

TC
ZİRVE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TİBBÎ HATA KAYNAKLI ÖLÜMLERDE
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Yüksek Lisans Tezi

Ayşe Dürüye BAHAR

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ

Gaziantep-2014

ONAY SAYFASI

T.C.

ZİRVE ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

GAZİANTEP

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans öğrencisi Ayşe Dürüye BAHAR tarafından hazırlanan Tıbbî Hata Kaynaklı Ölümelerde Destekten Yoksun Kalma Tazminatı başlıklı tez, 06.08.2014 tarihinde yapılan savunma sonucunda aşağıda isimleri bulunan jüri üyelerince kabul edilmiştir.

<u>Unvanı, Adı ve Soyadı :</u>	<u>Kurumu :</u>	<u>İmzası:</u>
(Başkan) Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL	Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ	Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Yrd. Doç. Dr. Alparslan GÖÇER	Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi	

Doç. Dr. Abdullah DEMİR

Enstitü Müdürü

ÖZET

TİBBÎ HATA KAYNAKLI ÖLÜMLERDE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Ayşe Dürüye BAHAR

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığımız çalışmamızın konusu, sağlık çalışanlarının hatalı tıbbî uygulamalarından kaynaklanan ölümler nedeniyle istenecek olan destekten yoksun kalma tazminatıdır. Tıbbî müdahale hataları genellikle hekimlerle ilgili bir kavram olarak düşünülse bile bütün sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğunu ilgilendiren bir kapsama sahiptir.

Hekim, ebe, hemşire ve diğer sağlık çalışanlarının yaptıkları tıbbî müdahaleler, kişilik haklarına yönelmiş olduklarından hukuka uygun sayılabilmeleri için, müdahalenin yetkili kişilerce, hastanın rızası alınarak ve meşru bir amaç için, tıp bilim ve tekniği ile güncel literatüre uygun şekilde gerçekleştirilmesi gereklidir. Yapılan müdahalenin hatalı sayılması ise tıbbî standartlardan sapma bulunması ve hekimin ve diğer sağlık çalışanlarının kendilerine düşen yükümlülüklerle uyması koşuluna bağlıdır.

Hatalı tıbbî müdahalelerden dolayı hekimin, hukukî, cezaî, idarî ve meslekî sorumluluğu bulunur. Hukuki sorumluluk kapsamında hukuka aykırı veya hatalı tıbbî müdahale sonucu hasta ölmüşse ölenin desteğinden mahrum kalanların destekten yoksun kalma tazminatı talebi gündeme gelir. Destekten yoksun kalma tazminatı, bağımsız, istisnaî nitelikli, nafakaya benzemeyen maddî bir tazminat talebidir.

Çalışmamızda oldukça güncel ve teknik bir konu olan tıbbî müdahale hatası kavramını, tıbbî hata sebebiyle gerçekleşen ölümler sebebiyle istenebilecek destekten yoksun kalma tazminatı kavramı ile birlikte yorumlamak istedik.

ABSTRACT

COMPENSATION FOR LOSS OF SUPPORT IN MEDICAL-RELATED DEATHS

Ayşe Dürüye BAHAR

The subject of our study that we prepared as a post-graduate thesis is the compensation for loss of support required due to death arising from wrong medical application of health care personnel. It is generally thought that medical malpractice is a concept related to doctors, however it has a scope concerning all health professionals responsibility.

Medical attention that doctors, midwives, nurses practise and other healthcare personnel, as they are directed to personal rights, are required to be performed for a legitimate reason and be with medical science and technique and modern literature by authorized people, receiving patient's consent.

The consideration of the operation as wrong is conditional upon deviation from the medical standards and doctors and other healthcare personnel's compliance to their obligations.

Doctors have civil, criminal, administrative and professional responsibilities due to medical malpractice. Under the legal responsibility coverage, if the patient dies as a result of illegal or incorrect medical intervention, the people who are deprived of the support of the deceased may require a compensation for loss of support. The compensation for loss of support is an independent, exceptionally qualified, claim of material compensation unlike alimony.

In our study, we wanted to comment on the concept of medical malpractice, which is a quiet current and technical subject, with the concept of compensation for loss of support that can be claimed by reason of death occurred due to medical error.

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
ABY.	: Ankara Barosu Yayınları
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
CÜTFD.	: Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemesi Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBY	: İstanbul Barosu Yayınları
İTÜSBD.	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜTFD.	: İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi
K.	:Karar
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu

TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TÜTFD.	: Trakya Üniversitesi Tıp Fakóltesi Dergisi
UÜTFD.	: Uludağ Üniversitesi Tıp Fakóltesi Dergisi
vd.	: Ve devamı
Y.	:Yıl

ÖNSÖZ

Hazırlamış olduğum tıbbi hata kaynaklı ölümlerde destekten yoksun kalma tazminatı konulu çalışmamda desteklerini esirgemeyen, bilgi ve tecrübeleriyle her aşamada yanımda olan saygıdeğer hocalarım başta danışmanım Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ' a ve Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL' a sonsuz teşekkürler.

Yine bu süreçte her zaman manevi desteğim eşim Dr. Mustafa Deniz BAHAR ve aileme teşekkür eder çalışmamın faydalı olmasını dilerim.

Gaziantep, 2014

Ayşe BAHAR

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	v
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	viii
GİRİŞ	xiii
BİRİNCİ BÖLÜM	1
§ 1. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI	1
§ 2. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU	2
I. TIBBÎ MÜDAHALE FİİLLERİ	3
A. Amaçlarına Göre Tıbbî Müdahaleler	3
B. Uygulayan Kişi Açısından Tıbbî Müdahaleler	4
C. Uygulama Şekline Göre Tıbbî Müdahaleler	4
II. TIBBÎ MÜDAHALE FİİLLERİNİN KANUNEN YETKİLİ KİŞİLERCE İCRA EDİLMESİ	5
III. HASTANIN TIBBÎ MÜDAHALE İÇİN RIZASININ HUKUKA UYGUN ŞEKİLDE ALINMASI VE MEŞRU BİR AMAÇ İÇİN MÜDAHALENİN YAPILMIŞ OLMASI	7
IV. MÜDAHALENİN TIP BİLİMİ VE TEKNIĞI İLE İLGİLİ GÜNCEL LİTERATÜRE UYGUN VE ÖZENLİ ŞEKİLDE YAPILMASI	9
§ 3. HATALI TIBBÎ MÜDAHALE	9
I. GENEL OLARAK	9
A. Kavram Olarak	12
B. Tıbbî Standarttan Sapma	13
III. TEDAVİ BASAMAKLARINA GÖRE HATALI TIBBÎ UYGULAMA	13
A. Hasta Kabulde	14
B. Acil Müdahalelerde	14
C. Teşhiste	15
D. Tedavide	16
E. Organizasyon Kusuru	19

§ 4. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU KAVRAMI.....	20
§ 5. KOMPLİKASYON VE KABUL EDİLEBİLİR RİSK KAVRAMLARI	24
§ 6. HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	25
I. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	26
II. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	27
III. HEKİMİN KİŞİSEL EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	29
IV. ÖYKÜ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	29
V. MUAYENE VE TEŞHİS YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	30
VI. TEDAVİ ETME VE REÇETE YAZMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	31
VII. TIBBİ TEKNİK KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	33
VIII. TEDAVİYİ KESME VE KAYIT TUTMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	33
IX. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	34
X. BİLİRKİŞİLİK YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	36
XI. KİMLİK TESPİTİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	37
XII. SADAKAT BORCU.....	37
§ 7. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	38
I. İŞBİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	39
II. TAVSİYELERE UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	40
III. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	40
IV. BİLDİRME VE ÜCRET ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	41
§ 8. HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ	42
I. GENEL OLARAK.....	42
II. BAĞIMSIZ ÇALIŞAN HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	42
A. Sözleşme	42
B. Vekâletsiz İş Görme.....	45
C. Haksız Fiil.....	46
III. ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ.....	47
IV. KAMU HASTANELERİ İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ.....	48
A. Kamu Hukuku İlişkisi	48
B. Vekâletsiz İş Görme.....	51
C. Haksız Fiil.....	52
§ 9. HATALI TIBBİ MÜDAHALE NEDENİYLE HEKİMİN SORUMLULUĞU	54

I.GENEL OLARAK.....	54
A. Hukukî Sorumluluk.....	55
B. Ceza Hukukundan Doğan Sorumluluk.....	56
C. İdare Hukukundan Doğan Sorumluluk.....	56
D. Meslekî Sorumluluk	57
II. HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU.....	57
A. Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğu	58
B. İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğu	61
C. Hekimin Disiplin Sorumluluğu	61
§ 10. HATALI TIBBİ MÜDAHALENİN BELİRLENMESİNDE BİLİRKİŞİ	62
§ 11. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİ VE DİĞER GELİŞMİŞ ÜLKELERDE HATALI TIBBÎ UYGULAMA SONUCU UYGULANAN CEZALAR	64
§ 12. TAZMİNAT TÜRLERİ	66
I. MADDİ TAZMİNAT.....	66
II. MANEVİ TAZMİNAT.....	67
İKİNCİ BÖLÜM	69
§ 13. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI.....	69
I. GENEL OLARAK.....	69
II. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ VE DESTEK KAYBINDAN DOĞAN ZARARIN ÖZELLİKLERİ.....	72
A. Bağımsız Bir Tazminat Talebi Olması.....	72
B. İstisnai Nitelikte Olması.....	74
C. Maddi Tazminat Talebi Olması.....	74
D. Yansıma Yoluyla Uğranılan Bir Zarar Olması.....	75
E. Haczedilmezliği, Devri, Mirasçılara İntikali ve Takası.....	76
§ 14. DESTEK KİŞİ BAKIMINDAN ARANAN ÖZEL ŞARTLAR	78
I. DESTEK KAVRAMI.....	79
A. Gerçek Destek.....	80
B. Farazi Destek.....	80
C. Kanuni Destek	81
II. BAKMA UNSURU.....	81
A. Bakımın Düzenli ve Devamlı Olması.....	83
B. Bakımın Karşılıksız Olarak Yapılması	83

C. Bakmanın İktisadi Nitelikte Olması	84
D. Ölenin Bakım Gücüne Sahip Olması	84
III. DESTEĞİN ÖLÜMÜ.....	85
§ 15. DESTEK GÖREN BAKIMINDAN ARANAN ÖZEL ŞARTLAR	85
I. DESTEK GÖREN KAVRAMI.....	85
II. BAKIM İHTİYACI.....	86
§16. DESTEK ÇEŞİTLERİ.....	87
I. ERKEĞİN ÖLMESİ DURUMUNDA.....	87
A. Destek Olarak Koca	87
B. Destek Olarak Baba	88
C. Müstakbel Destek Olarak Nişanlı	89
D. Serbest Birleşmelerde Destek.....	90
E. Diğer İhtimaller	90
II. KADININ ÖLMESİ DURUMUNDA.....	92
A. Destek Olarak Evli Kadın	92
B. Destek Olarak Anne	93
C. Diğer İhtimaller	93
III. EBEVEYN DESTEĞİ OLARAK ÇOCUK.....	94
§ 17. TAZMİNATI HESAPLANIRKEN GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR	95
I. GENEL OLARAK.....	95
II. DESTEĞİN GELİRİNİN HESAPLANMASI.....	97
A. Gerçek Desteğin Gelirinin Hesaplanması.....	98
B. Farazi Desteğin Gelirinin Hesaplanması.....	99
III. DESTEĞİN GELİRİNDE VE EKONOMİK DEĞERLERİNDE MEYDANA GELEN VEYA GELEBİLECEK FARKLILIKLAR.....	99
IV. DESTEĞİN ELDE ETTİĞİ EKONOMİK DEĞERLER TOPLAMININ NETLEŞTİRİLMESİ.....	100
§ 18. DESTEĞİN GELİRİNDEN DESTEK GÖRENLERE AYRILACAK PAY	100
I. EŞE AYRILACAK PAY.....	101
II. ÇOCUKLARA AYRILACAK PAY.....	101
III. ANA-BABAYA AYRILACAK PAY.....	102
§ 19. DESTEKTEN YOKSUN KALMA ZARARININ TESPİT EDİLMESİNDE ESAS ALINACAK SÜRENİN BELİRLENMESİ.....	102
I. GENEL OLARAK.....	102

II. MUHTEMEL DESTEK SÜRESİNİN HESAPLANMASI.....	103
III. BAKIM GÜCÜNÜN BELİRLENMESİ.....	103
A. Gerçek Desteğin Bakım Gücünün Belirlenmesi	103
B. Farazi Desteğin Bakım Gücünün Belirlenmesi	105
IV. İHTİYAÇ SÜRESİNİN TESPİT EDİLMESİ.....	105
A. Eşler Açısından Sürenin Tespit Edilmesi.....	106
B. Çocuklar Açısından Sürenin Tespit Edilmesi	107
C. Ana-Baba Açısından Sürenin Tespit Edilmesi	108
D. Nisanlılar Açısından Sürenin Tespit Edilmesi	109
E. Kardeşler Açısından Sürenin Tespit Edilmesi	109
F. Diğer İhtimaller.....	110
V. FİİLİ DESTEK İLİŞKİSİNİN SÜRESİNİN TESPİTİ.....	110
§ 20. DESTEKTEN YOKSUN KALMA SEBEBİYLE OLUŞACAK ZARARI AZALTAN HUSUSLAR	110
I. TAZMİNAT ALACAKLISININ ELDE ETTİĞİ MENFAATLERİN ZARARLA DENKLEŞTİRİLMESİ.....	110
A. Genel Olarak	110
B. Denkleştirme Kavramı.....	110
C. Denkleştirilebilecek Menfaatler	111
3. Sigortadan Alınan Ödemelerin Denkleştirilmesi	113
II. DESTEK GÖRENLERİN TEKRAR EVLENME İHTİMALİ VE BU DURUMUN TAZMİNATA OLAN ETKİSİ.....	118
§ 21. TAZMİNATIN HESAPLANMASI	120
§ 22. TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDAN KAYNAKLANAN DESTEKTEN YOKSUN KALMA DAVALARINDA YARGILAMA	123
SONUÇ.....	126
KAYNAKÇA	128

GİRİŞ

Günümüz koşullarında insan sağlığı oldukça önem kazanmıştır. Sağlığın korunması ve geliştirilmesi ise sağlık mesleği mensuplarının görevidir. Bu amaçla yapılan uygulamalardan kaynaklanan hatalar dünyada ve ülkemizde her geçen gün daha çok tartışılır hale gelmiştir. İnsanların bu konuda giderek bilinçlenmesi ve yapılan yasal düzenlemeler tartışmaların artmasında rol oynamaktadır¹.

Çalışmanın esas konusu oldukça günceldir. Buna göre günlük hayatta sıkça karşılaşılan ve medyada da yer bulan, sağlık çalışanlarının tıbbî müdahale hatalarından kaynaklı ölümlerde destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesidir.

İki bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde tıbbî müdahale kavramı ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılması için gereken koşullar açıklanmaktadır. Sonrasında, tıbbî müdahale hatası ve tedavi basamaklarına göre tıbbî müdahaleler ele alınmıştır. Tıbbî standartlar, sağlık mesleği mensubu, komplikasyon kavramları irdelendikten sonra hekim ve hastanın yükümlülükleri konusunda da ayrıntılı bilgi verilmektedir. Daha sonra, hekim ve hasta arasındaki hukukî ilişkiye çerçeve çizmek amacıyla bağımsız çalışan hekim, özel hastane ve kamu hastanesi ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliği açıklanmaktadır. Devamında ise hekimin hatalı tıbbî müdahale nedeniyle hukukî, cezaî, idarî ve meslekî sorumluluğu hakkında bilgi verilerek hukukî sorumluluk kapsamında tazminat sorumluluğu anlatılmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde hatalı tıbbî müdahale, hastanın ölmesi durumunda gündeme gelen maddi tazminat niteliğindeki destekten yoksun kalma tazminatı genel olarak açıklanmakta, ardından destekten yoksun kalma ve destek kaybından doğan zararın özellikleri hakkında bilgi verilmektedir.

¹ **Can**, İsmail Özgür/ **Özkara**, Erdem/ **Can**, Muhammet: “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbî Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 25, S. 2, s. 70.

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için gereken şartlar hem destek kişi bakımından hem de destek gören bakımından ayrı ayrı ele alınmakta, bu kapsamda gerçek ve farazi destek kavramı, bakma ve destek gören kavramları değerdendirilmektedir. Destek çeşitlerinden, kadın, erkek ve çocuk olmak üzere grupeandırılarak bahsedilmektedir. Destekten yoksun kalma zararı tespit edilirken esas alınacak süre, muhtemel destek süresi, bakım gücü, ihtiyaç süresi ve fiili destek süresinin tespiti konularına genel bir çerçeve çizilmekte ve zararı azaltan hususlar açıklanmaktadır.

Son olarak açılacak tazminat davasında, yargılama başlığı altında zamanaşımı, görev ve yetki konuları hakkında bilgi verilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıbbî müdahale denildiği zaman akla ilk olarak insan vücudunda deri bütünlüğü bozulması ile gerçekleştirilen ameliyat gibi bir fiil gelir. Hâlbuki tıbbî müdahaleyi sadece bu tarz bir fiille sınırlamak mümkün değildir. Tıbbî müdahalenin mutlaka tedavi ile ilgili olma zorunluluğu bulunmaz. Buna göre losyon ve ilaçla müdahaleler, fizik tedavi, aşı ve serum uygulamaları, röntgen ve laboratuvar teknikleri, psikoterapi uygulanması, nüfus planlamasından hastaya diyet önerilmesine kadar pek çok yöntem tıbbî müdahale kavramına dâhildir². Ancak hekimin gerçeğe uygun olmayan sağlık raporu düzenlemesi, suçu bildirme yükümlülüğüne uymaması gibi durumlar tıbbî müdahale kavramı kapsamında değildir³.

