşımı	73
5. SONUÇ	76
KAYNAKÇA.....	80
ÖZGEÇMİŞ	82

KISALTMALAR DİZİNİ

a.g.k.	: Adı geçen kaynak
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTB	: Türk Tabipleri Birliği
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

ÖNSÖZ

Tıp alanında bilinen bir deyim olarak “*primum nihil nocere*” ifadesi “önce zarar verme” düsturunu ortaya koyar. Hukuk alanında ise buna benzer bir ifadeyi mecellede görüyoruz: “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur.*”

Hayatın hemen her alanında ortaya koyduğu kural ve kurumlarla toplumsal düzenin gerçekleştirilmesini sağlayan hukukun sağlık alanında düzenleme yapmaması düşünülemezdi. Tıbbi uygulamalardan doğan zararların karşılanmasına ilişkin hukukun hem sağlık kuruluşları hem hastalar/bireyler nezdinde bilinmesi sağlık sektöründe hedeflenen hizmet kalitesine katkı sağlamak yanında olası hak kayıplarının da önüne geçecektir. Tezimiz sağlık alanında yaygın ve etkin bir role sahip özel sağlık kurumları bu bağlamdaki hukuki sorumluluklarını incelemektedir.

Devlet hastaneleri birer kamu kurumu olarak işlevlerini idari sahada yürütürken özel sağlık kurumları aynı sağlık hizmetini hasta ve hastane arasında kurulan bir özel hukuk ilişkisi zemininde sunar.

Sözleşmelerin temel ilkesi niteliğindeki “*ahde vefa*” ilkesi; sözleşmeden doğan birincil ve ikincil tüm ifa yükümlülüklerinin taraflarca doğru ve eksiksiz olarak yerine getirilmesini ve bunların yerine getirilmesi sürecinde ortaya başkaca zararlar çıkarsa bunun da giderilmesi gerekliliğini ifade eder.

Tezimiz, sözleşmesel sorumluluk zemininde özel sağlık kurumlarının hukuki sorumluluğunu ele alarak sorumluluğun çerçevesini çizmeyi ve sorumluluk türlerini sınıflandırmayı hedeflemektedir.

Bu süreçte Prof. Dr. İlhami ÖZTÜRK’e rehberliğinden ötürü teşekkür ederim. Ayrıca, canım oğlum Kadir Baran AÇABAY, kıymetli babam Ali ÇELİK ve bu tezin oluşturulması sürecinde vefat eden rahmetli annem Naciye ÇELİK’e her türlü desteklerinden ötürü minnetlerimi sunarım.

1. GİRİŞ

Hukuk, toplumsal alandaki menfaat çatışmalarını, hak ve özgürlükler çerçevesinde düzenleme fonksiyonuna sahip yegâne kurumdur. Hukuk düzeni ikame edilemezdir. Devlet ve vatandaş ilişkisini düzenleyen kuralların yanında vatandaşların kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallar da hukuk kurallarının içine dahildir. Bu anlamda hukuk kuralları hem kamusal alanda hem özel alanda hüküm sürer. Özel sağlık hizmetinin tezimiz yönünden ana sujeleri özel sağlık kurumları ve hastaların menfaat çatışmasına, bir yanı özel hukuk tüzel kişisi diğer yanı gerçek kişi olan kendine has (sui generis) sözleşme ilişkilerinde ne tür yükümlülöklere ve haklara sahip olduklarını hukuka ve hakkaniyete uygun tayin etmek bu tezin temel konusunu teşkil etmektedir.

“Her şeyin başı sağlık” deyişiyile sık sık hatırladığımız gerçek şudur ki; birey için korunmaya değer menfaatlerin başında en temelde yaşam hakkı gelir. Yaşam hakkını tam anlamı ile sağlamaya yönelmiş bir hak olarak sağlık hakkı ise, kendi kaderini tayin hakkı bağlamında mevcudiyet kazanan vücut bütünlüğü hakkı ile Anayasa’nın başlangıç hükümlerinde dahi yerini bulan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı gibi vazgeçilmez haklar üzerinde yükselmiş bir diğer temel hak olarak karşımıza çıkar. Bu temel haklar hem Anayasa’nın koruması altındadır hem de ceza kanunları bu hakların ihlalini cezai yaptırımlara bağlamıştır. Sağlık alanında yaşanan gelişmeler ile birlikte 21. yüzyılda artık sağlık hizmetleri, bireylere tanınan fazladan bir imkân gibi değil, tanınıp gerçekleştirilmesi için çaba gösterilen bir insan hakkı olarak görölmeye başlanmıştır.

Sağlık hizmetleri genel olarak koruyucu sağlık hizmetlerine ek olarak, tanı, tedavi ve rehabilite amacına yönelmiş tıbbi işlem ve girişimleri kapsar. İnsan sağlığına yönelmiş tedavi ve tıbbi girişim süreçlerinde istenmeyen bazı zararların ortaya çıkması, sık rastlanan bir durumdur ki sektörün hukuki sorunlarının birincil sebebi bu istenmeyen sonuçlardır.

Teşhis veya tedavi süreçlerinin korunan menfaati olan insan sağlığının zarara uğramasının önüne geçmek, önüne geçilemeyen zararların ise sorumluluğunu kusurlu tarafa yüklemek Türk hukuk mevzuatının konuyla ilgili düzenlemelerindeki birincil amaçtır. Bu hassas ilişkide ortaya çıkacak menfaat çatışmalarının hangi ilkeler ve kurallar etrafında çözümlenmesi gerektiği, yargılamaların muhakeme yöntemleri ve uyumsuzluk sebepleri bağlamında tarafların hak ve sorumlulukları çalışmamızın konusunu teşkil eder.

Bu minvalde tezimizin ilk bölümünde üzerinde çalıştığımız özel hukuk dalının genel bir tanıtımı yapılmış, Türk hukuk sisteminde sağlık hukukunun yeri ve özellikleri

üzerinde durulmuştur. Birinci bölümde ele aldığımız diğer bir konu tezimizin özel inceleme alanı olan özel sağlık kurumlarının hukuki statüsüdür.

İkinci bölümde genel olarak hukuki sorumluluk ve tazminat kavramları ele alınarak bilhassa özel sağlık kurumları-hasta arasındaki ilişkinin hukuki sorumluluğuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Üçüncü bölümde ise asıl konumuz olan özel sağlık kurumları tıbbi uygulamaları alanındaki hukuki sorumluluğuna odaklanılarak taraflar arasında kurulu sözleşmelerin tür ve özelliklerine, hukuki sorumluluk sebeplerine dayanılarak konu detaylandırılmaya çalışılmıştır.

Tezimizde incelediğimiz alanda yazılmış temel eserler ve makaleler inceleme konusu edilmiş, yer yer mahkeme kararlarına yer verilmiştir. İncelediğimiz konularda yürürlükte olan kanunlar kaynak olarak kullanılmıştır.

2. GENEL OLARAK SAĞLIK HUKUKU VE ÖZEL SAĞLIK KURUMLARI

2.1. Sağlık Hukuku

Sağlık kelimesi TDK sözlüğünde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*”¹. Tanıma baktığımızda sağlık alanındaki düzenlemeleri içeren sağlık hukukunun kapsamlı bir alanda geçerli olduğunu söylemek gerekir. Bireyin tam bir iyilik halinde olması hastane-hasta ilişkisi temelde olmak üzere ilaçlar, tedavi yöntemleri, devletin sağlık politikaları, sağlık hizmeti veren kuruluşların özellikleri gibi geniş bir alandaki düzenlemeleri gerektirmektedir.

İşte sağlık hukuku bir tarafta sağlık hakkının hukuki anlamlarıyla ilgilenirken, diğer tarafta hastaların-hastanelerin hak ve yükümlülükleriyle, teşhis ve tedavi süreçlerinde ortaya çıkan sorumluluklarla ilgili hukuki meseleleri ele alır.

Özel sağlık hizmetlerinin asli edimler itibariyle alanında uzman kimseler tarafından sunulduğu değerlendirildiğinde, bu mesleklerin ifasına ilişkin kuralları düzenleyen kanunların ve ilgili yan mevzuatın da bir kaynak olarak sağlık hukukunda yer alması kaçınılmazdır. Benzer şekilde faaliyetin yürütülmesindeki kurallara uymamaktan yahut genel özen borcuna aykırılıktan kaynaklı suç tiplerinin değerlendirilmesi de sağlık hukukuna cezai hükümler olarak katılmıştır. Bu kapsamda özellikle taksirli suç tipleri sağlık hukukunda geniş bir alan kaplamaktadır. Tıbben kusurun tespit edildiği hallerde taksirli sorumluluğa ilişkin olarak özen borcuna aykırılık, ihmal ile zarar verme, öngörülebilir neticenin engellenmemesi gibi tespitler, taksirli suçların uygulama alanı bulması için temel gerekliliklerdir. Bu itibarla sağlık hukuku alanında yapılmış çalışmaların, ceza hukuku ile de sıkı bir bağlantısı olduğunu tespit etmek gerektir.

Hizmetin idare eliyle yürütülmesi halinde kamusal faaliyetten kaynaklanan idari ve cezai sorumluluk değerlendirme alanı bulur. Anayasa’nın 38. maddesine göre ceza kanunları bakımından suç sayılan eylemlerden kişisel sorumluluk esastır. Bu ilkeye göre, şahsen kusuru tespit edilmedikçe kimseye ceza verilemez. Kamusal faaliyet çerçevesinde işlenen suçlarda “idarenin” suçlu bulunması söz konusu olmaz, faaliyeti kamu adına yürüten kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olur. Bu itibarla sağlık hukukunda cezai

¹ Sağlık ne demek? Sözlük anlamı için bakınız: (sozluk.gov.tr) (erişim tarihi. 22.08.2022)

sorumluluk kamu veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülen sağlık hizmeti için (kanunsuz emire ilişkin değerlendirmeler saklı kalmak kaydı ile) aynı kurallara tabidir. Kamusal faaliyetten kaynaklı zararların tazminat hukuku aracılığıyla giderilmesinin ulusal hukuktaki temeli ise, Anayasa'nın Yargı yolu başlıklı 125/1 ve 125/7. maddesidir. Bu maddeler, idarenin kendi eliyle gerçekleştirmiş olduğu her türlü işlem ve eylemlerine karşı bunlardan etkilenen kimselerin yargı yoluna müracaat hakkı olduğunu ve idarenin de bu tarz işlem ve eylemlerden kaynaklanan bir zarar var ise bunu gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Kamu hastanelerinde sunulan sağlık hizmeti idarenin eylem ve işlemi olarak nitelendirilir ve bundan doğan zararlar temelinde bu hüküm sebebiyle koruma bulur.

Özel sağlık kurumlarınca sunulan sağlık hizmeti yönünden faaliyetin taraflarının ve geniş anlamda sujelerinin edimsel yükümlülüklerinin gerçek ve güncel hukuki anlamının ortaya konmasında, temel borç ilişkisinin yöneldiği amaç ve özelliklerinden önce sağlık hakkının kavramsal çerçevesinden faydalanmak gerekir.

Aşağıda sağlık hukukunun çalışmamızla ilgili olan yönlerini başlıklar halinde ele almaya çalışacağız.

2.1.1. Temel hak ve hürriyetler bağlamında sağlık hakkı

İnsan hakları kavramı belirli bir katalogla sınırlanmayan soyut nitelikteki bir kavramı ifade eder. Temel haklara gelinecek olursa, devlet tarafından tanınmış ve ülkenin geçerli mevzuatına en üst normatif düzeyde dahil olmuş insan haklarını ifade etmektedir.² Sağlık hakkı 20. yüzyıl başlarında anayasalarda bulunmayan fakat daha sonra bu yüzyılın çeyreği itibarıyla anayasalarda yer alan, ulusal ve uluslararası hukuk düzenleri tarafından korunup güvence altına alınan bir insan hakkı ve temel haktır.³

Ülkemiz hukukunda sağlık hakkı ilk kez 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda güvence altına alınmıştır. (1982 tarihli) Anayasa bu düzenlemeyi devam ettirerek “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlıklı 56. maddesinde aşağıdaki düzenlemeyi getirmiştir:

² Gören, Z. (1995). Anayasa ve Sorumluluk, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları (Sorumluluk), s.4.

³ Sezer, T. D. (2012). Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü.

“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 artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek 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.”

Anayasa’nın sağlık hakkını düzenlendiği bu ikinci kısım “Temel Hak ve Ödevler”in madde madde sayıldığı kısımdır. Sağlık hakkı hem evrensel manada bir insan hakkı hem de Anayasa’da sayıldığı üzere bir temel haktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki sağlık hakkı “sosyal ve ekonomik haklar” bağlamında yer alır. Bu konumlandırmanın anayasa hukuku teorisi açısından anlamı şudur: Diğer sosyal ve ekonomik haklar gibi “sağlık hakkı” yönünden devletin pozitif yükümlülükleri vardır ve bu hakkı gerçekleştirmeye ve korumaya yönelik politikalar gütmek ve düzenlemeler yapmak zorundadır. Sağlık hakkı yönünden devlet ayrıca tedbir alma yükümlülüğü altındadır.

Sağlık hakkına ilişkin uluslararası düzenlemelere gelinecek olursa, İnsan Hakları ve *Biyotıp Sözleşmesi* olarak kısaca ifade edilen ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile uygun bulunan⁴ Avrupa Konseyi tarafından düzenlenmiş *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi* konuyla ilgili ilk uluslararası düzenlemedir. Bu sözleşme ile imzacı devletlerin,

“tüm insanların haysiyetinin ve kimliğinin korunacağı ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alınacağı” “insanın menfaatleri ve refahının, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde olduğu”, “araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekliliği”, “sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği”

gibi temel ilke ve kurallar itibarıyla koruma sağlama, normatif düzenleme yapma ve yargısal önlemleri alma yükümlülüğü vardır.

⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (tbmm.gov.tr) (Erişim Tarihi: 29.08.2022)

Biyotıp Sözleşmesi, şimdiye dek sağlık alanında düzenlenmiş en kapsamlı uluslararası sözleşme özelliğini taşımaktadır. Bu sözleşme, sağlık hizmetlerine erişim yönünden kişiler arası adaleti, sağlık meslek mensuplarının mesleki standartlara bağlı olarak çalışabileceklerini, tıbbi iş ve işlemlerin bireyin muvafakatine bağlı ve bu muvafakat çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekliliğini, muvafakat vermeye ehil olmayan kimseler ile akıl hastalığı olan kimselerin korunması ve bunların muvafakat vermesine ilişkin kuralların belirlenmesi, acil hallerde verilecek sağlık hizmetine uygulanacak temel kuralları, hastanın mahremiyet hakkını kendisi ve yasal olarak temsil ettiği kimselerle alakalı sağlık bilgilerine erişme, bu bilgilerin paylaşılmasını isteme hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanması yönünden ayrımcılığa maruz kalmamayı isteme ve eşitlik hakkı, insan genomuna yönelik girişimlerin bağlı olduğu temel esaslar, bilimsel araştırma ve deneye tabi tutulma yönünden uyulacak temel ilke ve esaslar gibi pek çok temel konularda düzenlemeler içeren bu sözleşme, imzacı pek çok devletin ulusal mahkemeleri yönünden olduğu gibi Türk yargısı tarafından da Anayasa'nın uluslararası sözleşmelerin hüküm ve kuvvetini düzenleyen 90. maddesi gereği iç hukuk normu düzeyinde uygulanmaktadır.⁵

Biyotıp Sözleşmesi haricinde konuyla ilgili pek çok uluslararası düzenleme mevcuttur. Bunlara örnek olarak Dünya Tabipler Birliği, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, UNESCO gibi kuruluşlar tarafından hazırlanıp yayınlanan özellikle, Unesco İnsan Hakları ve İnsan Genomu Beyannamesi, Cenevre Bildirgesi, Hekimlik Ahlakı Uluslar Arası Yasası, Helsinki Bildirgesi, Sidney Bildirgesi (Ölüme ilişkin), Oslo Bildirgesi (Terapötik düşük), Tokyo Bildirgesi, Ölüm Cezaları Kararı, Lizbon Bildirgesi (Hasta Hakları), Venedik Bildirgesi (Ölümcul Hastalık), İnsan Hakları Bildirgesi, İnsan Hakları Bildirgesi, "Malpractice" Duyurusu, Tıbbi Hizmetin Standardı Kararı, Çevre ve Hekim Bildirgesi, Tıp Eğitimi Dünya Konferansı Bildirgesi, Evde Tıbbi Gözlem, "Tele-Tıp" ve Tıp Ahlak Yasaları olarak sayılabilir.⁶

Aşıcıoğlu, F. ve Demircan, T. (2015). Sağlık Hukuku ve Mevzuatı. İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Ön Lisans Programı.

⁶ Sayek, F. (1998). Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler. Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi.

2.1.2. Hasta hakları kavramı

Sağlık hakkı, bireyin sağlık kuruluşları nezdinde bu kuruluş ve sağlık meslek mensuplarına karşı ileri sürmek hakkını haiz bulunduğu tüm menfaatlere verilen addır.⁷ Sağlık hakkı hasta-hastane ilişkisinin ötesinde tüm yurttaşlar bakımından sağlıklı olma talebini içeren daha geniş bir anlam ifade ederken hasta hakları doğrudan hastaların menfaatlerini korumaya yönelik özel durumlara işaret eden bir literatüre aittir.

01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete (R.G.)’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Hasta Hakları Yönetmeliği” ile doğrudan mevzuata konu olan hasta hakları “Hipokrat yemini” olarak bilinen metnin bir yansıması olarak görülmüştür.⁸

Hasta haklarının kavramsal çerçevesini çizmeye yardımcı olan tanımlardan aşağıya alıntılanan örnek, kuşatıcılığı yanında devletin pozitif yükümlülüklerine yaptığı atıfla da değerlidir:

*“Hasta hakları, kişi ile sağlık kuruluşları arasındaki ilişkileri düzenler. Bunun için; kişinin sağlıklı kalma hakkına kendi iradesi dışında herhangi bir engel olmaksızın sahip olması, sağlık hizmetleri verilirken insan haklarının gözetilmesi, hastalara uygulanan tıbbi tedavinin insani boyutunun desteklenmesi, hastanın sağlık hizmetlerinden en üst düzeyde ve eşitlik çerçevesinde yararlanırken karşılaşılabileceği zorlukların önlenmesi ve giderilmesi gerekir”*⁹

Çalışmamız kapsamındaki hukuki sorumluluğu çerçevelemek için hasta haklarının anlam ve kapsamı ile 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği hükümleri belirleyicidir.

2.1.3. Genel olarak hastane-hekim yükümlülükleri

Hastanelerin-hekimlerin yükümlülükleri temelde mevzuata ve hasta-hastane arasında kurulan sözleşmelere dayanmaktadır. Yükümlülüklerle ilişkin detaylandırma özel sağlık kurumları bazında ilerleyen bölümlerde ele alınacağından; bu kısımda hekimlerin sağlık meslek mensubu olarak, hastanelerin ise ruhsatlı sağlık kuruluşları

⁷Aksüt, M. (2016). Hasta Hakları. Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Zirve Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁸ Öcal, Ş.A. (2019). Sağlık Hukuku, Ankara: AÖF Yayıncılık, s.22.

⁹ Aksüt, 2016, a.g.k.

olarak mevzuat kaynaklı yükümlölüklerinin genel olarak neler olduğunu sıralayıp açıklayacağız.

Ulusal düzenlemelere ilişkin açıklamalarda bulunmadan önce, hasta haklarına ilişkin spesifik bir uluslararası düzenleme olarak, 34'üncü Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Eylöl-Ekim 1981, Lizbon-Portekiz) benimsenen *Lizbon Bildirgesi*'ne değinmek faydalı olacaktır. Bildirgeye göre,

“Uygulamaya yönelik, ahlaki ve yasal güçlüklerin var olabileceğini göz önüne almakla birlikte hekim, her zaman için hem kendi vicdanına göre hem de hastanın en çok yararına olacak şekilde davranmalıdır. Aşağıdaki bildirge, tıp mesleğinin hastalarına sağlamaya çalıştığı kimi temel hakları dile getirmektedir. Yasal durum ya da hükümetin tutumu hastaların bu haklarını yadsıyorsa, hekimler bu hakların elde edilmesi ya da onarılması için yollar aramalıdır.

- a) Hastanın hekimini özgürce seçme hakkı vardır.*
- b) Hastanın dışarıdan herhangi bir karışma olmadan klinik ve ahlaki yargılara özgürce varabilen bir hekim tarafından bakılmaya hakkı vardır.*
- c) Hastanın, yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ya da yadsımaya hakkı vardır.*
- d) Hastanın, kendisiyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemeye hakkı vardır.*
- e) Hastanın, saygın bir şekilde ölmeye hakkı vardır.*
- f) Hastanın, uygun bir dine bağlı bir din adamının yardımı da içinde olmak üzere, ruhsal ve ahlaki teselliye istemeye ya da yadsımaya hakkı vardır.”¹⁰*

Bildirgenin içeriğine bakıldığında hastanın hekim seçme hakkı, klinik ve değeri yargılar yönünden özgür bir hekim tarafından muayene edilme hakkı, bilgilendirilme ve tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı, mahremiyet hakkı, saygın bir şekilde ölme hakkı ve din adamının yardımını alma ve teselli isteme hakkının açıkça zikredildiği ve dikkat çekici bir şekilde hekime *“bu hakların elde edilmesi için yollar arama”* yükümlölüğü yüklediği görülecektir. Lizbon bildirgesinin bakış açısına göre deyim yerindeyse, hekim yeri geldiğinde hastanın hak savunucusu pozisyonundadır. Elbette bu pozisyonu kabul etmemenin yahut bir düzeyde kabul etmenin hekimler aleyhine bir sonuç doğuracağı söylenemez. Ancak özellikle etik yükümlölükler icabı hekimin hastanın temel haklarının gerçekleştirilmesinin önündeki engellerle savaş halinde olması, mesleğini icra ederken edindiği ilkelerden birinin bu hak savunuculuğu olması da idealizmin doğurduğu olağan bir beklentidir.

¹⁰ Sayek, F. (1998). Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler. Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi

2.1.3.1. İnsan sağlığını koruma yükümlülüğü

İnsanların çeşitli hastalıklardan korunmasını sağlamak ve hastalandıklarında sağlıklarına kavuşmasını sağlamak hastanelerin öncelikli görevidir.¹¹ İnsan yaşamının korunması, sağlıkla devam ettirilmesini sağlamak hekimlik mesleğinin en doğal karşılığıdır. Türk Tabipler Birliğı (TTB) Meslek Etiğı Kuralları'ndaki ifadesiyle hekimin asli görevi hastalıkların önlenmesi, bu uğurda bilimsel gereklerin yerine getirilerek insan sağlığı ve yaşamının korunmasıdır. Hekim mesleğini (tıbbı) uygularken insan onurunu gözetmek ve bunu sağlayacak güncel gelişmeleri takip etmekle yükümlüdür. Bu kural, insan onuruna yapmış olduğı atıfla, kişilerin sağlık hakkına örtülü bir vurgu yapmış, temelinin insan onuru olduğunu vurgulamıştır. Tıbbi teşhis ve tedavi süreçlerinin insan onuruna uygun süreçler haline getirilmesi için riayet edilmesi gerekli hak ve ilkeler yanında mesleki olarak da hekimin hastaya sağladığı tedavinin güncel tıbbi standartları sağlaması gerekmektedir. Hekim en hafif kusurundan dahi mesul vekil olarak hastasının menfaatlerini gözetirken güncel ve muteber tercihlerde bulunmak zorundadır.

Hekim insan sağlığını koruma yükümlülüğünü yerine getirirken tarafsızlık ilkesine de uymak zorundadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre hekimler hastalar arasında ırk, mezhep, dini ahlaki yargı, karakter, içtimai seviye, statü, siyasi düşünce ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin hizmet vermekle yükümlüdür. Hekimin gerek işini ifası sırasında gerekse diğler vasıtalarla (örneğin bir makalesinde yahut sosyal medya paylaşımında) açıklamış olduğı düşüncelerinin bu yükümlülük kapsamında mesleki ilkelere aykırı olduğı değerlendirilebilir ve hekimin disiplinl sorumluluğına gidilebilir. Netice olarak hekimlik faaliyetinde geçerli bulunan insan sağlığını koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hekimin bireysel hak bilinci ve tutumu birincil düzeyde rol oynamaktadır.

Hekimin insan sağlığını koruma yükümlülüğü sadece teşhis ve tedavi süreçlerinde değıl, önleyici sağlık hizmetleri bakımından da geçerlidir.¹² Hekim başta hastasını tanıyacak, sağlık probleminin neden kaynaklandığını tespit etmeye çalışacaktır. Ardından karar verdiğı teşhis sonrasında en uygun tedavi yöntemini seçme yükümlülüğü bulunmaktadır.

¹¹ Aksu, H. (2019). Özel Hastane Hekimlerinin Tazminat Sorumluluğı. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Özyeğın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.s.60

¹² Aksu,2019, a.g.k, 61.

Bu yükümlülüğün en temel kaynağı sağlık hizmetlerinin anayasal yaşam hakkı yanında kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilişkilidir. Bu hak Anayasa'nın başlangıç hükümleri yanında *Devletin temel amaç ve görevleri* başlıklı 5. maddesinde, *Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması* başlıklı 15. maddesinde, *İşinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* başlıklı 17. maddesinde açıkça zikredilmiş ve düzenleme tekniği olarak, madde 15 itibarıyla çekirdek haklar statüsüne alınmıştır.

Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde Anayasa'nın, "... *Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerine yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; ... FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılacak.*" gayesi ile hazırlanmış olduğu zikredilmiştir. Dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirmek hakkının tüm Anayasa'ya ve kanunlarımıza sirayet etmiş/etmesi beklenen en temel haklardan olduğunu ifade etmek hatalı olmaz. Bu çerçevede hasta haklarının ve hekim yükümlülüklerinin tamamının bu temel hakla doğrudan ilişkisi olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

2.1.3.2. Tıbbi işlemlerde dikkat ve özen gösterme yükümlülüğü

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin ilgili 2. maddesi; "*madde 2 – Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*"

Teşhis, tedavi, gözlem süreçlerinin ana yükümlülüğü "dikkat ve özen" yükümlülüğüdür. Burada kastedilen dikkat ve özen nesnel ölçülere göre değerlendirilecektir .ve hekimin sahip olduğu uzmanlık sahasıyla ilgili yayınları, gelişmeleri, yeni tedavi yöntemlerini takip etmesidir.¹³

Dikkat ve özen yükümlülüğünün bir başka yönü de doğal olarak hekimin-hastanenin malpraktisten kaçınma yükümlülüğüdür.

"Malpraktis; Türk Tabipleri Birliğinin Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın 13. maddesinde; 'bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması' manasındadır. Dünya Tabipler Birliği de 'hekimin tedavi

¹³ Öcal, Ş.A. (2019). Sağlık Hukuku. Ankara: AÖF Yayıncılık, s.52.

sırasında standart, güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavisini vermemesiyle oluşan hasar' olarak ifade etmektedir."¹⁴

Hekim ve hastane ile hasta arasındaki ilişkinin temelinde vekâlet akdi, istisnai hallerde eser akdi olduğu, yer yer vekâletsiz iş görme hükümlerinin (ve dolayısıyla vekâlet akdi hükümlerinin) uygulanacağı hususunda görüş birliği vardır. Her iki sözleşme açısından özen borcu temel bir borç olarak hekim ve hastanenin üzerindedir.

Özel sağlık kurumu işleteni, sağlık hizmeti verirken hastanın ve ilgisine göre hasta yakınlarının menfaatine olacak şekilde sadakat ve özeni göstermek mecburiyetindedir.¹⁵ TBK madde 506/2-3, vekilin sadakat ve özen borcunu düzenlemiştir. Buna göre;

"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."

Bu hükme göre vekil, sözleşmede kararlaştırılan işi, müvekkilin çıkarına uygun bir şekilde, sadakat ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Vekilin sadakat borcu, işin görülmesi sırasında veya iş tamamlandıktan sonra, vekâlet sözleşmesinin güven temeline uygun olarak, müvekkilinin menfaatlerini vekil edenin talimatlarına ve vekâletin amacına uygun olarak koruması ve ayrıca kendi çıkarları ile vekâlet verenin çıkarları arasında bir çatışma olması halinde, vekâlet verenin çıkarlarını üstün tutması yükümlülüğü olarak tanımlanabilir. Vekil, işi görürken vekâlet sözleşmesinin yöneldiği sonucu vaat etmeyip, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesini vaat eder ve bundan sorumludur. Bu nedenle vekilin, iş görme ile hedeflenen sonuca ulaşmayı sağlayacak, kendi hayat denetimlerine ve işin özelliklerine göre değerlendirilebilecek objektif ve subjektif gerekliliklere göre davranması, sonucun gerçekleşmesini veya gereği gibi gerçekleşmesini engelleyecek tutum ve eylemlerden sakınması elzemdir. Vekilin göstermekle yükümlü olduğu özen ise, vekil edenin menfaatlerine uygun davranma yükümlülüğünden ötede, vekil olarak sorumluluğunun sebep ve kapsamının tespitinde önem taşır. Vekilin işi görürken gösterdiği özenin tür ve derecesine bakılarak sorumluluğun vekâlet sözleşmesinin ihlalinden mi, yoksa vekilin kusur veya ihmaliyle mi kaynaklandığı, vekilden beklenen özen yükümlülüğünün kapsamı ile tespit edilebilir. Konuyu düzenleyen TBK 506/III. madde hükmüne göre, vekilin somut olaya göre ideal

¹⁴ Öcal,2019, a.g.k., 52.

¹⁵ Hakeri H. (2013). Tıp Hukuku (7.baskı). İstanbul: Seçkin Yayınları'ndan aktaran Karan, G.G. (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

bir vekilin gösterebileceği en yüksek derecedeki özeni göstermemesi, kusurun varlığından söz edebilmek için yeterlidir¹⁶. Yani vekilin özeni en hafif kusurdan dahi sorumluluğu içermektedir. Bu madde sebebiyle vekil, herhangi bir kusur yahut ihmal isnadı halinde karşı ispat olarak ortalama bir vekil gibi davrandığını iddia ve ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu noktada vekilin özenli davranıp davranmadığının saptanması için “basiretli” bir vekilin göstermesi gereken bütün özeni gösterip göstermediği irdelenmelidir¹⁷.

Netice olarak; vekilden beklenen sadakat ve özen borcunun sınırlarının objektif ve subjektif esaslara göre çizilmiş olduğunu söylemek mümkündür. Bir hekim olarak vekilin sadakat ve özen borcunda ise diğer vekâlet sözleşmelerinden farklı olarak vekilin talimat vermediği konularda da onun yerine geçerek lehine ifada bulunma söz konusu olabilir. Acil haller bunun en spesifik örneğidir. Acil hallerde hekim, iradesini açıklayamayacak haldeki vekil edenin menfaatlerini tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olarak, vekil eden (hasta) menfaatine yerine getirmekle yükümlüdür. Bu açıdan vekil eden hastanın istek ve talimatları ile vekil hekimin iş ve işlemleri arasında tam bir örtüşme mümkün olmayabilir. Nitekim bir kimse belirli şikâyetlerine şifa bulmak için doktora müracaat etmiş, kendisine sunulan alternatif tedaviler arasından bir seçim yapmış olabilir. Ancak bu seçimi hangi ilaçların yahut hangi yöntemlerin uygulanacağı hususunda daha detaylı konulardaki talimatları içermez. Hekimin göstermesi gereken özen ve sadakatin üst düzey olmak zorunluluğu kendini en çok bu evrede gösterir. Hastanın anamnezini alırken gerekli soruları sormamış olan hekim, hastanın eksik bilgi verdiğinden bahisle görevini eksik ifa ettiği iddiasından yararlanamaz. Hekimlik faaliyetinin ve genel olarak sağlık hizmetlerinin kendine has bu özellikleri itibarıyla talimata uygun ifa ekseninde ancak bununla sınırlı olmamak üzere yer yer vekâletsiz iş görme teşkil edecek özellikte bir sözleşme ilişkisi olduğunu değerlendirmek mümkündür.

16 Yavuz, C., Acar, F., ve Özen, B. (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. (10.Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık’dan aktaran Karan, G.G. (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

17 Gümüş, A. (2014) Borçlar Hukuku Özel Hükümler. (3. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık’dan aktaran Karan, G.G. (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

2.1.3.3. Aydınlatma ve rızaya dayalı müdahalede bulunma yükümlülüğü

Hastaya tatbik edilecek tıbbi iş ve işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesinin ön şartı bu müdahalelerin makul süre öncesinden alınmış aydınlatılmış onama dayalı olmasıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22/1. maddesine göre; kanuni istisnalar saklı kalmak kaydı ile hiç kimseye, rızası olmadan yahut vermiş olduğu rızaya aykırı şekilde tıbben müdahale edilemez.

Aydınlatılmış onama dayalı müdahale, kişinin vücudu üzerindeki hakları ile ilişkili bir hukuka uygunluk koşuludur. Tıbbın güncel gereklerine uygun bir tıbbi tedavi veya girişim, sırf aydınlatmanın usulüne uygun yapılmamış olmasından bahisle kısmen veya tamamen hukuka aykırı hale gelebilir.

Hekim teşhis, tedavi süreçleriyle ilgili özellikle tıbbi uygulamaların riskleri hakkında hastayı açıklıkla aydınlatmalıdır. Bu yükümlülük aynı zamanda hastanın rızası alınmasıyla ilgili yükümlülüğün ön koşuludur.¹⁸ Buna göre, geçerli rıza *aydınlatılmış* rızadır. Bilgilendirme temelli olmayan bir süreç ürünü olan rıza beyanı, hata sebebine dayalı iptal edilebilir bir irade beyanıdır.

Hastanın ne yönlerden aydınlatılması gerektiği, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde sayma yoluyla belirtilmiştir. Bu yönlerden eksik bir aydınlatma faaliyeti, somut olaya göre geçersiz kabul edilebilir. Bu maddeye göre hekim hastasına teşhis edilen hastalığının olası sebepleri ve hastalığının olası aşamaları, tıbbi işlemlerin kim tarafından, nerede ve nasıl yapılacağı ile tahminen ne kadar süreceği, önerilen tedaviye alternatif tedaviler ile bunların yarar ve riskleri ve hasta üzerindeki olası etkileri, olası komplikasyonları, tanı konulmasına ve uygun tedavi kendisine bildirilmiş olmasına rağmen tedaviyi reddetmesi halinde karşılaşılabileceği yarar ve riskler, reçete edilen ilaçların önemli özelliklerine ilişkin kullanım bilgileri ile sağlığı için faydalı olan yaşam tarzı tavsiyeleri ve nihayetinde ihtiyaç duyması halinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgilendirme yapmakla mükelleftir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesinde ise aydınlatma faaliyeti kapsamında verilecek bilginin mümkün olduğunda açık, şüphe ve belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde, bilgi talep eden hasta veya temsilcisinin sosyo-kültürel seviyesine uygun olması gibi bilgilendirmenin özelliklerine ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Aynı maddeye göre hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının

¹⁸ Aksu,2019, a.g.k., 63.

bilgilendirilmesini istediği hallerde bu talebinin yazılı olarak alınması gerekmektedir. Bu halde hekim ve hastanenin bu kişilerden başkaları bilgilendirmesi hali vekil eden hastanın talimatına aykırılık yanında mahremiyet hakkına ve elbette özel hayatın gizliliği hakkına aykırılık teşkil eder.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesi bilgilendirmenin zamanı konusunda, tıbbi müdahaleden *makul süre* öncesi tabirini kullanmaktadır. Bu durumda hastanın bilgilendirilip rızasının alınacağı zaman dilimi yönünden mevzuatın mecbur tuttuğu kesin bir süre mevcut olmayıp bunun her bir olay için ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin manyetik görüntüleme cihazına alınacak bir hastanın bu konuda aydınlatılması, kendi biyolojik özellikleri ve geçmiş hastalıklarına göre belirlenebilir. Bu tarz bir işlem için hastanın işlemde hemen önce aydınlatılması muteber bir aydınlatma olmayabilir. Bu gibi hallerde hastanın başka bir hekim veya sağlık kuruluşundan görüş alma hakkının hatırlatılması yahut kendisinin bunu tercih etmesi için yeterli imkâna sahip olmaya müsaade edilmesi gerekebilir. Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere acil hallerde hastanın bilgilendirilmesi gerekmez.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. maddesinin bilgilendirme bahsinde dikkat çektiği bir diğer husus bilgilendirmenin uygun ortamda, hastanın mahremiyeti korunarak yapılmasıdır. Bu mahremiyeti koruyucu önlemleri almak hekimin mesleki, hastanenin ise organizasyonel yükümlülükleri arasındadır. Buna göre hastane, hastaların işlem yapabilmek ve kendilerine uygulanacak tıbbi girişimi seçebilmek için işlem yapacakları yerlerde ilgili bankolar arasında yeterli mesafelerin bulunması, sadece ilgili kullanıcı konumundaki çalışanların hastanın bilgilerine vakıf olmasının sağlanması gibi organizasyonel yükümlülüklerle sahiptir.

Kendisine bilgi verilecek hastanın temyiz kudretine sahip olması gerekir, değilse bilgilendirme kanuni temsilciye yapılmalıdır.

Aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı hususunda bir mevzuat yoksa da öncelikle daha kapsayıcı olması ve hastanın durumunu dikkate almak bakımından sözlü olarak yapılması; ispat kolaylığı bakımından yazılı olarak yapılması gerekliliği savunulmuştur.

¹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği ve diğer ilgili kanunlarında yazılılık şartı olmadığı sürece, hukukun onayladığı bir aydınlatma faaliyetinin sözlü yapıldığının ispat edilmesi durumunda hekim ve hastane, aydınlatma yükümlülüğünü sırf sözlü olduğundan bahisle

¹⁹ Hatırmaz, G. (2006). Özel Hastanelerin Hasta Hakları İhlallerinden Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.s.38.

eksik ifa etmiş sayılmayacaktır. Elbette bu değerlendirme vaka bazında ispat faaliyeti için geçerli olup; özel sağlık kurumu ve hekimin yüzlerce işleminin her birini yazılı olmayan usullerle ispatlaması hizmetin olağan akışına uygun olmadığından sözlü ispat üzerine kurulu bir sistem kurgulamak mümkün ve makul değildir. Yargı kararlarında da mevzuatta aramadığı halde yazılılık koşulunun eylemli olarak aranması bu doğal mantığın bir sonucudur. Bu nedenle aydınlatmanın ispatında mevzuatın yargı kabullerinin gerisinde kalmış olduğu değerlendirilebilir.

Aydınlatma tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun ön koşulu olsa da hekim belirli şartların varlığı halinde bu yükümlülüğü esnetebilir veya tamamen yahut kısmen yerine getirmekten kaçınabilir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesi, bilgilendirmenin hastanın manevi durumu üzerinde ağır etkiler doğuracak güçte olması ve bu sebeple hastalığının seyrini olumsuz yönde etkilemesi olasılığı bulunan nitelikteki bilgileri, teşhis düzeyinde bile olsa hastadan saklayabilir. Elbette hekim bu yöndeki takdir hakkını tamamen objektif sebeplere dayalı olarak ve sadece hasta yararına olmak üzere kullanabilecektir. Bu takdir hakkının, hastanın tedavi olmayı isteme hakkını engelleyecek veya geciktirecek şekilde kullanılamayacağı açıktır. Hastanın aydınlatmayı reddettiği, bilgi verilmemesini istediği hallerde de hekimin aydınlatma yükümlülüğü azalır yahut tamamen kalkar.

Benzer şekilde, birbirinin devamı niteliğindeki tıbbi işlemler için ayrı ayrı aydınlatma ve onam gerekmez. Bu hususta da rızaya ilişkin geçerliliği araştıran bir yargılamada, mahkemece dosya kapsamına alınan bilirkişi tıbbi raporlarında birbirinin devamı niteliğindeki tıbbi uygulamaların ayırt ettirilmesi gerekmektedir. Örneğin ‘birbirinin devamı niteliğindeki tıbbi işlem’ değerlendirmesine göre; safra kesesinin alınmasına usulünce rıza vermiş bir hastanın ameliyatın tipine göre açık ameliyat yöntemi ile laparoskopik girişim arasında tercihte bulunması rıza yönünden bir değer içermeyebilir. Bu bakış açısına göre ‘çok, azı içerir.’ değerlendirmesi vardır ve aslında hastanın ayrıca karar alabileceği süreçlere hastanın aktif katılımı yerine hekimin onun adına karar alması tercih edilebilir. Açıkçası bu değerlendirme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının geldiği aşama yanında hasta ile hekim arasındaki vekâlet akdinin olası problemleri düşünüldüğünde eksik kalabilir. Öyle ki laparoskopik yöntem ile açık ameliyat arasında sadece tıbbi girişim sonrası (post-op) etkiler açısından farklılık yoktur, hastanın ödemesi gereken bedeller de değişecektir. Dolayısıyla hastayı *doğrudan* etkileyen ve hastanın seçme hakkının olduğu detaylar konusunda hastanın yeniden süreç

dâhil edilmesi değerlidir. Ancak, hekimin her seçimini hastaya danışacağı anlamına gelmez ve hekim yükümlülüklerine uygun davrandığı sürece bu seçim serbestisi aleyhine uygulanmaz.

Esas tıbbi girişimin devamı niteliğinde sayılabilecek işlemlerde ayrıca onam alınması gerekip gerekmediği konusunda zıt görüşlerin ileri sürüldüğü bir konu olarak enjeksiyon uygulamalarına ilişkin yargı kararları dikkat çekicidir. Ankara Tüketici Mahkemeleri nezdinde görülen ve 2023 yılında karara çıkıp tez tarihimizde kanun yolu incelemesinde görülmekte olan maddi ve manevi tazminat ile kalıcı iş göremezlik tazminatı talepli bir davada mahkeme; tıbbi girişim öncesi damar yolu açılmış olan hastaya girişim sonrası ağrı kesici uygulamasının enjeksiyon ile yapılması işlemi ile ilgili olarak; enjeksiyon sonucu gerçekleşen maluliyet bağlamında yaptığı vekâlet akdi değerlendirmesinde; hekimin hastasının yararına davranmakla yükümlü olduğunu, damar yolu açık iken ve operasyon sonrası ağrı kesicinin damar yolundan verilmesi mümkün ve hastanın daha yararına iken hekimin bunu göz ardı ederek ek bir girişim olan enjeksiyon uygulamasını tercih etmekle riski artırdığı, enjeksiyonun uygulanması yönünden kusuru tespit edilmiş olmamasına ve gerçekleşen sonucun komplikasyon teşkil ettiği konusunda bir belirsizlik yahut çelişki olmamasına rağmen, hekimin gereksiz ek girişimde bulunarak ve bu ek girişimin riskleri açısından hastasının rızasını usulüne uygun şekilde almayarak, hasta yararına davranma yükümlülüğünü riski artırıcı yönde davranarak ihlal etmiş sayılması gerektiği gerekçesiyle ve hiçbir indirimde de gidilmeksizin tüm tazminat taleplerinin kabulü yönünde hüküm tesis etmiştir. (Ankara 5. Tüketici Mahkemesi 2019/442 E. 2023/183 K.) Bu karar vekâlet akdinin temel özellikleri yönünden son derece teknik ve bu nedenle değerli bir muhakeme içerse de sonuçları itibariyle hakkaniyetli olduğu değerlendirilemeyecektir: Öncelikle tazminatın takdirinde kusurun yoğunluğuna ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmamış olması bir eksikliktir. Öte yandan, davayı aydınlatma ödevi kapsamında hekimin hasta yerine geçerek aldığı enjeksiyon kararı yönünden bu iradesinin esas kaynağını araştırmayıp hekimin iradesini kendi kendine tespit ederek sonuca gitmiş olması, bu hususta ek bilirkişi raporu dahi almamış olması büyük bir eksikliktir. Ayrıca hastaya uygulanan enjeksiyon işlemine ilişkin sonuçlara, esas tıbbi girişime ilişkin onamda açıkça yer verilmesine rağmen ayrıca enjeksiyon onamı olmadığı gerekçesiyle mevcut rıza kapsamını keyfiyetle daraltmış olması da bir muhakeme eksikliğidir. Netice olarak vekâlet akdine ilişkin yükümlülüklerin yorumunda tıbbi gerekliliklere ilişkin objektif ve subjektif tespitlerin eksik bırakılmış olması

muhakemenin seyrini orantısız şekilde değiştirmekte ve hekim ve hastane tüm yükümlülüklerine makul düzeyde riayet etmiş ve bunu ispatlamış olsa bile gerçekleşen sonuçtan sorumlu tutulabilir hale gelmiştir. Bu sonuç tehlike sorumluluğu boyutunda bir değerlendirmeye götürecektir ki malpraktis sorumluluğu yönünden katlanılması güç olarak değerlendirilebilir.

Onam bahsinde yaşanan son normatif yenilik, Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek-5. maddesine 2023 yılında yapılan ektir. Maddeye yapılan eke göre; "Özel sağlık kurumların da gerçekleştirilecek ayakta veya yatarak tedavi öncesi muayenehane hastalarına ilişkin bilgilendirilmiş rıza formu hasta veya kanuni temsilcisi, muayenehane hekimi, özel sağlık kurumlarının ilgili birim sorumlusu ve mesul müdür tarafından imzalanır." Madde getirdiği yükümlülük açısından son derece dikkat çekicidir. Bu değişiklikle birlikte bilgilendirilmiş rızanın ancak uygun kapsamda hazırlanmış bir formla ortaya konabileceği kabulü vardır. Üstelik ilginç bir şekilde sadece yatarak tedavi gören değil ayakta hastalar için de bilgilendirilmiş rıza formundan söz ederek her türlü tıbbi girişim için bilgilendirilmiş rızanın belgelenmiş olması aranmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin bu maddesine aykırı uygulamaların idari para cezasına ve tekrarı halinde ek yaptırımlara bağlanmış olması sağlık hizmet sunucusu için bağlayıcılığı açık bir normatif gereklilik olarak mevzuatta yerini bulmuştur. Ayrıca bu değişiklikle rıza formu hastane birim sorumlusunun ve mesul müdürün imzasına bağlanmış olmakla; bilgilendirilmiş rıza yükümlülüğünün sadece hekimin değil, özel sağlık kurumunun da doğrudan sorumluluğu olduğu vurgulanmıştır. Bu yükümlülüğe uymayan mesul müdürün ve özel sağlık kurumunun yaptırımla karşılaşabilecek olması önemli ve dikkat çekicidir.

Tıbbi girişim öncesi hastanın aydınlatılmış onamının bulunması hekim faaliyetini hukuka uygun hale getirir. Bu halde hekim ve hastane sağlık özel hukuku anlamında hukuka uygun davranmış sayılmak yanında, ceza hukuku anlamında ise bir hakkın kullanılmasına ilişkin yetki ve meşruiyetten yararlanır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) *İlgilinin Rızası* başlıklı 26. madde hükmü uyarınca, hukukun kendisine verdiği hakkı kullanan kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Hükmün ikinci fıkrasında göre de, kişinin üzerinde mutlak tasarruf yetkisi bulunan bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı iradesinin üstün tutulduğu, bu iradeye uygun olarak açıkladığı iradeye uygun şekilde gerçekleştirilen eylemlerden dolayı eylemi gerçekleştirenin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, hekim faaliyetinin ceza hukuku

anlamındaki meşruiyetine dayanak teşkil etmekle; yaşam hakkı ile beden bütünlüğünün korunmasını isteme hakkından feragat edilemezlik ilkesi kapsamında değerlendirilebilir.

Hastanın hayati tehlike altında olması yahut organlarından birinin kısmen ya da tamamen fonksiyon kaybına uğrayacak olması halinde aydınlatma ve rızaya dayalı müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırları ekstra bir önem arz etmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin madde 24/7’de ifadesini bulan kural, hastaya uygulanması zorunlu tıbbi girişimin hayati tehlike ile organ / fonksiyon kaybı ihtimalini içermesi halinde tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığını hükme bağlamıştır. Maddeye göre bu halde, hastaya gerekli tıbbi müdahale gecikmeksizin uygulanarak acil müdahalelere ilişkin uygun kayıtların tutulması ve eğer mümkün ise acil müdahale öncesi yahut sonrasında hasta yakını yahut kanuni temsilcisinin uygulanacak yahut uygulanan tıbbi müdahale ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki; acil müdahalelerde acil halin ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğini iyi tespit etmek ve aydınlatma ve onam prosedürlerini vaka bazlı olarak buna göre tayin etmek gerekmektedir. Bu yönden tıbbi takdiri kullanmak hekimin, buna uygun kayıt ve organizasyon yönetimini sağlamak hastanenin görev ve sorumluluğundadır. Bunu sağlamak adına sağlık kuruluşlarının acil halin sona erdiğine ilişkin kayıt tutma yükümlülüğü vardır. Hekim ve hastane, mevzuatın kendisine yüklediği aydınlatma ve onam yükümlülüğünü bu zaman dilimine göre yerine getirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda acil hal sona ermiş olmasına rağmen, acil hale müdahale niteliğindeki tıbbi girişimlerin devamı ve acil halin riskini bertaraf etmeye yönelik olduğu değerlendirilemeyecek türdeki tıbbi işlemler için acil halin sona ermiş olması sebebine dayanılarak hastanın kendisinin aydınlatılması ve kendisinin rızasının alınması gerekmektedir.

Acil halde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuki dayanağını ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen hükümlerinden alır. Kanun’un ilgili 526. maddesi, hekimin hastanın istek ve talimatlarının ötesinde yahut bunlar hiç olmaksızın bir tıbbi girişimde bulunma yükümlülüğü doğduğunda uygulanacak ilkeleri düzenlemektedir. Maddede yer alan sadakat borcu vekâlet akdinde gereken ile aynı olmaktadır, devamındaki ibareler sağlık hukukuna *hastanın varsayılan iradesi* kavramını kazandırmaktadır. Bu hüküm hastanın iradesini açıklayamayacak halde olması halinde hekime, *hastanın varsayılan iradesini* tespit etmek yükümlülüğü yükler. Hekimin bunu tespit etmek için sahip olduğu enstrümanlar ise hastanın daha önceden açıklamış

olduğu iradesi ve elbette tıbbi durumunun seyri ile uygulanması gerekli tıbbi girişimlerin hasta için zorunluluk düzeyidir. Hekim bunu tespit etmek için hastanın önceki hastalıklarından, mevcut hastalığının seyrinden, tedavi sürecinde hastanın beyanlarını ifade eden dosya kayıtlarından yararlanır. Burada hekim tarafından öncelenmesi gereken husus, hastanın menfaatleri olup hastanın acil halini ona zarar vermeyecek şekilde yönetmek anlamına gelecek girişimleri gerçekleştirmektir. Acil halin tedavisinin devamı niteliğindeki işlemler için durum böyle olsa da acil hale neden olan hastalığın tedavi edilmesine yönelik girişimlerde hastanın katılımının sağlanması önem arz etmektedir. Bu kapsamda acil halin hasta lehine yönetilmesi için gerçekten gerekli olmaksızın ve hastanın tercihte bulunabileceği bir tıbbi işlemi de acil hal kapsamında uygulanan tıbbi girişimlerle birlikte uygulamak yönündeki hekim takdiri, hastanın varsayılan iradesine göre hareket edildiği iddiası ile her zaman korunmayabilir. Bu yönüyle hekimin hastasının varsayılan iradesini tespit etmedeki ölçütleri mümkün olduğunca kayda dayalı ve objektif esaslara göre ve mutlaka hastanın acil durumunun lehine sona erdirilmesine yönelik olmalıdır. Bu yorum, hastanın açık talimatı olmaksızın yapılan müdahaleler için sorumluluğu düzenleyen TBK madde 527/1- birinci cümleinin de yöneldiği amaç ve korumak istediği menfaate daha uygundur.

Acil hallerde hekimin yükümlülüklerine ilişkin hukuk-kavramsal çerçeveyi çizen 526. maddeden sonra gelen 527. Madde ise, ihmal ve beklenmedik hale ilişkin kuralları içermektedir. Bu maddeye bakıldığında vekâletsiz iş görenin her türlü ihmalinden sorumlu olduğu, ancak iş sahibinin karşılaştığı zararı yahut zarar tehlikesini gidermek amacı ile gerçekleştirdiği eylemlerinden sorumluluğunun hafifleyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hükmü hasta-hekim ilişkisine uygulayacak olursak; iradesini açıklayamayacak durumdaki hastanın acil halini hasta lehine sona erdirmek için hastanın varsayılan iradesine ve menfaatlerine uygun olarak gerçekleştirdiği eylemler sırasında bir zarar verdiği iddia edilen hekimin sorumluluğunun hafifleyeceği değerlendirilebilir. Buna örnek verecek olursak, ameliyat sırasında postpartum kanama gerçekleşen hastada bu nedenle yapılan ek müdahaleler sırasında ve bu müdahalelerle ilişkilendirilebilecek, tıbben hafif kusurdan/hafif ihmalden kaynaklandığı değerlendirilen bir zarar doğmuş olması halinde hekimin sorumluluğunun hafiflediği gündeme gelebilecektir.

TBK madde 526 ve 527 hükümlerinde yer verilen “varsayılan irade”, “menfaat” gibi kavramlar tıbbi girişimin ön koşulu olan rıza unsurunun ve rıza yorumunun dinamiklerine ilişkin olarak aynıyla uygulanabilecektir.

Hastanın aydınlatılmış rızasını alma yükümlülüğünün esas olarak hangi süjenin sorumluluğunda olduğu da tespit edilmesi gereken bir durumdur. Özel sağlık kurumunun organizasyonu dahilinde gerçekleşen tüm tanı ve tedavi süreçleri yönünden sorumlu olması, organizasyonel yükümlülükleri kapsamında tıbbi girişimlerin hukuka uygunluğunu temin edecek önlemleri alması, aldırması, ilgililere gerekli eğitimleri vermesi, yaptırım uygulaması gibi borçları olduğuna kuşku yoktur. Öte yandan, tıbbi girişimi doğrudan takdir edip uygulayacak kişinin hekim olması, hastanın sağlık durumuna, seçilen tedavinin özelliklerine ve seçilme nedenleri ile hastanın kişilik özelliklerine vakıf olabilecek pozisyonadaki süje olarak hekim, en uygun bilgilendirmeyi değerlendirebilecek konumdadır. Her iki husus birlikte ele alındığında hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasından hekim ve hastanenin birlikte sorumlu olduğuna kuşku yoktur. Hatta, Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5/1-ı bendine yapılan ek ibarelerden anlaşıldığı üzere aydınlatılmış rızaya ilişkin organizasyonel yükümlülüğün mesul müdür üzerinden gerçekleştirilmesi gerektiği de tespit edilebilir durumdadır. Maddeye göre; muayenehanesinde faaliyet gösteren hekimler özel sağlık kurumları yapacakları sözleşmeler kapsamında hastalarının tedavisini özel sağlık kurumların da gerçekleştirebilecektir. Bu halde hastaların bilgilendirilmelerine ilişkin form ve kayıtların muayenehane hekimi, özel sağlık kurumunun ilgili birim sorumlusu ve mesul müdür tarafından imzalanması hükme bağlanmıştır. Bu durum hastanın bilgilendirilmesine ilişkin yükümlülüğü dağıtmayı ve hastanın bilgilendirilmesine yönelik kayıt tutmayı teşvik eden sektör için yeni bir uygulama olarak dikkat çekicidir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek 5. maddesi ayrıca, hastaların tedavi masraflarının da hasta tarafından karşılanacağı konusunda bilgilendirilmiş olmasını aramaktadır. Bu halde bilgilendirilmiş rızanın kapsamını sadece uygulanacak tedavi ve girişimle sınırlamak da yeterli bir yaklaşım olmaz. Gerek özel sağlık kurumlarının tahsil edebileceği ücretlere ilişkin Sağlık Uygulama Tebliği ve benzeri ikincil mevzuat hükümleri gerekse temel borç ilişkilerine uygulanacak ilkeler itibariyle; hastanın ödeyeceği ücretlere ilişkin zamanında (öncesinde) ve yeterince bilgilendirilmesi, bu bilgilendirmenin ve hastanın rızasının uygun kayıtlarla ortaya konması sürecin hukuki güvenliğini ve tüm işlemlerin geçerliliği/hukuka uygunluğunu temin etmek için elzemdir.