Doktrinde de belirtildiği üzere⁴, tıbbî müdahale insanları hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbî durumlardan koruma amacıyla yapılır. Eğer bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki iyilik halinin devamını sağlama tıbbî müdahalenin temel amacıdır. Tıbbî müdahale, konusunda eğitim almış, yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dâhilinde gerçekleştirilir

Hasta Hakları Yönetmeliği tıbbî müdahaleyi, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler

² **Savaş**, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara, 2007, s. 52; **Çakmut Yenerer**, Özlem: Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s. 22 vd.; **Gencer**, Zafer Adem: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2014, s. 101 vd.; **Gökcan**, Hasan Tahsin: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk, Ankara, 2013, s. 12 vd.; **Günday**, Rezzan: Tıbbî Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluk, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 1, 2.

³ **Sözüer**, Adem/ **Yasin**, Melikşah/ **Kürşad**, Zekeriya: Hastane Yönetimi, İstanbul, 2013, s. 1017

⁴ **Savaş**, Halide: Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara, 2013, s. 26,27.

tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlölükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olarak tanımlamıştır⁵.

Ş 2. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İnsanın sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelik her tür müdahale kural olarak, hukuka aykırıdır. Dolayısıyla kişilik haklarının ihlali niteliğindedir. Tıbbî müdahaleler ise, sağlığın korunması ve sürdürölmesi amacıyla gerçekleştiriliyor olsa bile vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Bu nedenle insanın hayatının, vücut bütünlüğünün ve sağlığının korunması gayesiyle hekim ve diğer sağlık mesleği mensupları tarafından yapılan tıbbî müdahaleler belirli koşulların varlığı halinde hukuka uygun kabul edilir⁶. Tıbbî müdahale yapılırken veya müdahale sonrasında her zaman olumlu gelişmeler olmaz. Bazen kişiler tıbbî müdahale sebebiyle zarar görür. İşte bu halde tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığı ve zarar görenin sorumluluğu söz konusu olur. Müdahalenin tıbbî olması her durumda hukuka uygun olması sonucunu doğurmaz. Zira müdahalenin “tıbbî” olması ve “hukuka uygun” olması farklı anlamlar taşımaktadır⁷. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılması için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Bu koşulları dört maddede sıralamak mümkündür⁸:

⁵ Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, madde 2/g (RG., 08.05.2014, 28964)

⁶ **Deryal**, Yahya: “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası”, <http://www.sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi 02.12.2013; **Çakmut Yenerer**, Özlem: “Tipta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s. 1 vd.

⁷ **Çeker**, Mustafa: Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf>, Erişim Tarihi 02.12.2013.

⁸ **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara, Y. 2013, s. 255 vd.; **Sözüer**, Adem/ **Yasin**, Melikşah/ **Kürşad**, Zekeriya, s. 1017; **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 35; **Yılmaz**, Berfin Işık: “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlölüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S. 98, s. 391; **Savaş**, Halide: “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 262.

I. TIBBÎ MÜDAHALE FİİLLERİ

Hukuka uygun bir tıbbî müdahaleden bahsedebilmek için temel koşul tıbbî müdahale fiilidir. Tıbbî müdahaleler çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır:

A. Amaçlarına Göre Tıbbî Müdahaleler⁹

Amaçlarına göre tıbbî müdahaleler farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan birincisi, tıp bilimini ve yöntemlerini geliştirme, eğitim amaçlı tıbbî araştırma ve denemelerdir. Tıp biliminin tekniğine uygun şekilde, gereken hukukî ve teknik koşulların sağlanması ile yapılan tıbbî deneme ve araştırmalar hukuka uygun tıbbî müdahalelere dâhil sayılabilir. Tıbbî araştırma ve denemelerin insan üzerinde yapılması konusu tıp etiği ve hukuk açısından tartışmalı bir mevzudur. Ancak bu fiiller gereken hukukî ve tıbbî koşullar yerine getirilerek ve kişiden rıza beyanı alınarak gerçekleştirilmişse hukuka uygun sayılmalıdır¹⁰.

İkincisi hastalık ve istenmeyen durumları önleme amaçlı tıbbî müdahalelerdir. Bu müdahaleler, hastalıklar ve sağlık açısından istenmeyen durumlar ortaya çıkmadan önce yapılır. Hastalığa yakalanmayı engellemek için yapılan aşı ve serum uygulaması, koruyucu sağlık tedbirleri uygulaması, doğum kontrol yöntemlerinin uygulanması ile hastanın vücudundaki kistin alınması gibi durumlar örnek gösterilebilir¹¹.

Yine oluşan hastalık ve sakatlıkları teşhis etme amaçlı tıbbî müdahaleler de amacına göre tıbbî müdahalelerdendir. Bunlar hasta tedavi için başvurduğunda, hastalığın teşhisinin yapılabilmesi için kullanılan yöntemlerdir. Bu anlamda laboratuvar tekniklerinin kullanılması, röntgen uygulamasından yararlanılması,

⁹ **Hakeri**, s. 120; **Savaş**, s. 55; **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 36.

¹⁰ **Savaş**, Halide: “Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 186; **Ayrıntılı bilgi için bkz. Hastanın Tıbbî Müdahale İçin Rızasının Hukuka Uygun Şekilde Alınması ve Meşru Amaçlarla Hukukî Müdahale Yapılması.**

¹¹ **Çakmut**, makale, s.6.

vücuttan alınan dokuların incelenmesi, biyopsi uygulaması gibi yöntemler örnek olarak sayılabilir.

Teşhis edilen hastalık ve sakatlıkları tedavi için yapılan tıbbî müdahaleler amaçlarına göre tıbbî müdahalelerin sonucusudur. Bu halde kişiyi iyileştirmek ve hastalıktan kurtarmak için bu mümkün değilse hastalığın ilerlemesini önlemek için müdahale yapılır. Tedavi için hastaya ilaç verilmesi ve serum uygulanması ve losyonla tedavi, fizik tedavi uygulanması, gereken durumlarda cerrahi müdahale yapılması örnek olarak sayılabilir. Tartışmalı olmakla birlikte estetik amaçla tıbbî müdahaleler ve cinsiyet değişikliği için yapılan tıbbî müdahaleler de burada örnek anlamında zikredilebilir¹².

B. Uygulayan Kişi Açısından Tıbbî Müdahaleler

Tıbbî müdahaleler, uygulayan kişi açısından bizzat hekim tarafından uygulanması gereken tıbbî müdahaleler ve hekime yardımcı diğer sağlık çalışanları tarafından hekimin gözetim ve denetiminde uygulanan tıbbî müdahaleler olarak sınıflandırılmaktadır¹³.

C. Uygulama Şekline Göre Tıbbî Müdahaleler

Uygulama şeklinde göre müdahaleler iki çeşittir. Bunlardan birincisi beden bütünlüğüne yönelen, kan alınması, dikiş atılması, biyopsi uygulaması, cerrahi operasyon gibi uygulamalardır. İkincisi ise beden bütünlüğüne yönelik olmayan ilaç tedavisi, psikolojik tedavi, fizik tedavi gibi tıbbî müdahalelerdir¹⁴.

¹² Çakmut, makale, s. 6.

¹³ Savaş, s.54.

¹⁴ Savaş, s. 55.

II. TIBBÎ MÜDAHALE FİİLLERİNİN KANUNEN YETKİLİ KİŞİLERCE İCRA EDİLMESİ

Yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesinin ikinci koşulu, müdahaleyi yapanların kanunen müdahaleye yetkili kişiler olmasıdır. Hukuka uygun tıbbî müdahaleyi icraya yetkili bu kişiler, sağlık mesleği mensuplarıdır. Ancak sağlık mesleği mensuplarının tamamının, tıbbî müdahale ehliyet ve yetkisinden bahsedilemez. Bu anlamda sağlık mesleği mensuplarından vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi konusunda profesyonel olarak teknik eğitim almış, diploma sahibi olan; hekim, ebe, hemşire gibi kişiler tıbbî müdahale yetkisine sahiptirler. Ancak hekim dışındaki sağlık mesleği mensupları, hekimin denetim ve gözetimi altında tıbbî müdahale yetkisini kullanabilir¹⁵. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun ise eczacıların bu yetkiyi bazı durumlar haricinde kullanamayacağını düzenlemektedir.¹⁶

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümlerince, Türkiye’de hasta tedavi edebilmek ve hekimlik yapabilmek için Türkiye’deki tıp fakültelerinin birisinden diploma sahibi olmak gereklidir¹⁷. Türkiye dışından alınan diplomalar için ise denklik aranmaktadır. Buna göre tıp fakültesi mezunu olup belgesini Sağlık Bakanlığı’na onaylatarak kayıt yaptıranlar hekim sayılır. Bu kişiler hekimlik yapma hakkına sahip olurlar. Hekimin diplomasının Sağlık Bakanlığınca kaydedilmesi, diplomaya geçerlilik kazandırmak için değildir. Sadece hekimin mesleğini icraya başlayabilmesini sağlar. Ayrıca serbest çalışan hekimler

¹⁵ Savaş, s.56 vd.

¹⁶ 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun Madde 37: *Tabiplerin; eczanelerde hasta kabul etmeleri yasaktır. Ancak kaza ve ani bir tehlikeye uğrayarak eczaneye gelen veya getirilen kimselerin ilk tedavisinin yapılması caizdir.*

¹⁷ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun “Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır” şeklinde olan 1’inci maddesi, 663 sayılı KHK(resmi gazetede 02.11.2011 tarih ve 28103 mükerrer sayısı) ile yayımlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır” şeklinde değiştirilmiştir.

açısından hekimlik mesleğinin icrası için tabip odasına kayıtlı olma yükümlülüğü de bulunur¹⁸.

Hekim, bizzat kendi kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan tıp fakültesi diplomasını sadece kendisi kullanabilir. Bunun aksine olarak hekimin diplomasını başkalarının yararlanması ve kullanmasını amaçlayan devir sözleşmeleri yapması, emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 27’inci maddesi hükmü gereğince, kamu düzenine aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Dolayısıyla bu sözleşme herhangi bir hak ve borç doğurmaz¹⁹.

Tıbbî Deontoloji Tüzüğü hükümlerine göre ²⁰, vazifesi ve ihtisasına bakılmaksızın her tabibin gereken her türlü ilk yardım müdahalesini yapması, hastanın rızasına bağlı olmak bir yana, hekim için yasal bir yükümlülük olarak öngörülmektedir²¹.

¹⁸ **Deryal**, Yahya: “Hekimlik İçin Türk Olma Şartı ya da Yabancı Hekim Yasağı”, www.haksay.org/files/yahya08.doc, Erişim tarihi 10.07.2014; 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu Madde 7- (Değişik: 08.01.1985-3144 /5. md): (Değişik Fıkra: 07.06.1985-3224/51 md): *Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler. Özel kanunlarında üye olamayacaklarına dair hüküm bulunanlardan mesleklerini serbest olarak da icra edenler; mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu Kanun hükümlerine tâbidirler.*

¹⁹ Yargıtay 13 Hukuk Dairesi, 30.05.1996 tarih, 1996/5075 E. Ve 1996/5380 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>; Türk Borçlar Kanunu madde 27: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”; Kesin hükümsüzlük, sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunması fakat geçerlilik unsurlarında bir sakatlık bulunması halidir. Bu durumda sözleşme kurulur. Ancak bu sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz, baştan itibaren geçersizdir. Bu geçersizlik her zaman, herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim de kendiliğinden göz önünde bulundurabilir. Geniş bilgi için bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s. 332; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, s. 81 vd.

²⁰ **Tıbbî Deontoloji Tüzüğü** m. 3: “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur. Diş tabibi de, kendi sahasında, aynı mükellefiyete tabidir.*”

²¹ **Deryal**, Yahya: Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara, 2012, s.23; **Yılmaz**, Berfin Işık, s.393,394; **Ateş**, Zeynep: Küçüklerin Tıbbî Müdahaleye Rızası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.42.

III. HASTANIN TIBBÎ MÜDAHALE İÇİN RIZASININ HUKUKA UYGUN ŞEKİLDE ALINMASI VE MEŞRU BİR AMAÇ İÇİN MÜDAHALENİN YAPILMIŞ OLMASI

1982 Anayasasına göre, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması yasaklanmıştır. Bu durumun istisnası ise, tıbbî zorunluluklar ve kanundaki durumlardır. İnsan vücudunun bilimsel ve tıbbî deneylere maruz bırakılması, ancak kişinin rızasıyla mümkündür.

Genel kural hastanın rızasının alınmasının zorunlu olmasıdır. Ancak bazı durumlarda kişinin rızasının alınması beklenmez. Bu hallerden birincisi üstün nitelikte özel yararın bulunmasıdır. Örneğin trafik kazası geçiren kişi koma halinde hastaneye getirilmişse bu kişinin rıza alınmaksızın ameliyata alınması hukuka aykırılık teşkil etmez. Bir diğer husus da üstün nitelikte kamu yararının bulunmasıdır. Bu durumda da kişinin rızasının alınması beklenmez. Salgın hastalıklara karşı yapılan aşı uygulaması ve karantina uygulaması örnek verilebilir²².

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70'inci maddesinde de, hastanın rızasının alınması, hukuka uygun tıbbî müdahalenin temel unsuru olarak belirlenmiştir. Buna göre hasta kendisi, küçük veya kısıtlı olduğu durumlarda ise velisi veya vasisi rıza konusunda ehliyet sahibidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde sağlık mevzuatında yer alan farklı ve özel kurallar genel ve ortak bir ehliyet formülüne bağlanmaktadır:

“Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya

²² **Özbilen**, Arif Barış: “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İTÜSBD, Y. 2013, S. 24, s. 100; **Akar**, Tülay Yıldız: “Hastane Enfeksiyonlarının Hukukî Yansımaları”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, Y. 2011, s. 7 vd.

hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272'nci ve 431'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz”²³. Yönetmelikte 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikle rıza kavramı, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmaması da düzenlenmiştir²⁴.

Hastanın hukuka uygun rızasından bahsedebilmek için, rızanın beyan etmeye ehliyetli kişi tarafından verilmesi gerekir. Aynı zamanda rıza, yaşam hakkından vazgeçme sonucuna yol açmayacak şekilde olmalıdır. Ayrıca rıza en geç müdahalenin yapılmasından önce verilmelidir. Yine rızanın müdahale konusunda aydınlatılan hastadan, baskı ve etki altında olmadan alınmış olması gerekmektedir²⁵.

Doktrinde ölen kişinin vücudu üzerindeki müdahaleler konusunda tartışmalar bulunsa bile çoğunlukla kabul gören ölenin vücudu üzerinde tasarruf hakkının bulunduğu yönündedir. Dolayısıyla ölen kişiden organ alınması veya sair müdahaleler için yine kişinin rızası alınmalıdır²⁶.

²³ **Deryal**, Problemler, s. 23.

²⁴ Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 08.05.2014 tarih, 28994 nolu Resmi Gazete.

²⁵ **Çeker**, s. 8.

²⁶ **Akıncı**, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1996, s. 130.

IV. MÜDAHALENİN TIP BİLİMİ VE TEKNİĞİ İLE İLGİLİ GÜNCEL LİTERATÜRE UYGUN VE ÖZENLİ ŞEKİLDE YAPILMASI

Bir kişi, şahsi varlığına başkaları tarafından müdahale edilmesine izin vermişse artık bu müdahaleden kaynaklanan zararlar hukuka aykırılık taşımaz. Zira kişisel varlığına yapılacak saldırıya önceden onay veren kişi, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmış olmaktadır²⁷. Ancak kişinin rızası, her ne kadar müdahaleyi hukuka uygun hale getirse bile hekim, hastanın rızasını aldıktan sonra tıp biliminin sınırları içerisinde hareket etmek zorundadır. Aksi halde rızanın varlığına rağmen müdahale hukuka aykırıdır ve bu durum hekimin sorumluluğunu doğurur. Yargıtay bir kararında konuyla ilgili şu şekilde görüş bildirmiştir: *“Hastanın rızası ve hekimin tıbbî müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, sonucu ne olursa olsun tıbbî müdahalenin hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirmez”*²⁸.

§ 3. HATALI TIBBİ MÜDAHALE

I. GENEL OLARAK

Tıbbî müdahale hataları, genellikle hekimlerle ilgili bir kavramdır. Bununla birlikte bütün sağlık mesleği mensupları standart klinik uygulamalardan kaynaklı olarak hastaların zarar görmesi sebebiyle suçlanabilir. Kasıtlı veya ihmali davranışları

²⁷ Oğuzman, M. Kemal/ Özer, Selçuk/ Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s.192.

²⁸ Yargıtay 4. HD., T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2012.

tıbbî müdahale hatalarına yol açabilir²⁹. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olduğu durumlarda da müdahale, tıbbî standartlara uygun olmayan koşullarda, dikkatsiz ve özensiz yapılmışsa tıbbî müdahale hatası söz konusu olur. Bazı durumlarda bir tıbbî hata değil, hukuka aykırı tıbbî müdahale söz konusudur. Örneğin müdahale, gerçekte doktor olmayan bir kişi tarafından, sahte diploma kullanılarak yapılmışsa durum böyledir. Benzer şekilde, ebe tarafından hastanın sezaryen ameliyatına alınmasında olduğu gibi yetkisiz kişiler eliyle ve yetkinin aşılması suretiyle gerçekleştirilmişse ya da maddi menfaat temin edilmesinde olduğu gibi meşru olmayan bir amaç için gerçekleştirilmişse de hukuka aykırı tıbbî müdahale söz konusudur. Sezaryen ameliyatı esnasında, hastaya sorulmaksızın tüplerinin bağlanmasında olduğu gibi, kişinin rızasının alınmaksızın tıbbî müdahale gerçekleştirilmişse aynı şekilde bir tıbbî hata değil hukuka aykırı tıbbî müdahale mevcuttur³⁰.