Netice olarak ana hatları ile mevzuat ve hukuk yanında somut olay özelliklerine uygun bir aydınlatma sürecini takip eden standarda uygun tıbbi girişimler, istenmeyen sonuçlar gerçekleşse dahi “*izin verilen risk alanı*” da mütalaa olunarak hukuken korunur.

2.1.3.4. Sır saklama yükümlülüğü

Hekimin sır saklama yükümlülüğü temel olarak, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 9. maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre hekimin saklamakla yükümlü olduğu sırlar, meslek ve sanatını icra etmesi sebebiyle öğrenmiş olduğu sırlara ilişkindir. Hekim yasal bir zorunluluk olmadıkça bu sırları hiçbir şekilde üçüncü kişilere aktaramaz, açıklayamaz, ifşa edemez.

Hastanın teşhisinin eksiksiz olması, tedavisinin doğru yapılabilmesi için hastanın hekime güven duygusuyla yaklaşması önem arz etmektedir. Buna bağlı olarak hastanın salt tedavi olmak amacıyla paylaşmak zorunda olduğu özel bilgilerinin hastanenin-hekimin korumasında olduğuna güvenmesi gerekmektedir. Zira paylaşılan bazı bilgiler kişinin meslek hayatında, sosyal hayatında öğrenilmesini istemeyeceği bilgiler olarak meslek sırrı statüsündedir.²⁰

Özel hayata ilişkin bilgilerin saklanması gerekliliği Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu ilgili maddelerine yansımıştır. Mevzuat, özel hayata ilişkin bilgileri sadece korumak değil, rıza dahilinde dahi olsa bilgilerin gizlilik kurallarına riayet edilerek saklanması gerekliliği ve kişisel hakların vazgeçilmez statüsü bakımından emredici düzenlemelere yer vermiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesine yansıdığı haliyle; rızaya dayalı olsa dahi açıklanamayacak bilgiler düzenlenmiştir. Maddeye göre hastanın açıklanmasına rıza verdiği bilgiler ve bu yöndeki rızası niteliği itibarıyla kişilik haklarından vazgeçme, bu hakları devretme veya aşırı ölçüde sınırlama anlamına gelebilecek koşullar oluştu ise bu bilgilere vakıf olan sağlık meslek mensupları ve hastanenin bunların açıklanmasından kaynaklı hukuki sorumluluklarının ortadan kalkmayacağı hükme bağlanmıştır.

Benzer yönde, 21.06.2019 gün ve 30808 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik uyarınca da sağlık verileri özel paylaşım kurallarına tabi tutularak koruma altına alınmıştır. Bu Yönetmelik kişisel sağlık verisini, *“kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler”* olarak tanımlar ve bu verilerin paylaşımı ve verilere erişime ilişkin esasları ile ilgili emredici hükümleri hükme bağlar. Bu ve benzeri veri yükümlülüklerine uyulması yönünden hekimle birlikte, veri sorumlusu sıfatındaki hastane ve ilgili kullanıcı sıfatındaki ilgili sağlık

²⁰ Öcal,2019, a.g.k.,53.

meslek mensupları kendi hukuki cezai sebeplerine göre ayrı ayrı sorumludur. Hekimin veya ilgili sağlık meslek mensubunun bu yükümlülüğe aykırı davranması, doğrudan buna ilişkin mevzuata aykırılık teşkil edebileceği gibi vekâlet akdi yönünden de hastasının menfaatine davranmakla yükümlü hekimin sözleşmeye aykırı davranmış sayılmasına neden olur.

2.1.3.5. İhbar yükümlülüğü

Suç ihbar yükümlülüğü, mevzuat sistematğinde herkese yüklenmiş bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. TCK'nun İkinci Bölümünde Adliye Karşı Suçlar alt başlığında düzenlenen, Suçu bildirmeme suçu (madde 278), Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu (madde 279), Sağlık meslek mensuplarının suçu bildirmemesi (madde 280), başlıklı suç tipleri aynı cezai yükümlülüğün farklı görünümünü teşkil eder.

TCK'nun 280. maddesinde görevi sırasında bir suçun işlendiğine dair *belirti* ile karşılaşan sağlık meslek mensubu, durumu yetkili makamlarla paylaşmaz ise bir yıla dek hapis cezası ile cezalandırılma yaptırımını karşı karşıyadır.

İhbar yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğüne kamu yararı dikkate alınarak getirilen bir istisna olarak yer bulmuştur. Benzer şekilde Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında, genel halk sağlığı sebebine dayalı olarak bulaşıcı hastalıklar, frengi, akciğer ve hançere veremini; Sıtma İmhası Kanunu sıtmanın bildirimini bir yükümlülük olarak belirlemiştir.

2.1.3.6. Dosya tutma yükümlülüğü

Hasta ve hastalıkla ilgili bütün belgeleri içermek üzere hastanelerin bir hasta dosyası tutma yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülük gösterilmesi gereken dikkat ve özenin bir tezahürü olarak görülebileceği gibi hastanın hak arama hürriyeti ile de doğrudan ilgilidir. Hasta kendisine uygulanan teşhis ve tedavi işlemlerinin detaylarına ancak bu kayıtlar vasıtası ile ulaşabileceğinden sağlık hakkından kaynaklı başvuru imkânlarını etkin bir şekilde işletmesi ancak kayıt tutma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesine bağlıdır. Bu açıdan özellikle mevzuatın açıkça belirttiği kayıtların yine mevzuatta belirtilen kapsamda tutulması, mevzuatta belirtilmeyenlerin ise hastanın yararına davranma yükümlülüğü çerçevesinde usulünce ve yeterince kaydedilmesi

gerekmektedir. Bu durum hastanın haklarının etkin kullanımını temin edeceği gibi hekim ve hastanenin de yapmış olduğu işlemleri ispat kolaylığı açısından belirleyici ve önemlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin madde 24/son hükmüne göre, sağlık hizmet sunucularının yatarak tedavi hizmeti alan hastalar yönünden taburculuk evresinde hastanın genel sağlık durumu, reçete edilen ilaçlara ait (kullanım sıklığı, yan etkileri, etkileşimleri ve benzeri) bilgiler, tedavi sonrası diyet ve sair konularda uyması gereken kurallar ile kontrol tarihleri gibi hasta için lüzumlu bilgileri içeren, çıkış özeti (epikriz) kaydının oluşturularak hastaya verilmesi gerekmektedir. İlgili madde epikriz kaydının sahip olması gereken özellikler sıralandığı gibi hastanın bu kayıtlara ulaşma hürriyetini korumak için meslek mensubu hekime kayıt oluşturma yükümlülüğü verilmiştir.

Benzer şekilde, 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı R.G.'de yayımla yürürlüğe giren Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 32. maddesinde yataklı tedavi kurumlarının tıbbi arşiv oluşturup mevzuata uygun şekilde düzenleme zorunluluğu, bu yönüyle hastaların başvurmaları halinde kendileri hakkında tutulan kayıtlara doğru bir şekilde ve güvenle ulaşabilmelerinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Aynı yönetmeliğin 27., 67., 68. maddeleri de sağlık meslek mensubu ve özel sağlık kurumunun birlikte uymakla yükümlü olduğu kayıt tutma yükümlülüğünü işaret etmektedir.

Hasta dosyaları hastanın kimlik bilgilerini, tanı-teşhis raporlarını, kullanılan ilaçları, tahlil sonuçlarını, tedavi süreçlerini içermelidir. Bu dosyaların tutulması aynı zamanda bu dosyaların saklanması yükümlülüğünü de içerir.

2.1.4. Genel olarak hasta yükümlülükleri

2.1.4.1. Ücret ödeme yükümlülüğü

Sosyal güvenlik kapsamındaki devletin katkılarını istisna sayarak hastanın sağlık hizmetine karşı ücret ödeme zorunluluğu söz konusudur. Özel sağlık kurumları söz konusu olduğunda bu yükümlülüğün niteliği, hastanın hastane ile yaptığı ivazlı vekâlet sözleşmesinin doğurduğu borcun bir edimi olmasıdır.²¹

²¹ Aksu,2019, a.g.k., 76.

Ölüme ya da başka türlü zararlara sebebiyet veren yanlış tıbbi uygulama hastanenin edimini yerine getirmemesi anlamına gelecek ve hastanın ücret ödeme borcu kalmayacaktır.²² Bunun anlamı hastanın ücret ödemekten kaçınması olabileceği gibi ödediği ücretin diğer zararları ile birlikte iadesini maddi tazminat çerçevesinde talep ve dava etmek hakkı olmasıdır.

Öte taraftan dürüstlük kuralı gereğince hastanenin gereksiz tahliller yapmak gibi yöntemlerle kötü niyetli olarak masrafı artırmaması gerekir. ²³ Bu durumda hasta sözleşmenin güven temeline dayanarak ilgili kazançların sebepsiz zenginleşme teşkil ettiğini ileri sürebilir.

2.1.4.2. Bilgi ve belge paylaşma yükümlülüğü

Hasta başvurduğu sağlık kurumuna teşhis ve tedavisiyle ilgili kararları etkileyecek olan her türlü bilgiyi vermek durumundadır. Hekimin hataya düşmesine, öykünün yanlış eksik anlatılması sebebiyet veriyorsa ortaya çıkan zararı hasta üstlenecektir. Gerekli bilgi hastanın mevcut hastalıkları, önceden kendisine yapılan tıbbi müdahaleler, kullanılan ilaçlar, hariçte yapılan tetkikler gibi sağlık hizmetinin tam sunulabilmesi için gereken bilgiler girer. İcap ettiği takdirde eğer mevcutsa bu bilgileri doğrulayacak belgeler de hastadan istenebilir.

Bununla ilgili mevzuat Hasta Hakları Yönetmeliği'nin konuya ilişkin 42/A maddesine göre; hastanın tedavi gördüğü sağlık kuruluşunun hizmete ilişkin mevzuata uygun kural ve uygulamalarına riayet etmesi, almış olduğu sağlık hizmetine karşı katılımcı bir yaklaşımla tedavi sürecinin bir süjesi olarak hareket etme yükümlülüğü vermektedir. Bu kapsamda hastanın şikâyetlerini, önceki hastalıklarını, gördüğü tedavileri ve kendisine uygulanan girişimleri, kullanmakta olduğu ilaçları, netice olarak sağlığı ile ilgili tüm bilgileri sağlık kuruluşuna tam ve doğru olarak vermekle yükümlüdür.

Hastaya yüklenen yükümlülüğün temel sebebi, sözleşmelerin ahde vefa ilkesi ve dürüstlük kuralları üzerine kurulu olmasıdır. Öte yandan, sağlık kurum ve kuruluşlarının kendisine müracaat eden hastanın tüm bilgilerine ulaşmak imkânı bulunmamaktadır. Özellikle kişisel veri mevzuatının yorumundaki değişimler sebebiyle, hekim ve

²² Hatırnaz,2006, a.g.k., 73.

²³ Öcal,2019, a.g.k., 45.

hastanenin, hastanın dış sağlık kuruluşunda kayıtlı sağlık verilerine hastanın izni olmaksızın ulaşması mümkün değildir. Hatta, hastanın tedavisine katılan sağlık meslek mensuplarının dahi ilgili kuruluştaki düzenlenip tutulan kayıtlara erişim yetkisi süre sınırlamasına ve hastanın başvuru şartına tabi tutulmuştur. Hal böyle iken hastanın müracaat ettiği sağlık kuruluşunda planlanan tedavinin, hastanın gerçek durumuna uygunluğunu sağlamak için ilgili bilgilerin paylaşılmasının hayati önem arz ettiği durumlarda, hastanın bilgi ve belge paylaşmaktan imtina etmesi kendi menfaatlerine aykırı olabilecektir. Bu halde hekimin anamnez alma yükümlülüğü kapsamında hastayı açıklayıcı bilgilerle yönlendirmesi ve gerekli görülen bilgi ve belgelerin paylaşımını sağlamaya çalışması gerekmektedir. Bu kapsamda hekimin en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu kuralını hatırlamak faydalı olabilir. Mevcut şikâyetlerini tıbben yorumlama yetisi olmayan hastanın hangi bilgilerin tedavisi için elzem veya önemli olduğunu tek başına takdir etmesi beklenemeyeceğinden, uzman kişi olarak hekimin yönlendirmesi ve hastanın genel sağlık durumu hakkında gerekli olabilecek bilgilere hukuka uygun usullerle ulaşmaya çalışması, hastadan talep etmesi gerekir. Hekim bu yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen hastanın bilgi paylaşımından kaçınması yahut hatalı bilgi vermesi halinde vakıya içeriğine göre hekimin sorumluluğunu değerlendirmek mümkün olabilir. Ancak bu değerlendirme, hekimin uzman vekil olarak hastayı yönlendirme ve önemli hususları kayıt altına alma yükümlülüğünü -teorik olarak- hafifletmez.

Hastanın bilgi ve belge paylaşma yükümlülüğünün çerçevesini öncelikle hekim belirleyecektir. Bu yönden hekim hastasının menfaatleri için ve tıbbi durumuna uygun kapsamda olmak üzere bilgi ve belge paylaşımı istemelidir. Hekimin bu yetkiye dayanarak hastanın ilgisiz tıbbi kayıtlarına erişmek istemesi görevi kötüye kullanma yanında hastanın iradesini kırmak suretiyle veri ihlali (*data breach*) teşkil edebilir. Bu husus, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin 5/3. maddesinde kimsenin kendi tedavisine yönelik sağlık hizmetinin içerik ve kapsamı gerektirmediği halde geçmiş sağlık verilerinin dökümünü sunmaya veya göstermeye zorlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amaçsal yorumu itibarıyla ortaya çıkmış emredici kuralların, sağlık verilerinin paylaşım ve işlenmesine ilişkin tekrar niteliğindedir.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, hastanın gizlilik tercihlerine göre verilere erişimin gerçekleştirilebileceği yazılıdır. Anılan madde,

hastanın gizlilik seçimleri sebebiyle sağlık verisine ulaşamamasından kaynaklı Bakanlığın sorumsuzluğunu düzenlemektedir. Kusur prensibi ve isnat edilebilirlik kuralları gereği, gizliliğe ilişkin mevzuat hükümleri ve hastanın gizlilik tercihi nedeniyle önceki sağlık verilerine erişemeyen hekimin de bundan kaynaklı zararlardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Ancak bu durum, hekimin tanı ve tedavi sürecinde hastaya gerekli sorular sorması ve karşılığını (anamneze kaydetmek gibi) uygun yöntemlerle kaydetmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Aksi halde hastanın hikayesini alma yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak tanı ve teşhise ilişkin yükümlülüklerinde ihlal olasılığı artmış olur ki hekimin mesleki sorumluluğunun hastaya yüklenen ikincil yükümlülüklerin yerine getirilmediğinden bahisle tamamen bertaraf edilmesi mümkün olmaz. Hekim tanı ve teşhis sürecinde, hastanın yakınmasına ve uygulanacak tedavi ve ilaçlara ilişkin tıbben sorulması gerekli soruları sormak ve hastayı bilgi vermeye/kayıtları paylaşmaya davet etmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, işini özenle yapma ve hastanın haklı menfaatlerini koruma yükümlülüğünün bir sonucudur.

2.1.4.3. Tedavinin gereklerine uyma yükümlülüğü

Tedavi süreçleri hiç şüphesiz hastanın da katılması gereken bir özellik arz eder. Bu bakımdan önerilen tedaviye uymakla ilgili bir yükümlülüğü olduğu açıktır. Bu tavsiyenin içeriği belli bir perhiz olabilir, alkol sigara kullanımıyla ilgili ya da belli fiziki hareketin yapılmasıyla ilgili yasaklar olabilir. Bununla birlikte hastanın tedavisini üstlenen hekimin önerilerinin yetersiz kaldığı hallerde hastanın tedaviye yönelik motive edilmesi ve kendisine aktarılan bilgileri kanıksaması sağlanmalıdır.²⁴

Hastadan yapması beklenen tedbirlerin bildirilmesi hususunda hastanın fiziki-bilişsel durumu göz önüne alınmalıdır. Hastanın tavsiyeleri tam anlamış olmasına rağmen uymaması halinde ortaya çıkacak zarardan bizzat sorumlu olacaktır.

²⁴ Öcal, 2019, a.g.k.,45.

2.2. Özel Sağlık Kurumları

2.2.1. Özel sağlık kurumlarının hukuki statüsü

05.06.1933 tarih ve 2419 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu özel sağlık kurumları, devlete ait hastaneler ile idareler ve belediyelerin hastaneleri haricinde kurulmuş bulunan tedavi amaçlı sağlık kuruluşları olarak tanımlamaktadır.

Özel sağlık kurumlarına ilişkin temel düzenlemelerden biri olan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde ise özel sağlık kurumlarının ise ruhsat alabilmek için belirli şartları sağlamaları gerekmektedir. Bu şartlar bina ve hizmet standartları, personel standartları, hizmetin kesintisizliği, muayene hizmetlerinin ayakta ve yatarak olması, gözlem yatakları hariç en az 100 yataklı olmak, yatak kapasitesinin belirli sayıda ve alt hizmet tipine göre oranlı olması gibi çeşitli konulara ilişkin detaylardır. (Özel Hastaneler Yönetmeliği 5. madde). Ruhsat vermeye yetkili Bakanlık teşkilat kuruluşları bu şartların en baştan olup olmadığını denetleyerek işlem tesis etmek yanında ruhsat verildikten sonraki evrede bu şartların devam edip etmediği hususunda da denetim ve işlem tesis etme yetkisini haizdir.

Özel sağlık kurumları işleteni tek bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir adi ortaklık, dernek, vakıf yahut Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen bir şirket de olabilir. Buradan çıkan sonuca göre özel sağlık kurumları ruhsatının sadece ticaret şirketlerine verilen bir ruhsat olmadığı anlaşılmaktadır.²⁵

Özel sağlık kurumları bir kamu tüzel kişisi değildir, bu şekilde örgütlenmez. Bununla birlikte bu hastanelerin sunduğu hizmet herkese açık ve kamusal niteliktedir. Buna bağlı olarak kamu otoritesinin gözetimi-denetimi altında iş görürler.²⁶

Özel sağlık kurumlarının ayırt edici noktası bahsettiğimiz bu kurucu kişiyle alakalıdır. Yani temel özellik devlet veya herhangi bir kamusal güce ait olarak değil; bir özel hukuk gerçek kişisi ya da özel hukuk tüzel kişisi tarafından kurulmuş olmasıdır.²⁷

Kamu hastanelerinin dışındaki bütün hastanelerin özel sağlık kurumu olduğu söylenemez. Örneğin şahısların, işçi teşekkülleri yahut şirketlerin yalnızca çalışanlarına

²⁵ Hatırnaz, 2006, a.g.k.,18.

²⁶ Aksu,2019, a.g.k., 14.

²⁷ Seçkin, S. (2019). Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi. Doktora Tezi. İstanbul: Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.38.

hizmet vermek üzere kurmuş oldukları sağlık yurtları da özel sağlık kurumu sayılmazlar.²⁸

2.2.2. Özel sağlık kurumu çalışanlarının hukuki statüsü

Özel sağlık kurumu tesisleri, çalışanları ve hizmet esaslarıyla ilgili esaslar temel olarak Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Özel Hastaneler Tüzüğünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre özel sağlık kurumu personelinin ikili bir tasnifte incelendiğini görüyoruz: mesul müdür ve diğer çalışanlar. Aşağıda sağlık çalışanlarına ilişkin tanımlayıcı bilgilere yer verilmiştir. Hukuki statüye ilişkin diğer bir önemli konu ise başta özel sağlık kurumun da çalışan hekim olmak üzere özel sağlık kurumların da çalışan sağlık çalışanlarının “kamu görevlisi” olup olmadığıdır. Bu ayrımın hukuktaki en ayırt edici karşılığı ceza hükümleri açısından yer bulmuştur. Ceza kanunlarına göre bir kısım suçlar sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir. Kamusal nitelikteki sağlık hizmetinin icrasına katılan özel sağlık kurumları ile diğer özel sağlık hizmet sunucularında çalışan meslek mensupları konusunda TCK’nun 6. maddesinin gerekçesinden yararlanılabilir. Anılan gerekçede; kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihale usulüyle özel hukuk kişilerince üstlenilmesi halinde, bu kişilerin ifa ettikleri işe katılan çalışanların kamu görevlisi sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe kapsamında özel sağlık kurumların da veya özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler ve diğer sağlık mesleği mensupları ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kabul edilmemektedir. İş hukuku kurallarına göre hizmet vermeleri ve 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’in ilişkilendirilebilecek hükümleri birlikte değerlendirildiğinde idare (kamu) hukukundan kaynaklı statü haklar anlamında da kamu görevlisi olmadıklarına kuşku yoktur. Netice olarak özel sağlık kurumu çalışanları, kamusal nitelikte bir hizmetin çalışanları olsalar da kamu görevlisi değildir.

²⁸ Hatırnaz, 2006, a.g.k.,18.

2.2.2.1. Mesul müdür

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre özel sağlık kurumlarının teknik, idari, tıbbi uygulamalarla ilgili yönetiminden ilk sorumlu olan kişi mesul müdürdür. Mesul müdür seçilebilmek, Özel Hastaneler Yönetmeliğindeki şartlara tabii kılınmıştır. İlgili maddede 5 yıl süreyle tabiplik yapmış olmak, tabip odasına kayıtlı olmak gibi şartlar belirlemiştir. Mesul müdür, yalnızca görev yaptığı hastanede çalışabilir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 42. maddesinde, bir başka yükümlülük olarak mesul müdürün yönetiminde hastane çalışanı sağlık meslek mensubu ve diğer kişiler ile sağlık hizmetinden yararlanan kimselerin uyması gereken kuralların belirlendiği bir iç hizmet yönergesinin oluşturulması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bu yönerge bir kamu hizmetine ilişkin olduğundan sağlık bakanlığının onayına tabii tutulmuş ve bir “idari düzenleyici işlem” kabul edilmiştir.²⁹

Bunun yanında Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 17. maddesi mesul müdüre, muhabere ve yazışmaları yürütme, tıbbî atık yönetimini sağlayıcı tedbirleri yerine getirmek, 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bildirimini emrettiği hastalıkları bildirmek, adli vakaları mevzuatın öngördüğü şartlarda ilgili kurum ve mercilere bildirmek, sağlık çalışanlarının sahip olması gereken standardı sağlamak ve hizmet kalitesini geliştirmek gibi pek çok idari görev yüklediği görülmektedir. Ayrıca özel sağlık kurumların da mesul müdürün yetki devri yapabileceği bir müdür yardımcısı belirlenmesi gerekliliği söz konusudur.

2.2.2.2. Hekimler

Özel sağlık kurumların da hekimlerin kadrolu, kısmi zamanlı, kadro dışı geçici ve konsültan olarak çalışması mümkündür.³⁰ Özel Hastaneler Tüzüğünde ve Özel Hastaneler Yönetmeliğinin ilgili maddeleri gereğince hastane yatak kapasitesi nispetinde asgari ve azami personel sayıları belirlenmiştir.

²⁹ Seçkin, 2019, a.g.k., 20.

³⁰ Aksu, 2019, a.g.k., 28.

Kadrolu çalışanlar, bulunması gereken kadro sayısına uygun olarak ve iş kanunu hükümleri uyarınca akdedilecek iş sözleşmesi uyarınca çalışırlar. “Kısmi süreli iş sözleşmesi” yapılmak suretiyle hekimlerin kısmi zamanlı istihdam edilmelerinin önünde de hukuki bir engel yoktur. Yine kadro dışı geçici çalışmanın hukuki dayanağı da Özel Hastaneler Yönetmeliği’nde yer bulmuştur. Çalışma yöntemi konusunda bir diğer usul de konsültasyondur. Konsültasyon, hastanın takip ve tedavisi için gerekli olması halinde tedaviyi üstlenen hekimin uzmanlık dışı bir alanda uzman bir hekim veya hekimlerin tedavi sürecine dâhil edilerek tedavinin birlikte üstlenilmesidir.”³¹ Konsültasyon, hekim için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Özel sağlık kuruluşları, gerekli izinleri almak ve konsültasyon hizmet bedeli ödemek suretiyle konsültan hekim de çalıştırabilirler.

2.2.2.3. Diğer çalışanlar

Özel sağlık kurumu kadrosunda çalışan hekimler ve hekim dışı yardımcı sağlık çalışanları sözleşmeyle ve Özel Hastaneler Yönetmeliğinde yer alan “personel çalışma belgesi” düzenlenerek çalışır. Buna ek olarak sağlık müdürlüğünce onanacak bir çalışma belgesi mevcut olmalıdır. Burada hastane işletmesiyle personel arasındaki ilişki ifa yardımcılığı kapsamında özel hukuk hükümlerine tabidir.³²

³¹ Aksu, 2019, a.g.k., 52.

³² Kıcıoğlu, M. (2011) Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları. Ankara: Adalet Yayınları.

3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNAT

İnsan, toplu hâlde yaşama içgüdüğü ve alışkanlığına sahip sosyal bir varlıktır. İnsanların belirli şekilde örgütlenmiş bir toplum içinde yaşamaları dış tehlikelere karşı korunma ve yaşamsal gereksinimlerin karşılanmasında yardımlaşma ve dayanışma ihtiyacından kaynaklanır. Ne var ki toplumu oluşturan bireylerin fiziksel, sosyal ve ekonomik güçleri birbirinden farklıdır. Kendi kişisel çıkarını gözetken insan, sahip olduğu gücü diğerlerinin zararına kullanarak onları kendine boyun eğdirmekten geri kalmaz.³³ Bu durum toplumun hukuk düzenine olan ihtiyacını ve yaptırım kavramının temelini açıklar. Sorumluluk kavramı ise yaptırım yükümlülüğünü içeren bir kavram olarak; hukuk ve mevzuatın kişi üzerine yüklediği olumlu ve olumsuz yükümlülüklerin yerine getirilmesi, bunun bir sonucu olarak işlem ve eylemlerinin başkaları üzerindeki etki ve sonuçlarını üstlenmesi, bu sebeple başkalarının haklarına saygı göstermesidir.³⁴

Suç ve cezaları tanımlayan ceza hukuku alanındaki karşılığı hapis cezası ya da adli para cezası olan yaptırımları içeren alan “*cezai sorumluluk*” olarak tarif edilir. İdarenin kamu gücünü kullanan otoriteler olarak ortaya koyduğu idari tasarruflara kendisine yönelen davalarda hükme bağlanan iptal-tam yargı gibi yaptırımları içeren alan ise “*idari sorumluluk*”tur.

Eşit bireyler arasındaki uyuşmazlıkları düzenleyen, devletin taraf olmadığı, kamu yararının ön planda olmadığı özel hukuk alanında ortaya çıkan borç ilişkilerinden ya da kanundan doğan sorumluluk ise hukuki sorumluluktur.

Yukarıda değindiğimiz cezai ve idari sorumluluk tezimizin kapsamında olmayan bir alanı kapsamaktadır. Özel sağlık kurumları yukarıda işaret ettiğimiz gibi bir özel hukuk tüzel kişisi olarak hastalarla olan ilişkisinde hem kanundan doğan hem sözleşmeden kaynaklı hukuki bir sorumluluk yüklenmektedir.

Sorumluluk kavramı hukukta bazı tasniflere tabi tutulmuştur. Şahıs ile sorumluluk kavramı modern hukukta artık bir karşılığı olmayan borçlunun şahıs varlığıyla, vücut bütünlüğüyle, bizzat kişiliğiyle sorumlu tutulmasıdır. Borcundan dolayı bir kişinin hapsedilmesi, kişinin borcuna karşı köleleştirilmesi bu türden sorumluluğun karşılığıdır.

³³ Esener, T. (1998). Hukuk Başlangıcı, 2. Baskı, İstanbul. Alkım Yayınları’ndan aktaran Baygın, C. Hukuk ve Toplumsal Yaşamı Düzenleyen Diğer Kurallar. Ders Notu. Atatürk Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi, file:///C:/Users/c_huk/Downloads/ATATÜRK%20ÜNİ.

HUKUKUN%20TEMEL%20KAVRAMLARI.pdf (Erişim tarihi.:04.09.2023)

³⁴ Rezazad, Y. (2016) Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Halleri, Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. s.3.

Modern hukukta kabul edilen sorumluluk ise mal varlığı ile sorumluluktur. Sadece mal varlığına el konur, sorumluluk kişilik haklarıyla ilgili değildir.

Başka bir ayırım akdi sorumluluk-akit dışı sorumluluktur. Akdi sorumluluk sözleşmelerde sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ya da hiç yerine getirilmemesi sonucu ortaya çıkan sorumluluktur. Akit dışı sorumluluk ise borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi haksız fiil gibi akit dışı unsurlara dayanmaktadır.

Bir başka ayırım ise kusurlu sorumluluk-kusursuz sorumluluk halleridir. Kusurlu sorumlulukta bir kişinin kusurlu hareketlerinden kasten ya da ihmalen bir zarar ortaya çıkarmak gibi sorumlu tutulması söz konusu iken istisnai bir durum olan kusursuz sorumluluk hallerinde kişinin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Kusursuz sorumluluk halleri kanunda tek tek sayılmıştır: hayvan sahibinin sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi.

3.1. Hukuki Sorumluluk

3.1.1. Hukuki sorumluluğun unsurları

3.1.1.1. Hukuka aykırı fiil

Hukuki sorumluluktan bahsetmek için hukukun koruduğu hakkı ihlal eden hukuk düzenine aykırı bir fiilden bahsetmek gerekir. Hukuka aykırı fiilin bir yanı emredici hukuk kurallarına aykırılık iken diğer taraftan olumsuz şart olarak “hukuka uygunluk sebeplerini” sağlamama sayılmıştır.³⁵

- Zarar görenin, hukukun geçerli kabul ettiği şekil ve mahiyette açıklamış olduğu rızası,
- Kanunla verilen yetkinin yine Anayasa ve kanun tarafından belirlenen ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılması,
- Meşru savunma halleri,
- Hukukun daha üstün nitelikte olduğunu değerlendirdiği özel veya kamusal yarar.

³⁵ Demir, M.M. (2010). Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu. s.187-188.

Bu sayılan durumlar çalışmamız için ayrıntı niteliğinde olduğundan açıklamaya girilmemiştir. Fakat burada kastedilen, söz gelimi hukuka uygunluk hallerinden “haklı savunma” hali söz konusu olduğunda hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı şeklindedir. Örneğin rızası olmadığı halde ancak mevzuat gereği tıbben gerektiği hallerde rızasız müdahalede bulunan hekimin bu davranışı, “daha üstün nitelikteki özel yarar”, “kanunla verilen yetkinin kullanılması” nedenlerinden dolayı hukuka aykırı olmayacaktır.

3.1.1.2. Kusur

Kusur, sonucun gerçekleşmesine yönelmiş iradeyi ifade eden kasıttan farklı olarak sonucun istenmemesi ancak hukukten meşru olmayan sonucun gerçekleşmemesi için gerekli iradenin eyleme yansımaması, bu konuda ihmal gösterilmesi manasındadır.³⁶

Bu tanım çerçevesinde kusurdan bahsedebilmek için değerlendirmeye konu eylemi iki şekilde kusurlu sayabiliriz.

Eylemin, faili tarafında bilerek ve isteyerek yapılmış olması, hukuka aykırı eylemi kendi iradesiyle farkında olarak yerine getirmesi gerekir. Bu yönüye karşılık gelen kasıt kişinin hukuka aykırı eylemi yapmaya niyet edip yerine getirmesidir.

İhmal hali ise failin fiili yapmayı irade etmemesine rağmen yapması gereken şeyi yapmayarak, ihmal ederek sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet vermesidir. Çalışmamız kapsamında ortaya çıkan kusur durumu neredeyse tamamen ihmal kapsamına girmektedir. Zira söz konusu olan tıbbi uygulamalarda bilmeden-istemedi ortaya çıkan ihmal suretiyle gerçekleşen zararlardır.

3.1.1.3. Zarar

Hukuki sorumluluktan bahsedebilmek için hukuka aykırı fiilin kusurla işlenilmiş olması yanında bu fiilin ayrıca bir zarara sebebiyet vermesi gerekir. Zararın miktarı tazminat alacağının miktarını belirleyecektir. Zarar, zarar görenin malvarlığı ve şahıs varlığı haklarında, maddi ve manevi zarar olarak ve zarar verenin sorumluluğunda gerçekleşir.

³⁶ Oğuzman, M.K. ve Öz, T. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Maddi zarar malvarlığında meydana gelen eksilmedir. TBK, tezimizin konusuyla doğrudan alakalı olarak maddi zararı tarif eden bazı düzenlemeler getirmiştir. Verilen zarar bu bağlamda vefat veya vücut bütünlüğünün ihlali durumlarında mal varlığında meydana gelen eksilmeleri de içine almaktadır. Vücut bütünlüğünün ihlali kavramı, tıp hukuku anlamında enjeksiyon ve her türlü ilaç uygulamalarından cerrahi müdahalelere kadar geniş bir anlama sahiptir. TBK'nın 54. maddesine göre; bu işlemlerden kaynaklı olarak bir zarar ortaya çıkması halinde hastanın yaptığı tedavi giderlerini, iş gücü kaybını ve hastanın vefatı halinde yakınları destekten yoksun kalma tazminatını, maddi zarar unsurları olarak saymıştır.

Manevi zarar ise kusur teşkil eden ihmali hukuka aykırı davranış neticesinde şahsın duyduğu acı, ıstırap ve elem nedeniyle maneviyatında meydana gelen zarardır.³⁷ Manevi zarara karşılık mahkemelerin hükmettiği manevi tazminat uğranılan elemin bir telafisi olarak hakkaniyet ölçüsünde verilmektedir. Manevi zararın tıbbi uygulama hatası nedenine dayalı tazminat davalarında görülen en yaygın nedeni, bedensel zararın olmadığı hallerde dahi bilgilendirilmemeye dayalı manevi tazminattır. Bu halde hasta, kendisine uygulanan tıbbi girişim standartlara uygun olsa bile alternatif tedavi veya komplikasyon gibi konular itibarıyla bilgilendirilmemiş olmasının karar alma ve seçme hürriyetini (kendi kaderini tayin hakkını) kısıtlamış olması veya tanıda gecikme nedeniyle acı ve ızdırap duyduğu sebeplerinden birine veya hepsine birden dayanarak manevi zararı oluştuğunu ileri sürebilir ve mahkeme bu sebeplere dayalı olarak, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini yahut tanıda güçlüğe sebebiyet veren tıbbi bulguları çeşitli vasıtalarla ispatlayamamış hekim ve hastane aleyhine manevi tazminata karar verebilir.

Manevi zarar yönünden hak sahibi tıbbi malpraktis hukukunda sadece hasta değil, özellikle birinci derece ve diğer yakınları için de bir zarar kalemi olarak yer alabilir. Benzer şekilde, doğru gerekçelendirilmek ve gerçek sebeplere dayanmak kaydı ile hastanın birinci derece yakınlarının da şartları oluşmuşsa maddi tazminat istemeye hakkı vardır. Tıbbi uygulamadan kaynaklı tazminat istemleri genel olarak tazminat hükümlerine tabi olduğu için “zarar gören” kavramı hasta ile sınırlı bulunmamaktadır.

³⁷ Kılıçoğlu, A.M. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. (17). Ankara: Turhan Kitabevi.

3.1.1.4. İlliyet bağı

İlliyet bağı; ortaya çıkan zarar ile hukuka aykırı kusurlu davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisini ifade eder. Bir faili hukuka aykırı kusurlu hareketinden sorumlu tutabilmek için tabii olarak fiil ile ortaya çıkan zarar arasında bir bağ olması gerekir. Zararın ortaya çıkma sebebi fiilin gerçekleşmesi olmalıdır. İlliyet bağını bu kadarıyla tarif etmek kolaysa da uygulamada sebep sonuç ilişkisinin tam olarak ne olduğu farklı teorilerle açıklanmaya muhtaç olacak kadar karmaşıktır.

Bu teorilerden biri olan şart teorisi; olayın mevcudiyetini, olayın tamamlanması için zorunlu olan her bir şartın mevcudiyeti ile ilişkilendirerek açıklar. Bu kabulde sadece gerçekleşen olay değil bu olayın gerçekleşmesinde etkili olan diğer şartlar da ‘sonuca etkili’ olmaları sebebiyle bu şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi de meydana gelen hukuka aykırı sonuçtan sorumlu tutulur.³⁸ Burada, sonucu ortaya çıkaran diğer olayların yargılanması bakımından, bu olayın “hukuka aykırı fiil olmasaydı zarar ortaya çıkmayacaktı” denklemini sağlaması illiyet bağını kurmak için yeterlidir. Şart teorisi, sorumluluğun sınırlarını orantısız ölçüde genişletmiş olması sebebiyle demode ve irrasyonel bir teori olarak sorumluluk hukuku teorisinde yer bulmaya devam eder.

Türk hukuk teorisinde kabul gören teori ise illiyet bağı teorisidir. Bu teoriye göre bir olayın gerçekleşmesi ile ilgili olarak sorumluluğun tayininde hukukun değerlendireceği şartlar sadece zararın ortaya çıkmasında esas etken olan şartlardır. Bu değerlendirmede ‘hayatın olağan akışı’ kıstası ve illiyet derecesi değerlendirmesi yapılır. Buna göre hukuka aykırı fiil zararın ortaya çıkma ihtimalini objektif olarak yükseltiyor ya da kolaylaştırmakta ise bu fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulmuş olduğu kabul edilecektir.³⁹ Bu teoriye göre hukuka aykırı davranıştan sorumluluğun tayininde, hayatın olağan akışı dışında gerçekleşen şartların birlikteliği ile meydana gelen tesadüfi neticelerden sorumlu tutulmaz. Ortaya çıkan zararın, hayatın olağan akışına ve ortalama hayat tecrübelerine göre hukuka aykırı davranışın olağan neticesi olması ve zarar ile hukuka aykırı davranış arasında illiyet bağına uygun bir sebep sonuç bağı olduğunun değerlendirilebilmesi gerekir.

³⁸ Eren, F. (2003). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınları s.607-608

³⁹ Eren, 2019, a.g.k., 610-611.

3.1.2. Borçlar hukukunda hukuki sorumluluk halleri

3.1.2.1. Sözleşmelerden doğan hukuki sorumluluk

Özel sağlık kurumları ile hastalar ve hekimler arasındaki hukuki ilişkinin temeli yazılı veya yazısız bir sözleşmeye dayanır. Bu açıdan sözleşmeden doğan borçların temel özelliklerine kısaca değinmekte fayda vardır.

TBK'nın 1. maddesine göre sözleşme, kişilerin karşılıklı birbiri ile uyumlu irade beyanı ile ortaya çıkan hukuki münasebettir. Burada kastedilen irade beyanı hukuki ilişki iradesini açığa vuran söz, yazı, işaret gibi her türlü belirteçtir. İki taraflı bir ilişki olan sözleşmelerde hukuki bir ilişkiye girme iradesini bağlayıcı olarak ileri süren birinci tarafın bu beyanına öneri; önerinin kabul edilmesiyle ilgili olan cevaba ise kabul denir. Öneri ve kabul karşılıklı ve iradeleri yansıtır biçimde ileri sürüldüğü anda sözleşme kurulmuş olur.

Sözleşmelerde bulunan üç unsur *alacaklı, borçlu ve edimdir*. Borçlu; alacaklıya karşı üstlendiği edimi yerine getirme yükümlülüğü altında olan kişidir. Alacaklı borçludan belirli edimin yerine getirilmesini isteme hakkı olan kişidir. Alacaklı borç ilişkisinin pasif tarafı, borçlu ise aktif tarafıdır. Edim borcun konusu olarak sözleşmenin yapılmasıyla borçlunun sözleşme gereği borçlanmış olduğu ve alacaklının ifasını talep edebileceği davranış biçimidir.⁴⁰ Sözleşen tüm taraflara karşılıklı borç yükümlülüğü getiren sözleşmelerde taraflardan her biri hem alacaklı hem borçlu pozisyonundadır.

Borcun ifası yer bakımından, zaman bakımından, kişi bakımından tam, eksiksiz, gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğü borç ilişkilerinin temelindeki ahde vefa ilkesine işaret eder. Ahde vefa ilkesinin temelinde tarafların hür iradeleri ile akdetmiş oldukları sözleşme sebebiyle oluşan beklentiye uygun davranma, borcu sözleşmede kararlaştırılan koşullara ve sözleşmenin ruhuna uygun şekilde yerine getirme borcu vardır.”⁴¹

⁴⁰ Şenyüz, D. (2018). Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler. Bursa: Ekin Yayınları.s.7.

⁴¹ Daver, H. (2018). Borcun İfasında Borçlunun Rolü. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.s.72.

3.1.2.2. Haksız fiillerden doğan hukuki sorumluluk

Haksız fiil şu şekilde tarif edilmiş: “Haksız fiil, bir fiili gerçekleştiren kimse ile o fiilden etkilenecek bir zarara uğrayan kimse arasında hukuki ilişki bulunmaksızın (sözleşme dışı), fiili işleyen bu fiil ile diğer bir kişi aleyhine hukuka aykırı olarak zarar meydana getirmesidir. Zarar veren sebep olduğu zararın giderilmesinden yükümlüdür. Haksız fiil işlendiğinde haksız fiili işleyen borçlu, zarar gören alacaklı olmak üzere taraflar arasında borç ilişkisi kendiliğinden kurulmuş olur”⁴²

Buna göre haksız fiil önemli bir zarar ortaya çıkarılmasıdır. Burada çalışmamızın konusu gereği doğrudan sözleşmenin konusu olmasa bile hastanenin-hekimin hastaya uyguladığı tıbbi uygulamada ortaya çıkan zararları sözleşmeden doğan sorumluluklarla birlikte haksız fiil bakımından da değerlendirmemiz gerekecektir. Hatta TBK’nın 60. Maddesine göre, haksız fiil sorumluluğu, malpraktis yargılamalarının temel hukuki sebebi mahiyetindedir. Maddeye göre, ilgilinin sorumluluğuna esas olabilecek birden fazla sebep olduğu değerlendirilebiliyorsa hâkim, zarar gören açıkça birini istemiş olmadıkça veya kanunen öngörülen bir karine hukuki sebep yok ise; zarar gören kişinin talebi ile ilgili olarak en iyi tazmine imkân sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilir. Maddenin de ifade ettiği gibi talep eden aksini (vekâlet akdi, sözleşme, eser sözleşmesi vb.) ileri sürmedikçe bunlarla birlikte haksız fiil sebebine dayanan yahut haksız fiilden doğan zararların giderimini talep eden hasta lehine olduğu için haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Bu yönüyle, özel sağlık kurumlarının sorumluluğunun tayininde haksız fiile ilişkin belirli bir bilgi düzeyine sahip olmak, bu hukuki sebebin özelliklerine uygun muhakeme etmek ve elbette bu hukuki sebep kapsamında talep edilebilecek tazminat türlerini doğru tespit etmek önem arz etmektedir.

Ortaya çıkan zararın karşılanması ise tazmin müessesesi ile mümkün olup bu yükümlülük, haksız fiil karşılığında ortaya çıkaran zararın aynen ya da nakden giderilmesi demektir.

3.1.2.3. Kusursuz sorumluluktan doğan hukuki sorumluluk

Teknolojik gelişmeler, kullanılması umulmadık tehlikelere yol açabilen araçların hayatımıza girmesini sağlamış ve buradaki riskler sebebiyle kusur sorumluluğunun

⁴² Şenyüz, 2018, a.g.k.,87.

genişletilmesiyle ilgili gereklilik ortaya çıkarmıştır.⁴³ TBK bu bakımdan yukarıda haksız fiil unsuru olarak ele aldığımız “kusurlu olma” özelliğinin aranmadığı kusursuz sorumluluk hallerini düzenlemiştir. Bunlar TBK’nın 65. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu, TBK’nın 66-77 maddeleri arasında düzenlenen özen sorumluluğu ve TBK’nın 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğudur

“Hakkaniyet sorumluluğu” ayırt etme gücü olmayan kişilerin sebebiyet verdiği zararlarla ilgilidir. Ayırt etme gücünün yokluğu kusurun yokluğu anlamına gelecektir, ayırt etme gücü olmayan kimselerin kural olarak hukuki sorumluluğu yoktur. Fakat hakkaniyet ilkesi bu kurala istisna getirerek zarara sebebiyet veren ve zarar gören tarafın ekonomik şartları nazara alınarak, mahkemelerin zararın giderilmesi için bir tazminata hükmedebileceği hüküm altına alınmıştır.

“Özen sorumluluğu” kanunlarımızda; insan çalıştıran kişinin, sahipli bir hayvanı bulundurup idare edenin, yapı malikinin ve ev başkanının sorumluluğu olarak somutlaştırılmıştır.

Buna göre bir kimsenin içinde herhangi bir pozisyonda çalışan kişinin işini yerine getirirken verdiği zararlardan bizzat zarar verenle onu alıştıranın da sorumlu olması söz konusudur. Burada çalışmamız açısından da önemli olan bir husus insan alıştıranın sorumluluktan kurtulmak için sağlayacağı “*kurtuluş kanıtı*” (kurtuluş beyyinesi) olarak anılan durumdur. Kurtuluş kanıtı getirme; insan alıştıranın çalışanı seçmede, çalışana teslim edilen işle ilgili uygun talimatları vermede, çalışanı denetleme ve gözetlemede bulunurken herhangi bir zarar doğmasını önlemek için gereken ihtimamı gösterdiğini ortaya koyma faaliyetidir.⁴⁴ Bu durumda insan alıştıranın sorumluluğunu kusursuz sorumluluk yapan şey ispat yükünün genel kuralın aksine “kusursuzluğu ispatlamak” şeklinde gerçekleşecek olmasıdır.

Hayvan bulunduranın, yapı malikinin, ev başkanının sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinin temel görünümleridir.

“Tehlike sorumluluğu” kapsamında değerlendirilen somut konular ise motorlu araç işletenin sorumluluğu ile çevreyi kirletenlerin sorumluluğudur. Motorlu araç işletenin sorumluluğu, 08.10.1983 tarih ve 18195 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesi gereğidir. Burada motorlu araçların potansiyel tehlikeli hali dikkate alınarak araç işleten değil de başkası tarafından

⁴³ Rezazad, 2016, a.g.k.,38.

⁴⁴ şenyüz, 2018, a.g.k., 101.

kullanılıyor olsa bile ortaya bir zarar çıkmış ise burada kusursuz da olsa araç işletenin sorumlu tutulmasını gerektirir.

Çevreye kirletenlerin sorumluluğu özellikleri akaryakıt, yanıcı patlayıcı madde, radyoaktif madde üretiminde faaliyet gösteren işletmelerin bu yüksek riski üstlenmeleri sorumluluğuyla alakalıdır. TBK 71. madde düzenlemesine göre; faaliyeti gereği önemli düzeyde tehlike arz eden bu tür işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklı olarak bir zarar ortaya çıkması halinde zarar görenin kusuru ispatlaması gerekmeksizin işletme, kusursuz olarak sorumlu tutulacaktır.

3.2. Tazminat Sorumluluğu

Tazminat sorumluluğu genel olarak, hem sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi hem de sözleşmeye dayanmayan ancak haksız fiil teşkil eden bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak zararların giderilmesinde görünüm kazanan zararı giderme yükümlülüğüdür.

3.2.1. Maddi tazminat

Maddi zararın oluştuğu durumlarda zarar verenin maddi tazminat yükümlülüğü oluşacaktır. Maddi zarar kişinin maruz kaldığı haksız fiil neticesinde mal varlığındaki eksilmedir. Bu azalma malvarlığından doğrudan bir azalma olabileceği gibi (fiili zarar), artması beklenen ve gereken malvarlığı değerinin artmaması (yoksun kalınan kâr) şeklinde de olabilir.⁴⁵

Tazminatın esas kavram karşılığı, ortaya çıkan zararı “eski haline getirmek” şeklinde olabilecektir ya da haksız olarak alınan şeyin iadesi mümkünse hâkim, “aynen tazmin” kararı verebilecektir. Bunun dışında ortaya çıkan şeyin aynen telafisi mümkün değilse zarar oranında parasal bir karşılığa, yani nakden tazminata hükmedilecektir.

Kusurun derecesi temel olarak hukuka aykırı fiilin kasten ya da ihmal yoluyla (özensizlikle, kazayla) işlenmesi hallerine işaret eder. Kasten (bilerek-isteyerek) işlenen fiillerle ortaya çıkan tazminat miktarı, ihmal yoluyla işlenen fiillerle ortaya çıkan miktardan daha yüksek tutulacaktır.

⁴⁵ Şenyüz, 2018, a.g.k.,110.

Durumun gereği zararı ortaya çıkaran fiilin hangi şartlar altında işlendiğiyle ilgili ayrıntıdır. Zararı etkileyen şartlar dikkate alınarak tazminat hesaplanmalıdır.

Karşı kusurdan kastedilen ortaya çıkan zararın oluşmasının da zarar görenin de kusuru olmasıdır. Zarar görenin kusuru oranında hükmedilecek tazminattan indirim yapılacaktır.

Tazminat yükümlüsünün durumunun bozulması durumu tazminat yükümlüsünün ekonomik durumunun dikkate alınarak ortaya çıkacak tazminat miktarının hakkaniyete uygun olarak dikkate alınması gereğidir. Ödenecek tazminat yükümlü açısından karşılanması mümkün olmayan, aile düzeninin bozacak kadar büyük olması halinde ortaya olumsuz sosyal sonuçlar çıkacaktır.

Zarara uğrayanın ortaya çıkacak zararı peşinen kabullenmesi söz konusuysa tazminata hükmedilmeyebilir ya da tazminattan indirim yapılabilir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir husus bir kimsenin kişilik haklarından feragat edemeyeceği ilkesidir. Örneğin bir hastanın yaşam hakkından vazgeçerek ölümüne rıza göstermesi (ötenazi) hukuk düzenince korunmaz.

3.2.2. Manevi tazminat

Ekonomik niteliği olmayan zararların (manevi zarar) karşılanması manevi tazminat istemiyle mümkün olur. “Manevi zarar hukuka aykırı hareketten dolayı kişinin acı, ıstırap, elem, keder duyması ve ruhen sarsılma geçirmesi şeklinde kişiliğinin üzerinde olumsuz sonuçlarıdır. Bir kişinin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi, canı, ırzı, namusu, şerefi, haysiyeti gibi diğer kişilik haklarının tecavüze uğraması halleri o kişi nezdinde manevi zarara sebebiyet veren hallerdir.”⁴⁶ Manevi zarara konu olan bu unsurların maddi karşılığının ölçülmesi mümkün olmadığından burada tazminata karşılık gelen değer takdiri bir özellik arz eder, ödenecek parasal karşılıkla acının giderilmesi amaçlanır.

Manevi tazminat talep edebilmek için zarar gören hakkın kişilik haklarına ilişkin olması, zararın manevi alanda meydana gelmesi gerekir. Manevi tazminatin belirlenmesinde kanuni bir ölçü bulunmasa da mahkeme yukarıda saydığımız olayın oluş biçimi, hakkaniyet, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacaktır.

⁴⁶ Şenyüz ,2018, a.g.k., 110.

Malpraktis yargılamalarında bedensel bir zarar olsa da tıbbî kusur yok ise maddi tazminata hükmedilemeyeceği, ancak hastanın yeterince bilgilendirilmediği, hastaya alternatif tedaviyi seçme, dolayısıyla kendi kaderini tayin hakkı verilmediği, bu sebeplerle maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandığı sebeplerine dayalı olarak manevi tazminata hükmedileceği yönünde genel bir kabul vardır. Buna örnek olarak Danıştay 15. Dairesi'nin 2013/8167 E., 2018/2782 K., 20.03.2018 T.'li kararı verilebilir. Karara göre; dava eden de gelişen durumun enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu niteliğinde olduğunun tespit edildiği, enjeksiyonun uygulandığı bölgenin hatalı olduğuna dair dosya kapsamında bir delil bulunmaması ile birlikte değerlendirildiğinde, idari eylem ile zarar arasında nedensellik bağı kurulduğunun söylenemeyeceği, bu nedenle maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce davacı yanın riskler konusunda bilgilendirilmek ve yazılı onamı alınmak suretiyle işleme başlanması gerekirken bu hususa uyulmadığı, bu nedenle de davacı yanın aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olduğu, netice olarak bu sebeple yerine getirilen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda kaygı ve üzüntüye sebebiyet verdiğinden davacının bu nedenle talep etmiş olduğu manevi tazminatın zenginleşme amacı olmadığı değerlendirilerek kabulüne karar verilmiştir.⁴⁷ Karar irdelendiğinde, tıbbi kusur olmasa bile tıbbi uygulamanın diğer hukuka uygunluk şartlarına aykırılığın manevi tazminat yönünden incelenmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme ile davacı lehine manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Bu bakış açısına göre tıbbi uygulama hatasının tespit edilemediği hallerde, *nulla indemnitas sine culpa* (kusursuz tazminat olmaz) ilkesi gereğince maddi tazminata hükmedilemeyeceği, ancak bedensel sağlığı ile ilişkili kişi hakları itibarıyla hastanın bilgilendirilme hakkının ihlali, giderilmesi gerekli bir manevi zarar kalemi olarak değerlendirilmiştir. Bu tazminatın takdirinde de sadece bir hakkın ihlal edildiği düşüncesinden yola çıkılarak kişiselleştirilmemiş (somut olaya özgü muhakeme edilmemiş) tutarlarda tazminata hükmedilmesi de hakkaniyetli değildir. Bilgilendirilme hakkının ihlalinde hükmedilecek tazminatın takdirinde özellikle hastanın gerçekleşen sonuç sebebiyle katlanmak zorunda kaldığı elem, acı ve ızdırabın nazara alınması manevi tazminat kararların matbuluğun önüne geçecek değerli bir yargısal faaliyet teşkil eder.