Malpraktis, Latince ‘Male’ ve ‘Praxis’ kelimelerinden türemiştir. Kötü, hatalı uygulama anlamlarına gelir. Uygulamada, meslek mensubu bir kişinin, mesleğini uygulaması esnasında ortaya çıkan, hatalı, kusurlu hareketler olarak kullanılır. “Tıbbî Malpraktis” ise tıp mesleği mensuplarının hatalı ve kusurlu hareketleriyle ortaya çıkar.

Dünya Tabipler Birliği, malpraktis kavramını, ‘hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar’ şeklinde tanımlamaktadır³¹. Tıbbî müdahale hatası kavramı, Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri 13’üncü maddesinde “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamındadır*” şeklinde tanımlamıştır. Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında ise Tıbbî Kötü Uygulama;

²⁹ **Kalabalık**, Halil: “ Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, ABY, Ankara, Y. 2010, s. 360.

³⁰ **Savaş**, (2013), s. 43.

³¹ **Çetin**, Gürsel: “Tıbbî Malpraktis”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi, İstanbul, 2006, No 48, s. 31.

‘Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum’ olarak tanımlanmıştır³².

Hatalı tıbbî uygulamalar, hizmet sunan hekim, hemşire, ilgili kanun uyarınca hastaya müdahale yetkisine sahip fizyoterapist, psikolog, diyetisyen gibi sağlık çalışanlarının öneri ve uygulamaları sonucunda hastalığın normal seyrin dışına çıkarak iyileşme sürecinin gecikmesi, hastanın ölümü gibi pek çok durumu ifade etmektedir³³. Uygulamada, hekim hatası, tıpta kötü uygulama, Malpraktis gibi farklı şekillerde ifade edilen genel anlamda hatalı tıbbî müdahale olarak ifade edebileceğimiz bu kavram, yapılmaması gereken bir şeyin yapılması şeklinde olabileceği gibi, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması şeklinde de ortaya çıkabilir. Tıbbî müdahale yapılırken, tıp bilimine uygun şekilde gerekli her şey yapılmış, azami ölçüde dikkat ve özen sarf edilmiş olmasına rağmen zararlı sonuç ortaya çıkmışsa müdahaleyi yapan kişinin sonuçtan sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü ortaya çıkan sonuç, tıp biliminin riskli yapısı nedeniyle öngörülemez ya da öngörülmesine rağmen engellenemeyen bir sonuçtur³⁴.

Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 18.01.2005 tarihli genelgesinde ‘Genelgede sayılan iş ve işlemlere (hatalı uygulamalara) istinaden, Bakanlık aleyhine açılan davaların yoğunlaştığı vurgulanarak, bu iş ve işlemler şu şekilde sıralanmıştır:

- Yanlış teşhis ve tedavi
- Ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar
- Doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar
- Hastane idaresinden kaynaklanan problemler

³² **Mızrak**, Bülent/ **Celbiş**, Osman: “Patoloji ve Malpraktis”, İÜTFD., Y. 2007, C. 14, s. 214.

³³ **Çetin**, s.33.

³⁴ **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 43; **Türkmen Öztürk**, Hafize: “Malpraktis Kavramı Neyi Çağırıyor”, Türkiye Biyoetik Derneği e-bülten, 2009, S. 19, s. 5-7; **Aydın**, Erdem: “Tıbbî etik ve malpraktis”, Tıbbî Tıp Etiği Araştırmaları Biyoetik Derneği yay. Ankara, Y. 1999, s. 45, 46.

- Hatalı ve tekniğe aykırı enjeksiyon
- Hatalı laboratuvar teknikleri
- Acil servis hizmetlerinin yetersizliği³⁵.

Tıbbî müdahale hataları, insan faktörü, kurumsal faktörler ve teknik faktörler olarak üç grupta incelenmektedir. Bu faktörler ve faktörlerin altında toplanan tıbbî hata nedenleri şunlardır³⁶:

a. İnsan faktörü: Yorgunluk, yetersiz eğitim, iletişim yetersizliği, güç/kontrol, Zamansızlık, yanlış karar, mantık hatası, tartışmacı kişilik.

b. Kurumsal faktörler: İş yeri yapısı, politikalar, idari/finansal yapı, liderlik, geri dönüş, konularda yetersizlik, personelin yanlış dağıtımı.

c. Teknik faktörler: Yetersiz otomasyon, yetersiz cihazlar, eksik cihazlar, karar verme destek eksikliği, entegrasyon eksikliği.

A. Kavram Olarak

Tıbbî standart, hekimin tedavi yapabilmesi için gereken ve denenerek ispat edilmiş olan hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin ulaştığı düzey anlamına gelmektedir³⁷. Hekim, mevzuatımız gereğince tıbbî standartları takip etmek ve uygulamak zorundadır. Hekim tıbbî standartlara uygun davranmadığı takdirde ortaya çıkan zararlardan sorumludur. Başka bir anlatımla hekim tıbbî standartlara ve tıp biliminin gereklerine uygun davranmışsa sorumluluktan kurtulur³⁸.

Tıbbî standart, tıbbî müdahalenin yapıldığı zamana, hekimin bu standartlara ulaşabilme imkânına ve hekimin görev yaptığı yere göre belirlenmelidir. Hekim her

³⁵ **Birtek**, Fatih: “Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2007, C. 81, S. 5, s. 2004, 2005.

³⁶ **Top**, Mehmet/ **Gider**, Ömer/ **Taş**, Yunus/ **Çimen**, Seher: “Hekimlerin Tıbbî Hatalarına Neden olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Y. 2008, C. 11, S. 2, s. 168.

³⁷ **Hakeri** , s.515 vd.

³⁸ **Hakeri**, s. 517: Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md 5, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi md 13/1, 13/2; Hasta Hakları Yönetmeliği md 11.; Yargıtay 13 HD., T. 06.03.2003, E. 2003/13959 ve K. 2003/2380 sayılı; Yargıtay 13 HD., T. 09.04.2003, E. 2003/711 ve K. 2003/4255 sayılı kararları <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

uygulamayı, her yeni yöntemi derhal uygulamak zorunda değildir. Bunun yanı sıra köyde görev yapan hekim ile büyükşehirde görev yapan hekimin tıbbî standartlara ulaşma imkânı da aynı ölçüde değerlendirilmemelidir³⁹.

B. Tıbbî Standarttan Sapma

Devamlı olarak değişen ve geliştirilen tıbbî standartlara uymak, hekim açısından genel kuraldır. Bununla birlikte bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Yeni yöntemlerin, tıbbî kurallar çerçevesinde uygulanması halinde, hekimin sorumluluğu söz konusu olmaz. Salt tıbbî standarttan sapılmış olması, hekimin aleyhine sonuç doğurmaz. Ancak hekim yeni yöntemleri uygularken, hastanın onayına daha kuvvetle ihtiyaç duyar. Hasta da verdiği onayı her zaman geri alabilme hakkına sahiptir. Hem objektif hukuk kuralları hem de hekimlik sözleşmesi, tıbbin uygulayıcısı olan hekime, henüz yerleşmemiş yöntemleri uygulama yükümlülüğü getirmez.

Yukarıda da ifade edildiği üzere tıbbî standartları tespit etmek hekimin görevidir. Bu standartlara aykırı davranıldığını ispat etmek ise uygulamadan zarar görenlere aittir⁴⁰. Davaya bakan hâkim tıbbî bilirkişiler aracılığıyla tıbbî standartların belirlenmesi konusundaki değişik görüşler arasından ağır basan görüşü belirlemelidir⁴¹.

III. TEDAVİ BASAMAKLARINA GÖRE HATALI TIBBİ UYGULAMA

İnsanın hayatı boyunca çeşitli sebeplerden dolayı beden ve ruh sağlığı bozulabilir. Bu durumda yapılan ilk iş, hastalığın tedavisi için bir hekime başvurmaktır. Hekim, öncelikli olarak hastalığı teşhis eder. Ardından uygulanması gereken tedavi yöntemini belirleyerek hastaya tıbbî müdahalede bulunur.

³⁹ Hakeri, s. 518,519.

⁴⁰ Şenocak, Zarife: “Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbî standartlar ve ispat”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 248.

⁴¹ Hakeri, s. 528.

Müdahale, hastalığın türü ve şiddetine göre, basit teşhis ve tedavi yöntemi olabileceği gibi en ağır ameliyatlara kadar uzanabilir.

Müdahalenin temel amacı rahatsızlık duyulan hastalığın tedavisidir. Başka bir anlatımla hastalığın iyileştirilmesidir. Fakat tıbbî müdahale, her zaman hastalığın iyileştirilmesi sonucunu doğurmaz. Bazen hastanın durumunun ağırlaşmasına hatta ölüme dahi yol açabilir⁴². Tedavi basamaklarına göre tıbbî müdahale hataları kısaca açıklanacak olursa:

A. Hasta Kabulde

Tedavi başvurusu genellikle hastanın kendisinden gelir. Bununla birlikte hastanın bilincinin kapalı olduğu, kaza ve benzeri durumlarda hastanın isteği dışında da tedavi gerçekleştirilebilir. Hasta, tedavi amacıyla hekime başvurduğunda, hekimin tedaviye geç başlaması sebebiyle doğacak zararlar hekimin sorumluluğuna sebep olabilir⁴³.

B. Acil Müdahalelerde

Hastanın, hayati tehlike içinde olması halinde, TCK 98'inci maddesi uyarınca hekimin müdahalesi zorunlu olmaktadır. Hatta bu acil hallerde sadece hekim değil bütün vatandaşlara sorumluluk yüklenmektedir⁴⁴. Hekim için Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 3'üncü maddesi de bir sorumluluk öngörmektedir. Buna göre hekimin acil durumlarda hastaya müdahalesi bir zorunluluk haline gelmektedir. Hekimin, bu halde, tedavi yapmayı reddetme imkânı yoktur⁴⁵.

⁴² Çeker, s. 1; Gökmen, Habil/Güleç Sibel: "Tıbbî Malpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortaları", Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010, S. 1, s. 10.

⁴³ Günday, s. 16.

⁴⁴ TCK madde 98 : "(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

⁴⁵ Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi Madde 3 : "Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de, kendi sahasında, aynı mükellefiyete tabidir."

C. Teşhiste

Teşhis, birçok aşamayı barındıran bir kavramdır. Hastanın hikâyesinin alınmasından, tedaviye kadar uzanan teşhis sürecinde, bir bölümde hata yapılması sonraki aşamalarda da tıbbî müdahalenin hatalı olmasına sebep olur. Hekimin doğru teşhis koyabilmesi için hasta öyküsünün doğru alınması oldukça önemlidir. Bu aşamada yapılan hata, hasta ile hekim arasındaki vekâlet sözleşmesine göre, gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi olarak değerlendirilir. Hekim, gereken dikkat ve özeni gösterdiğini hasta öyküsünün alınması esnasında tuttuğu kayıtlarla belgeleyeceğinden kayıt tutulması oldukça önemlidir.

Hasta öyküsünü doğru şekilde alan hekim, önceden bilinen, uygulanan ya da kullanılan, bir tanı yöntemini kullanmamaktan dolayı, bir zararın oluşmasına sebep olmuşsa sorumluluğu söz konusu olur. Hekim, artık kullanılmayan ya da tıbbî yararı henüz kanıtlanmamış bir yöntemin, kullanılması neticesi oluşan zararlardan da sorumludur. Hekim, yine kullandığı tanı yöntemleri sonucunda elde ettiği verileri değerlendirmede hataya düşmüş; tedavinin gecikmesine neden olmuş, riskli, gereksiz, yanlış tedavi uygulamışsa oluşacak zararlardan sorumludur⁴⁶. Ayrıca hekim, her durumda hastasına kesin tanı koyamayabilir. Ancak tanı konulamaması veya hatalı tanı konulması tedavi sürecini etkilemiş ve hasta bu sebeple bir zarara uğramışsa, hekimin sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, yüksek riskli gebeliklerin belirlenememesi sık karşılaşılan dava konusu tanı hatalarındandır⁴⁷.

Eksik ön muayene ve hasta öyküsünün yetersiz alınması da tıbbî hataya sebep olabilmektedir. Anemnez, yani hasta öyküsünün alınması ve teşhise yönelik muayenesinin yapılması büyük önem taşımaktadır. Mahkeme kararında, hekimin eğitiminin yeterince iyi olmaması ve yeterli tecrübesinin bulunmaması gibi durumlar maruz görülebilirken, hasta öyküsü ve teşhis muayenesinin yapılmaması kesinlikle maruz görülmemektedir. Ayrıca hastalığın teşhisine yönelik gerekli tetkiklerin

⁴⁶ **Günday**, s. 17, 18.

⁴⁷ **Polat**, Oğuz/**Pakış**, Işıl: “Tıbbî Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2011, C. 2, S. 3, s. 121; **Karabıyık**, Lale: “Yoğun Bakımda Sık Yapılan Tıbbî Hatalar”, Yoğun Bakım Dergisi, Y. 2012, S. 10, s. 41.

yapılmaması da tıbbî hataya sebep olur. Hastanın şikâyetlerine göre, hekimin gereken tetkikleri istememesi, tıbbî uygulama hatasıdır. Tetkiklerin yapılmamasından dolayı bazı hastalıkların tespit edilememesi durumunda ortaya çıkan zararlardan hekim sorumlu tutulabilir.

D. Tedavide

Hekim hasta öyküsünü doğru olarak alıp, doğru tanı yöntemlerini kullanarak doğru teşhis koymuşsa hastayı iyileştirmek amacıyla tedavi aşamasına gelir. Tedavide aşamasında hatalı tıbbî müdahale sayılan bazı hususlar şöyledir:

1. Müdahalenin Yapılmaması

Tıbbî müdahalede, yanlış tedavinin uygulanması, hekimin görev ve sorumluluklarına aykırı olarak hastaya hiç müdahale etmemesi veya tedaviyi geciktirmesi şeklinde ortaya çıkabilir⁴⁸.

Yargıtay hekimin, tıbbî açıdan hastanın durumunu zamanında ve gecikmeksizin somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedaviyi de gecikmeksizin belirleyerek uygulamak zorunda olduğuna karar vermiştir⁴⁹.

2. Hastanın Vücudunda Yabancı Madde Unutulması

Öğretide bu husus, tedaviye eşlik eden hata olarak isimlendirilmektedir. Hastanın vücudunda sıkça unutilan maddelere örnek olarak kompres, tampon, makas gibi maddeler sayılabilir. Yargıtay, hastaların vücudunda unutilan yabancı maddeler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hekimleri sorumlu tutan kararlar vermektedir⁵⁰. Hakeri' ye göre, bu durumda tek sorumlu olarak hekimin görülmesi yerine, somut olayın şartlarına göre sayım ve kontrol gibi işlemleri gerçekleştiren

⁴⁸ **Günday**, s. 17.

⁴⁹ Yargıtay 13 HD., T. 06.07.2006, E. 2006/5518, K. 2006/11185 sayılı kararı <http://www.tiphuku.ku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

⁵⁰ Yargıtay 10 HD., T. 25.04.2002, E. 2002/4931, K. 2004/1219 sayılı; Yargıtay 13 HD., T. 14.03.1983, E. 1983/7237, K. 1983/1783 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

hemşire ve teknisyen gibi kişilerin de sorumlu tutulması ve hekimin ise sayma işlemlerinin yapılıp yapılmadığı hususunda denetim ve gözetim görevini ifa edip etmemesi bakımından sorumlu tutulması daha adil bir çözüm olur⁵¹.

3. Yanlış Tedavi Yöntemi Seçme ve Gerekli Testlerin Yapılmaması

Hekim tedavi yöntemini seçerken, çağdaş, bilimsel, yüksek teknolojiye ve gelişmelere uygun bir yöntem seçmelidir. Tedaviyi de bu yönetime göre yapmalıdır. Yöntem belirlenirken hastaya en az acı veren ve hasta için en az tehlike oluşturan yöntem seçilmelidir. Hekim, tıp tarafından kabul görmemiş ya da yeteri kadar denenmediğinden standart tedavi yöntemleri arasında yer almayan bir yöntemi kullanmamalıdır⁵². Hekimin ilaç tedavisi ile iyileşebilen bir hastalık için son çare olan ameliyata başvurması, bunun gibi normal doğum yapabilecek bir hastanın sezaryen ameliyatına alınması gibi durumlar tıbbi uygun değildir.

Hastanın tedavisi için gereken testlerin yapılmaması tıbbî müdahale hatasıdır. Örneğin, penisilin tedavisi yapılacak hastanın, penisiline alerjisi olup olmadığının belirlenmesi için test yapılmaması hekimin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğuna sebep olur⁵³.

4. Yanlış İlaç, Hasta Karıştırma, Yanlış Taraf Cerrahisi

Hekim tedavinin uygulanması esnasında da hatalı tıbbî müdahalede bulunabilir. Hastasını ilaçla tedavi etme yolunu seçen hekim, hastaya tavsiye etmiş olduğu ilaçtan dolayı sorumluluk taşımaktadır. Zira ilaç üreticisi olan firmaların, ilaçları hastalara doğrudan ulaştırmak gibi bir imkânları bulunmaz. Hekim bu aşamada, aracı bilirkişi olarak devreye girer ve ilaç firmalarının ürünleri olan ilaçları, hastalarla buluşturur. Aracı bilirkişi olan hekim bu rolüne uygun olarak, önerdiği ilacın hasta tarafından tavsiye edilen şekilde kullanıldığı takdirde güvenli olduğunu garanti etmelidir. Hekimin hastasına tedavi için önerdiği ilaç denenmiş ve tıp bilimine uygun şekilde elde edilmiş olmalıdır. Zira deneme amacıyla insanların

⁵¹ Hakeri, s. 551.

⁵² Günday, s. 44.

⁵³ Hakeri, s. 552.

üzerinde cerrahi müdahale ile kimyevi, fiziki ve biyolojik şekilde herhangi bir tedavi uygulanamaz⁵⁴.

Hekimin, ilaç ile ilgili tüm bilgileri hastasına aktarmalıdır. Bu anlamda, yan etkiler, kullanım süresi, kontrendikasyonları, kullanım miktarı, ilaç kullanıldığı müddetçe hastanın yapması ve yapmaması gereken durumlar hastaya aktarılması gerekli hususlardandır⁵⁵. Bunlar aynı zamanda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün de bir parçasıdır. Hekimin yükümlülüğü ilacın üretilmesi safhasıyla ilgili değil ilacın hasta tarafından kullanılması safhası içindir.