⁴⁷ Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y.G. (2020). Yargı Kararlarında Enjeksiyon ve Sorumluluklar. İstanbul: Legal Yayıncılık.s.369 vd.

Öte yandan karar içeriğinde enjeksiyon işlemine dair bilgilendirme ve onamın yazılı olarak alınması gerektiği yönündeki değerlendirmenin mevzuatta bir yeri olmadığını da tespit etmek gerekir. Tezimizin aydınlatılmış onama ilişkin açıklamalarında da yer verdiğimiz gibi hastanın rızasının yazılı olması gereken haller mevzuatın öngördüğü hallerle sınırlıdır. Bunun ötesine geçerek, bilgilendirme ve onamın mevzuat gereği yazılı olması gereken hallerin içtihat yoluyla genişletilmesi sağlık hizmet sunucularının ispat haklarını sınırlamaktadır. Mevzuatta yer almamasına rağmen içtihat yoluyla ispat koşulu getirmek sağlık hizmet sunucularının hukuki güvenlik hakkını tehlikeye sokan bir husustur. Nitekim enjeksiyonla ilgili olarak bu yönde kararlar verilmesi sebebiyle sahada tereddüt ve güvensizlik oluşmuş olduğundan Sağlık Bakanlığı sağlık hizmet sunucularına yönelik düzenlemiş olduğu 10.06.2019 tarih ve 2019/11-14500235-401.99/ Sayılı Genelge ile enjeksiyon işleminin diğer tıbbi tedavi ve girişimlerin devamı niteliğindeki işlemlerden olduğunu, mevzuatımızın yazılı rıza alınmasını istediği işlemlerin büyük cerrahi işlemler olduğu, bunun dışında yazılı rıza alınmasını gerektiren bir işlem öngörülmediği, enjeksiyon uygulamalarında hastanın sözel olarak bilgilendirilmesinin yeterli ve gerekli olduğu, ayrıca yazılı bir onam almanın şart olmadığını değerlendirerek mahkeme görüşünün tam olarak aksi yönde görüş bildirerek sağlık hizmet sunucularına tebliğ etmiştir. Bu hususta 1.1.3.3. başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalara atıfta bulunmakla yetinerek; hastanın aydınlatılmış onamının alındığının ispatlanamadığı ve elbette hastanın bundan bir zarar gördüğünün ortaya konulduğu hallerde, tıbbi kusur bulunmasa dahi kendi kaderini tayin hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edilmiş olduğunun değerlendirilerek manevi tazminatın şartlarının oluştuğuna karar verilmesi mümkündür.

3.2.3. Özel tazminat halleri

TBK 53-56. maddeleri arasında yapılan düzenlemeyle birlikte özel durumlar bakımından ortaya çıkacak tazmin borcuyla ilgili ayrıntılar düzenlenmiştir.

3.2.3.1. Bedensel zarar halinde

Zarar gören kişinin bedeninde kısmı ya da tamamen görememek, duyamamak, hareket edememek gibi şekilde ortaya çıkan hasarların gerçekleşmesi durumunda bunu

gidermeye yönelik tedavi gider ve maliyetleri ile, hasar sebebiyle oluşan kazanç kaybı ile var ise çalışma gücünün azalması yahut yitirilmesinden kaynaklı kayıplar hesaplanıp tazminat miktarına dahil edilecektir. Tedavi giderleri zarar gören kişinin tedavi olmak için sarf ettiği, doktor, ilaç, röntgen vs. Giderler ile hastane masraflarının tamamına denk gelir. Kazanç kaybı tedavi esnasında iş göremeyen kişinin haksız fiille zarar görmese idi kazanacağı kazançların telafi edilmesi ile ilgilidir. Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan kayıplar ise kişinin ileriye dönük bedenindeki hasardan doğan çalışma gücü kaybıdır. Örneğin: bir piyanistin elinin bir hasar alması bundan sonraki meslek hayatını da etkileyecektir, burada çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden bahsetmek gerekir.

Ayrıca bedensel zarar durumunda mahkeme, durumun özelliklerini dikkate alarak ortaya çıkan acı, üzüntü, sarsıntı mesabesinde manevi tazminata hükmedebilecektir.

3.2.3.2. Ölüm halinde

Haksız fiilin ölümle sonuçlanması halinde TBK, geride kalanlara ödenmesi gereken tazminat miktarını maddeler halindeki masraf kalemlerinde toplamıştır. Bunlar; cenaze giderleri, ölüm anına kadar yapılan tedavi giderleri, ölenin desteğinden yoksun kalanların bu sebeple uğradığı kayıplardır.

Cenaze giderleri ölünün defnedilmesi ile ilgili tüm masrafları kapsar. Ölüm derhal meydana gelmemiş ise bu süreçte ortaya çıkan ilaç, doktor, ameliyat gibi giderlerin hepsi ölüm anına kadar yapılan tedavi giderleri içinde değerlendirilir. Ölenin desteğinden yoksun kalanların kaybı ölenin sürekli destek alan yakınlarının yoksun kaldığı bu desteğin tazmin edilmesiyle ilgilidir.

Ölüm halinde yakınlar ödenecek manevi tazminat geride kalanların duyduğu elemin telafisi için ödenmesi gereken tutardır.

4. ÖZEL SAĞLIK KURUMLARININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Bu bölümde ilk olarak hastane-hasta arasındaki ilişkinin hukuki statüsünü ele alarak bu statüden kaynaklı olarak hastanenin hukuki sorumluluğuna ilişkin detayları açıklayan çeşitli görünümleri değerlendireceğiz.

4.1. Özel Sağlık Kurumu ve Hasta Arasında Kurulan İlişkinin Hukuki Nitelemesi

TBK'da hastaneye kabul sözleşmesi başlığı altında tipik bir sözleşmeye yer verilmediğinden⁴⁸ sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması için doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Hastaneye kabul sözleşmelerine bakış açısı zamanla farklılık göstermekle beraber ilk başlarda barındırma sözleşmesi, kira, satım, eser sözleşmesi ve iş görmeyi konu alan vekâlet sözleşmesi olarak farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır⁴⁹. Ancak özel sağlık kurumlarının asli edimi hastanın tedavisi olduğundan tedavi edimi göz ardı edilerek kişinin muhafazasını temin amacıyla sözleşmenin barındırma, kira veya satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesi pek kabul görmemektedir⁵⁰. Bu tip sözleşmelerin; yer yer hizmet sözleşmesi, işlemin mahiyetine göre eser sözleşmesi yahut vekâlet sözleşmesi olduğu yönündeki değerlendirmeler gibi, sui generis (kendine has) bir sözleşme olarak karma sözleşmelerden olduğu görüşleri de mevcuttur^{51,52}.

Uygulamada TBK ve diğer bazı kanunlarda düzenlenmiş olan sözleşmeler olduğu gibi sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tanımlı sözleşmelerin dışında oluşturulan sözleşmeler de söz konusudur. Kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelere “tipik sözleşmeler” denirken, kanunda doğrudan düzenleme bulmamış sözleşmeler “atipik sözleşme” olarak adlandırılır. Atipik sözleşme, kişilerin kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelerden ayrı

⁴⁹ Ayan, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Sayfa 139'dan aktaran Çekin, D.K. (2020) Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

⁵⁰ Ülker, Ç. (2017). Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. İstanbul, Yüksek Lisans Tezi. Sayfa 67'den aktaran Çekin, D.K. (2020) Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

⁵¹ Ayan, M. (1991), Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Sayfa 140'dan aktaran Çekin, D.K. (2020) Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

⁵² Hatırnaz, E.G. (2012). Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve Yargıtay HGK. Kararı İncelemesi 21.09.2009 Tarihli, Sağlık Hukuku Makaleleri 10-17 Eylül Orhan Apaydın Konferans Salonu, 191-220, Sayfa 28-29'dan aktaran Çekin, D.K. (2020) Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü.

olarak veya kanunlarda yer bulmuş sözleşmelerin temel özelliklerinden beslenerek oluşturdukları yeni bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkar.⁵³

Özel sağlık kurumlarının hasta ile yaptıkları sözleşmeler yukarıda ifade ettiğimiz bağlamda atipik sözleşme olarak kabul edilir. Hastanenin sözleşme borcunun edimlerini dikkate aldığımızda hastanın hastalığının teşhisi, tedavisi, hastanın hastanede barındırılması, yiyeceğinin karşılanması, bakımının yapılması gibi çoklu bir dizi hizmeti içine almaktadır. Bunun karşılığında hasta, sözleşmeden doğan para borcunu ilgili mevzuatın koyduğu sınırlar çerçevesinde ifa edecektir.

4.1.1. Sözleşmesel sorumluluk: Hastaneye kabul sözleşmesi

Özel sağlık kurumu ile hasta ilişkisinin asli dayanağı sözleşmeseldir. Buna göre hasta ücret karşılığında hizmet almak için hastane ile bir borç ilişkisine girmiş olur.

Kanun koyucu bu sözleşmenin geçerliliği için bir şekil şartı ön görmemiştir. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbiri ile örtüşen irade açıklamaları ile kurulur. Bununla birlikte -aşağıda tartıştığımız üzere- sözleşmeyi bir “vekâlet sözleşmesi” olarak kabul edeceksek TBK’nın 503. madde düzenlemesi gereği hastanın hizmet almakla ilgili talebi sözleşmenin kurulması için yeterli olarak değerlendirilebilir. Maddeye göre; resmi bir sığata sahip olan ya da mesleği gereği yapabileceği işleri kabul edeceğini duyuran ve bu iş konusunda kendisine öneri gelen kimse, bu öneriyi hemen reddetmedikçe vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.

Sözleşme serbestisi dahilinde özel sağlık kurumunun kendisiyle yapılmak istenen sözleşmeyi reddetme imkânı var iken 05.06.1933 tarih ve 2419 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu 32. madde gereği devlet hastanelerinden sevk edilen hastalar ile acil durumlarda yapılması gereken müdahaleler bakımından özel sağlık kurumlarının hizmet vermesi zorunluluğu getirilmiştir.⁵⁴ Bu yönüyle sözleşme serbestisine yasa ile getirilmiş bir sınırlama söz konusudur.

“Hasta kabul sözleşmesi” olarak adlandırılan bu atipik sözleşmenin niteliğine ilişkin benzerlikleriyle ele aldığımızda bazı tipik sözleşmeler şu şekildedir:

⁵³Aktürk, İ.Y. (2016). İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayınları.s.33.

⁵⁴ Karan, (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.21.

4.1.1.1. Hizmet sözleşmesi

Hasta kabul sözleşmesinin bir “hizmet sözleşmesi” olduğu görüşünde olanlar işçi ve işveren arasındaki bağıllık ilişkisi temeline oturan hizmet sözleşmesini bu yönüyle hasta kabul sözleşmesiyle bağdaştırmaktadır. Her ne kadar hastane-hasta arasındaki ilişki bir süreklilik arz etmiyorsa da hizmet sözleşmesi de belirli ve belirsiz süreli olabileceğinden bu benzetmeyi geçersiz kılmaz. Bununla birlikte bu görüş genel kabul görmekten uzak olup hasta kabul sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olamayacağı yönünde görüş birliği vardır.⁵⁵

Hasta kabul sözleşmesinde hasta ile hastaneyi birbirine bağlayan bir zaman dilimi söz konusu olmaz. Bu sözleşmenin temel unsuru hastaneye başvuran hastayı sağlığına kavuşturacak iş ve işlemlerinin üstlenilmiş olmasıdır. Bu yönüyle hastanenin işgücünü hastaya tahsis etmesi durumu yoktur.⁵⁶ Hizmet sözleşmeleri ile hasta kabul sözleşmesinin ortak noktası olan ‘iş görme’ olgusu hasta kabul sözleşmesini hizmet sözleşmesi kılmaya yetmez.

4.1.1.2. Eser sözleşmesi

TBK’nın 470. maddesine göre eser sözleşmesi, yüklenici yanın sözleşmeye uygun bir eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği, iş sahibinin de bu eser karşılığı olmak üzere bedel ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği sözleşmedir.

Eser sözleşmesindeki esaslı unsurlar bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığı bir bedel ödenmesinden ibarettir. Buradaki eser maddi özellikli olsun veya olmasın bu eseri ortaya çıkarmayı yüklenen kişi tarafından yapılması inşa edilmesi bir eser olarak ortaya konulması gerekmektedir.

Hasta kabul sözleşmesinin eser sözleşmesi olup olmadığıyla ilgili genel görüş şu şekildedir: Rutin sağlık hizmetlerinde hastanenin üstlendiği edim bir eser ortaya çıkarmak şeklinde değil, sunulması gereken teşhis, tedavi, bakım hizmetleri şeklindedir. Böyleyken hasta kabul sözleşmesi bir eser sözleşmesi sayılamaz. Fakat istisna olarak hastanelerin yaptığı estetik ameliyatlara ve protez takmak gibi işlemlerin eser sözleşmesi kapsamında

⁵⁵ Hatırnaz, 2006, a.g.k., 8.

⁵⁶ Hatırnaz, 2006, a.g.k., 8.

değerlendirileceğine ilişkin doktrinel ve yargısal görüşler mevcuttur.⁵⁷ Bu çerçevede hasta ile özel sağlık kurumu arasındaki sözleşmenin her durumda eser sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Açıkçası doktrinde ve yargıda gelişen bu kabulün teorik olmaktan öte bir özelliği bulunmamaktadır. Çünkü eser sözleşmesi, niteliği gereği sonuç vaat eder nitelikteki sözleşmelerdir. Yapı inşa sözleşmeleri, mimarlık sözleşmeleri gibi nesneler aracılığıyla oluşturulan eserler için sonuç vaadi objektif esaslara dayalı hususlar olarak kabul edilebilir olsa da insan bedeni üzerinde uygulanan tıbbi girişimlerin canlı organizma üzerinde oluşturulan eser niteliğinde olması, eserin bu nedenle sahip olduğu dinamik yapısına ilişkin özelliklerin sonuca etkisini göz ardı etmek imkânsız olacaktır. Nitekim tıbbi girişimler yönünden komplikasyon gerçeği sözleşmenin niteliği ne olursa olsun göz ardı edilemeyecektir. Komplikasyon etkenini aşacak tek şey kasıtlı eylem iken, hekim esasında vekâlet akdinde olduğu gibi hasta yararına ve hasta ile birlikte tasarladığı sonuca yönelik olan tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına ve standartlarına göre ifa ettiği ve niteliği gereği eser sözleşmesine dayanan tıbbi girişimleri açısından gerçekleşen komplikasyondan dolayı ve bir bütün olarak sunmuş olduğu sağlık hizmeti için atfı kabil bir kusur bulunmadığı halde sırf vaat edilen sonucun gerçekleşmediğinden bahisle sorumlu tutulamayacaktır. Bu hususun muhakemesinde kapsama alınan tıbbi bilirkişi raporlarındaki değerlendirme kıstasları ile hekimin uygulamalarının vekâlet akdi çerçevesinde değerlendirildiği muhakemeler kapsamında alınan tıbbi bilirkişi raporlarındaki değerlendirme kıstasları arasında neredeyse bir fark bulunmamaktadır. Bu farkın yalnızca hastanın herhangi bir komplikasyona uğramadığı ancak hekimin ortaya çıkardığı eserin kendisinin istediğinden farklı olduğu iddiasına dayanan talepler yönünden değerlendirilebileceği ve vekâlet akdine ilişkin hükümlerden bu suretle uzaklaşılarak eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin öne çıkacağı söylenebilir.

Öte yandan TBK'nın vekâlet akdine ilişkin hükümleri, eser sözleşmesi niteliğindeki tıbbi girişimlere de doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hekim yükümlülükleri itibariyle öne çıkan yanı hasta yararına davranma yükümlülüğü olsa da; TBK'nın 505. maddesinde ifadesini bulan talimata uygun ifa yükümlülüğünün özellikle eser sözleşmesi niteliğinde olduğu değerlendirilen tıbbi girişim türleri için uygulanmaması bir eksikliktir. Maddeye göre, vekil (hekim-hastane), vekil edenin (hastanın) açık talimatına uymakla yükümlüdür. Vekâlet akdinin egemen

⁵⁷ Karan, 2015, a.g.k., 12.

olduğu tıbbi girişimlerde hasta aleyhine mevcut olan bilgi asimetrisi, hastanın açık talimatına uygun ifa yükümlülüğünü esnetse de, öte yandan hekimin sağlamak zorunda olduğu aydınlatılmış onama dayalı olma şartı temelinde TBK'nın madde 505'te sözü edilen açık talimatı sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla hekim aydınlatılmış rıza prosedürlerine hukuka uygun şekilde riayet ettiğinde dolaylı olarak hastanın talimatına da uygun davranmış olur. Eser sözleşmesinin değerlendirilmesi gereken tıbbi girişimlerde bu değerlendirmeye esas unsurun temelde hastanın şifa bulmak (ya da mevcut sıhhatini korumak) ötesindeki somut beklentisi olduğu değerlendirilebilir. Böyle bir tıbbi girişim için, komplikasyon etkeni nedeniyle problem yaratan eser sözleşmesi değerlendirmesi yerine vekâlet akdinin talimata ilişkin hükümlerinin yorumlanması hem uyumsuzluğu çözmeye daha elverişli olabilecektir, hem de bu tip tıbbi girişimleri talimatın belgelenmesi ve doğru alınması hususunda geliştirecektir. Eser sözleşmesine ilişkin değerlendirmelerin hukuki ilişkinin yahut uyumsuzluğun ihtiyaçlarından çok teorik anlam ifade etmesindeki kastımız budur.

4.1.1.3. Vekâlet sözleşmesi

TBK'nın 502. Maddesine göre vekâlet sözleşmesi; vekilin vekil edenin iş ve işlemlerini vekil eden adına yapmayı taahhüt ettiği sözleşmedir. Maddeye göre, “teamül” elveriyorsa vekil ücrete hak kazanır. Burada kastedilen vekâlete konu işin üstlenilmesi karşılığının bir bedele bağlanmış olmasının sözleşmenin kurulduğu yerde teamül niteliğinde olup olmadığıdır. Hekimler ve sağlık kuruluşları tarafından verilen hizmetin, özellikle özel sağlık kurumları yönünden mevzuatın koymuş olduğu sınırlar çerçevesinde ücretlendirilmesi teamül olarak geçerli bir kuraldır.

Bu tanıma göre vekâlet sözleşmesinin unsurları, bir işin zaman kaydına bağlı olmaksızın vekil eden adına ve onun hesabına görülmesi, işin yöneldiği sonucun elde edilememesi halindeki rizikonun vekil tarafından üstlenilmeden belli bir yönde ifa edilmesi ve tarafların herhangi bir şekil şartı olmadan açık veya örtülü olarak anlaşmalarıdır.⁵⁸

Vekâlet sözleşmesinin bir yönü de hizmet sözleşmesinin aksine vekilin müvekkile bağımlılığının olmamasıdır. Vekil, vekil edenin talimatlarıyla bağlı ise de hizmet

⁵⁸ Hatırnaz, 2006, a.g.k., 10.

sözleşmesindeki bir amir-memur ilişkisinden bahsetmek mümkün olmamaktadır. Vekil, yerine getirmeyi vaat ettiği işi bağımsız olarak görür.

Hastaneye kabul sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak kabul edenler, hasta kabul sözleşmesinde vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi hastayı tedavi etmek olarak ifade edilecek bir iş görme yükümü söz konusu olmasıdır. Bununla birlikte vekil olarak hastane-hekim hastaya belirli ya da belirsiz bir süreliğine zamanını tahsis ederek görülecek işin kapsamı, içeriğiyle ilgili talimat almak suretiyle iş görüyor değildir. Bu özellik de hasta kabul sözleşmesini hizmet sözleşmesi olmaktan uzaklaştırıp vekâlet sözleşmesine yakınlaştırmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesini vekâlet sözleşmesine yaklaştıran diğer bir husus, TBK madde 506/2 ile vekile yüklenen özen yükümlülüğüdür. Maddeye göre vekilin vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işleri vekâlet verenin haklı menfaatlerini sağlamaya yönelik olarak sadakat ve özenle yürütmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hastanın ihtiyacı olan sağlık hizmetinin tüm detaylarını bilerek ve açıkça sayarak talep etmemesi, hastane ve hekimin hastanın yararına olacak işlemleri mevzuatın belirlediği rıza prosedürleri dâhilinde zincirleme işlemler olarak gerçekleştirilmesinin beklenmesi aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliğini beslemektedir.

4.1.1.4. Atipik-Karma sözleşme

Yukarıda tartıştığımız farklı görüşler olsa da baskın görüş hasta kabul sözleşmesinin atipik-karma bir sözleşme olduğu yönündedir. Yargıtay bir kararında bunu açıklıkla ifade etmiştir.⁵⁹

Atipik sözleşmeler, kendine özgü yapısıyla kanunun öngördüğü ögeleri kısmi olarak ya da tamamıyla kanunda yer verilen sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan akitlerdir.⁶⁰ Hastaneye kabul sözleşmesinde, tedaviye yönelik tıbbi girişimler,

⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel kurulu, 2009/13-393 E., 2009/452 K. sayılı, 21.10.2009 tarihli kararı;” Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır. İsviçre hukukunda, hasta ile özel hastane arasındaki ilişki, aynen serbest çalışan bir hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkide olduğu gibi, “vekâlet” olarak nitelendirilmektedir. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir.” (www.lexpera.com, erişim: 15/08/2022)

⁶⁰ Yavuz, C. (2004). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler. İstanbul: Beta Basım Yayın.s.24.

barınma, yeme içme ve diğer hasta bakımına yönelik yükümlülükler bir aradadır. Bu edimler özelliklerine göre tedavi ve bakım işleri açısından vekâlet ve hizmet sözleşmesinin; barınma veya yeme içme edimleri açısından ise kira ya da otelcilik sözleşmesinin unsurlarına işaret eder.⁶¹ Bu açıdan bakıldığında ifade edildiği gibi hasta kabul sözleşmesinin birçok sözleşme çeşidindeki edimleri içinde barındırdığı anlaşılmaktadır. Doktrinde, atipik bir sözleşme olarak hastaneye kabul sözleşmelerinin tam hastaneye kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılarak incelendiğini söylemek mümkündür. Aşağıdaki alt başlıklarda bu ayrıma ilişkin teorik açıklamalarda bulunacağız:

Tam hastaneye kabul sözleşmesinin özellikleri

Bu sözleşme türünde, hastanın beklediği hizmetler yönünden tek muhatabı sağlık hizmet sunucusu konumundaki özel sağlık kurumudur. Hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu sırada özel şartlar kararlaştırılmamışsa, taraflar arasında otomatik olarak kurulan sözleşmenin tam hastaneye kabul sözleşmesi olduğu değerlendirilmektedir. Sağlık hizmet sunucusu konumundaki özel sağlık kurumu, tıbbi tedavi ile birlikte barınma, yeme, içme gibi hasta bakımına yönelik bütün yükümlülükleri üstlenmiştir. Hastane, üstlenmiş olduğu bu yükümlülükleri çeşitli çalışma yöntemleri ile kendine bağlı çalışan hekim ve sağlık çalışanları aracılığıyla yerine getirmektedir. Bu sözleşme tipinde temel olarak hasta, doğrudan bir hekime değil, bir özel sağlık kurumuna başvurmakta, ihtiyacı olan tedaviyi hastaneden talep etmektedir. Tam hastaneye kabul sözleşmesinin kurulduğunun değerlendirilebileceği hallerde, teşhis ve tedavi sürecine katılacak hekimler ile hastane işletmecisi arasında genellikle hizmet sözleşmesi ilişkisi bulunur. Hasta ile hekim arasında ise hiçbir sözleşme kurulmuş olmadığından, hastaya karşı sorumluluk da tek başına özel sağlık kurumuna aittir. Öte yandan teşhis ve tedavi hizmetlerine katılan hekim ve diğer sağlık personelinin hukuksal sorumluluklarının temelinde haksız fiil kusuru yer almaktadır. Bu kimseler için hastanın müracaat edeceği hukuki başvuru imkânlarının hukuki sebebi sözleşmesel değil, haksız fiil hükümleri olmalıdır.⁶²

⁶¹ Hatırnaz,2006, a.g.k., 14-15.

⁶² Aşıcıoğlu, Demircan, 2015, a.g.k.,236.

Hastanın almış olduğu hizmetin tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği hallerde hastanenin organizasyonel yükümlölüklerine ilişkin vakıa görece belirleyici olabilir. Nitekim bu tip bir sözleşme kapsamında sunulan sağlık hizmetinde hekim, organizasyonel kusura dikkat çektiği takdirde sorumluluğu azaltıcı verilere ulaşabilir. Çünkü bu sözleşme tipinin oluşmasındaki temel etken hastayı sözleşmeye kurmaya iten temel şey özel sağlık kurumunun ticari unvanı yahut markasıdır. Bu halde hekim, konu tıbbi girişim yönünden mesleki sorumluluğunu işaret edecek dikkat çekici bir kusur yahut ihmalin faili değilse olası aleyhe değerlendirmeler yönünden hastanenin organizasyonel sorumluluğuna ilişkin itiraz ve iddialar ileri sürebilir. Ancak hekimin mesleki faaliyetini temin eden iş ağının özel sağlık kurumu tarafından sağlanmış olduğu nazara alındığında çekişmeli bir durumda hekimin iş ağından yararlandığı özel sağlık kurumunun organizasyonunu sorumlu tutması pek gerçekçi olmayabilir. Yine de önemli konulara işaret eden hususların varlığı halinde ve hakkaniyet ilkelerine göre varılabilecek hukuki neticeyi anlayabilmek için, hasta ile kurulan sözleşmenin türünün somut etkilerine ilişkin görüş bildirmek konuya katkı sağlayacaktır.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmelerinde; hasta, tam hastaneye kabul sözleşmesinin sağladığı hukuki sonuca ek olarak, tedaviyi gerçekleştirecek hekim ile sözleşme akdetmektedir.⁶³ Bu gibi durumlarda iki ayrı sözleşme olmakta; hasta ayrı ayrı hem özel sağlık kurumu işleticisi ile hem de hekimle sözleşme yapmaktadır. Hasta ile sağlık hizmet sunucusu özel sağlık kurumu arasında hastaneye kabul sözleşmesi, hasta ile hekim arasında ise bundan ayrıca hekimlik sözleşmesi kurulması durumunda, hekimlik ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler gündeme gelecektir.⁶⁴ Hasta ile arasında ayrı bir hekimlik sözleşmesi akdedilen hekim özel sağlık kurumu çalışanı hekim olabileceği gibi dışarıdan

⁶³ Er, Ü. (2019). Sağlık Hukuku, s.76. Ankara, Durak, Y. (2014). Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi, Tıp Hukuku Dergisi, s.160'dan, Gözpınar, K.G (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. S.49'dan aktaran Çekin, D.K. (2020). Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi

⁶⁴ Ülker, Ç. (2017). Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.s.38'den aktaran Çekin, D.K. (2020). Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi

getirilmesi de mümkündür.⁶⁵ Hastanın ek hekimlik sözleşmesi yaptığı hekimin, hastanın tedavisinde müdahale hakkı bulunmaktadır.⁶⁶ Bu itibarla hekimlik sözleşme ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmelerinde hastanın yararına karar alıp uygulayacak kişinin öncelikle hekim mi özel sağlık kurumu mu olduğu konusunda vaka bazlı değerlendirmede denge hekime doğru değişebilecektir. Elbette bu özel sağlık kurumunun sorumluluğunu kaldıracak nitelikte olmayacaktır. Ancak özellikle müteselsil sorumlu kabul edilen iki süje arasındaki menfaat çatışmalarında ve elbette rücu ilişkisinde bu husus belirleyici niteliğe sahiptir.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi

Bu sözleşme tipinde, hastanın talep ettiği sağlık hizmetleri yönünden esas muhatabı hekimdir. Hastanın hekime müracaatı ile beraber hekim arasında bir hekimlik sözleşmesi kurulmuşsa da yapılması gereken işlemlerin nitelik ve kapsamı gereği tıbbi donanım ve standarda haiz bir hastanenin donanımından yararlanılarak yapılmasının işin görülmesi için zorunluluk arz etmesi sebebiyle, bu iki hizmet tipinin birleşen ve ayrılan yanlarını kapsayacak şekilde bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuştur. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesiyle hastane işletmecisi sadece hastane bakımını sağlamayı borçlanmıştır. Tedaviye ilişkin işlerin hastanın talepleri ve sağlığının gerektirdikleri çerçevede yürütülmesine ilişkin sözleşme ise yalnızca hasta ile hekim arasında kurulmuş sayılır. Hastanın tedavisini üstlenen hekim hastaneye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı çalışan olabileceği gibi, bu şekilde bir sözleşme olmaksızın özel muayenehane faaliyeti kapsamında serbest meslek icra eden bir hekim de olabilir. Bu tür bir ilişkide hastanın ileri sürebileceği tedavi ile doğrudan ilgili zararlar yönünden yalnızca hekim sorumluyken, organizasyon kusuru yahut teknik donanımdan kaynaklı olabilecek diğer zararlardan sadece hastane işletmecisi sorumludur.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, bu sözleşmeden kaynaklı işlemlerden kaynaklı olarak bir sorumluluğun doğduğu değerlendirilebiliyorsa, mevcut zararı doğuran eylemin hekimin mi özel sağlık kurumunun mu edimsel yükümlülükleri arasında olduğu

⁶⁵ Er, Ü. (2019). Sağlık Hukuku, s.76. Ankara, Durak, Y. (2014). Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi, Tıp Hukuku Dergisi, s.76'dan, Gözpınar, K.G (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu. s.49'dan, Hatırmaz, E.G. (2007). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları. S.44'ten aktaran Çekin, D.K. (2020). Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi

tespit edilerek söz konusu davranışın yol açmış olduğu zarardan sadece o taraf sorumlu tutulabilecektir. Böyle bir tespitin yapılamadığı hallerde de hekim ve hastanenin birlikte sorumluluğuna gidilecektir⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, özellikle kamu eliyle yürütülmeyen sağlık hizmetlerinden kaynaklı malpraktis yargılamalarında kusur atfında hekim ve hastane arasında ayrıma gidilmesi yönünde bir yargısal tutum bulunmamaktadır. Özel sağlık hizmetinden kaynaklı uyuşmazlıklarda temeli itibariyle haksız fiil hükümleri ile vekâlet akdi çerçevesinde muhakeme eden mahkemeler, ayrıca ve açıkça bir iddia olup bu iddianın olay yahut ihmalin gerçekleşme biçiminin değerlendirmesine ve taraf sorumluluklarının belirlenmesine hakkaniyet gereği katkısı olduğu hallerde bunu inceleyip sonuçlandırmaktadırlar. Bu halde dahi sorumluluğun tayininde genel eğilim, davalı konumundaki hekim ve özel sağlık kurumunu müteselsilen sorumlu tutmaktır. Ancak bu kabulün tarafların gerçek borçlarının temel özellikleri ile örtüştüğünü savunmak güçtür. Hekim ile işbirliği kuran özel sağlık kurumu, mevzuatın kendisine zorunlu tuttuğu şekliyle (yalnızca çalışma belgesi olan hekimin faaliyet göstermesine izin vermek, uzmanlık dışı tedavi ve girişimi önleyici mekanizmalar geliştirmek, çalışma düzenine ilişkin hukuki ve idari gereklilikleri yerine getirmek ve benzeri yönlerden) denetim ve organizasyonu ifa etmek ve hukuka uygun yönetimi sağlamak yanında; hekimin mesleki faaliyetini kendi organizasyonel yükümlülükleri kapsamında ve profesyonel anlamda irdelemek mecburiyetinde olsa da; sektör hacmi nazara alındığında, tam hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibi hekimin her bir eyleminden özel sağlık kurumunun doğrudan sorumlu tutulması hakkaniyete ve mevzuatın sağlık sektörü için izin verdiği çalışma tipleriyle ters düşebilir. Hekim ile hastane arasındaki ilişkinin türleri nazara alındığında, bu ilişkinin çoğu kez TBK'nın 66. Maddesinde ifade edilen anlamda adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Sağlık mevzuatı yanında çalışma hayatını düzenleyen birincil mevzuat uyarınca, hekim ve özel sağlık kurumu arasındaki çeşitli türlerde çalışma yahut iş birliği sözleşmelerinin gerektirdiği edimsel yükümlülükler, her ikisini peşinen sorumlu tutmak yolundan uzaklaşıp farklı değerlendirmelerde bulunmak gerekliliğini doğurmaktadır.

Sağlık hizmetinin sunumunda karar alma ve bu kararı uygulamak yönünden birincil role sahip olan süje hekimdir. Hekimlik; sahip olduğu hukuki yetkiler çerçevesinde

⁶⁷ Aşıcıoğlu, Demircan, a.g.k., 237.

bakıldığında, bir uzman faaliyet olarak işçi işveren ilişkisi kapsamında gerçekleşen karar ve eylemlerde dahi, ortalama işçilerin sahip olduklarının üzerinde bir güç ve yetkinlik tanınması gereken bir meslek tipidir. Esasında bu özellik, avukat, mühendis, mali müşavir gibi serbest meslek mensubu olan her bir uzman işçi sınıfı için muteberdir. Hal böyle olunca, özel sağlık kurumu ile hekim arasında işçi işveren ilişkisi niteliğinde bir ilişki kurulmamışken bile ortaya çıkan tüm zararlardan özel sağlık kurumunun da doğrudan sorumlu tutulması genel sorumluluk ilkeleri açısından sorunlu gözükmemektedir. Bu açıklamalar ışığında; özel sağlık kurumu ile hekim arasındaki ilişkinin işçi işveren ilişkisi türünde, yani talimat ile sıkı sıkıya bağlılığın geçerli olduğu bir ilişki olmadığı ve (var ise) hekim ile özel sağlık kurumu veya bunlar ile hasta arasındaki yazılı sözleşmelerin de izin verdiği ölçüde, hastanın hekim ve özel sağlık kurumu ile arasında geçerli bulunan sözleşmenin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olduğunu değerlendirmek hakkaniyete daha uygun olabilir. Öyle ki; hekimin özel sağlık kurumunun çalışanı özel sağlık kurumuna hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğu hallerde özel sağlık kurumunun iş hukukuna has birtakım talimat verme yöntemleri ile hekimin faaliyetini daha detaylı şekilde yönlendirmesi mümkün hale gelebilir. Bu minvalde özel sağlık kurumu, işçisi konumundaki hekimin uygulayacağı tedavilerde, ilgili tıp uzmanlık dallarına uygun olarak tayin edeceği işveren vekili veya işveren vekili yardımcısı hekimler vasıtasıyla, faaliyetin tüm sorumluluğunu üstlenmiş bulunan bir işverene ait olabilecek nitelikte söz hakkı (talimat verme ve denetleme yetkisi) elde edebilir. Esasında bu durum eylemli olarak hekimlik faaliyetinde mevcuttur. Mevzuatın kurul halinde karar alınmasını gerektirmediği hallerde dahi hekimler, vaka bazında birbirlerine danışarak karar alabilmektedir. Bu yöntem bilginin ve ulaşılan ilk tıbbi değerlendirmelerin teyidini sağladığı gibi, hukuki değil ancak psikolojik nitelikte bir “sorumluluğun paylaşılması yöntemi” olarak mesleki faaliyette mevcuttur. Dolayısıyla, özel sağlık kurumunun ancak ve ancak çeşitli hukuksal araçlarla hekimin tüm teşhise ve tedavi faaliyetinde söz hakkı elde edebildiği hallerde; hekimle birlikte yahut özel sağlık kurumunun tek başına tamamen sorumlu tutulması hakkaniyetli olacaktır. Oysa özel sağlık kurumun da faaliyet gösteren hekimlerin büyük bir çoğunluğu hizmet akdi ile bağlı değildir. Yani özel sağlık kurumu ile hekim arasındaki ilişki çoğu kez işçi işveren ilişkisi değildir. Bu realite, özel sağlık kurumunun hekimlik faaliyetine müdahale imkânını azaltmakta, hekimi özerkleştirmekte, özel sağlık kurumunu ise hareket imkânı olarak organizasyonel sorumluluğa hapsetmektedir. Somut durum böyle iken, hukuk nezdinde hekimin her bir

karar ve eyleminden hekimle birlikte ve hekim kadar özel sağlık kurumu da sorumlu tutulmaktadır. Bu çelişki, hekim ve özel sağlık kurumu ile hasta arasındaki ilişkinin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğindeki adil dengenin temelini teşkil eder. Gerek uygulamadan gerekse hukuki kabullerden yola çıkıldığında, mahkemelerce yapılacak hukuki nitelemede bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesine üstünlük tanınması ve muhakeme yöntemleri ile hüküm oluşturma yöntemlerinin de bu kabule göre uyarlanması gerektiğini düşünüyoruz.

4.2. Hukuki Sorumluluk Halleri

4.2.1. Sözleşmeden doğan sorumluluk

Bir sözleşmede tarafların sözleşme sebebiyle yüklenmiş oldukları borç, yükümlülük ve külfetlere katlanmaları, gereği gibi ve dürüstlük kurallarına göre ifa etmeleri, ahde vefa ilkesinin temel gerekliliğidir. Türk Borçlar Hukukunda geçerli olan bir diğer temel ilkeye göre borç ilişkileri nisbidir, yani yalnızca sözleşmenin tarafları için bağlayıcıdır. Sözleşmenin her bir tarafı diğerine olan borcunu yerine getirmezse ‘borca aykırılık’ söz konusudur. Borca aykırı davranan yan, sözleşmeye aykırı davranmış olur.

Bir st bölümlerde ifade etmiş olduğumuz gibi hekimin ve hastanenin işleminin hastanın yararına olması bir zorunluluktur. Hekim hastasının şifa bulması için gerekli tüm tıbbi tedavi ve işlemleri güncel tıbbi standartlara göre yerine getirir. Hekim ve hasta arasında yahut hastane ile hasta arasında kurulu sözleşmenin sağlık hizmet sunucusu hekim ve hastanenin tüm borçlarını sayma yoluyla içermesi beklenemez. Tıpkı yüklenici sorumluluğunda olduğu gibi hastane ve hekimin borcunda da belirlenmiş hedeflere uygun ancak sözleşmede yer almayan diğer eylemler de borç kapsamına girer. Bu kapsam hastane/hekim ve hasta arasında kurulu bulunan sözleşmenin özellikleri itibariyle ve hastanın ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetinin kapsam ve mahiyetine göre genişler veya daralır.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun kapsamını, özellikle varsayılan rızaya dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunan hekim faaliyeti kapsamında geniş değerlendirmek gerektir. Hizmetin zellikleri gereği herhangi bir eser yahut yüklenici sözleşmesinde olduğu gibi tüm detayların sözleşmeye bağlanması ve üzerinde mutabık kalınması mümkün değildir. Bu husus hastanın ihtiyaç duyacağı sağlık hizmetinin kapsamı en

başından belirli olsa da her bir tıbbi gerekliliği ve işlemi kayıt altına almak mümkün değildir. Ayrıca süreç içinde hastanın gelişen ihtiyacı sebebiyle de sözleşmeye sıkı sıkıya bağlılık ihtiyacı bulunmamaktadır. Tam da bu evrede hekim ve hastanenin vekâletsiz iş gören olarak faaliyette bulunması, yazılı sözleşme olsa dahi sorumluluğun bu sözleşmenin kapsamından geniş ve dinamik bir bağlayıcılıkta olduğu söylenebilecektir.

Hekim ile hasta yahut özel sağlık kurumu ile hasta arasında yazılı bir sözleşmenin bulunmadığı hallerde, hekimin anamnez ve diğer tıbbi belgeler uyarınca en uygun ve lehe olan tıbbi standarda haiz tedaviyi borçlandığı, özel sağlık kurumunun ise ruhsatı ve bağlı olduğu mevzuat yanından genel hukuk kuralları icabı yüklenmiş olduğu yükümlülükler çerçevesinde ifada bulunması gerektir. Nitekim tıbbi girişim sonrası hastanın tek kişilik odada ağırlanacağı taahhüdünü veren özel sağlık kurumunun bu yükümlülüğe uymaması, yahut birbirinin devamı niteliğindeki tıbbi görüntüleme/tahlil/tetkik araçlarından bir kısmına sahip olup bağlantılı diğer bir kısmına sahip olmaması ve bu durumun sağlık hizmetlerinin yaygın yapılması yönünden abesle iştigal olması, hastanın tetkik sonuçları yahut son sağlık durumu konusunda hekimine ulaşmasını sağlayacak uygun araçları işler vaziyette bulundurmaması, hastanın hekim seçme hakkını kullanmasını kolaylaştıracak imkanları işletmemesi, hastanın ihtiyaç duyduğu sağlık verilerini yetersiz paylaşması, geç paylaşması, mevzuatın gerektirmediği ek şartlar ileri sürerek paylaşması, yetkisiz kişilerle paylaşması, hastanın verilerini gerektiği gibi muhafaza edememiş olması, ilave ücret kurallarına uyulmayarak hastadan fazla ücret alınması gibi haller özel sağlık kurumunun hastaya karşı yükümlü bulunduğu sözleşmesel sorumluluğun ihlali teşkil eder. Hizmetin niteliği gereği bu yükümlülüklerin tamamının her bir hasta sözleşmesine yer alması uygulanabilir değildir. Gerek Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Hususi Hastaneler Kanunu gibi birincil mevzuat gerekse sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi, planlanması ve denetlenmesinden sorumlu T.C. Sağlık Bakanlığı'nın yürütme erki olarak sahip olduğu takdire istinaden yürürlüğe koyduğu kurallar çerçevesinde özel sağlık kurumunun borç ve yükümlülükleri kendilerine müracaat eden her bir hastaya karşı ansızın ve herhangi bir ayırım olmaksızın geçerli bulunacaktır. Bu kurallar uyarınca herhangi bir ihlale uğradığını düşünen hastanın, özel sağlık kurumuna karşı sözleşmesel sorumluluk kapsamında müracaatı söz konusu olabilecektir.

4.2.1.1. *Kötü İfa (Tıbbi Malpraktis)*

Sağlık hukuku için *kötü ifa* kavramı geniş anlamı ile, hastanın almış olduğu sağlık hizmetinin taahhüt edilen borçları içermemesi yahut mevzuat gereği veya objektif (bilimsel) olarak sahip olması gereken özellikleri içermemesi olarak tarif edilebilir.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 'Hekimliğin Kötü Uygulanması" başlıklı 13.maddesine göre tıbbi malpraktis, temelinde hekimin bilgisizliği, tecrübesizliği yahut ihmal ve ilgisizlik göstermesi sebebiyle hastada zarar meydana gelmesi durumu olarak ifade bulmuştur. Maddenin oluşturuluş biçimine bakıldığında sadece kötü ifa olgusunun tek başına tıbbi malpraktis kavramını karşılamaya yetmediği görülecektir. Bir sürecin tıbbi malpraktis içerdiğinin değerlendirilebilmesi için kötü ifanın hastanın zarara uğramasına yol açmış olması gerektir. Tezimizin ikinci bölümünde açıklanmaya çalışıldığı gibi bu zarar maddi, manevi veya bedensel(cismani) zarar olabilir.

Uygulamada hekimler tarafından en sık yapılan tıbbi hataların; cerrahi girişimler, anestezi girişimleri, ilaç etkileşimleri, ameliyatlardan sonra ortaya çıkan sorunlar, kan transfüzyonu, laboratuvar tetkik ve incelemeleri sırasında ortaya çıkan hatalardan oluştuğu belirtilmektedir⁶⁸. Tıbbi hata (malpraktis) türlerini şu şekilde sınıflandırmak mümkündür: Hastanın aydınlatılması sırasında yapılan tıbbi hatalar, hastalığın teşhis edilmesi aşamasında tanı hataları, tedavi sürecinde yapılan hatalar, tedavi sonrası süreçte ortaya çıkan tıbbi hatalar⁶⁹.

Hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin hatalı ya da ihmali harekete dayanan bir sonucun ifade olduğu hallerde kötü ifa kuşkusuzdur. Bunun yanında hastanın eksik bilgilendirilmiş ya da bilgilendirilmemiş olması halinde de kötü ifa söz konusudur. Çünkü sağlık hizmetlerine uygulanacak kurallar yalnızca şifa amacından beslenmez, kişinin temel hakları ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Bu bağdan dolayı hizmetin ihtiyaçları topyekün değerlendirilmeli ve kötü ifayı engelleyecek faktörler bu bakış açısı ile tespit edilmelidir. Öneme binaen aydınlatılmış onam bahsi kötü ifa içerisinde olsa da ayrıca değerlendirilmektedir.

⁶⁸ Hakeri, H. Tıp Hukuku. (16.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık Sayfa 850'den aktaran Er,A., Topaç, Ö.,ve Kaygusuz, S.,(2021) Tıbbi Müdahaleden Kaynaklı Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk .Ankara: Adalet Yayınları.s.345.

⁶⁹ Er,A., Topaç, Ö., ve Kaygusuz, S. (2021) Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki , Cezai ve İdari Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınları.s.346.

Özel sağlık kurumlarının sağlık hizmetini kötü ifasına örnek olarak 3.2.1 başlığında sayılanlara ek olarak; hastanın başka bir sağlık kuruluşuna sevkinde hastanın lehine davranmakta yetersiz kalınması yahut sevk zincirine ilişkin tıbbi ve hukuki kaidelere aykırı davranması, ameliyatların gerçekleştiği an ile planlanan zamanı arasında makul ve tolere edilebilir olmayan açıklıklar bulunması, tedariki özel sipariş gerektirmeyen türdeki mutad tıbbi malzemelerin eksikliği yahut teminindeki güçlükler, özel sağlık kurumunun sağlık hizmetini ifa edecek sağlık meslek mensubunu seçmedeki özensizliğinden kaynaklı sözleşmeye aykırılıklar örnek verilebilir.

4.2.1.2. Aydınlatılmış onamın eksikliği

Tıbbi müdahale öncesi hastanın rıza gösterdiği hususun ne olduğunu bilme hakkı mevcuttur. Bu kapsamda hekim tarafından rızanın içeriğini oluşturan konularda yeterli düzeyde aydınlatılması ve hastanın, rızanın içeriğini duraksamaya mahal vermeyecek bir biçimde anlaması sağlandıktan sonra alınan rızası hukuken geçerli kabul edilecektir. Tıbbi müdahale öncesi alınan rızanın hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması sonucu alınmış olması, en temel hasta haklarından ve bu bağlamda hekimin en temel vazifelerinden birisidir⁷⁰. Mevzuatımızda buna yönelik belirli bir düzenleme bulunmasa da içtihatlarla yerleşmiş bir görüş olarak aydınlatmanın ameliyata en geç bir gün kala yapılması gerektiği, özellikle önemli ameliyatlarda aydınlatmanın ameliyat gününde veya bir önceki gece yapılması durumunda aydınlatmanın geç yapıldığı kabul edilmektedir⁷¹.

Tıbbi müdahalenin aydınlatılmış rızaya dayalı olma zorunluluğuna ilişkin ulusal hukuktaki en temel düzenleme, Anayasa'nın 17/2 maddesidir. Bu maddeye göre kişinin vücut bütünlüğü esas olup yalnızca tıbben zorunluluk arz eden haller ile kanunun izin verdiği hallerde bu bütünlük ihlal edilebilir. Aynı madde, bilimsel ve tıbbi deneylerin de hastanın rızasına müteallik olabileceğini düzenlemiştir. Bu konudaki ulusal ve uluslararası mevzuata tezimizin birinci bölümünde genişçe yer verdiğimiz için oraya atıfla yetiniyoruz.

Hekimin yapmış olduğu tıbbi işlem ve tedavinin ve elbette bunların bir parçası olan ilaçların yöneldiği amaç, sonuçları ve yöntemleri konusunda yeterli ve gerekli bilgilendirmeyi yapmaksızın gerçekleştirilmesi halinde ilgili hastanın bundan kaynaklı

⁷⁰ Er, Topaç, Kaygusuz, a.g.k.,266.

⁷¹ Hakeri, 2013, a.g.k., 273.

manevi zararı olduğunu ortaya koyması ile birlikte manevi zarar istemi gündeme gelebilir. Örneğin işlemin süresi konusunda eksik bilgilendirilmiş bir hastanın temelinde sağlık hizmetleri sürecinde içinde bulunduğu bilgi asimetrisinin sağlık hizmet sunucusu (hekim ve hastane) tarafından giderilmemiş olmasından kaynaklı bir zararı söz konusudur. Tıbbi müdahalenin süresi konusunda yanılığa düşen hasta korku ve paniğe kapılabilir yahut herhangi başka bir zarara uğrayabilir. Tıbbi müdahalenin alternatifi işlemler konusunda eksik bilgilendirme de benzer sonuçlara yol açabilir. Örneğin anestezi gereklilikleri konusunda sahip olduğu alternatif yollar kendisine açıklanmamış bir hasta bu husustaki tercih hakkının sınırlanması sebebiyle kişilik hakkı sınırlanmış bir kimseye dönüşmektedir. Bu yönüyle aydınlatılmış onama ilişkin yapılacak değerlendirmenin kuşatıcı ve tamamen hastanın sağlıklı iradesini sağlamaya yönelik gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Sağlık hizmetinin güven içinde işlenmesini temin edecek mekanizma ve organizasyonu kurup sürdürmek temel olarak özel sağlık kurumunun yükümlülüğüdür. Bu kapsamda hekimlerin çalışma saatlerini hastaları ile iletişim kurabilmelerine de imkân tanıyacak şekilde düzenlemek, hekimleri aydınlatılmış onam uygulamaları konusunda eğitmek ve aydınlatılmış onam prosedürlerinin her bir hasta ve tıbbi girişim için işleyip işlemediğini denetlemek, bu konuda gerekli iyileştirmeleri yapmak, özel sağlık kurumunun aydınlatılmış onama ilişkin doğrudan organizasyonel yükümlülükleri arasındadır. Bu tarz bir bakış açısı ile, hasta ile özel sağlık kurumu arasındaki sözleşmesel ilişkinin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak vasıflandırılması halinde dahi, hekim veya yetkilendireceği sağlık meslek mensubu tarafından bizzat ifa edilmesi gereken aydınlatılmış onamı sağlama yükümlülüğü, özel sağlık kurumu ile hekim arasında paylaştırılmış olacaktır. Bu anlamda tezimizin 2.1.3.3. başlığı altında yer verdiğimiz Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5/1-1 bendine yönelik değerlendirmelerimiz konunun güncel mevzuatımızda da aynı bakış açısı ile değerlendirilmeye başlandığını net bir şekilde göstermektedir. Buna ilişkin detaylar hakkında 2.1.3.3. başlığı altındaki açıklamalarımıza atıfla yetiniyoruz.

4.2.1.3. Organizasyon kusuru

Hastanın hekim ve hastaneye başvurusu ile oluşan sözleşmenin tam hastaneye kabul sözleşmesi olduğunun değerlendirildiği hallerde, sağlık hizmetini üstlenen özel

sağlık kurumunun asli yükümlülüğü tıbbi tedavi olmakla birlikte, aynı amaca yönelmiş birçok ikincil yükümlülük vardır. Hastane bu yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmek için geliştireceği organizasyonu, hastalar ve üçüncü kişilerin karşı karşıya olduğu zarar riskini en aza indirgeyerek sağlamak zorundadır. Örneğin çalışanların seçiminde özen gösterilmesi, işgücü planlaması ve iş yükünün dağıtımında özensizlik veya kargaşanın önüne geçecek düzenlemelerin sağlanması, kendini idare edemeyecek hastalar ile kendine zarar verme olasılığı bulunan akıl hastalarının tedavi gördüğü bölümlerde kapı ve pencere kilitlerinin ve intihar teşebbüsüne elverişli her türlü eşyanın denetim ve kontrol altında tutulması, ameliyathane gibi hassas alanların sterilizasyonu, hasta ve refakatçilerine sunulan gıdaların tazelik ve ulusal standartlara uygunluğunun kontrol edilmesi, tıp alanındaki güncel gelişmeler gözetilerek tedavinin gidişatındaki olumlu tesirleri ölçüsünde ortalama tıbbi standartta teknik ekipman ve cihazların kullanılması personellerin görevlerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi gibi yükümlülükler kapsamında sağlık hizmetinin güncel standartlarda yerine getirilmesi hastaya uygulanacak tıbbi tedavinin başarı şansında etkili olup bu işlerin organizasyonu da özel sağlık kurumunun yükümlülüğüdür⁷².

Organizasyon yükümlülüğünün kapsamı, burada sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte, tıbbi tedavi sürecinin organizasyonu, hastanın post-op bakımının sağlanmasına yönelik organizasyon, teknik ekipman ve medikal malzeme organizasyonu , hasta güvenliği organizasyonu, hijyen ve enfeksiyon organizasyonu, ilaç ve eczane organizasyonu, acil tıp hizmetleri organizasyonu, tıbbi dokümantasyon ve bilişim organizasyonu gibi başlıklarda incelenebilir.⁷³.

Hastaneler ile diğer sağlık kurum ve kuruluşlarının gerekli standardın sağlanabilmesi adına, sağlık kurumunun büyüklüğüne ve türüne göre sahip olması gereken donanım ve çalışan personele ilişkin düzenlemeler ile sunulması gereken sağlık hizmetinin kapsamına ilişkin düzenlemelere, mevzuatta ayrıntılı bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Danıştay 15. Dairesi'nin 29.11.2018 tarihli ve 18/1892-7983 sayılı ilamı ile benzer nitelikli birçok ilamında; kamu hizmetlerinin gerektiği gibi görülmesinin sağlanması için ihtiyaç duyulan, yeterli donanımı haiz bina ve tesis özelliklerine uygun

⁷² Leblebici D.N., Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/84692> (Erişim tarihi:13.05.2019) sayfa 189'dan aktaran Candaş, G.Ş. (2019) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu. Özel Hukuk Yüksek Lisans programı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. s.46.

⁷³Demir, 2010, a.g.k., 99.

organizasyonları yaparak yetişmiş nitelikli sağlık personeli ile hizmeti yürütmek yükümlülüğünün idarede olduğu belirtilmiştir⁷⁴. İster kamuya ait hastane isterse de gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine ait olsun tüm hastanelerin icra ettikleri hizmet, kişilerin Anayasal yaşam haklarının gereği olan ve kamusal niteliği bulunan sağlık hizmetidir. Hastanenin, hastanın tedavisinin ve bakımının sağlanması noktasında gereken tıbbi standarda sahip olması, hastanede hasta güvenliğinin sağlanması için gereken önlemlerin alınması gerekir⁷⁵. Bu kapsamda hastanenin; tanı ve tedavi sürecinde gereken donanımına sahip uzman hekim ve diğer sağlık personelinin, gerekli niteliklere haiz laboratuvar ve diğer tıbbi hizmet sunan birimlerinin, teknik aletlerinin, yeterli sayıda hasta nakil araçlarının bulunması, aynı zamanda fiziki şartlarının da tanı ve tedavi sürecinde yapılacak tıbbi girişimlerin standartlara uygun biçimde yerine getirilebilmesine elverişli olması gerekir⁷⁶.