Yanlış taraf cerrahisi ise kişide birden fazla olan uzuvlarla ilgilidir. Bu halde hastalıklı olan uzuv yerine sağlam olana hatalı şekilde müdahalede bulunulur. Hastanın, bu yanlış tedavi sebebiyle uğrayacağı zarardan hekim sorumludur. Danıştay, hastanın sol kalçası yerine sağ kalçasının ameliyat edilmesini ağır kusur olarak değerlendirmiştir⁵⁶.

5. Ölçüsüz Tıbbî Müdahale ve Hatalı Ameliyat Tekniği

Hastalığın teşhis ve tedavisi sırasında uygulanan ilaç veya verilen ışın ve diğer müdahaleler kontrol içinde gerçekleştirilmeli ve ölçülü olmalıdır. Ölçüyü belirleyen tıbbî müdahalenin yapıldığı zaman uygulamadaki tıp biliminin durumudur. Örneğin yüksek miktarda penisilin verilen hastanın ayağının kesilmesi, safra taşıyı tespit etmek için röntgen çekmek isteyen hekimin sondayı yanlış yere takması sebebiyle hastanın hayatının tehlikeye girmesinden hekim kusurlu ve sorumludur⁵⁷.

Ameliyat esnasında, ortaya çıkan hatalar da hatalı “*tıbbî müdahale*” olarak değerlendirilmektedir. Örnek olarak ameliyat esnasında başka bir organa zarar

⁵⁴ **Soyaslan**, Doğan: “Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 335.

⁵⁵ **Günday**, s. 45.

⁵⁶ Danıştay 10 HD., T. 10.10.1996, E. 5933, K. 934 sayılı kararı, Bkz **Hakeri**, s. 554.

⁵⁷ **Hakeri**, s. 556.

verilmesi, nefes borusu yerine soluk borusuna zarar verilmesi, koltuk altındaki kitlenin alınması sırasında sinirlere zarar verilmesi gibi durumlardan bahsedilebilir.

6. Enfeksiyon Ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması

Enfeksiyona neden olmak veya önlenabilir enfeksiyon hastalıkları da tedavi hatalarındandır. Enfeksiyona karşı gereken önlemlerin alınması hekimin standart müdahaleleri arasında olmalıdır. Örneğin ameliyat sonrası, bulaşıcı hastalık taşıyan hastanın, başka bir hasta ile aynı odada bırakılması sebebiyle hastanın, bu hastalığı kapması durumunda hekimin sorumluluğu söz konusu olur⁵⁸.

E. Organizasyon Kusuru

Sağlık hizmeti veren hastaneler, işletmelerinde gerçekleşen tıbbî müdahalelerden birinci dereden sorumludur. Hem özel hastaneler hem de kamu hastaneleri işletme olarak bu sorumluluğu taşır. Danıştay'da bu yönde kararlar vermektedir⁵⁹. Hukukî olarak organizasyon yükümlülüğü, bir hastane sahibi veya işletmecisi, organı, temsilcisi, yardımcı kişi veya üyesinin organizasyon yükümlülüğüne aykırı eylem ve davranışları sebebiyle tazminat yükümlülüğü taşımasıdır. Organizasyon yükümlülüğü, bir tüzel kişiliğin temsilcisi olan organların işlem ve faaliyetleriyle ilgili olabilir. Ayrıca işletmenin idare ve işleyişi ile ilgili de olabilir. Genel olarak organizasyon yükümlülüğü, hastane işletmesinin hukukî görevlerini usulünce yerine getirebilmesi ve işletmenin üçüncü kişilerin zarara uğramalarını önleyecek şekilde organize edilmesidir⁶⁰. Hastane işleticisi özen borcuna uygun olarak hastanede bulunması gerekli asgari unsurları bulundurmalıdır. Ayrıca tıp bilimiyle ilgili gelişmeleri takip etmeli ve hastanesini buna uygun hale getirmelidir⁶¹. Hastanın aydınlatılması, bakım hizmeti verilmesi, hasta ve hastane

⁵⁸ **Hakeri**, s. 558.

⁵⁹ **Demir**, Mehmet: Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara, 2010, s. 210 vd.; **Hakeri**, s. 564, Danıştay 10 HD, T. 03.05.1995, E. 95/3258, K. 95/2378 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

⁶⁰ **Demir**, s. 248.

⁶¹ **Hakeri**, Hakan: "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.161, 162.

güvenliğinin sağlanması, sır saklama, tıbbî dokümantasyon ve bilişim hizmetleri sunma, bu kapsamda hastanelerin başlıca organizasyon yükümlülükleri arasında sayılabilir⁶². Hastalığın teşhisi için gereken testlerin yapılmaması, hastalara bozuk yiyecekler verilmesi yüzünden zehirlenme vaka'larının oluşması, ısıtmadaki aksaklık sebebiyle hastaların durumunun ağırlaşması, cerrahi müdahalede bulunulan araç-gerecin bozuk olması, güvenlik eksikliğinden faydalanılarak yeni doğan bebeğin çalınması gibi haller organizasyon kusuruna örnek olarak sayılabilir⁶³.

§ 4. SAĞLIK MESLEĞİ MENSUBU KAVRAMI

Sağlık hizmetinin kurum, kuruluş ve şahıslar aracılığıyla sunulmasında sorumlu olarak görev alan herkes sağlık mesleği mensubu kavramı içinde yer almaktadır. Sağlık çalışanları, kişilerin sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalıkların teşhis ve tedavi edilmesi, ruhen, bedenlen ve sosyal açıdan tam bir iyilik halinin sağlanması amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak hizmet verirler.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Gruplarının İş Ve Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde, sağlık meslek mensupları olarak tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe, optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları sayılmaktadır. Maddenin devamında sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının ise sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensupları olduğu ifade edilmektedir⁶⁴.

⁶² **Günday**, s. 44-90; **Demir**, s. 217 vd.

⁶³ **Hakeri**, s. 565.

⁶⁴ Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Gruplarının İş Ve Tanımlarına Dair Yönetmelik, 22.05.2014 tarih, 29007 numaralı Resmi Gazete.

Sağlık çalışanları Dünya Sağlık Örgütü'nce yayımlanan, insan gücü istatistiklerinde şu başlıklar altında sayılmıştır:⁶⁵

- Hekimler
- Yardımcı hekimler
- Çok görevli sağlık yardımcısı
- Diş hekimleri
- Dişçiler
- Diş hekimi yardımcısı
- Eczacılar
- Eczacı yardımcısı
- Veterinerler
- Hayvan sağlığı yardımcısı
- Ebeler
- Yardımcı ebeler
- Yardımcı ebe-hemşireler
- Hemşireler
- Yardımcı hemşireler
- Ebe ve hemşire yardımcısı
- Fizyoterapistler
- Laboratuvar teknisyenleri
- Laboratuvar teknisyen yardımcısı
- Tıp fizikçileri
- Tıp radyoloji teknisyenleri
- Tıp radyoloji teknisyeni yardımcısı
- Sağlık mühendisleri
- Çevre sağlığı teknisyenleri
- Çevre sağlığı teknisyen yardımcısı

⁶⁵ Savaş, s. 35.

- Diğer sağlık personeli
- Diğer teknik personel
- Diğer yardımcı personel
- Geleneksel sağlıkçılar

Tababet Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun, hekimler ile birlikte diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, acil tıp teknikerleri, sünnetçiler, hasta bakıcılar ve hemşireler ile 2011 yılında getirilen Ek 13. maddeyle de, fizyoterapist, klinik psikolog, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni, tıbbî laboratuvar ve patoloji teknisyeni, tıbbî görüntüleme teknisyeni, ağız ve diş sağlığı teknisyeni, diş protez teknisyeni, ameliyat teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, iş ve uğraşı teknikeri ve terapisti tıbbî müdahale yetkisine sahip kişiler olarak belirlemektedir⁶⁶. Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının 2. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır⁶⁷.

Özel muayenehanesinde, hemşiresi ile hizmet veren hekimin ve hemşirenin sağlık mesleği mensubu oldukları ve hekimin çalıştırdığı hemşirenin fiilinden, yardımcı kişinin sorumluluğu esaslarına göre sorumlu olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁶⁸.

⁶⁶ Tababet Şuabatı Sanatların Tarzı İcrası Hakkında Kanun, Bkz hekimler, madde 1, 2; sağlık memuru, sünnetçiler ve acil tıp teknikerleri, madde 3; diş hekimleri, madde 29,30; ebe madde 47; hasta bakıcı ve hemşireler, madde 68 ve Ek madde 13.

⁶⁷ Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı, Madde 2: “*Bu Kanun, kamuya ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait ve her ne ad altında olursa olsun hastalıktan korunma, tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale ile bu maksatlara yönelik yardımcı faaliyetlerde bulunulan yerlerde, fiili olarak çalışan hekim, diş hekimi, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, fizyoterapist, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş teknisyeni, hemşire, ebe, çocuk gelişimci, protezci, optisyen ve diğer sağlık personelinin tıbbî amaçlı müdahale ve uygulamaları ile bu işlemlerden doğabilecek hukukî ve cezaî sorumluluğu kapsar*”; **Özpınar**, Berna: “Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukukî Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, ABD, Y. 2008, S. 66, s. 90-103.

⁶⁸ Yargıtay 13 HD., T. 22.05.2003, E. 2333, K. 6348 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

Tıbbî müdahale hatalarının azaltılması için bilgili ve yetenekli hekimlerin tıp dünyasına kazandırılması gereklidir. Ayrıca tıp eğitiminin kalitesinin artırılması, tıptaki gelişmelerin takip edilmesi ve bilgilerin yenilenmesi de oldukça önem taşıyan hususlardandır. Sağlık mesleği mensuplarının ise işlerini iyi yapmaları kadar hastaya yaklaşımları da önemlidir. Bu anlamda hastaya yaklaşımları katı olmamalıdır. Ayrıca hastalara empati ile yaklaşmalı, sevecen ve iyiniyetli davranmalıdırlar⁶⁹.

Kamuoyunda özellikle, basının yanlış yönlendirilmesi ve konuyla ilgili bilgisizlik nedeniyle sadece hekimlerin sorumluluğundan bahsedilmektedir. Bu durum ise yaşanan her olayda hekimlerin sorumlu tutulmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla hekim dışındaki diğer sağlık mesleği mensupları kendilerinin sorumluluk taşımadıkları düşüncesiyle görevlerinin icrasında daha ilgisiz ve dikkatsiz davranabilirler. Oysaki hekimler kadar diğer sağlık mesleği mensupları da görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri fiil ve işlemlerinden sorumludurlar⁷⁰.

Tıbbî müdahale hataları kavramı, pek çok kişinin aklına her ne kadar hekim hatası kavramını getiriyor olsa bile uygulamada diğer sağlık mesleği mensuplarının da verdikleri sağlık hizmetleriyle ilgili yargılanmaları söz konusu olmaktadır. Türk Ceza Kanunu kapsamında meslekî sorumluluk anlamında, hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının cezai sorumlulukları arasında bir ayrım yapılmadığı dikkat çekmektedir. Bu nedenle hekimlerin, meslekî sorumluluklarını düzenleyen bütün kurallar diğer sağlık mesleği mensupları bakımından da geçerlidir⁷¹.

⁶⁹ **Beyaztaş**, Fatma Yücel: “Dört Olgu Nedeniyle Tıbbî Yanlış Uygulama”, CÜTFD, Y. 2001, C. 23/1, s. 52.

⁷⁰ **Erer**, Sezer: “Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması”, UÜTFD, Y. 2010, C. 36/1, s. 35.

⁷¹ **Özkaya**, Nesrin: “Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbî Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbî Uygulama Hataları”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 182.

§ 5. KOMPLİKASYON VE KABUL EDİLEBİLİR RİSK KAVRAMLARI

Komplikasyon, hastanın veya hekimin elinde olmadan meydana gelen istenmeyen gelişmeler olarak ifade edilebilir. Bu kavram tıp dünyasında, istenmeyen olumsuz gelişmeleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁷². Örneğin, ameliyatta alınan tüm standart önlemlere rağmen enfeksiyon gelişmesi komplikasyon olarak kabul edilebilir.

Sağlık, bir yönüyle en riskli meslekler arasındadır. Zira konusu insan vücudu ve hayatı üzerinedir. Sağlık çalışanlarının, kusur olarak kabul edilecek bir hareketi olmasa bile zararlı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu şekilde ortaya çıkan, istenmeyen durumlar tıpta komplikasyon olarak isimlendirilir. Hukuk ise komplikasyon kavramını, makul karşılayarak kabul edilebilir veya izin verilen risk olarak nitelendirir. Bu nedenle, komplikasyon oluşan durumlar hatalı tıbbî müdahale olarak kabul edilmezler. Ancak burada önem kazanan nokta, hasta uygulanacak olan tedavi ve girişimler konusunda aydınlatılırken, oluşabilecek komplikasyonlar açısından da bilgilendirilmelidir. Aksi durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi de sağlık çalışanlarının sorumluluğuna yol açar. Ancak her komplikasyon izin verilen risk anlamında değildir⁷³. Tıbbî müdahalelerin neredeyse tamamı risk içerir. Eğer risk, izin verilen risk kavramı sınırları içinde kalırsa, bu durum komplikasyon olarak isimlendirilir. Komplikasyon olduğu durumlarda ise hekim hatasından söz edilemez.

Tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesindeki hareketler sebebiyle istenmeyen sonuçlar ortaya çıktığı durumlarda izin verilen risk söz konusudur. Bu durumda hekime bir sorumluluk yüklenemez. Burada asıl önemli olan hekimin, hasta ve yakınlarına karşı hastalık konusunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesidir. Ayrıca risklerin anlatılması ve yapılacak işlemler

⁷² **Savaş**, Halide: “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, Y. 2011, s. 272.

⁷³ **Çetin**, s. 33; **Ovalı**, Fatih: “Hasta Güvenliği Yaklaşımları”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010, S. 1, s 36.

için yazılı onaylarının alınmasıdır. Yapılan bu işlemler, “bilgilendirerek izin alma” olarak isimlendirilir⁷⁴.

§ 6. HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimlik kendine özgü bir meslektir ve uzun bir bilimsel geçmiş ve geleneğe sahiptir. Bu meslek icra edilirken doğayı bilmek, insanı tanımak ve el becerine sahip olmak gereklidir. Mesleğin temelinde, iyileştirme amacına yönelik özel bir yardım bulunur. Tedavi için başvuran hastanın, kendisi ve yakınları için can güvenliğinin sağlanması, refakatçi bulundurma ve ziyaretçi hakkı bulunmaktadır. Aynı zamanda hastanın, tedavisi esnasında sağlık çalışanlarından moral desteği alma ve şefkat görme hakkı da bulunmaktadır⁷⁵. Bütün diğer mesleklerde olduğu gibi, hekim de görevini icra ederken, hukuk kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. Hekimin görevini icra ederken başlıca yükümlülükleri şunlardır⁷⁶:

⁷⁴ **Çolak**, Ahmet: “Nöroşirurjide Malpraktis”, Türk Nöroşirurji Dergisi, 2002, s. 96, **Sevindik Atıcı**, Ebru: Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezaî Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69.

⁷⁵ **Deryal**, Yahya: “Hasta Hakları”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 2007, İstanbul, s.55.

⁷⁶ **Hakeri**, s. 411; **Akyıldız**, Sunay: “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 18; **Varol**, Nezi: “Sağlık Hukukunda Bilirkişilik”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 379, 380; Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’in 5’inci maddesinde sağlık çalışanlarının iş ve görev tanımlarıyla ilgili şu düzenlemeyi getirmektedir: “Sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları; a) Görevlerini, almış oldukları eğitim ve kazanmış oldukları bilgi ve beceriler doğrultusunda, verimlilik ve kalite gereklerine uygun, diğer çalışanlar ile birlikte ekip anlayışı içerisinde, multidisipliner yaklaşımla ve sağlık hizmeti sunumunun devamlılığı esasına bağlı olarak yapar. b) Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslekleri Kurulunun belirlediği sağlık mesleği etik ilkeleri, kamu görevlileri etik davranış ilkeleri ve etik ilkelerle ilgili diğer mevzuata uyar, hasta haklarını gözetir, hastalarla ve yasal temsilcileriyle etik kurallara aykırı sözlü veya yazılı anlaşma yapamaz. c) Yanıltıcı, talep artırıcı ve kendilerini övücü tanıtım yapamaz, kampanya düzenleyemez ve hiçbir şekilde reklam yapamaz. Sadece isim, unvan, dal ve adreslerini tanıtabilirler. ç) Mesleğiyle ilgili eğitim, bilimsel etkinlik, danışmanlık, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine katılır. Kurumda eğitim amacıyla bulunan öğrencilerin eğitimine destek verir. Sağlığın teşviki ve geliştirilmesi faaliyetlerine katılır, destek verir. d) Görevlerini yürütürken kendilerinin ve diğer sağlık meslek mensuplarının mesleki saygınlığını zedeleyecek davranışlardan kaçınır. e) Toplum ve bireyleri, sağlığı ile ilgili yanlış yönlendirebilecek ifade ve davranışlardan kaçınır. f) Topluma karşı etik sorumluluk anlayışına uygun olmayan davranış ile sözlü ve yazılı ifadelerden kaçınır. g) Hasta ve çalışan güvenliğini sağlamak amacıyla; güvenli çalışma ortamının sağlanması ve sürdürülebilirliği ile muhtemel risklerin giderilmesine yönelik

I. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim mesleğini icra ederken hem meslekî hem de genel hayat tecrübelerine göre hastanın zarar görmemesi için gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Ayrıca hekim tıbbî çalışmaları esnasında, meslekî kuralları uygulamak bunun yanı sıra hastanın durumuna değer vermek, tıbbî kurallara uygun davranmak ve her türlü önlemi almak zorundadır. Hastasının özelliklerini göz önünde bulunduran hekim gereksiz risk almaktan kaçınmalıdır⁷⁷.