Hastanede sağlık ve tıp hizmetlerinin ve kliniklerin yönetimi süreçlerinde hastane risklerinin tanımlanması, analizi ve kontrolü aşamalarında olmak üzere üç aşamada risk değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu çalışma sayesinde tedavi ve bakım hizmetlerinde olumlu gelişmeler görülmekte, bir yandan hastane işleticisi bakımından kalite denetimi yapılmakta ve zarar önleyici risk yönetimi gerçekleşmekte, diğer yandan da mesleki sorumluluk sigortacısının da yararına hizmet edilmektedir. Örneğin alınan numunelerin etiketlenmesi ve nakli sürecinde güvenli davranılması, hastanın aydınlatılması aşamasında teknolojik gelişmelerden faydalanılması ve buna ehil personel bulundurulması, çocuk acil kliniğine getirilen çocuklara yalnızca bu alanda deneyimli personel tarafından müdahale edilmesi, CPR aletinin düzenli olarak denetlenmesi, radyolojik görüntülerin ehil personel tarafından vakit kaybetmeksizin incelenip raporlanmasını sağlamak gibi önlemler riskleri büyük ölçüde minimize edecek ve böylece organizasyon kusurundan doğan sorumluluk sebebiyle söz konusu olabilecek tazminat yükünü hafifletecektir⁷⁷.

⁷⁴ Er, Topaç, Kaygusuz, a.g.k. 373.

⁷⁵ Gökcan, H.T., Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, (3.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık. Sayfa 312'den aktaran Er,A. Topaç, Ö., ve Kaygusuz, S. (2021) Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki , Cezai ve İdari Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınları. s.373.

⁷⁶ Er, Topaç, Kaygusuz, a.g.k., 374.

⁷⁷ Polat, M.O., (2015). Tıbbi Uygulama Hataları Ankara: Seçkin Yayınları Demir, M. (2010). Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu. Ankara: Turhan Kitabevi sayfa 96-98 'den aktaran, Candaş, G.Ş. (2019) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu. Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.100.

Özel sağlık kurumlarının organizasyona dair yükümlülükleri temel hukuk prensipleri ve insan hakları konusunda yaşanan gelişmelerden beslendiği gibi ikincil mevzuatta detaylandırılmıştır. Özel sağlık kurumlarının organizasyona ilişkin yükümlülükleri, Anayasa'nın 17. maddesinden ve diğer sağlık mevzuatından beslenen, Özel Hastaneler Yönetmeliği, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği gibi ikincil düzenlemelere dağınık haldedir. Ancak özel sağlık kurumları için vekâlet akdi kapsamında mevcut olan yükümlülüklerini sadece sağlık mevzuatının faaliyete koşturduğu gerekliliklerle sınırlaması düşünülemez. Bu anlamda özel sağlık kurumlarının sağladığı hizmetin, tüketicilerin sahip olduğu hakları da temin etmeye elverişli olması beklenir. Bu anlamda açıkladığı yahut durum ve koşullar yanında sahip olduğu ruhsatı icabı standart ve niteliklere uygun hizmet vermemesi halinde tüketici hukuku anlamında ayıplı yahut eksik ifa değerlendirmesi mümkün olabilir.

Hastanın özel bir hastaneye başvurması sonucunda hasta ile hastane arasında oluşan vekâlet sözleşmesi koşulları oluşur. Ve bu sözleşmeye "hastaneye kabul sözleşmesi" dendiğinden bahsetmiştik. Bahsi geçen sözleşme tam(bölünmemiş) veya kısmi (bölünmüş) olarak iki şekilde olabileceğini detaylı olarak inceledik. Kısaca yeniden hatırlatmak gerekirse tam sözleşme, hastaneyi işleten kişi ile yapılmış olan, içerisinde yedirme, içirme, barındırma ve diğer bakım hizmetlerini içeren sözleşmedir. Kısmi sözleşme ise hastane işletenine herhangi bir sorumluluk yüklemeyen hekim ile hasta arasında gerçekleşen tedavi sözleşmesidir. Hastaneye direkt olarak başvuran hasta ile hastane işleteni arasında hekimlik sözleşmesi olmadan bir sözleşme kurulmuş olur. Bu durumda hasta ile hekim arasında bir sözleşme yoktur. Bölünmüş sözleşmede ise özel sağlık kurumu sadece diğer sorumlulukları üstlenir ve hekimin yapacağı herhangi bir kusurdan sorumlu değildir. Fakat bu iki durumda da organizasyon yükümlülüğünden kaynaklanan ihlal var ise ve zarar meydana gelmişse özel sağlık kurumu sorumlu olur.

4.2.2. Haksız fiil sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğu, kişiye hukuku aykırı olarak maddi ya da manevi bir zarar verme halinde gündeme gelir. Hastane-hasta arasındaki özel görünümünü aşağıda ele alıp somutlaştıracığımız bu sorumluluk teşhis, tedavi, bakım süreçlerinde ortaya çıkan;

kasıtlı yahut ihmal sonucu oluşan kusurlu veya kusursuz olarak ancak hukuka aykırı olarak hastaya verilen her türlü zararın giderilmesi sorumluluğudur.

Özel sağlık kurumları ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmeye dayandırılması halinde bu sözleşmeye dâhil olduğu değerlendirilebilecek her bir yükümlülüğe aykırılığın sözleşmeye aykırılık kapsamında sorumluluk doğuracağına kuşku yoktur. Ancak özel sağlık kurumu ile yahut hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin klasik anlamda borç, yükümlülük ve sorumlulukların detaylı bir şekilde belirlendiği ve bu nedenle de sözleşme ile sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu bir sorumluluk hukukunun tıp hukuku için tek başına uygulanması yetersizdir. Hastanın ihtiyaç duyduğu tedavinin her bir hasta için değişmesi, uygulanacak tedavinin çoğu kez en başından -sözleşmenin kurulduğu evrede- belli olmaması ve hastanın sağlık durumunun dinamik yapısı değerlendirildiğinde, özel sağlık kurumu ve hekim ile hasta arasında vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek geniş bir alan açılır. Hekim ve özel sağlık kurumu ile hasta arasındaki sözleşmenin somut olgular düzeyinde tamamlanması genel hükümler kapsamında mümkün olabilecektir. Haksız fiil sorumluluğu tam da bu evrede önemi haiz bir sorumluluk kalemi olarak özel sağlık kurumu ile hasta arasındaki hukuki ilişkide yer bulur.

Bu kısımda haksız fiil sorumluluğunu hastane-hasta arasındaki ilişki bağlamındaki unsurlarını incelemeye tâbi tutacağız:

4.2.2.1. Hukuka aykırı fiil

Haksız fiilden bahsedebilmek için öncelikle dış dünyaya yansıyan bir fiil olması gerekir. Niyetler, varsayımlar fiil olmaz, bir etki olarak dış dünyaya yansımaları aranır.

Bu fiil bir hareket olabileceği gibi, kanundan ya da bir durumdan ortaya çıkan bir şey yapma gerekliliğini ihmal ederek hareketsiz kalmak da haksız fiili oluşturacaktır. Başka bir ifade ile yapmaması gereken şeyi yaparak, yapması gereken şeyi yapmayarak zarara sebebiyet veren kişi hukuka aykırı fiili gerçekleştirmiş olur.

Aşağıda haksız fiilin yaygın görünümelerini işlediğimiz başlıklarda ayrıntılandığımız üzere özel sağlık kurumu hizmeti teşhis-tedavi-bakım gibi uzun süreçleri içine alabilen bir ilişki olup burada yanlış bir uygulamadan doğan zararların yanı sıra tüm bu süreçlerde ortaya çıkan ihmallerden doğan zararlar da haksız fiil kapsamında

değerlendirilecektir. Bu durum sağlık hizmetlerine uygulanacak hukukun tek bir sözleşme tipi yahut hukuki sebeple sınırlanmasının yetersiz olmasından ileri gelmektedir.

Tedavideki hatalı uygulamalarının teknik bir karşılığı olarak “*malpraktis*” tanımlaması kullanılmaktadır. Malpraktis dünya sağlık örgütünün tanımlamasıyla doktorun takdir ettiği tedavide uyguladığı uygulamanın beceri eksikliği sebebiyle güncel kabul görmüş tıbbi standartlara uygun olmamasıdır.⁷⁸ Teşhis ve tedaviyi uygulayacak hekimin bilgi noksanlığı, dikkatsizliği, muhakeme hataları malpraktisin nedenleridir.⁷⁹

Burada değinilmesi gereken bir ayrıntı da “hukuka uygunluk sebepleri” olarak yukarıda andığımız durumlardır. Bilhassa tıbbi müdahalede “ilgilinin müdahaleye rıza göstermesi” hukuka uygunluk sebebi olarak konumuz bakımından önemlidir. Buradaki rızanın olağan ve yapılması gereken müdahaleye yönelik olduğu açıktır. Yoksa hastanın müdahaleye yönelik rızası yanlış müdahalelere (malpraktis) baştan rıza gösterip buradaki zararlar ilgili zararın tazmini hakkından vazgeçtiği söylenemez.

Özel sağlık kurumunun ruhsatlı bir işletme olarak bağlı olduğu yükümlülüklerle aykırı davranması halinde bu hususun idari yaptırım gerektiren haller dışında hasta aleyhine haksız fiil teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Sağlık hizmetlerinin hastanın şifa bulmasına yönelik tıbbi hedefleri yanında hizmetin ulusal ve uluslararası standartlara uygunluğu anlamında uyulması gerekli kurallara aykırı davranılması halinde özel sağlık kurumu haksız fiil kapsamında sorumlu tutulabilir. Sağlık hizmetlerinde ilave ücret bahsini buna örnek verebiliriz. Mevzuat gereği hastalardan alınabilecek ücretler, hasta ile özel sağlık kurumu arasında kurulan ya da kurulduğu varsayılan hastaneye kabul sözleşmesinde yer almaz. Bu konuda özel sağlık kurumu kamu gücüne benzer ancak hukuken bu nitelikte değerlendirilemeyecek bir güç kullanımı ile hareket eder. Bu kapsamda özel sağlık kurumlarının çeşitli form ve taahhütnameler adı altında ilave ücrete rıza beyanı niteliğinde hastaların rızasını sağlamaya çalışarak hizmetin özel hukuka tabi yönlerinden faydalanma eğilimi gözlemlenmektedir. Bu gibi taahhütler ve formlar; elde edilmiş zamanı, bağlamı, rıza/taahhüt veren kişinin hasta için bunu yapmaya yetkili olup olmadığı gibi çeşitli yönlerden hukuki denetimden geçirilebileceği gibi TBK’nun Genel İşlem Şartlarını düzenleyen hükümleri kapsamında da iptal yahut geçersizlik yaptırımı ile karşılaşabilir. İlave ücrete ilişkin kuralların, özellikle hastanın iradesini sakatlayarak veya

⁷⁸ Günday, R. (2009). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.28.

⁷⁹ Hatırnaz, 2006, a.g.k., 87.

ilgili ilave ücretlerin tahsilini sağlık hizmetinin başlaması veya devamı için zorunlu tutmak şeklinde hukuka aykırı yöntemlerle aşılması halinde hasta, 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamında sağlık hizmet sağlayıcısı olan özel sağlık kurumuna karşı ayıplı hizmet hükümlerine müracaat edebileceği gibi, bu kanun kapsamı dışında kalan talepleri için haksız fiil hükümlerine müracaat edebilir. Benzer şekilde, sevk zincirine ilişkin kurallara usulünce uyulmaması sebebiyle hastanın bir zarara uğramış olması halinde bu yükümlülüğün doğrudan doğruya hasta ile özel sağlık kurumu arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını söylemek güçtür. Bu halde de hasta uğramış olduğu zararların tazminini hizmet sağlayıcısı olarak TKHK'dan kaynaklı borçlarını ihlal etmiş olan özel sağlık kurumuna karşı hem bu kanun hem de haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilir.

4.2.2.2. İlliyet bağı

İlliyet bağının genel haksız fiil sorumluluğundaki kavramsal çerçevesini tezimizin 3.1.1.4 başlığında kısaca açıklamaya çalışmıştır. Anılan başlıkta yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde; tıbbi uygulamada illiyet bağının değerlendirilmesinde ise; öncelikle zararın tıbbi uygulamadan doğduğunun tespiti ve sadece soyut tıbbi sebeplere dayanılarak değil, hekimin tedavisinde uyguladığı yahut uygulamayı ihmal ettiği yol ile sonuç arasında doğrudan veya dolaylı nitelikte objektif illiyet bağı kurularak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Aksi halde gerçekleşen sonuç zarara yol açmış olsa bile tesadüfi nitelikte kabul edilir ki bunun tıp hukukundaki karşılığı komplikasyondur. Hekim ve hastane komplikasyondan sorumlu tutulamaz. Hastada gerçekleşen zarar doğurucu sonucun hekimin uygulaması gereken bir tedaviyi uygulamamasından veya doğru müdahaleyi hatalı uygulamasından ileri gelmesi konumuz açısından illiyetin temel şartıdır. Bu illiyetin kurulduğu hallerde ayrıca hastanın müterafik kusuru (tavsiyelere uymaması, alması gereken ilaçları almamış olması gibi) var ise genel tazminat hukuku kurallarına göre bir indirim sebebi olarak veya illiyet bağını koparacak düzeydeki müterafik kusur için hiç tazminata hükmedilmemesi gibi neticelere götürebilen bu hususlar da nazara alınır. Burada somut olay özellikleri ve hakimın takdiri devreye girer.

Özel sağlık kurumunun sorumluluğu yönünden ise hekim uygulamalarından sorumluluk yanında organizasyonel sorumluluk önem arz etmektedir. Özel sağlık

kurumu ile hasta arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesinde, hizmete uygun organizasyon, teknik donanım, tıbbi cihaz gibi çeşitli konularda taahhütler yer alır. Hasta ile özel sağlık kurumu arasında yazılı bir sözleşme bulunmasa bile mevcut tıbbi standartlar ve hastanın temel haklarını temin edecek ölçüde bir tıbbi cihaz donanımı ve mutlak uygun bir organizasyon sunmak, donanımı konusunda hastanın yararına önlemleri almak ve gerekli yönlendirmeleri yapmak, sevk işlemlerini sağlamak gibi organizasyonel yükümlülükler, özel sağlık kurumunun temel borçlarındandır.

Hekime kusur atfedilebildiği hallerde özel sağlık kurumunun da sorumlu tutulabileceğine, buna ilişkin talep ve iddiaların hastane, hekim veya her ikisine birden yöneltilebileceğine kuşku yoktur. Ancak hekime kusur atfedilmeyen kimi durumlarda, eğer uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa organizasyon yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle hastane yönetiminin sorumluluğu yoluna gitmek mümkündür. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 2009/393 E., 2009/452 K. ve 21.10.2009 tarihli kararıyla; psikiyatri muayenesine kendisini öldüreceğinden ve daha önce de evin penceresinden atlamaya çalıştığını belirten hastanın hastanede intihar ettiği olayda, hastanın yakın gözleme alınması gerekirken hastanın intiharında hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁸⁰ Bu örnekte doğrudan hekime izafe edilebilir açık bir kusur bulunmamaktadır. Ancak bu örnekte yakın gözlem için ayrılmış alanların kullanıma hazır ve hasta için elverişli koşullarda mevcut ve kullanılabilir olduğu ihtimalde özel sağlık kurumu, ilgili hastanın bu alanlardan yararlandırılması için gerekli işlemlerin ve bilgilendirmenin ilgili hekimler tarafından yapılmadığını, organizasyon hatasının hekimin ihmalinden ileri geldiğini ileri sürerek sorumluluğunu azaltabilir. Ancak bu iddia, hastaya karşı müteselsil sorumlular olan hastane ve hekim arasında tartışma konusu olabilir, hastaya karşı ileri sürülemez. Netice olarak organizasyon sorumluluğu yönünden, gerçekleşen sonuç ile organizasyonel yükümlülükler arasında uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa hastanenin kurtuluş kanıtı getirebilmesi mümkün değildir.

Tezimizin 4.1.1. başlığında yaptığımız açıklamalarla bu kısımda illiyet bağına ilişkin yaptığımız açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde; hastaneye kabul sözleşmesinin türü ile olayda tespit edilen kusur yahut ihmalin ilişkilendirilerek bir sonuca gidilmesi beklenir. İlliyet bağı iki vakıa arasındaki irtibatı ifade etse de taraflar

⁸⁰ Çekin,2020, a.g.k.,36.

arasında kurulu bulunan sözleşmenin niteliği gereği yapılacak değerlendirmelere göre illiyet bağına ilişkin değerlendirmeler de esneyebilir yahut daralabilir. Her ne kadar özel sağlık kurumlarının sorumluluğu açısından gerçekleşen sonuç ile organizasyon arasında uygun illiyet kurulmasından söz edilse de mevcut yargısal bakış açısına göre organizasyonel kusur olmasa bile hastanın taleplerini karşılamak bakımından hekim ve özel sağlık kurumu birlikte ve tam (müşterek ve müteselsilen) sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda yapılması gereken şey hastanın taleplerinin görüldüğü yargılamada gerekli savunma ve itirazların ortaya konularak hüküm sonucuna etki edecek derecede olmasa bile hekim ve hastanenin kusuruna ilişkin olarak gerekçe kurulmasını sağlamaktır. Bu sayede hüküm sonucunda her iki davalı (hekim ve özel sağlık kurumu) müşterek ve müteselsilen) sorumlu tutulsa bile bunlar arasında rücu veya bu anlama gelebilecek bir dolaylı (yansıtma) tazminat davasında, hastanın taleplerinin tıbbi hata bağlamında tartışıldığı diğer yargılamadan yararlanılabilecek, hatta bu yargılamada verilen hüküm sebebiyle belirli vakıaların kesin hüküm teşkil etmesi imkânından yararlanılabilecektir. Elbette bu tarz bir yöntemin her zaman bunu sağlamaya çalışan yan lehine sonuç vermesi mümkün olmaz, ancak iyi bir temsil ve titiz bir yargılama ile gerçeğin ortaya çıkarılmasının önü açılabilir. Öte yandan, haksız fiile dayalı bir sorumluluk tayini için illiyet bağının hekim ve özel sağlık kurumunun sorumluluğu için ayrı ayrı kurulması da bir muhakeme zorunluluğudur.

Geçerli bulunan hukuki kabullere göre; özel sağlık kurumunun sorumluluğunu doğuran illiyet bağı teorisi ile hekimin sorumluluğunu doğuran illiyet bağı teorisinin ayrıştırılmadan toplu bir bakış açısıyla değerlendirilerek sonuca gidilmesi; sorumluluğun paylaştırılmasında bireyselleştirmenin önündeki en büyük engeldir. Riskli bir hizmetin sağlayıcısı olarak özel sağlık kurumunun sorumluluğunun geniş olması sebebiyle illiyet bağına ilişkin değerlendirmelerin esnek olması doğaldır. Ancak hukukta belirlilik ilkesi gereği müteselsilen sorumlu olsalar da sorumluluğun birden fazla kişiye ait olduğu hallerde buna ilişkin sebep sonuç değerlendirmelerinin olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi hukuki güvenliği sağlayacağı gibi sorumluların hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını tesis edecek en temel araçlardan birisidir.

4.2.2.3. Zarar

Özel sağlık kurumunun hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için bir zararın meydana gelmesi gerekir. Tıbbi uygulamalardan doğan zarar malvarlığından bir eksilme şeklinde maddi zarar olabileceği gibi duyduğu elem ve ızdırabın takdiri bir karşılığı olarak manevi zarar da olabilir.

Sağlık hizmetinin eksik ya da hatalı görülmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek maddi zararlar, tedavi giderlerini, iş gücü kaybını ve destekten yoksun kalma bedelini içerir. Tedavi giderleri yanlış tedavinin sonucu uğranılan zararın giderilmesi için yeniden yapılması gereken tedaviye karşılık gelir. İş gücü kaybı zarara uğrayan kişinin çalışmadan haksız olarak engellenmesi sonucu kazanmaktan mahrum kaldığı bedeldir. Destekten yoksun kalma ise ölüm sonucu müteveffanın yardımından yoksun kalan üçüncü kişilerin uğradığı maddi zararın karşılığıdır.

Tıbbi uygulamalardan doğan manevi zarar hastanın hayat sevincinden azalması, duyduğu acıdır. Bunun yanında kişilik haklarının ihlal edilmesi -örneğin kişisel bilgilerinin gizliliğinin ihlal edilmesi- manevi zararın konusu olacaktır.⁸¹

Bu çerçevede *malpraktis temelli maddi tazminat istemleri* incelendiğinde konunun haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi yaygın ve talep sahibi tarafından genellikle tercih edilen bir husus olsa da talep sahibi hastanın TKHK hükümleri uyarınca, TBK'dan kaynaklı hakları yanında bu kanun hükümleri uyarınca talepte bulunması da imkân dâhilindedir. Ayıplı hizmette seçimlik hakları düzenleyen 15. maddeye göre tüketici; hizmetin ayıplı ifa edildiği iddiasıyla sözleşmeye uygun hizmetin ifasını istemek, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı veya ayıp oranında hizmet bedelinin indirilmesi veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanabilir. Hizmet sağlayıcı özel sağlık kurumu, tüketicinin bu kapsamdaki talebini yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Tüketicinin bu maddede belirtilen haklarını kullanması genel tazminat hükümlerine göre talepte bulunmasını engellemez.

TBK'nın 51. maddesi hâkimin tazminatın ne şekilde ödeneceği ve kapsamı hususunda kullandığı takdirin esaslarını düzenlemiştir. Hükme göre tazminatın kapsam ve ödenme biçimi halin gereklerine ve özellikle de fiil sahibinin kusurunun ağırlığına göre belirlenecektir. Maddi tazminatın hesaplanmasında kusurun derecesi, durumun gereği, karşı kusur, tazminat yükümlüsünün durumunun bozulması ve hakkaniyetin

⁸¹ Hatırnaz, 2006, a.g.k., 87.

gerektirmesi, zarara uğrayanın rızası veya müterafik kusuru gibi durumlar dikkate alınır. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2019/850 E., 2019/5391 K., 13.06.2019 tarihli kararında davacı yönünde “bilinmesi beklenen” hususlar nedeniyle tazminattan indirim yapılması gerekliliği ile bozmaya hükmedilmiştir.⁸²

Hastanın uğramış olduğu zararın tek başına özel sağlık kurumu tarafından mı yoksa hekim ile birlikte özel sağlık kurumundan mı karşılanacağı hususuna ilişkin yaygın bir değerlendirme ve kabul bulunmamaktadır. Bunun temel sebebi, hekim ile özel sağlık kurumunun sorumluluğunu ayırt etmeye yarayacak olan hasta ile hekim ve hastane arasındaki sözleşmenin niteliği hususunda genel kabul görmüş bir niteleme bulunmaması, zararın giderimi için TKHK hükümleri ve haksız fiil hükümlerinin yeterli görülmesidir. Bu tercihin hastanın zarar giderim imkanı açısından olumlu ve hukuka uygun olduğu değerlendirilebilse bile yöntemsel olarak, kanunun belirttiği haller haricinde kusursuz sorumluluk olamayacağı ilkesi bağlamında yetersiz kalabilir. Hekim ve özel sağlık kurumunun iki ayrı kişilik olması, hekimin eyleminin özel sağlık kurumunun eylemi olarak değerlendirilmesinin önüne geçer. Hekim ile özel sağlık kurumu arasındaki hukuki ilişkinin tipine göre (hizmet sözleşmesi veya diğer serbest sözleşme türleri) bu aynılaştırmanın hukuksal zemine oturması daha da güç olabilir. Hasta ile özel sağlık kurumu arasında kurulu bulunan sözleşmenin niteliği konusunda daha belirgin tercihlerde bulunmak bu açıdan da yargısal fonksiyona sahiptir. Bu sözleşmenin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olduğu kabul edildiğinde hâkim, illiyet bağına ilişkin değerlendirmelerin ulaştırdığı yere göre, ortaya çıkan zararları ilişkili oldukları ihmali veya icrai hareketin failine yükletebilir. Bu yöntem sağlık hizmetinin birincil aktif süjesi olan hekimin riskini artırıyor gibi görünse de organizasyonel yükümlülüklerin doğru

⁸² Erdem, Doğramacı, 2020, a.g.k. 193.; “Somut olayda; davacının geçirdiği rahatsızlık nedeniyle davalı ...'nın eczanesinde çalışan davalı ...'in enjeksiyon yapma yetkisi bulunmadığı halde davacıya hukuka aykırı olarak enjeksiyon işlemi yaptığı, enjeksiyon işlemi sonucunda davacının Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu Raporu'na göre %10.1 oranında meslekte kazanma gücünü yitirdiği ve iyileşme süresinin 18 aya kadar uzayacağını tespit edildiği ve davalı ...'in haksız fiil, davalı ...'nın adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında davacıya verdikleri zararı ödemekle yükümlü oldukları tartışmasızdır. Ancak, Borçlar Kanunu'nun 43/1. Maddesinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'un 51/1 maddesinde, Hakim'in tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği açıklanmış olup, bu yasal düzenlemenin, hükmedilecek tazminatın miktarının tayininde göz önünde bulundurulması gerektiği de açıktır. O halde, davacının 1949 doğumlu olduğu ve yaşadığı şehirde enjeksiyon yaptırabileceği birçok sağlık kuruluşu bulunduğu halde enjeksiyon yapma yetkisi bulunmayan eczane çalışanına enjeksiyon yaptırdığı, eczane çalışanının enjeksiyon yapma konusunda acemiliği, tedbirsizliği ve dikkatsizliğinin bulunabileceğini ve bunun sonucunda sakat kalma ihtimalinin çok yüksek olduğunu davacı tarafça bilinmesi gerektiği nazara alındığında; hükmedilen tazminattan TBK'nın 51/1 maddesi uyarınca uygun bir miktarda hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken, bu husus gözetilmeden eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme ile hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

anlaşıldığı ve denetime tabi tutulduğu bir düzende hekimin riskini artıran değil, sorumluluğunun sınırlarını çizen bir araca dönüşebilir. Bu kapsamda zararın tipi, hangi ihmali veya icrai hareketle ortaya çıktığı ve kusurun dağıtılmasında esas alınacak kural ve ilkeler zararın giderimine ilişkin diğer detayların muhakemesini teşkil edecektir.

4.2.3. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk

Borçlar hukukunda genel kural, sözleşme ile kararlaştırılan borcun borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesidir. Borç ilişkilerinde bu yükümlülüğün borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesi, sözleşme konusu alacağın özelliklerine göre önem arz edebilir. Borçlunun bizzat ifa etmesinin alacaklı için özel bir önemi haiz olmadığı hallerde borç, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilir. (TBK madde83) Buna borçlar hukuku teorisinde ifanın gayri şahsiliği ilkesi denmektedir⁸³. Bu düzenleme, borcun ifasında TBK madde 116 uyarınca yardımcı şahıs kullanılmasının temelini oluşturur. Buna göre borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür⁸⁴. Konuyu düzenleyen kanun hükmü olan TBK madde 116'ya göre bir borcun ifasında yardımcı kişilerin hizmetinden yararlanılmış ve bu borcun ifası sebebiyle bir zarar doğmuş ise asıl borçlu, borcunun ifasına katılan yardımcı kişilerin bu zarardan sorumlu olabilecektir. Borcun tarafları yapacakları bir anlaşma ile yardımcı kişilerin eylemlerinden kaynaklı zararlardan borçlunun sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Ancak bu tarz bir anlaşma uzman sıfatıyla görülen ve yalnızca yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir meslek, hizmet veya sanat faaliyetleri için kesin hükümsüzdür

Hekim ile hastanenin, uygulanan tıbbi tedavi ve girişimlerden birlikte ve müteselsilen sorumlu oldukları değerlendirildiğinde hekimin hasta ve hastane arasında kurulan sözleşmeden kaynaklı borçlar yönünden ifa yardımcısı konumunda olduğunu söylemek mümkün olabilir. Sağlık hizmetleri de hizmeti üstlenen sağlık kurum ve

⁸³ Tekinay, S.S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, sayfa 767'den **aktaran**; Eren, F. (2018). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s.924'**ndan aktaran**; Candaş, G.Ş. (2019) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu. Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.s.94

⁸⁴ Candaş, 20149, a.g.k., 94.

kuruluşları yanında hizmete katılan tüm süjelerinin yetkilendirilmiş sağlık çalışanları olması gerekli bir uzman ekip faaliyetidir. Bu nedenle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmaların sağlık hizmetlerinin herhangi bir düzeyinde geçerli olması imkân dâhilinde değildir. Buna yönelik objektif gereklilikleri sağlamak kişilerin mesleki yükümlülükleri yanında sağlık hizmet sunucusu kurum ve kuruluşların yardımcı kişi çalıştırmaktan kaynaklı organizasyonel sorumluluğudur.