Yargıtay bir kararında hekimin, görevinin ifasında, vekil gibi özenle davranmak zorunda olduğu, aksi takdirde hafif kusurundan bile sorumlu olacağı belirtilmiştir. Yine, hekimin hastalarının zarar görmemesi için hem meslekî hem de genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Aynı kararda hekimin, tıbbî çalışmalarında meslekî şartları yerine getirmek, hastasının durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorunda olduğu ortaya konulmuştur. Kararın devamında hekimin, tedaviyi her türlü önlemi almak suretiyle yapmak zorunda olduğu hususu üzerinde durulmuştur. Yine aynı kararda, hastanın, meslekî görev ifa eden hekimden, titiz bir özen beklemesinin haklı olduğu, bu özeni göstermeyen hekimin ise vekillik görevini gereği gibi ifa etmemiş sayılması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁸.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, genellikle üç alanda ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hastanın tedavisi alanında yani teşhis, endikasyon, tıbbî tedbirin belirlenmesi ve uygulanması, ameliyat sonrası bakım gibi; ikincisi, hastanın

uygulamaları yapar veya yapılmasını sağlar. Mesleki risklere karşı kişisel korunma tedbirlerini alır veya alınmasını sağlar. ğ) Görevi ile ilgili kayıtları tutar. h) Yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana kadar almış olduğu eğitim doğrultusunda ilk yardım gereklerini yerine getirir. ı) Mesleki uygulamalar sırasında edindiği kişisel verileri ve sağlık ile ilgili özel bilgileri, ilgili mevzuat gereği rapor düzenleme ve hastanın ya da diğer kişilerin hayatı tehlikesi söz konusu olduğu durumlar hariç, muhafaza eder ve üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli tedbirleri alır.”

⁷⁷ **Hakeri**, s. 412; **Alkanat**, Murat: “Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Y. 2002, C. 11, S. 5, s. 178.

⁷⁸ Yargıtay 13. HD., T. 04.03.1994, E. 8557, K. 2138 sayılı kararı <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

aydınlatılması ve ön muayene, üçüncüsü ise; hastanenin klinik organizasyonu yani personelin niteliği ve sayısı, tıbbî aletlerin kurallara uygunluğu, hekimlerin birbirleriyle ve diğer çalışanlarla işbirliği gibi konulardan oluşmaktadır⁷⁹.

II. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Aydınlatma yükümlülüğü uygulama ve hukukî açıdan hasta için hak, hekim için yasal bir zorunluluktur⁸⁰. Aydınlatılmış onam⁸¹ sürecinin hukuka uygun sayılması hasta ve hasta yakınlarının tıbbî olarak yeterince aydınlatılması, düşünceleri için yeterli zaman tanınması ve yapılacak uygulamaya özgür iradeleriyle karar vermiş olmalarına bağlıdır. Aydınlatmada hastaya, hastalığa konulan tanının ve tanıya uygun seçilen tedavi yönteminin özellikleri, beklenen yararları, yan etkileri, başka tedavi yöntemlerinden farklılıkları anlaşılır şekilde açıklanmalıdır. Hasta kendi vücudu ve sağlığı üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelerle ilgili olarak özgürce karar vermelidir. Başka bir ifade ile hasta yapılacak müdahaleyi kabul etmek

⁷⁹ Hakeri, s. 515.

⁸⁰ Ateş, s. 37.

⁸¹ Ateş, s. 27, Boran, Bedia: "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 11-13; Aydınlatılmış onam, "riskleri, yararları ile alternatifleri ve onlarında risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbî tedavinin, uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü" olarak tanımlanmaktadır.; Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi 26'ıncı madde: "Aydınlatılmış Onam Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir."

zorunda değildir⁸². Yetersiz aydınlatma halinde hekimin gerçekleştirdiği tıbbî uygulama hatasına bağlı bir zarar oluşmasa bile bu davranış vekâlet sözleşmesine aykırılık oluşturur. Bu durum hukuka aykırı sayılır ve yetersiz aydınlatma nedeniyle hekimin hukukî sorumluluğu doğabilir⁸³.

Hekimin, uygulanacak tıbbî yöntemle ilgili hastasını aydınlatma yükümlülüğü, yapılacak müdahalenin özelliklerine, tehlike derecesine ve meydana gelecek komplikasyonların ağırlık ve yoğunluğuna göre değerlendirilir. Eğer tıbbî müdahalenin ortaya çıkaracağı sonuç ve komplikasyonlar herkesçe kavranabilecek ve makul bir hastanın kabul edeceği nitelikteyse hekimin artık rıza alması ve aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmaz. Ancak uygulanacak tedavi yeterince denenmemiş olan bir yöntemse hekim, alınacak tedbirlerle ilgili hem hasta hem de yakınlarının dikkatini çekmek ve yöntemin henüz deneme aşamasında olduğuyla ilgili bilgilendirmekle yükümlüdür. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken hasta ve yakınlarında yanlış kanaatler uyandıracak ifadeler kullanmamalıdır⁸⁴.

Aydınlatma yükümlülüğü Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bilgilendirme kavramı ile yapılması planlanan her türlü tıbbî müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi olarak tanımlanmıştır. Bilgilendirmenin kapsamı ise *"Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme*

⁸² Çakmut, makale, s. 10.

⁸³ Akyıldız, s. 20; Kaya, Mine: "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S. 100, s. 57.

⁸⁴ Büyüksağış, Erdem: "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 54, s. 123; Deryal, Yahya: "Tıbbî Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması", Erişim Tarihi 30.11.2013, <http://www.haksay.org/files/yahya02.doc>; Özdemir, Hayrunnisa: "Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", EÜHFD, Y. 2008, C. 7, S. 3-4, s. 348.

durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.” şeklinde ortaya konulmuştur.

III. HEKİMİN KİŞİSEL EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi⁸⁵ ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁸⁶, hekime hastasını bizzat muayene etme zorunluluğu getirmektedir. Hekim, hastanın durumu hakkında bizzat bilgi sahibi olarak fikir oluşturmalıdır. Ayrıca hekim tedaviyi de bizzat kendisi yapmalıdır. Hekim, üçüncü kişilerin hasta hakkında vereceği bilgileri, kendisi denetlemeden üstlenemeyeceği gibi hekimliğin gerektirdiği tedbirlerin alınmasını da üçüncü kişilere bırakamaz. Yardımcı personel faaliyetlerine ise oldukça sınırlı bir alanda izin verilmektedir. Buna göre yardımcı personel kural olarak, sadece hazırlayıcı, destekleyici, tamamlayıcı, müşterek olarak etkide bulunucu faaliyetler açısından hekimce görevlendirilebilir⁸⁷.

Hekimin, bizzat tedavi yükümlülüğünün iki tane istisnası bulunur. Bunlardan birincisi, tedavinin niteliğine uygun olarak belirli bölümlerin yardımcı kişilere bırakılması, ikincisi ise hekimin kendi yerine başkasını koyması durumudur⁸⁸.

IV. ÖYKÜ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hastanın tedavisinin iyi yapılabilmesi için teşhisin iyi konulması gereklidir. Bunun için de hastadaki tedavi öyküsünün alınması oldukça önemlidir. Hastalık

⁸⁵ **Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi** 6'ncı madde: *“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder.”* Madde hükmü gereği hekimlik mesleğinin icrasının üçüncü kişilere bırakılması mümkün değildir.

⁸⁶ **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları** 8'inci madde Vicdani ve Mesleki Kanı: *“Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.”* Madde hükmüne bakıldığında mesleğin ifasının üçüncü kişilere bırakılması mümkün değildir.

⁸⁷ **Hakeri**, Hakan: “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s.79,80.

⁸⁸ **Hakeri**, s. 415.

öyküsü hasta veya bir yakını tarafından hastalıkla ilgili aktarılanlardan ibarettir. Hastanın öyküsünün hiç alınmaması, eksik alınması veya etkili olmayan bir öykü tekniği kullanılması gibi durumlar tıbbî uygulama hatası olarak kabul edilmektedir. Hastalık öyküsü alınmamasında tıbbî uygulama hatasından kaynaklı olarak hastanın uğramış olduğu zararlarda hekim, bu kusurlu davranışı nedeniyle tazminat yükümlülüğü altındadır⁸⁹. Hastanın acil olarak getirildiği bu nedenle kendisinden öykü alınamayan durumlarda bile hasta yakınlarından hasta öyküsünün alınması hekimin yükümlülüğüdür. Yapılan bir araştırma, hastalıkların %70’inde sadece hasta öyküsü ile teşhis konulabildiğini göstermiştir⁹⁰.

V. MUAYENE VE TEŞHİS YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Muayene hekimin ana yükümlülüklerinden biridir. Teşhisin bir parçası olan muayene, modern teşhis araç ve olanaklarıyla yapılmalıdır. Hekimin gerekli tetkikleri yapmaması veya bulgu ve tetkikleri değerlendirmemesi ağır hekim hatası olarak kabul edilmektedir. Hekim, muayene yükümlülüğü kapsamında gerekli tedavi yönteminin tespit edilebilmesi için röntgen çekilmesi, laboratuvar tetkiklerinin istenmesi gibi bir takım yöntemlerden yararlanır⁹¹. Seçilecek tedavinin isabetliliği açısından, iyi bir teşhis çok önemlidir. Teşhis hekim açısından tıbbî bir görüş ve değerlendirme olup hastalığın kesin olarak saptanması anlamına gelmez. Bir vak’ada teşhis konulamamışsa hekim röntgen, laboratuvar, mikroskopik tetkikler gibi bütün yöntemlerin denemelidir.

Teşhis koyabilmek için, gereken testleri ve muayeneyi yapan, bulguları özenle inceleyen hekim açısından teşhisin yanlış olması hekimin doğrudan sorumluluğu sonucunu doğurmaz. Zira oldukça özenli bir araştırma yapılmasına rağmen bazen belirtiler hiç tespit edilemez. Bazen de bulgular birden fazla hastalığı işaret ediyor olabilir. Aynı zamanda, hekimlerin de yeteneklerinin sınırlı olması göz

⁸⁹ **Hakeri**, Temel Kavramlar, s. 83.

⁹⁰ **Hakeri**, s. 419.

⁹¹ **Hakeri**, s. 421.

önünde bulundurulmalıdır. Ancak teşhis hatası, savunulamayacak kadar hatalı bir edim esaslı tetkiklerin değerlendirilmemesi veya ilk teşhisin, tedavide kusurlu olarak ihmal edilmesi sebebiyle oluşmuşsa bu durum hekimin sorumluluğuna yol açar⁹².

Hekimin uzaktan muayene yapması yasaktır. Bunun gibi hekimin uzaktan teşhis koyması da mümkün değildir. Ancak acil durumlarda, hekim kendisi gelinceye kadar alınması gerekli tedbirlerle ilgili telefonla bilgilendirme yapabilir⁹³.

Hekim, teşhisle ilgili kaydettiği aşama ve çabalarından ilgili hasta ve yakınlarını haberdar etmelidir. Bu durum tedaviye rıza konusu bakımından da temel teşkil eder. Zira hastanın rıza göstermesi için teşhisin bilinmesi mutlak olarak gereklidir⁹⁴.

VI. TEDAVİ ETME VE REÇETE YAZMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anayasa⁹⁵ ve Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'ndeki⁹⁶ hükümlere göre, hekim bir tedaviyi üstlenip üstlenmeme konusunda serbestçe karar alabilir. Acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası ise bu serbestliği sınırlandıran durumlardır. Ancak hastanın tedavisini kabul eden hekim artık tedavi yükümlülüğünün tüm gereklerini yerine getirmekle ve tedaviyi sürdürmekle mükelleftir. Hekim haklı bir sebep bulunmadığı sürece tedaviyi tek taraflı olarak sonlandıramaz.

Hekim hastayı farklı sebeplerle reddedebilir. Örneğin, özel muayenehanesi bulunan bir hekim önceki muayene ücretlerini ödememiş veya önceki randevularına gelmemiş olan hastasını tekrar tedavi etmekten kaçınabilir. Kamu görevlisi olan

⁹² **Zeytin**, Zafer: "Tedavi ilişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukukî (Tazminat) Sorumluluğu", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s. 108.

⁹³ **Hakeri**, Temel Kavramlar, s. 84.

⁹⁴ **Hakeri**, s. 428.

⁹⁵ Anayasa m. 18/1: "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz", Anayasa m. 48/1: "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.", Anayasa m. 49/1: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir."

⁹⁶ Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi 18'inci madde: "Tabip ve dış tabibi, âcil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."

hekimler ise Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi uyarınca haklı sebepler bulunması koşuluyla hastanın aynı gün ve aynı yerde tedavisinin garanti edilmesi koşuluyla hastalarını tedavi etmeyi reddedebilirler⁹⁷. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesine göre, hekimler mesleklerinin icrasında hiçbir etki ve baskı altında kalmadan, vicdani ve meslekî kanaatlerine göre hareket etmelidir. Bu düzenlemeden hekimlerin, tedavi yöntemini seçerken tamamen serbest olmadığını sonucuna ulaşılmaktadır. Hekim tedavi yöntemini uygularken hastanın özelliklerine göre en güvenli yöntemin tercih etmelidir. Yine hekimin, hastasını gereksiz risk altına sokmaması tedavi yükümlülüğünün bir parçasıdır⁹⁸.

TCK'nın 204 ve 210'uncu maddeleri birlikte incelendiğinde reçetenin ceza hukuku anlamında resmi nitelik taşıdığı açıktır⁹⁹. Reçete, hekim tarafından eczacıya yönelik olarak bizzat düzenlenir. Hekimden başka bir kişi tarafından reçete düzenlenmesi durumunda evrakta sahtecilik suçu oluşur¹⁰⁰. Hekim reçeteye ekonomik koşullarda gözetilmek koşuluyla, hastasının tedavisi için en iyi sonucu sağlayacak ilaçları yazma yükümlülüğü altındadır. Ancak buradaki yükümlülük hastanın kesinlikle tedavi edileceği anlamını taşımaz. Zira hekimin hasta ile arasındaki ilişki eser sözleşmesi niteliğinde değildir¹⁰¹.

⁹⁷ Hakeri, s. 435.

⁹⁸ Büyüksağış, s. 123,124.

⁹⁹ TCK (resmi belge hükmünde belgeler) 210'uncu maddenin 2'inci fıkrası : “Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

¹⁰⁰ TCK 204'üncü madde: “(1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.”

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin belirlenmesi

VII. TIBBÎ TEKNİK KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Teknolojik gelişmelere paralel olarak günümüzde tıbbî tedavide insan yerine gittikçe makine kullanımı yaygınlaşmaktadır. Pahalı olan insan edimine karşı makine kullanılması tedavinin daha ucuza mal edilmesini sağlamaktadır. Ancak insan edimine hukukî sorumluluk yüklenebilirken makineye sorumluluk yüklemek mümkün değildir.

Teknik aletlerin daha sık kullanılır hale gelmesi hekim ve yardımcı sağlık personeline bu cihazların kullanımını bilme zorunluluğu getirmektedir. Cihazların kullanımından kaynaklanan zararları azaltmak için cihaz kullanıcılarının, üretici firmanın ve işletmenin uyumlu bir şekilde çalışması adeta bir zorunluluk haline gelmektedir.

VIII. TEDAVİYİ KESME VE KAYIT TUTMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ve hayatını korumak için yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinin esaslı unsurlarından biri de önceki bölümlerde değinildiği üzere hastanın rızasının bulunmasıdır. Bu durumdan anlaşılacağı üzere hastanın istemediği bir müdahalenin yapılması hukuka aykırılık oluşturur. Dolayısıyla tedaviyi istemek veya reddetme hastanın temel haklarından biridir. Sonuç itibarıyla tedavi hakkı esas itibarıyla hastaya ait olan bir haktır, hekimin tedavi etme hakkından bahsetmek mümkün değildir¹⁰². Bu doğrultuda hasta tedaviden vazgeçtiği takdirde artık hekimin tedaviyi sürdürmesi mümkün olmaz.

Hekim veya çalışmakta olduğu işletme, hekimin tedavisi veya ameliyatı hakkında bakım tedbirlerini de içerecek şekilde ayrıntılı, özenli ve tam bir kayıt tutmalıdır. Sürecin bu şekilde kayıt altına alınması daha sonraki tıbbî müdahalelerin

¹⁰² **Hakeri**, s. 436; **Hancı**, İ. Hamit: "Hekimin Tıbbî Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 134.

yapılması açısından büyük önem taşır¹⁰³. Örneğin hastanın yaşının yanlış kaydedilmesi sonucu hastaya yanlış dozda ilaç verilmesi tıbbî hata niteliğindedir.

Kayıt tutma öncelikle hekimin hafızasının canlılığını sağlar. Ayrıca tedavinin güven içinde yapılması, delillerin saklanması ve sorumluların hesap vermesini sağlama açısından da önem taşır. Hasta dava açmışsa sağlık mesleği mensupları kendilerini tutulan kayıtlar ile savunabilirler¹⁰⁴.

Hastanın öyküsü, şikâyetleri, tedavi ve teşhis, hatta hastanın danışma amaçlı başvuruları, teşhise ilişkin çabalar, fonksiyon bulguları, verilen ilaçların türü ve dozu, hekimin verdiği talimatlar, standart tedaviden sapma, gelişim süreci, hastanın aydınlatılması, operasyonun gelişimi, anestezinin gelişimi, beklenmeyen olaylar, ameliyat esnasında hekimin değişmesi, başlangıç kontrolleri, yoğun bakım, taburcu raporu, taburcu edilirken yapılan tavsiyeler ve hatta hasta ile yapılan telefon görüşmeleri gibi hususlar kayıt altına alınmalıdır. Şekil açısından özel bir düzenleme mevcut olmadığından uzman kişilerce anlaşılır şekilde yazı ile ya da tamamen dijital olarak kayıt tutulması mümkündür.

Bazı durumlarda bir problem oluştuğunda önceden tutulan kayıtlar üzerine ekleme yapıldığı veya kayıtların değiştirildiği görülmektedir. Bu yanlış hareket önem taşımasa ve iyiniyetli olarak yapılmış olsa bile değiştirme ve eklemeler sahtecilik olarak değerlendirilir. Bu nedenle kayıtlar zamanında tutulmalı, sonradan ekleme ve değiştirme yapılmamalıdır¹⁰⁵.

IX. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kişiler özel hayatlarıyla ilgili olayların başkaları tarafından öğrenilmesini istemezler. Ancak bireysel yarar söz konusu ise bu durum ortadan kalkar. Tedavi olmak isteyen hasta aralarındaki güven ilişkisinin sonucu olarak hekime en mahrem

¹⁰³ **Hakeri**, Temel Kavramlar, s. 90.

¹⁰⁴ **Zeytin**, s. 109, 110.

¹⁰⁵ **Çetin**, s. 39; **Altındış**, Selma: "Sağlık Hizmetlerinde Olay Raporlama ve Hasta Güvenliğine Etkileri", Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010 S. 1, s. 17.

ve özel hallerini açar¹⁰⁶. Sır saklama yükümlülüğü Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi 4'üncü maddede düzenlenmiştir ¹⁰⁷. Sır saklama yükümlülüğü sağlık mesleği mensuplarının sadakat yükümlülüğünün doğal bir uzantısıdır. Burada sır kavramı belirli kişiler tarafından bilinen korunmaya değer durum ve vak'aları ifade etmektedir. Hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisini sebebiyle hastanın hekime aktardığı bilgiler gizli kalmalı üçüncü kişilere aktarılmamalıdır¹⁰⁸. Bu kavramın içeriğine hastalıkla ilgili ayrıca hastanın kişisel, ailevi, meslekî, ekonomik durumlarıyla ilgili bilgiler dâhildir¹⁰⁹.

Bu yükümlülüğün doğması hasta tarafından aktarılan bilgilerin hekimin mesleğinden dolayı aktarılmış olmasına bağlıdır. Kişisel nedenlerle yapılan aktarımlar sır saklama yükümlülüğü kapsamında değildir¹¹⁰. Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hastanın rıza göstermesi, zorunluluk hali, yetkili merciin emri ve kanun hükmünün yerine getirilmesi gibi hallerde kalkar¹¹¹.

Hekimlik meslek etiği bakımından sır saklama yükümlülüğü, özellikle estetik cerrahi, kısırlaştırma gibi özel tıbbî müdahaleler açısından daha çok özen taşıır¹¹². Genel anlamda toplumun ayıplayacağı, tiksineceği, hastanın ekonomik durum ve geleceğini etkileyen saklanması fayda bulunan bilgi ve olaylar sır olarak

¹⁰⁶ **Donay**, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 6.

¹⁰⁷ **Deryal**, Problemler, s. 180; Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi Madde 4: “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.*”

Tıbbî toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.”

¹⁰⁸ **Deryal**, Yahya: “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması Ve Beden Mahrumiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 73, 74.

¹⁰⁹ **Doğan**, Cahid: “Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 105.

¹¹⁰ **Özdemir** Hayrunnisa: “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 1, s. 138.

¹¹¹ **Hakeri**, s. 471.

¹¹² **Özpınar**, Berna: “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 31.

nitelendirilebilir. Örneğin evli olmayan kadının hamile kalması, kadının çocuk düşürmesi, intihar, eşcinsellik, evlilik dışı cinsel ilişki, frengi, AİDS gibi hastalıklar sayılabilir¹¹³.

Türk Ceza Kanunu'nun 280'inci maddesinde sağlık mesleği mensuplarına bir sorumluluk yüklenmektedir. Madde hükmü şu şekildedir: *“Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.’ Bu düzenlemeden hekimin sır saklama yükümlülüğüne, suçu bildirme yükümlülüğü ile bir istisna getirildiği kabul edilmelidir¹¹⁴.

X. BİLİRKİŞİLİK YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

HMK ve CMK'da yer alan benzer düzenlemelere göre hâkim, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Zorunlu bilirkişilik durumları haricinde bilirkişi tayin edilmesi hâkimin takdirindedir.

Hâkim, hekimi ceza muhakemesinde kusur yeteneğinin tespit edilmesi için, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında, moleküler genetik inceleme yapılmasında, yaralama ve ölüm nedenlerinin tespitinde, kandaki alkol oranı ve kan grubu tespitinde, vasi atanırken fiil ehliyetinin tespitinde, meslekî sakatlık ve işgöremezlik konularında, hastanın ölümü ile ameliyatın başarısızlığı arasındaki illiyet bağının tespitinde, hekimin hastayı aydınlatıp aydınlatmadığı konularında bilirkişi atayabilir. Uygulamada hâkim, bilirkişiye başvurduğunda tıbbî hatanın bulunup bulunmadığı, sorumlusunun kim olduğu, meydana gelen zararda mağdurun

¹¹³ Hakeri, s. 472; Hancı, s. 136.

¹¹⁴ Bulut, Pınar: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 83.

da sorumluluğu bulunup bulunmadığı ve illiyet bağının tespit edilmesi gibi hususların aydınlatılmasını istemektedir.

Hekimler, genel anlamda bilirkişilik yapmak zorunda değildir. Ancak Adli Tıp Kurumu gibi resmi bilirkişilikle görevlendirilenler, il adlî yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan kişiler, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler ve incelemenin yapılması için gerekli mesleği resmen yapmaya yetkili olanlar, bilirkişilik görevini yerine getirmek zorundadır¹¹⁵. Ancak bu durumlarda dahi hekim, tanıklıktan çekilme hakkı ve sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bilirkişilikten çekilebilir. Mahkeme de hekimin iş yükünün çok fazla olması veya hastayı daha önce tedavi etmiş olması gibi durumlarda hekimin bilirkişilik yükümlülüğünü kaldırabilir¹¹⁶.

XI. KİMLİK TESPİTİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim, SGK'nın, maddi kayıplarını engellemek amacıyla tedavi için kendine başvuran hastaların kimlik tespitini yapmak zorundadır. Hekimin bu yükümlülüğü başkasına devretmesinde bir engel bulunmaz. Buna göre, hastanın müracaatı aşamasında kimlik tespiti tıbbî sekreter veya hemşire gibi yardımcı sağlık personeli tarafından yapılabilir. Bu durumda hekimin kimlik tespiti zorunluluğu ortadan kalkar¹¹⁷.

XII. SADAKAT BORCU

Hekim sadakat borcu kapsamında hastasının sağlığını korumak için gereken her şeyi yapmak zorundadır. Hekim mesleğini icra ederken hastaya zarar verecek her türlü şeyden kaçınmalıdır. Bu anlamda hekim dürüst davranmalı ve hastanın güvenini sarsmamalıdır. Kendi parasal çıkarını hastasının çıkarlarına tercih

¹¹⁵ Deryal, (Bilirkişilik), s. 273.

¹¹⁶ Hakeri, s. 478.

¹¹⁷ Hakeri, s. 483.

etmemelidir. Yine tedavi ücretini arttırmak amacıyla hastaya yanlış bilgi vermemeli, gereksiz yere tedaviyi uzatmamalı, fazla ücret alabilmek için gereksiz tedaviler uygulamamalıdır¹¹⁸.

Hekim, sadakat borcu kapsamında sadece meslekî değil genel hayat tecrübesine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermekle mükelleftir. Tıbbî çalışmalarında bazı meslekî şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözeterek uygulamak, tedaviyle ilgili her türlü tedbiri almak zorundadır. Örneğin, tıbbî müdahalede kullanılacak malzemelerin sterilizasyonu kontrol edilmelidir. Ayrıca hekim, tereddüde düştüğü hallerde bu tereddüdü ortadan kaldırmak için gereken araştırma ve tetkikleri yapmalı ve hasta için koruyucu tedbirler almalıdır¹¹⁹.

§ 7. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hastanın sağlığına kavuşması için tek başına hekimin göstereceği çaba yeterli değildir. Hasta kendisi de hekimle birlikte aynı sonuca ulaşmak için çaba göstermelidir. Hastanın, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği durumlarda, tıbbî müdahale hatası sebebiyle ortaya çıkan zararlarda açılan tazminat davası reddedilebileceği gibi tazminat miktarı da düşürülebilir. Aynı zamanda hastanın yükümlülüğünü ihmal etmesi sebebiyle sağlık çalışanları zarar görmüşlerse bu durumda hastanın tazminat sorumluluğu doğabilir.

Hastanın hekimden tıp etiğine ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırı taleplerde bulunması yasaktır. Yine hasta mesleğini icrası ederken hekim üzerinde psikolojik, sosyal ve fiziksel baskı kurmaya çalışamaz. Aynı zamanda hasta, hekim ve sağlık çalışanlarının çalışma saatlerine saygı göstermek zorundadır. Bu anlamda hasta randevu tarih ve saatlerine uygun davranmalılardır. Hasta, refakatçi ve ziyaretçileri

¹¹⁸ **Doğan**, Murat: “Hadımlaştırmadan Doğan Hukukî Sorumluluk”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 147.

¹¹⁹ **Büyüksağış**, s. 124; Yargıtay 13. HD., T. 06.11.2000, E. 8590, K. 9569 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 17.02.2014.

hastanedeki temizlik ve hijyen kurallarına uygun davranmalılardır. Hastane içindeki cihazlara zarar vermekten kaçınmalı aynı zamanda hastane huzurunu bozacak tarzda davranışlar sergilememelidirler. Hasta, sosyal güvenlik kurumlarının sağladığı olanaklardan usulüne aykırı olarak yararlanma talebinde bulunamaz. Ayrıca hasta durumuyla ilgili gerçeğe aykırı belge ve doküman verilmesini isteyemez. Hasta sağlık çalışanları ve hekime saygı ve nezaket kuralları çerçevesinde davranmalıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 42'inci maddesinde hastanın yükümlülükleri şu şekilde sayılmıştır¹²⁰:

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

Hastanın başlıca yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir¹²¹.

I. İŞBİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tedavinin başarıya ulaşması için hasta mutlaka sağlık mesleği mensupları ile işbirliği yapmalıdır. İşbirliği kavramı içinde hastanın ilaçlarını düzenli kullanması, verilen diyetle uyması, düzenli konsültasyon gibi yükümlülükler mevcuttur. Kural olarak hastanın işbirliği konusunda hukuksal bir yükümlülüğü bulunmaz. Bununla

¹²⁰ Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 08.05.2014 tarih, 28994 nolu Resmi Gazete

¹²¹ Hakeri, s. 483.

birlikte eğer hasta işbirliğine yanaşmamış ve tıbbî tedaviden kaynaklı bir zarar ortaya çıkmışsa, haksız fiil sorumluluğunun genel ilkelerine göre hasta kendisi de müterafık kusurlu¹²² sayılır.

İşbirliği, hasta öyküsünün verilmesi esnasında başlar. Çoğu kez hastaların utanmaları veya unutkanlıkları sebebiyle öyküleme tam yapılamaz ve bu durum teşhis ve tedavide gecikmelere neden olur. Hekimin tavsiyelerine uyulmaması işbirliği yükümlülüğünün önem kazandığı durumlardandır. Hastanın, hekimin tavsiyelerine uymamasının sebebi kendi kişiliği, hastalığından kaynaklı baskı, ilaçların yan etkilerinden çekinme, ilaç sayısının fazla olması gibi hallerden kaynaklanabilir¹²³.

II. TAVSİYELERE UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim, hastayı doğru teşhis koyduğu ve yazdığı ilaçların tedavide en etkili ilaçlar olduğu konusunda ikna etmelidir. Uygulamada hekimden veya tedavisinden memnun olmayan hastanın hekimin tavsiyelerine uymadığı gözlemlenmektedir. Hekimin tavsiyeleri hastanın günlük hayatını ne kadar az etkiliyorsa hasta tarafından o kadar dikkate alınmaktadır. Özellikle günlük hayatta büyük değişiklikler gerektiren tavsiyeler ve karışık hekim tavsiyelerine uyulmadığı gözlemlenmektedir¹²⁴. Hekimin tavsiyelerine uyulmaması sebebiyle oluşan zararlarda hekimin tazminat yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca hekim, bu durumda tedaviden kaynaklı ücretini isteyebilir.

III. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Uygulanan tedavinin başarılı olması hastanın muayene ve müdahaleye katlanmasına bağlıdır. Ayrıca hasta bu başarının sağlanması için kendine düşen

¹²² Eren, s. 582, Müterafık kusur, üçüncü bir şahsın kusuruyla zarar uğrayan ve bu sebeple tazminat talep hakkı olan kimsenin zararın doğumuna kendisinin de iştirakinin bulunmasıdır. Kusur sorumluluğu hallerinde söz konusu olan bu durumda fiilden zarar gören, faile böyle bir zarar verdiğinde kusurlu sayılabiliyor ise zarar görenin kusuru gerçekleşmiş sayılır.

¹²³ Hakeri, s. 483.

¹²⁴ Hakeri, s. 484.

sorumlulukları yerine getirmelidir. Katlanma yükümlülüğü hastanın pasif işbirliğini içerir. Bu yükümlülüğün sınırı hastanın kendi geleceğini belirlemesidir. Hasta yapılmasını istemediği bir müdahaleye katlanmak zorunda değildir. Ancak bazı durumlarda katlanma yasal bir zorunluluktur. Örneğin ceza kovuşturması sırasında şüpheli vücut muayenesine katlanmak zorundadır. Bunun gibi medeni yargılamada da babalık davası sırasında davalı baba gerekli örneklerin alınmasına katlanmak zorundadır. Bu çeşit yasal zorunluluktan kaynaklı müdahalelerde bile müdahale kişinin sağlığını tehlikeye atmamalı ve müdahale sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmalıdır.

IV. BİLDİRME VE ÜCRET ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hastanın öyküsünü alınırken ayrıca muayene ve teşhis sırasında hekim, hastanın önceki hastalıklarını ve hassasiyetlerini sormak zorundadır. Hasta bu soruları bilerek veya ihmal neticesinde hekime bildirmemişse bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmış olur.

Hekimler ve hastaneler, hastadan bakım ve tedavi için gereken giderler için ücret alma hakkına sahiplerdir. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 29'uncu maddesine göre, hasta, ücret konusunda tedavi başlamadan önce bilgi isteyebilir. Aynı maddenin devamında ve Tıbbî Deontoloji Tüzüğü 32'inci maddesinde ise hekim ve diş hekimlerinin, kendi meslektaşları ile meslektaşlarının bakmakla mükellef oldukları usul ve fûruları ile karı ve kocalarının muayene ve tedavileri için ücret almamasının uygun olduğu vurgulanmaktadır. Hekim, bu durumlarda ücret almasa bile zaruri masrafları isteyebilir. Ayrıca yine Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 30'uncu maddesi ile hekimin, maddi durumu ne olursa olsun, zorunlu olmadıkça hastaya, pahalı ilaç ve yöntemleri öneremeyeceği, gereksiz harcamalar yaptıramayacağı düzenlenmiştir.

§ 8. HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliği hekimin kamu hastanesinde, özel hastanede ve bağımsız çalışması durumlarına göre değişiklik arz etmektedir. Buna göre:

II. BAĞIMSIZ ÇALIŞAN HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bağımsız çalışan hekim ile hastası arasında üç ayrı hukukî ilişki söz konusu olabilir¹²⁵. Bunlardan birincisi sözleşmeden kaynaklı hukukî ilişki, ikincisi vekâletsiz iş görme ve üçüncüsü haksız fiilden doğan hukuki ilişki şeklindedir.

A. Sözleşme

Hukukî ilişki çeşidinin sözleşme olması durumunda baskın görüş, bu sözleşmenin, vekâlet sözleşmesi olduğudur. Dolayısıyla Borçlar Kanunundaki vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur¹²⁶. Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin iş ya da hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmeyişinin sebebi, hasta ile hekim arasında bir ast-üst ilişkisi ve bağımlılık unsurunun söz konusu olmamasıdır. Hekim burada, vekâlet sözleşmesinin niteliğine uygun olarak hastaya karşı görevlerini icra ederken nispi bir bağımsızlık içinde görevini yapmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin yazılı yapılması şart değildir¹²⁷.

¹²⁵ Özdemir, Hayrunnisa: “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 295; Şenocak, Zariye: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998, s. 16.

¹²⁶ TBK madde 502: “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”

¹²⁷ Savaş, Nuriye: “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 160, 161.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme tedavi sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi gibi isimlerle anılmaktadır. Bu sözleşmenin kurulması hasta ile hekimin, bir sonuca ulaşmak amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarına bağlıdır. Sözleşmenin kuruluşunda sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olduğundan hasta, tedavi olmak isteyeceği hekimi serbestçe belirleyebilir. Hekim de istisnai durumlar haricinde¹²⁸ hastanın tedavisini üstlenip üstlenmeme konusunda seçim hakkına sahiptir.¹²⁹

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında, muayenehanesinde faaliyet gösteren doktorun hasta bakmasının, vekâlet sözleşmesi oluşturacağı yönünde görüş bildirmiştir. Kararda vekil sayılan hekimin, vekâlet görevine konu olan işlerini yaparken, yöneldiği sonuca ulaşamamasından sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlerin, eylemlerin ve davranışlarının özensizliğinden kaynaklı ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulacağını benimsemiştir. Kararın devamında vekil olan hekimin, işçi gibi özenle davranmak zorunda olduğu ve hafif kusurundan bile sorumlu olacağı, ayrıca hekimin, hastanın zarar görmemesi için gereken bütün meslekî şartları yerine getirmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca hekimin, hastanın durumunu tıbbî olarak gecikmeksizin saptayarak somut olaya göre hasta için gereken önlemleri eksiksiz bir biçimde almak, tedavi yöntemlerinden en uygun olanı seçerek gecikmeksizin uygulamak, tedavi yöntemini belirlerken hastasının ve hastalığın özelliklerine göre en güvenilir ve en risksiz yöntemi seçerek hastasını gereksiz yere riske atmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yine kararın devamında, hasta açısından en düşük seviyede olsa bile şüphe duyulan durumlarda bu şüphenin ortadan kaldırılması için gerekli araştırmaları yapmak zorunda olduğu; hastanın ise hekiminden, hekimlik mesleğinin gerektirdiği tüm dikkat ve ihtimamı göstermesini, beden ve ruh sağlığıyla ilgili bütün tehlikelerden kendini bilgilendirmesini beklemek hakkı bulunduğu vurgulanmaktadır. Kararın devamında ise gerekli özeni

¹²⁸ **Ayrıntılı bilgi için bkz Hekimin Tedavi Yükümlülüğü.**

¹²⁹ **Savaş**, s. 299.

göstermeyen hekimin, vekâleti gereken şekilde ifa etmemiş sayılacağı işaret edilmiştir¹³⁰.