Sağlık hizmetine katılan yardımcı kişilerin tespitinde tezimizin özel sağlık kurumu ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki statüsünü incelediğimiz bölümünde bahsedilen sözleşme tiplerinden yararlanılabilir. Buna göre bir sözleşme tipinde esas süje hekim iken, diğer bir sözleşme tipinde hekimin yer yer yardımcı kişi konumunda değerlendirilmesi gerekebilir. Ancak her halükarda hekimin uygulanan tıbbi tedavi süreçlerini bizzat ve uzmanlığa dayalı olarak yürüten kişi olması sebebiyle ve dahi yukarıda alıntılan TBK 116/3 maddesi gereğince bu yöndeki sorumluluğun herhangi bir düzeyde kaldırılması söz konusu değildir.

Hekimlerde olduğu gibi diğer sağlık meslek mensubu veya sağlık çalışanlarının da hastaya uygulanan tıbbi tedavi ve girişimler yönünden sorumsuz olduğu yönündeki anlaşmaların kısmen veya tamamen geçerli olması mümkün olmayıp özel sağlık kurumu bu kişilerin, iddia edilen zararlar illiyetti ortaya konan tüm eylemlerinden dolayı her halükarda sorumludur.

Özel sağlık kurumları, teşhis ve tedavi hizmetleri ile birlikte, tıbbi müdahale öncesi ve sonrası birçok bakım hizmetini sağlık çalışanları vasıtasıyla yerine getirmeleri sebebiyle, bu personellerin hastaya uyguladıkları her türlü kusurdan dolayı sorumludurlar. Tıbbi hataların birçoğu, hastaya direkt olarak yansımayan iş ve işleyiş yanlışlıklarına sebep olmakla beraber direkt olarak hastanın zarar görmesine de sebep olmaktadır. Özel sağlık kurumları tıbbi hatalardan dolayı olumsuzluk ortaya koyan bu olaylar sonucunda hekim ve sağlık çalışanının kusurundan ötürü sorumludurlar.

4.2.4. Sorumsuzluk anlaşması

Ahde vefa ilkesi gereği bir sözleşmede asıl olan, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları konulardan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmesidir. Ancak bazı hallerde yine tarafların yapacağı ve sözleşmenin bazı hükümlerinde yahut ayrıca yapılacak bir sözleşme ile taraflar, borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesinden kaynaklı

doğabilecek zararlardan sorumlu olunmayacağını kararlaştırabilirler⁸⁵. Bu tarz bir anlaşma TBK 115. madde itibariyle kural olarak geçerlidir. Maddeye göre sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği; borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin olmamak, hizmet sözleşmesinden kaynaklı olmamak ve dahi icrası uzmanlık gerektiren bir hizmet yahut mesleğin yetkili makamların vermiş olduğu izin ile yürütüldüğü bir hizmete ilişkin hafif kusura ilişkin olmamak kaydı ile yapılmış sorumsuzluk anlaşmaları geçerlidir.

Maddenin son fıkrası emredici hüküm niteliğinde olup, uzmanlığı gerektiren bir hizmet olarak sağlık hizmet sunucusu olan hekim, sağlık meslek mensubu veya hastanenin bu hizmetten kaynaklı sorumluluğu, hastane ve hasta arasında kurulan sözleşmenin niteliği ne olursa olsun sorumlu olmaya devam ettiği tartışmasız olup, olası sorumsuzluk anlaşmaları ile bu yükümlülüğün tüm çalışanlar, ifa yardımcıları veya diğer sorumlular yönünden kısmen veya tamamen kaldırılması mümkün değildir. Ancak bu hal, hastanın müterafik kusurunun değerlendirilebileceği haller ile hukukun emredici kuralları (ötenazi yasağı, tıbbi standardın dışında veya endikasyonsuz tıbbi müdahale isteğinin karşılanamayacak olması vb.) kapsamında kalmak kaydı ile hastanın kendi kaderini tayin hakkını kendi aleyhine kullanması halinde dahi hekim ve özel sağlık kurumunun sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez. Bu kapsamda doğrudan hastanın tedavisi ile ilişkili olabilecek konularda hastanın kendi aleyhine davranması, örneğin post-op dönemde kendisine uyması söylenen beslenme ve sağlık önerilerine uymaması sebebiyle bir zarara uğraması veya tedaviyi tıbben haklı bir gerekçe olmamasına rağmen reddetmesinden kaynaklı bir zarar görmesi halinde hekim veya özel sağlık kurumunun illiyet bağı kapsamında ilişkilendirilebilecek zararlardan sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır. Ancak bu halde hekim ve özel sağlık kurumunun hastanın tıbbi durumu, kendisine önerilen tedaviye ilişkin tüm detaylar, alternatif tedavi imkanları, tedaviyi reddetmesi halinde bunun sağlık durumuna olası etkileri gibi konularda aydınlatılmış olduğunun ispatı hekim ve özel sağlık kurumu üzerinde kalmaya devam eder. Özel sağlık kurumu ve hekimin hasta karşısındaki sorumsuzluğun şartı herhangi bir sorumsuzluk şartına ilişkin

⁸⁵ Tekinay, S.S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, sayfa 878 '**den aktaran**; Şenocak, Z. (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. s.235 '**den aktaran**; Eren, F. (2018). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, s.1086''**dan aktaran**; Kılıçoğlu, A. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 439 '**dan aktaran** Candaş, G.Ş. (2019) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu. Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. s.116.

beyanın alınmış olması halinde değil, tüm kanuni ve hukuki yükümlülüklerin somut olayın gerektirdiği özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirildiğinin ispatı halinde geçerli kabul edilebilir. Hastanın kendi kaderini tayin hakkının özel sağlık kurumu ve hekim lehine olabilecek kısmı da budur.

Öte yandan özel sağlık kurumlarının kendi teknolojik kapasiteleri ölçüsünde faaliyet gösterdikleri, mevzuatın buna yönelik belirlemiş olduğu asgari standartları taşımakla birlikte daha fazla teknik ve teknolojik donanımına sahip olmaya zorlanamayacakları, hastaların bu sebeple mahrum kaldığı hizmet kalitesinden de özel sağlık kurumunun sorumlu tutulamayacağı açıktır. Bu yönüyle hastanın, özel sağlık hizmet sağlayıcısı olarak hastanenin taahhüt ettiği hizmetin kapsam ve sınırlarını bildiği varsayılmaktadır. Hastanın bu açıdan karar almaya muktedir olmadığı yönler itibariyle de özel sağlık kurumunun organizasyonel yükümlülükleri ve hekimin mesleki sorumluluğu icabı alternatif imkanlardan bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda yapılmış bir sorumsuzluk anlaşması var ise yine bu asgari yükümlülüklerin yerine getirilmiş olduğunun ispatı halinde geçerli olduğu değerlendirilebilecektir.

Bu başlıkları yapısal olarak sorumsuzluk anlaşması başlığında değerlendirmenin tarafların hak ve borçlarına bir katkısı olmayıp teoriktir. Öyle ki sorumsuzluk anlaşması olmasa bile gerek taraflar arasında kurulu bulunan sözleşmeler gerek diğer yararlanılabilecek hukuk kuralları ve genel kaideler çerçevesinde somut olayı özelliğine göre sorumsuzluğun yahut sorumluluğun sınırları zaten çizilebilecektir.

4.2.5. Tazminat taleplerinde zamanaşımı

Borçlar hukukunda yasa koyucu, bir hakkın kullanılmasının belirli bir zaman dilimi dâhilinde geçerli veya itiraz edilemez olduğuna karar verebilir. Bu husus ancak kanunla düzenlenebilir. Bir hakkın kullanımı zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle bağlanabilir. Hak düşürücü süre, o süre geçtikten sonra o hakkın kullanılmasının imkânsızlaşması anlamına gelmemektedir. Zamanaşımı süresi ise; hakkın, kendisine karşı kullanıldığı kişinin ileri süreceği zamanaşımı def'i sonucu kullanılamaz hale gelmesini ifade eder. Malpraktis sebebiyle tazminat talepleri için de çeşitli hukuki sebeplere göre zamanaşımı süreleri belirlenmiştir.

Hastanın ayıplı hizmetten doğan seçimlik haklarını kullanması için TKHK m.16'da zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre diğer kanunların aynı konuya ilişkin daha

uzun bir zamanaşımı süresi belirlemediği hallerde ayıplı hizmetten sorumlulukta uygulanacak zamanaşımı süresi, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıldır. Bu halde ayıbın ağır kusur ya da hile ile gizlenmiş olması söz konusu ise zamanaşımı süresi uygulanmayacaktır.

Hasta ile yalnızca hekim arasında kurulan sözleşmenin vekâlet sözleşmesi niteliği ise beş yıllık zamanaşımı süresini gündeme getirir. TBK madde 147/1-5 bendi uyarınca vekâlet akdinden doğan talep hakları beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Hastanın uğradığı zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi halinde ise, TBK madde 72 hükmü uygulanır. Buna göre hastanın duruma göre iki yıl veya 10 yıl içerisinde taleplerini ileri sürmesi mümkün olacaktır. Ayrıca tazminata konu edilen fiil aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suça ilişkin zamanaşımı bu maddede belirtilen zamanaşımı sürelerinden daha uzunca bir zamanaşımı süresi öngörüyor ise, hastanın taleplerine uygulanacak zamanaşımı, daha uzun olan ceza zamanaşımı olacaktır.

Mevzuatın konuyla ilişkilendirilebilecek zamanaşımı hükümleri arasında somut olaya hangisinin uygulanacağı ise muhakeme edilmesi gereken bir husustur. Buna göre öncelikle dava edenin dilekçesinde gösterdiği hukuki sebebe göre değerlendirme yapılır. Bu hukuki sebep hakimce onaylanabiliyorsa bu sebebin ilişkin olduğu zamanaşımı süresi uygulanır. Hâkim tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmadığı için eğer başka bir hukuki sebebe istinaden muhakemede bulunacak ise bu sebebe ilişkin zamanaşımı süresini somut olaya uygulayacaktır. Buna ilişkin olarak TBK 60. madde ve eylemin suç teşkil etmesi durumunda ceza zamanaşımı süreleri destekleyici olabilir. Hükme göre, bir olaydan kaynaklanan sorumluluğun birden fazla sebebe dayanması halinde öncelikle talep edenin dayanmış olduğu hukuki sebebe göre, talep eden bir hukuki sebep belirtmemişse zarar gören talep edene en iyi tazmin imkânı veren sorumluluk sebebine göre tazminata hükmedilir. Bu halde zarar görenin taleplerine ve menfaatine göre yapılacak değerlendirme ile ulaşılan sonuca ait zamanaşımı süresi uygulama alanı bulabilecektir. Bu durumda hâkim vereceği kararda taraf yükümlülüklerini belirlerken olaya uygulanabilecek çeşitli hükümleri çelişki arz etmeyecek şekilde değerlendirerek muhakeme edebilir. Burada çelişkili olmama görevi dışında dikkat edilmesi gereken şey taraf taleplerinin aşılmamasıdır. Taleple bağlılık ilkesinin geçerli olduğu tazminat yargılamalarında hâkimin hukuki sebep itibarıyla de olsa açıkça talep edilenden fazlasına hükmetmek sonucunu doğuracak şekilde karar vermesi mümkün olmaz. Zamanaşımına ilişkin yapılması gerekeni bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; maluliyete sebep

olunan ve kusur atfı bulunan bir hukuk yargılamasında hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını tespit ederken öncelikle davacı hastanın talep kalemleri incelenir. Varsayımsal örneğimizde hastanın tedavi giderleri ile maddi tazminat ve kalıcı iş göremezlik tazminatı talep ettiğini baz aldığımızda haksız fiile ilişkin zarar giderim kalemleri teşkil eden bu kalemler haksız fiil hükümlerine işaret eder. Davacının bunlardan biri veya birkaçını talep etmiş olması haksız fiil hükümlerinin uygulanması için yeterlidir. Öte yandan hâkim, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin diğer dinamiklerinden de yararlanarak, “önce zarar verme” düsturuna göre yargılamasını temellendirir. Bu aşamada hâkim taraf sorumluluklarının ve kusurun ağırlığının tayininde haksız fiil değerlendirmesi yanında temel hukuki sebep olan vekâlet akdinden yararlanabilir. Ancak bu muhakeme usulü tek başına vekâlet akdine ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını gerektirmez. Çünkü buna ilişkin temel ilke davacının talep dayanakları yanında en iyi zarar giderim imkânı veren sebebin tercih edilmesi ve dahi eylemin suç teşkil etmesi halinde buna ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanmasıdır.

Netice olarak hastanın olası bir zarar halinde ileri sürebileceği tazminat taleplerinin zamanaşımına uğramaması için gerekli hukuki koruma hukuk sistemimizde mevcuttur. Talebin oluşturulmasında açık ve fahiş bir hataya düşülmediği takdirde hâkim, zarar gören hastaya en iyi giderim imkânı sağlayacak sebebi esas alır.

Özel sağlık kurumu ile hasta arasında kurulu bulunan sözleşmenin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde sözleşmesel sorumluluğa ilişkin TBK’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresinin değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde dahi hastaya verilen hizmetin niteliği gereği ek hukuki sebeplerden yararlanılması bir zorunluluk olduğuna göre, haksız fiil ve vekâlet akdine ilişkin zamanaşımı süreleri de değerlendirme konusu olabilir. Ancak yukarıda yer verilen TBK 60. Maddesi icabı hastaya en iyi zarar giderim imkânı verecek –ve taleple bağlılık ilkesi gereği hastanın da taleplerini dayandırmış olduğu- hukuki sebebe göre lehine olan zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Bu sürenin hem haksız fiil hem TKHK hem de genel sözleşme hukuku kapsamında 10 yıl olduğunu, ihmal veya eylem aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve o suçun ceza zamanaşımı 10 yıldan uzun ise bu sürenin uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

5. SONUÇ

Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi ve bu sayede gelişen sağlık hizmet piyasası ve sağlık ekonomisinin ulaştığı statü nazara alındığında; bu alandaki hukuki ilişkilerin birbiri ile tutarlı kural ve uygulamalarla düzenlenmesi değerlidir. Bu regülasyonla elde edilecek hukuk güvenliği, sağlık sisteminin genel güvenliğini sağlayacağı gibi, sağlık alanındaki serbest girişimlerin desteklenmesi ve sektörü geliştiren süjelerin güvende hissetmesi için olmazsa olmaz bir gerekliliktir.

Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi, sağlık hizmetinin tarafları arasında – geleneğin aksine- eşitler arası bir ilişki kurulmasını zorunlu kılmıştır. İnsan haklarında yaşanan gelişmelerle birlikte, bu eşitlik hizmeti alan lehine değişimler sağlanmış olmasına rağmen hizmetin yapısal özellikleri nedeniyle hastaların dezavantajlı konumları devam etmektedir. Sağlık hukukuna ilişkin düzenlemelerde temel amaç faaliyetin ruhsatı kapsamında sürdürülmesi iken, geline aşamada belirli hakların gerçekleştirildiği bir alan haline gelmiştir. Kendi kaderini tayin hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı gibi temel kişi hakları sağlık hizmet piyasasında regülasyon düzeyinde yer bulmaya başlayınca, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dinamiklerinin daha titiz değerlendirilmesi gerekmiştir. Bu gelişmelerle birlikte sağlık hizmeti yukarıdan aşağıya sunulan bir hizmet olmaktan çıkıp birbirini geliştiren iki tarafın birlikte ortaya çıkardığı katılımcı ve çok yönlü bir hizmet sektörü haline dönüşmüştür.

Özel sağlık kurumları, sağlık hizmetin yaşadığı dönüşümde önemli bir liderlik rolü gerçekleştirmektedir. Yalnızca hekimlerin değil, özel sağlık kurumlarının da hizmet süreçlerinin tüm detaylarına yaklaşımı sayesinde, sağlık hizmet sunumu evde sağlık hizmeti, uzaktan sağlık hizmeti gibi belirli trendlerle gelişerek sektörleşmektedir. Bu sektörleşmenin getirdiği ilişkiler ağı, sağlık hukuku kapsamında getirilen düzenlemelerin ve elbette yargısal ve idari bakış açısının güncellenmesini ve tutarlılığının gözden geçirilmesini zorunlu kılmıştır.

Mevcut normatif düzenin tekil, birbiriyle ilişkilendirilmemiş düzenlemelerle gerçekleştirmeye çalıştığı şey hasta yararına uygulamaların bilaistisna yaygınlaşması ve yerleşmesini temine yöneliktir. Tezimizin çeşitli bölümlerinde incelemeye çalıştığımız gibi hastane ve hekime yüklenen tüm yükümlülükler hastanın haklarını gerçekleştirmeye yöneliktir. Hastanın kendi kaderini tayin hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesinin önündeki engel, sağlık hizmetlerinde hasta aleyhine olagelen bilgi asimetrisidir. Esasında her bir uzmanlık hizmeti için hizmet alan yan aleyhine bilgi asimetrisi vardır ve bu

asimetri, hizmet alanın karar alma gücünü tehdit eder. Sağlık hizmetlerindeki bu asimetri doğrudan kişi üzerinde çoğu kez geri dönülemez etkiler doğurabileceğinden bu asimetriyi minimize edecek tedbirlere ağırlık verilmesi gerekti. Hastanın aydınlatılması ve (ayakta tedavi dahil) istisnasız tüm tıbbi müdahalelerin bilgilendirilmiş rızaya dayalı olma zorunluluğu bu asimetrinin ortadan kaldırılmasını, yani hastanın tedavi sürecine katılımını artırmayı ve dahi sağlık hizmetlerinde hasta aleyhine ortaya çıkabilecek vekâlet maliyetlerini yok seviyesine getirmektir.

Bu kapsamda sağlık hizmetiyle ilgili hukuki yaklaşım, hekim ve özel sağlık kurumunun devamlı ve kayıtsız koşulsuz birlikte sorumluluğunu esas almaya, kusuru bireyselleştirmemeye odaklı ilerlemektedir. Mevcut hukuki değerlendirmelere göre hastaneye kabul sözleşmesi, tam ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ve sair hukuki nitelemeler henüz malpraktis yargılamalarımızda karşılık bulmuş değilse de, kurgusal anlamda değerlidir. Hekimlerin hastanelerle kurduğu ilişkinin vazgeçilmez, canlı ve faydalı olması yanında sağlık hizmetin insan yaşamına doğrudan etki eden temel kamu hizmetlerinden biri olması konunun hukuki nitelemesindeki tereddütlerin temel sebebi olsa da bu konudaki eksikliğin özellikle hekimler nezdinde güvensizliğe neden olduğunu ve ofansif tıp uygulamalarını yaygınlaştırdığını da ifade etmek gerektir. Hekimin hukuki belirsizlikler sebebiyle ofansif tıp uygulamalarına sürüklenmesi, tıbbi hataya dayalı bir malpraktis isteminde hekimin kendi sorumluluğunun sınırlarını çizmekte zorlanması durumundan kaynaklanmakta ve bunun anksiyetik bir sonucu olarak sektörü etkilemektedir.

Hekimlerin mesleki faaliyetlerini yerine getirirken güven içinde hissetmeleri için getirilecek uygulamalar çeşitlendirilebilir. Mesleki sorumluluk kurulu gibi ön izin kuruluşları tesis etmek konuya katkı sağlamakta ise de sistemin kurulmasına katkı sağlamak yönünden düşük etkide bulunan çözümlerden olması sebebiyle hekim faaliyetinin güvenliği açısından yetersizdir. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde 2023 yılında yapılan değişikliklerle malpraktis yargılamalarının tıbbi hata veya ihmalden sonra gelen ikinci önemli iddiası olan bilgilendirilmiş rıza sorumluluğunun da hekim ve hastaneye birlikte verilmiş olması sağlık hizmetlerindeki organizasyonel yüke işaret etmektedir. Özel sağlık kurumları mevcut onamlarını güncel tutmakla ve uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle -açıkça- yükümlüdür. Bu düzenlemeden önce bu zorunluluk, organizasyonel yükümlülükler arasında dolaylı olarak değerlendirilmekteydi. Geline aşamada bu sebeplerle çıkan sonuca göre; mevcut normatif bakış açısı sağlık

hizmetlerinin özel sağlık kuruluşları aracılığıyla sunumunda hasta ile hastane/hekim arasında kurulu bulunan sözleşmenin tam hastaneye kabul sözleşmesi niteliğine ağrılık verileceği anlamına gelebilir.

Sektörün canlılığı ve ilişkili olduğu kişi haklarının vazgeçilmezliği düşünüldüğünde; ciddi ve çok tehlikeli sınıfa ait bir organizasyon içerisinde ve en iyi standartlarla hizmet vermek zorunda olan hekimlerin tüm işlemlerin yükünü tek başına üstlenmesi makul ve hakkaniyetli olmaz. Sorumluluğun kişiselleştirilmediği, müteselsilen sorumlu tutulmak sebebiyle mağdurun haklarına ulaşmasını sağlayacak elverişli muhakeme usulünün yargı sistemine yerleştiği ancak sorumluların hangi esaslara göre bu sorumluluğu paylaşabileceklerine dair bir yerleşik hukuki uygulamanın olmaması sorumluların mağduriyetine ve sektörde güvensizlik ortamına sebep olmaktadır. Sorumluluğun paylaşılmasına katkı sağlayacak yerleşik uygulamayı geliştirmenin ilk adımı, hasta ile kurulan sözleşmenin niteliğine ilişkin yapılacak değerlendirmelerdir. Olası bir zararda bu zararını gidermek için çeşitli hukuki sebeplerden yararlanabilen hasta karşısında bu sorumluluğu hangi esaslara göre üstlenmiş sayılacağı ve nasıl paylaşacağı konusunda da benzer bir hukuk güvenliğine ihtiyaç duyan hekim ve özel sağlık kurumu işleteni, mesleki faaliyetini ve organizasyonel yükümlülüklerini buna göre ynetebilecektir. Bu itibarla kusurun kişiselleştirilmesinde hasta ile kurulan sözleşmenin bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olduğunun kabulü ile bu sözleşme tipinin geliştirilmesi sektör bileşenlerinin rollerini netleştirerek öngörülebilir hale getirecek en elverişli yol olarak gözükmektedir.

Sağlık hizmetinin sahip olması gereken tüm nitelik ve standartlar yönünden özel sağlık kurumlarının da tüm detaylardan ilk elden sorumlu olduğu; malpraktis sorumluluğunun tayininde hekimlerin profesyonel hizmet sunucular olarak mesleki standarda uygun davranma konusunda özel sağlık kurumlarınca desteklenmesinin koşut kılındığı ve sorumluluğun detaylandırıldığı bir bakış açısına doğru evrilmekteyiz. Bu husus hekimler lehine olabileceği gibi, öte yandan çok eskiden beri bağımsız çalışan olarak sahip oldukları karar alma hürriyetlerini organizasyonel sınırlarla güncellemek zorunda kalmak ve aynı sebeple de içinde bulundukları organizasyonun gelişmesine zorunlu olarak katkı sağlamak gerekliliğini ortaya çıkaracak gibi gözükmektedir. Sadece sağlık alanında değil, pek çok hizmet piyasasında girişimciliğin ve liberal bakış açısının getirmiş olduğu yeni yükümlülüklerin, her bir sujenin büyük organizasyonları geliştiren küçük rol sahipleri olarak işlevselleşmesinde büyük bir etken olduğunu ve bu sonucun

sağlık hizmetlerini de ulusal üstü standartlara taşıyacak tümel nitelikte bir bakış açısının ürünü olabileceğini vurgulamak gerektir.

KAYNAKÇA

- Aksu, H. (2019). Özel hastane hekimlerinin tazminat sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Aksüt, M. (2016). Hasta hakları. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Zirve Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aktürk, İ. Y. (2016). İsimli sözleşme genel teorisi ve uzaktan eğitim sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayınları
- Aşıcıoğlu, F. ve Demircan, T. (2015). Sağlık hukuku ve mevzuatı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim.
- Baygın, C. (Tarihsiz). Hukuk ve toplumsal yaşamı düzenleyen diğer kurallar. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Açık öğretim Fakültesi.
- Candaş, G. Ş. (2019). Tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında özel hastanenin hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çekin, D. K. (2020). Özel hastanelerin tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.
- Çekin-Kardelen, D. (2020). Özel hastanelerin tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü.
- Daver, H. (2018). Borcun ifasında borçlunun rolü. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Demir, M. M. (2010). Tıbbi organizasyon kusuru açısından hastanelerin hukuksal sorumluluğu. Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları.
- Durak, Y. (2014). Hastaneye tam kabul sözleşmesi. Tıp Hukuk Dergisi, 3 (6), 147-175.
- Er, A., Topaç, Ö. ve Kaygusuz, S. (2021) Tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki, cezai ve idari sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınları.
- Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y. G. (2020). Yargı kararlarında enjeksiyon ve sorumluluklar. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Eren, F. (2003). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Beta Yayınları.
- Eren, F. (2018). Borçlar hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gören, Z. (1995). Anayasa ve sorumluluk. İzmir: DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları (Sorumluluk).
- Gözpınar, K. G. (2015). Özel hastanelerin hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Günday, R. (2009). Tıbbi müdahale ve tedavide malpraktisten doğan hukuki sorumluluk. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hatırnaz, G. (2006). Özel hastanelerin hasta hakları ihlallerinden sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Karan, G. G. (2015). Özel hastanelerin hukuki sorumluluğu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kıcalıoğlu, M. (2011). Doktorların ve hastanelerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumlulukları. Ankara: Adalet Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. M. (2013). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2018). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2014). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Öcal, Ş. A. (2019). Sağlık hukuku. Ankara: AÖF Yayıncılık.
- Rezazad, Y. (2016) Türk hukukunda sorumluluk kavramı ve kusursuz sorumluluk halleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sayek, F. (1998). Sağlıkla ilgili uluslararası belgeler. Ankara: Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi.
- Seçkin, S. (2019). Özel hastanelerin ruhsatlandırılması ve denetlenmesi. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sezer, T. D. (2012). Anayasa hukukunda sağlık hakkı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimleri Enstitüsü.
- Şenocak, Z. (1998). Özel hukukta hekimin sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.
- Şenyüz, D. (2018). Borçlar hukuku genel ve özel hükümler. Bursa: Ekin Yayınları.
- Yargıtay H.G.K. 2009/13-393 E., 2009/452 K. sayılı, 21.10.2009 tarihli kararı (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 15/08/2022)
- Yavuz, C. (2004). Borçlar hukuku dersleri özel hükümler. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- http-1: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 22.08.2022).

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı	Ulus ÇELİK
E-Posta	

Eğitim

Lisans	-
Yüksek Lisans	-
Doktora	-

Yayın Listesi

Makale	-
Bildiri	-
Bilimsel Faaliyetler	-
Ödüller	-