Vekâlet sözleşmesi ile bağlı olan hekim, görevini ifa ederken yöneldiği sonuca ulaşamamasından değil, sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle yürütülmesinden sorumludur¹³¹.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 75'inci maddesinde, bu kanuna tabi kişilerin cezai sorumluluğunun belirlenmesi için Yüksek Sağlık Şurasına başvurulacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm son zamanlara kadar hukukî sorumluluk için de geçerliydi. Adı geçen kanuna tabi olan hakkında tazminat davası açılan kişiler için ihmal ve kusur durumunun tespiti için Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınıyordu. Bu uygulama üyeleri genellikle hekimlerden oluşan Şuranın, kanuna tabi olan meslektaşları lehine ve onları himaye eden şekilde görüşler bildireceği nedeniyle eleştirilere maruz kalmaktaydı. Yargıtay'ın da sadece Şura'dan alınan kararların yeterli olmayacağı, hukuk davaları bakımından Şura kararlarının bağlayıcı olmadığı ve Şura'nın zorunlu bilirkişi kurulu olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır¹³².

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak estetik ameliyatların hukukî niteliğiyle ilgili farklı görüşler bulunmasıdır. Bir görüşe göre¹³³ estetik ameliyatlar da vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Buna göre estetik ameliyatı yapan hekim, diğer tıbbî müdahalelerde olduğu gibi, herhangi bir sonuç ortaya koymayı taahhüt etmez. Dolayısıyla hekim işini sadakat ve özen

¹³⁰ Yargıtay 13. HD., T. 21.05.2007, E. 2531, K. 7045 sayılı kararı; Bakınız benzer kararlar için Yargıtay 13. HD., T. 06.03.2003, E. 13959, K. 2380 sayılı; Yargıtay 13. HD., T. 21.12.2006, E. 13122, K. 16638 sayılı; Yargıtay 13. HD., T. 01.12.2005, E. 11653, K. 17791 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014; Çelik, Ahmet Çelik: "Hekimlerin Ve Hastanelerin Sorumluluğu", Erişim tarihi 11.12.2013, <http://www.tazminat.hukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.html>.

¹³¹ Büyüksağış, s. 102,103.

¹³² Yargıtay 13. HD., T. 04.03.1994, E. 8557, K. 2138 sayılı; Yargıtay 21. HD., T. 09.02.2004, E. 10347, K. 765 sayılı; Yargıtay 13. HD., T. 01.12.2005, E. 11653, K. 17791 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014; Orhunöz, s. 222 .

¹³³ Hakeri, s. 217.

borcuna uygun şekilde yerine getirmişse, ameliyat sonucunun hastayı memnun edip etmemesi önem taşımaz. Doktrinde ve uygulamada ise baskın görüş ise estetik ameliyatın eser sözleşmesi olduğudur. Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunun 470'inci maddesinde yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Buna göre, estetik müdahaleyi yapan hekim eser sözleşmesinde olduğu gibi ortaya bir sonuç çıkarmalıdır. Eğer hekim taahhüt ettiği sonucu ortaya koyamamış ise başka bir ifadeyle yapılan müdahale hastayı istediği sonuca ulaştırmamışsa hekimin sorumluluğu doğar. Yargıtay'da aynı görüştedir¹³⁴. Eser sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden en temel farkı yüklenicinin ortaya bir eser çıkarmasıdır. Ayrıca eser sözleşmesinin mutlaka bedel karşılığında yapılması gerekirken vekâlet sözleşmesinde bu şart mevcut değildir¹³⁵. Eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi hekimin, işini sadakat ve özenle yapma borcu devam etmektedir¹³⁶.

Hekim muayenehanesinde yardımcı sağlık mesleği mensubu ile birlikte çalışıyorsa adam çalıştırmanın sorumluluğu esaslarına göre bu kişilerin fiilleriyle sebep oldukları zararlardan sorumlu olur¹³⁷.

B. Vekâletsiz İş Görme

Kişinin başka birisi hesabına bir işi yapabilmesi için kural olarak kendisine vekâlet verilmesi gerekir. Eğer vekâlet olmaksızın başkası hesabına bir iş yapılmışsa bu vekâletsiz iş görme olarak anılır¹³⁸. İş sahibi hesabına yapılan iş, iş sahibi tarafından yasaklanmamışsa caiz olan vekâletsiz iş görme; yapılan iş, iş sahibi

¹³⁴ **Hakeri**, s. 218, Yargıtay 13 HD., T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹³⁵ **Zevkliler**, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s. 332.

¹³⁶ **Petek**, Hasan: "Estetik Amaçlı Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", DEÜHFD, C. 8, S. 1, s 188, 189.

¹³⁷ Yargıtay 13 HD., T. 22.05.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348 sayılı kararı.

¹³⁸ **Zevkliler**, s. 376.

tarafından açıkça yasaklanmışsa veya iş sahibinin çıkarlarına aykırı ise caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusudur. Vekâletsiz iş gören, iş sahibinin çıkarlarına uygun davranmakla mükelleftir. Aynı zamanda iş sahibinin gerçek veya tahmin edilen amacına da uygun davranmalıdır. İş görenin aşırı özen borcu da bulunur. Bu sebeple bütün ihmal ve kayıtsızlığından sorumludur¹³⁹.

Hekim, hasta ile arasında sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen hasta yararına tıbbî müdahalede bulunabilir. Bu durum hastanın, sözleşmenin kurulması için geçerli irade beyanında bulunamadığı hallerde ortaya çıkmaktadır¹⁴⁰. Hekimin tıbbî müdahaleden dolayı vekâletsiz iş görmeye göre sorumluluğu, ameliyatın genişletilmesi gereken hallerde, hastanın bilincinin yerinde olmaması sebebiyle iradesini beyan edemediği hallerde söz konusu olabilir. Acil durumlarda ise sözleşme ilişkisi kurmak mümkün olmayacağından hekimin vekâleti olmaksızın hasta lehine yapmış olduğu tıbbî müdahale, vekâletsiz iş görme ilişkisi olarak değerlendirilmektedir¹⁴¹.

C.Haksız Fiil

Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı ve vekâletsiz iş görmenin de oluşmadığı hallerde ise haksız fiile ilişkin hükümler esas alınmaktadır. Hekimin meslek kurallarına aykırı davranmasından kaynaklı zararlarda hekimin her davranışı hukuka aykırıdır. Bu durumda arada sözleşme ilişkisi varsa sözleşmeye aykırılık aksi halde haksız fiil sorumluluğu söz konusudur¹⁴². Hekimin haksız fiil

¹³⁹ **Zevkliler**, s. 378.

¹⁴⁰ **Şenocak**, s. 102.

¹⁴¹ **Hakeri**, s. 497, **Canbolat**, Ferhat: “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbî Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 80, s. 167.

¹⁴² **Hakeri**, s. 497.

sorumluluğunun doğabilmesi için olayda haksız fiilin unsurlarının oluşması gereklidir¹⁴³.

III. ÖZEL HASTANE İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

Hastanın başvurduğu sağlık kurumu özel hastane ise hekim ile hasta veya yardımcı personel ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmaz. Burada doğrudan doğruya hasta ile özel hastane arasında sözleşme kurulmuş olur. Hekim bu durumda hastane adına hizmet ifasında bulunan kişi konumundadır. Yargıtay kararlarında da hastanenin istihdam eden sıfatıyla sorumlu olduğu açıklanmaktadır¹⁴⁴.

Özel hastaneleri denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan devletin, özel hastanelerde gerçekleşen tıbbî müdahalelerden kaynaklı zararlarda bir sorumluluğu bulunmaz. Ancak denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklı bir zarar ortaya çıkmışsa devletin bu zararlardan dolayı sorumluluğuna gidilebilir.¹⁴⁵

Özel hastane ile hasta arasında ortaya çıkabilecek hukukî ilişki, vekâlet sözleşmesi, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme şeklindedir¹⁴⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında hekim ile birlikte özel hastanenin de adam çalıştıran ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluk taşıdığını belirtmektedir. Ayrıca özel hastane işletenin, tacir sıfatı taşıdığı bu sebeple de basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği kabul edilmektedir. Yine aynı kararda verilen hizmetin yaşam hakkına ilişkin kamusal nitelikli sağlık hizmeti olması sebebiyle hastanın ve

¹⁴³ **Canbolat**, s. 171, **Abik**, Yıldız: “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 269; **Ayrıntılı bilgi için bkz Haksız Fiil**.

¹⁴⁴ Yargıtay HGK, 11.12.2002: “Adli Tıp Genel Kurulu raporuna göre anılan doktorların olayda 5/8 oranında kusurlu bulundukları, diğer davalı hastanenin de istihdam eden sıfatıyla BK. 55 maddesi hükmünce sorumlu olduğu...”, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹⁴⁵ **Hakeri**, s. 499; **Polat**, s. 123.

¹⁴⁶ **Erol Hatırnaz**, Gültezer: “Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 191; Yargıtay 13. HD., T. 07.07.2006, E. 6143, K. 11224 sayılı; Yargıtay 13. HD., T. 18.06.2007, E. 2916, K.8485 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

yakınlarının her türlü zarardan korunması için azami ölçüde özen ve sadakat gösterilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Kararın devamında bu özenin başta hekim olmak üzere istihdam edilecek bütün sağlık çalışanlarının gerek seçimi gerekse denetimi açısından geçerli olduğu zikredilmektedir¹⁴⁷.

IV. KAMU HASTANELERİ İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

Kamu hastaneleri vatandaşlara sağlık hizmeti sunan teşekküllerdir¹⁴⁸. Hastanın tedavi için kamu hastanesine başvurduğu durumlarda da ortaya çıkabilecek hukukî ilişki üç türdür: bunlar kamu hukuku ilişkisi, vekâletsiz iş görme ve haksız fiil şeklindedir¹⁴⁹.

A. Kamu Hukuku İlişkisi

Hastanın tedavi olmak için kamu hastanesine başvurduğu hallerde kamu hastanesi ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmaz. Kamu görevlisi sıfatıyla tedaviyi üstlenen hekim ve diğer sağlık çalışanları arasında doğrudan bir ilişki bulunmaz. Burada hasta bakımından kamu hizmetinden yararlanma söz konusudur. Bu nedenle, hasta yapılan tıbbî müdahaleden zarara uğramışsa doğrudan hekim ya da sağlık çalışanlarına değil hizmet kusuru sebebine dayanarak kamu hastanesinin bağlı olduğu devlet kurumuna karşı idari yargı davası açmalıdır¹⁵⁰. Zira kamu hastanesinin ve sağlık çalışanlarının sorumluluğu kural olarak hizmet kusuru niteliği taşır. Ancak hekim veya diğer sağlık personelinin tıbbî müdahalede, haksız fiil

¹⁴⁷ Yargıtay HGK, T. 23.6.2004, E. 13-291, K. 370, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹⁴⁸ Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 171.

¹⁴⁹ Özdemir, Hayrunnisa: "Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 15, S. 1-2, s. 177.

¹⁵⁰ Danıştay 10. HD, T. 08.12.1997, E. 1996/2121, K. 1997/5476 sayılı; Danıştay 10 HD., T. 09.10.1995, E. 1994/2110, K. 1995/4255 sayılı; Danıştay 10. HD., T. 19.10.1999, E. 1997/3565, K. 1999/5224 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

niteliğinde, başka bir anlatımla görevden ayrılabilir kişisel kusurları bulunması halinde adli yargı yerinde dava açılabilir¹⁵¹.

Sağlık kurumu, kamu hastanesi ise hasta ile hastane arasındaki ilişkisi sözleşme olmadığından, Kamu hastanelerinden alınan hizmet sonucu oluşan zararlarda sözleşme ilişkisi değil idare hukuku ilişkisi söz konusudur¹⁵². Haliyle sorumluluk özel hukuk kurallarına göre değil kamu hukuku kurallarına göre belirlenmelidir. Ancak hastanenin kamu hastanesi olması durumunda da ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğunu savunan hukukçular da bulunmaktadır¹⁵³.

Kamuya ait hastanelerde çalışan hekim ve sağlık çalışanlarının hatalı tıbbî müdahalelerinde idare hukuku esasları geçerli olur. Hatta vakıf üniversitelerine bağlı tıp fakülteleri için de idare hukuku esasları geçerlidir¹⁵⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, davalının, görevi dışındaki kişisel kusuruna dayanmayan, dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle ortaya çıkmış olsa bile görev sırasında gerçekleştirdiği eyleminin, görevle ilgili olması nedeniyle hizmet kusuru sayılacağı, bu nedenle husumetin kamu görevlisine değil, idareye yöneltilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yine aynı kararda, Anayasa'ya ve Devlet Memurları Kanunu'na göre, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurlu davrandıkları gerekçesi ile haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmalarını engellemek, kamu hizmetinin yürütülmesini sekteye uğratmamak ve zarara maruz kalan kişiyi memur veya diğer kamu görevlilerine nazaran ödeme gücü daha yüksek olan devleti sorumlu tutarak kamu düzenin korunması hedeflendiği üzerinde

¹⁵¹ **Çelik**, Sorumluluk, s. 7, <http://www.tazminathukuku.com /arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.html>, Erişim tarihi 11.12.2013.

¹⁵² **Çağlayan**, Ramazan: “Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari sorumluluk”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, Y. 2007, s. 33.

¹⁵³ **Hakeri**, s. 499; **Deryal**, Yahya: “Hekimin Hukukî Sorumlulukları”, Erişim Tarihi 30.11.2013, s. 1-7, <https://haksay.org/files/yahya04.doc>.

¹⁵⁴ **Canbolat**, s. 156.

durulmaktadır¹⁵⁵. Ancak salt memurun kişisel kusuru sebep gösterilerek açılacak tazminat davalarında, kişiler aleyhine idari yargıda dava açılmayacağından adliye mahkemeleri yetkilidir. Ayrıca sağlık personelinin hatalı tıbbî müdahaleleri ile gerçekleşen ölümlerde sebep salt memurun kişisel kusuru ise artık tazminat davası idareye karşı değil, müdahaleyi yapan kişi aleyhine, adliye mahkemelerinde açılmalıdır¹⁵⁶.

Bir başka Yargıtay kararında ise Anayasanın 129/5'inci maddesinde: *'Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve Kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir'* hükmünün öngörüldüğü belirtilmiştir. 657 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinde de aynı hususun vurgulanmasından bahisle, memurun yetkilerini kullanması kavramının, görevlerini yaparken biçiminde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Kararın devamına ise normlar hiyerarşisine uygun şekilde, önce Anayasa ve sırasıyla kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerinin uygulanması prensibine göre, eylem veya işlemin görev kusuru olarak nitelendirildiği durumlarda, kişisel kusura dayanılarak memurla ilgili adli yargıda doğrudan doğruya dava açılmayacağı yönünde görüş bildirilmiştir¹⁵⁷.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının aşırı ihmali, uygulanması gereken mevzuat hükümlerinin tereddüte ve yoruma yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılır olduğu hallerde bu hükmü uygulamamaları kişisel kusur sayılır. Ayrıca hekim ve diğer sağlık çalışanlarının, müdahalede kasıtlı olarak gecikmesi veya eksik uygulama yapması, zarar verme kastıyla ve hile kullanarak hareket etmesi, sağlık hizmetinden yararlananlara karşı müessir fiil işlemesi, cebir ve şiddet uygulaması, yetkilerinin

¹⁵⁵ Yargıtay HGK, T. 30.01.2013, E. 2012/4-729, K. 2013/163 sayılı; Yargıtay 13. HD., T. 08.07.2005, E. 3645, K. 1796 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹⁵⁶ Yargıtay, 4. HD., T. 17.02.2005, E. 959, K. 1401 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014; Yargıtay HGK, T. 1.2.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25 sayılı kararı, http://yucevukatlik.com/Kararlar/11.DOKTOR%20HATASIH%C4_%B0ZMET%20KUSURUNUN%20KAPSAMI-HUSUMET.pdf, Erişim tarihi 28.04.2014.

¹⁵⁷ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T. 17.09.2002, E. 531, K. 6401 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

yasal amacına aykırı olarak salt kişisel bir amaç için kullanılması durumlarında da kişisel kusur söz konusudur¹⁵⁸.

Yargıtay, SSK Hastanesinde yapılan yanlış ameliyat nedeniyle oluşan zararda vekâlet ilişkisi söz konusu olduğuna, uyuşmazlığın beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna karar vermiştir¹⁵⁹.

B. Vekâletsiz İş Görme

Kamu hastanesinin personeli olan hekimin, hasta ve yakınlarının başvurusu bulunmadan, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi riskine karşı, acil olarak, zarar gördüğü veya tehlikeye düştüğü durumlarda tesadüfen hastanın yanında bulunması halinde gerçekleşir. Bu koşullar altında hekim, kamu hukuku ilişkisinden bağımsız ve acil olarak hastaya tıbbî müdahalede bulunmuş ve müdahale hastanın çıkarlarına ve olası iradesine uygun şekilde gerçekleşmişse vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir.

Hekimin tıbbî müdahalesinin, caiz olan vekâletsiz iş görme ya da caiz olmayan vekâletsiz iş görme mi oluşturduğu somut olayın şartlarına göre değerlendirilir. Buna göre hekim, hastanın menfaatine uygun olarak iş görmüşse caiz, hastanın olası iradesi ve dürüst makul ortalama bir hekimin bakış açısına göre herhangi bir tıbbî müdahalede bulunulması gerekmiyor veya tıbbî müdahale açıkça yasaklanmışsa caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusudur. Bu durumda tıbbî müdahalede bulunan hekim, her türlü dikkatsizliğinden ve ihmalinden sorumlu olur. Bununla birlikte hekimin sorumluluktan kurutulabilmesi için kendisine hiçbir kusurun atfedilemeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Caiz olmayan vekâletsiz iş görmede ise, hekimin tıbbî müdahalesi neticesinde hasta zarar görmüş ve zararda

¹⁵⁸ Kalabalık, s. 371; Odyakmaz, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, TAAD, Y. 2011, C. 1, S. 5, s. 28, 29.

¹⁵⁹ Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, T. 18.11.1991, E. 1991/8375, K. 1991/14336 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

hekimin kusuru bulunuyorsa hekim, hastaya karşı sorumludur. Bu durumda hasta, hekimin kusuru sebebiyle zarara uğradığını ispat etmelidir¹⁶⁰.

C. Haksız Fiil

Yukarıda da belirtildiği üzere, kamu hastanesinde görevli hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmaz. Eğer olayda vekâletsiz iş görme koşulları da mevcut değilse, hekimin kusurlu müdahalesi sebebiyle hastanın zarara uğradığı durumlarda haksız fiil hükümleri uygulanır. Hekimin sorumluluğunun oluşabilmesi için, haksız fiilin unsurları olan, hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı şartlarının olayda mevcut olması gereklidir.¹⁶¹

Hekimin, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikli olarak hekim tarafından gerçekleştirilmiş bilinçli ve iradeye dayalı bir fiilin mevcudiyeti gereklidir. Bu fiil bir şeyi yapma veya yapılması gereken bir davranışı yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. Hekimin yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesi veya hiç ifa etmemesi hastaya karşı tazminat sorumluluğunu ortaya çıkarır.

Sorumluluğun oluşabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması da gereklidir. Türk ve İsviçre hukuklarına göre hukuka aykırılık için, doğrudan veya dolaylı olarak başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlal edilmesi gereklidir. Başka bir ifadeyle bu durum, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmamasına rağmen başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı davranışlardır. Hekim tarafından yapılan tıbbî müdahalede hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcutsa bu koşul gerçekleşmemiş sayılır. Bu durumda fiil hukuka uygun olarak kabul edilir. Bu anlamda hastanın rızasının alınması, hastanın

¹⁶⁰ **Kılıçarslan Kara**, Seda: “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, GÜHFD, Y. 2011, C. 15, S. 3, s. 285-310.

¹⁶¹ **Akıntürk, Turgut/Karaman**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2012, s. 88, 89, 90, 91; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 194 vd.; **Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2013, s.107.

menfaatlerine uygun davranılması ve kamu yetkisinin kullanılması örnek olarak zikredilebilir.¹⁶²

Sorumluluğun ikinci şartı ortaya bir zararın çıkmasıdır. Zararın bulunmadığı durumlarda hekimin tazminat sorumluluğu da doğmaz. Zarar, maddi zarar veya manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Zarara uğrayan hasta öldüğü hallerde ölenin yardımından mahrum kalanlar destekten yoksun kalma tazminatı da isteyebilirler.

Sorumluluğun üçüncü şartı da kusurdur. Sözleşmeye dayanan kusur ile haksız fiildeki kusur arasındaki temel fark ispat yükü konusundadır. Sözleşmeye dayanan sorumluluktan farklı olarak, burada ispat yükü zarar görenlere düşmektedir. Hekimin kusur durumu kast ve ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Kusurun ağırlığı tazminat miktarı bakımından önem arz etmektedir. Hekimin kusuru için 'meslek kusuru' terimi kullanılmaktadır. Meslek kusuru terimi, tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbî özen yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlal edilmesini ifade etmektedir. Tanım hem kabul edilen meslek kurallarına aykırılık hem de fiili gerçekleştiren hekimdeki dikkat ve özen eksikliğini içermektedir¹⁶³. Burada hekimin kusurunun olmadığı durumlarda idarenin ve hekimin kusursuz sorumluluğu bulunup bulunmadığı hususuna değinmek istiyorum. 2011 yılında Kızılay'dan alınan kan, tedavi görmekte olan iki ayrı hastaya verilmiş daha sonra hastalara HIV virüsünün bulaştığı tespit edilmiştir. Olay sonrasında Kızılay'dan yapılan açıklamada iki kişinin hayatını kaybettiği olayda kan bağışında bulunan kişinin vücudunda enfeksiyon etkeni olduğu halde testlerin negatif bulunduğu "pencere döneminde" verdiği için bu durumun ortaya çıktığını belirtilmiştir. Açıklamada pencere dönemi kişinin virüse maruz kalması ile kanındaki virüs ve virüs belirteçlerinin henüz testlerde saptanabilir düzeye ulaşmadığı, dolayısıyla negatif bulunduğu zaman dilimi olarak ifade edilmiştir. Kızılay'ın bu bulaşmada hiçbir taksirata, eksikliğinin ve Sağlık Bakanlığının da bu işle alakalı hiçbir

¹⁶² **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 195 vd.

¹⁶³ **Canbolat**, s. 174.

eksiği, prosedürel ve diğer bakımlardan vebalinin olmadığı bildirilmiştir¹⁶⁴. Kızılay'dan alınan kanın verilemesinde tedaviyi üstlenen hekimin bir kusuru bulunmamaktadır. Peki bu durumda sağlık hizmetinin yürütülmesinden sorumlu olan idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir mi? Oldukça hassas olan böyle bir konuda idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmezse her şeyden habersiz tedavi olmak isteyen hasta kendi kaderine bırakılmış olmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu her olayda kabul edilirse bu halde idare her durum için tazminat yükümlülüğü altında bırakılmış olur. Doktrinde idarenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinin hatalı olacağı kabul görmektedir. Bir diğer husus da hekimin kusursuz sorumluluğu konusudur. Doktrinde hekimin görevinin hastayı iyileştirmek değil özenli tıbbi müdahale olduğu dolayısıyla kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi durumunda hekim ve diğer sağlık çalışanlarının sorumluluktan kaçınmak için hastaya müdahale etmeye çekinebilecekleri bu nedenle kusur sorumluluğu ilkesinin daha doğru sonuçlar vereceği kabul görmektedir¹⁶⁵.

Sorumluluğun son şartı ise, hastanın uğramış olduğu zarar ile hekimin hukuka aykırı fiili arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu anlamda hekim sadece hukuka aykırı ve kusurlu fiili sonucu oluşmuş zararlardan sorumlu tutulabilir. İlliyet bağı yoksa tazminat sorumluluğu da doğmaz. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunda illiyet bağının ispat edilmesi de zarara uğrayanlara düşmektedir¹⁶⁶.

§ 9. HATALI TIBBİ MÜDAHALE NEDENİYLE HEKİMİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Son yıllarda, ülkemizde hastaların hatalı tıbbî müdahaleler nedeniyle açtığı tazminat davalarında ve tazminat miktarlarında dikkat çekici bir artış söz konusudur.

¹⁶⁴ Yine HIV'li Kan isimli haber, <http://www.haberturk.com/saglik/haber/714069-yine-hivli-kan>, Erişim tarihi 01.08.2014.

¹⁶⁵ Hakeri, s. 530.

¹⁶⁶ Canbolat, s. 175, 176.

Hastaya verilen zararın sağlık çalışanları tarafından tazmin edilmesi hukukî sorumluluğun esasıdır¹⁶⁷.

Hasta rızası alınmak suretiyle gerçekleştirilen bir tıbbî müdahale sebebiyle hekimin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesi hekim kusurundan kaynaklı bir tıbbî müdahale hatasının bulunmasına bağlıdır¹⁶⁸. Eğer hekim, tıp biliminin ulaştığı standartlara ve meslek kurallarına dikkat etmiş ve özenle tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmişse hekim fiilinden sorumlu tutulamaz¹⁶⁹.

Türk hukukunda hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğunu düzenleyen özel hükümler yok denecek kadar azdır. Bu nedenle konuyla ilgili sorunlar, yürürlükteki ceza ve borçlar kanunundaki genel hükümler çerçevesinde çözülmeye çalışılmaktadır¹⁷⁰. Hatalı tıbbî müdahale nedeniyle hekim ve sağlık çalışanlarının, cezaî, idarî, meslekî ve hukukî sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁷¹.

A. Hukukî Sorumluluk

Hekim veya diğer sağlık çalışanlarının vermiş oldukları zararın tazmin edilmesi düşüncesine dayanan çalışmamızın esas konusunu oluşturan hukukî sorumluluk aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

¹⁶⁷ **Arisoy**, Yücel: “Sağlık Çalışanlarının Hukukî Sorumlulukları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi, Y. 2009, s. 183.

¹⁶⁸ **Temel**, Erhan: “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 76.

¹⁶⁹ **Temel**, Erhan: “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 119.

¹⁷⁰ **Ünder Ertuğ**, Yıldız: “Asistan Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 35.

¹⁷¹ **Sözüer**, Adem/ **Yasin**, Melikşah/ **Kürşad**, Zekeriya, s. 1017; **Taşkın**, Ahmet: Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezaî Sorumluluğu, Ankara, 1997, s. 12; **Deryal**, Yahya: “Hemşirenin Hukukî Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 426; **Özkaya**, Nesrin: 2002-2006 Yılları Arasında Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbî Hataların Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, İstanbul, s. 11; **Fidan**, Nurten: “Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2010, C. 1, S. 3, s. 350, 351, 352; **Deryal**, Problemler, s. 259.

B. Ceza Hukukundan Doğan Sorumluluk

Hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının ceza hukukundan doğan sorumluluğu bulunmaktadır. Gerçekleştirilen fiil ceza yasalarında tanımlanan bir suçun unsurlarını içeriyorsa ceza hukuku sorumluluğu söz konusudur. Bu halde fiilin sorumlularına ceza yaptırımını uygulanabilir. Bu yolla suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece, psikolojik baskı etkisi oluşacağı düşünülerek kişilerin mesleklerini, daha disiplinli, dikkatli ve özenli yürütmeleri sağlanmaya çalışılmıştır¹⁷².

Tıbbî ceza hukuku sorumluluğunun doğabilmesi için isnat konusu fiilin cezalandırılabilir olma özelliği yasal düzenlemeler çerçevesinde araştırılmalıdır. Hekim, suç işlerken ya kast ya da taksir ile hareket edebilir. Taksirde, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, emir ve talimatlara aykırılık gibi nedenlerle; istenmeyen bir sonuca iradi olarak sebep olunur. Kastta ise hekim, tedavi amacıyla değil, hastanın sağlık durumunu bozmak veya hastayı öldürmek amacı ile hareket etmektedir¹⁷³.

C. İdare Hukukundan Doğan Sorumluluk

İdarî sorumluluk, idarenin kamu hizmetini yerine getirirken, kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumluluk durumunu ifade eder. Kamu hastanelerinde çalışan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının sorumlulukları idari sorumluluk veya hizmet kusuru şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁷⁴. Kamu görevlisi olan hekim ve diğer sağlık çalışanlarına, kurum disiplin ve kurallarına uygun olmayan davranışları nedeniyle disiplin soruşturması açılabilir. Soruşturma neticesinde uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, devlet memurluğundan çıkarma cezaları verilebilir¹⁷⁵.

¹⁷² Ünver, Yener: “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s. 118.

¹⁷³ Deryal, Problemler, s. 260.

¹⁷⁴ Taşkın, s. 15, [ayrıntılı bilgi için bkz. Kamu Hastaneleri İle Hasta Arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği](#)

¹⁷⁵ Deryal, Problemler, s. 272.

D. Meslekî Sorumluluk

Tıp dünyasının evrensel olarak kabul görmüş ve oldukça eski tarihli tıp ahlakına özgü davranış ve meslek ilkeleri günümüzde hukukî kural niteliği kazanma sürecindedir. Tıp etiğiyle ilgili ilke ve kurallar hekimin meslekî faaliyetlerinde sağlık mesleği mensuplarının ve hastaların haklarını birlikte ele alarak çıkarlar arasında denge kurar. Ayrıca hekime yüklenen etik ve hukukî yükümlülüklerin yerine getirilmesinde somut ve objektif açıdan makul hekim tipinin göstereceği standart davranışlardan sapılıp sapılmadığı meslek kusurunun belirlenmesi açısından belirleyici ölçüt olarak kabul edilir¹⁷⁶.

II. HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Sorumluluk kavramı, geniş anlamda kişinin başkalarına vermiş olduğu zararların giderilmesi anlamındadır. Kural olarak bir kişi, başkalarına vermiş olduğu zararlardan hukuken sorumludur. Başka bir anlatımla kişinin hukuk düzeni tarafından hukuka ve sözleşmeye aykırı bir fiille bir başkasına verdiği maddi ve manevi zararları tazmin etme yükümlülüğü altında bırakılmasına hukukî sorumluluk denir. Hukuki sorumluluğa sebep olan fiil ihmal veya kast ile gerçekleştirilebilir. İhmale dayalı, hatalı tıbbî müdahale (Malpraktis) nedeniyle, tazminatın söz konusu olabilmesi için davacının aşağıdaki unsurların varlığını ispat etmesi gerekir¹⁷⁷:

- Hekimin hastaya karşı olan yükümlülüğü
- Uygulanması gereken bakım veya tedavi standardı ve bunların ihlal edilmiş olduğu
- Tazmin edilmesi gereken fiil sebebiyle uğranan zarar

¹⁷⁶ **Demir**, Mehmet: “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 231; **Özdemir Bakbak**, Handan: “Hekimin Disiplin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, Sayfa 245, 246.

¹⁷⁷ **Ersoy**, Yüksel: “Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 53, s. 161.

- Bakım ve tedavi standardının ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması

Tazminat sorumluluğu hekim açısından özel hukuk ve idare hukuku hükümlerine göre doğabilir:

A. Özel Hukukta Tazminat Sorumluluğu

Sağlık mesleği mensuplarının hatalı tıbbî uygulama nedeniyle özel hukuktaki sorumluluğu üç nedene dayanır. Bunlar sözleşme ilişkisi, vekâletsiz iş görme ve haksız fiil sorumluluğudur. Hastanın vücut bütünlüğüne zarar veren sözleşmeye aykırı hareketler aynı zamanda haksız fiil de sayılır. Bu nedenle müdahaleden zarar gören hasta, dava açmak istediği takdirde, haksız fiil veya sözleşme hükümlerine dayanabilir. Hatta bu durumda vekâletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanması söz konusu olabilir. Tazminat nedenlerinin bu şekilde çakışması durumunda TBK. 60'ıncı madde hükümlerine göre zarar gören kişi, kendisine en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verebilir¹⁷⁸.

Tedavi olmak isteyen hasta, bağımsız çalışan hekime başvurmuşsa bu takdirde hekim ile hasta arasında, sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Bu durumda hekimin sorumluluğu sözleşme sorumluluğu olur. Hekim sözleşme sorumluluğu esaslarına göre gereken tüm yükümlülükleri yerine getirmek ve azami dikkat ve özen göstermekle mükelleftir. Hekim hastanın tedavisini yaparken yardımcı kişi kullanmış ise Borçlar Kanunu esaslarına göre, bu kişilerin kusurlu fiillerinden de sorumludur. Bu halde hekimin sorumluluğu kusursuz sorumluluk esaslarına tabi olur.

Hasta tedavi amacıyla doğrudan hekime değil hastaneye başvurmuşsa bu durumda hekim, hastanenin yardımcı kişisi konumundadır. Bu durumda hastane, hastaya karşı ifa yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluk esaslarıncı kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumludur. Dolayısıyla hekim ve hastane, hastaya karşı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

¹⁷⁸ TBK madde 60: “Sebeplerin yarışması, Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”.

Eğer hekim, bilinci kapalı hastaya, mesleğinin gereklerine uygun olarak acil bir müdahalede bulunmuşsa, vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bu halde de sözleşmeden kaynaklı sorumlulukta olduğu gibi hekim, üzerine düşen yükümlülükleri eksiksiz şekilde yerine getirmelidir¹⁷⁹.

Tazminat sorumluluğunun şartları şöyledir:

1. Hukuka aykırılık unsuru

Hukuka aykırılık unsuru sözleşme ilişkisi bulunuyorsa sözleşmenin ihlal edilmesi şeklinde, haksız fiil ilişkisi bulunuyorsa başkalarının şahıs veya malvarlığı değerlerine zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk kuralının ihlal edilmesi şeklinde gerçekleşir¹⁸⁰.

2. Kusur

Sağlık çalışanlarının tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için kusur şartı söz konusudur. Tazminat miktarlarının hesaplanmasında zarar gören kişinin kusuru da göz önünde bulundurulmalıdır. Kusur, hekim ve diğer sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğunun kurucu unsurudur. Sorumluluğun sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanması farklılık oluşturmaz. Eğer kusur yoksa sorumluluk da doğmaz. Hekimin aldığı tıp diploması ile ülkemizde tıp biliminin ulaştığı düzeydeki bilgilere sahip olduğu kabul edilir. Hekim kendisinden beklenen özen, duyarlılık ve beceriyi gösterdiği takdirde kusurundan bahsedilemez. Bir meslek ya da sanat mensubu, mesleğini ifa ederken muhakkak bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin gereği olan tedbirleri ihmal etmesi yüzünden, zarara sebep olmuşsa sorumluluk doğar. Örneğin, hastanın karnında koher pensi unutulması, sezaryenle doğum yaptırılan hastanın karnında tampon kompres unutulması gibi ihmaller kusur sayılmaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁹ Çelik, Sorumluluk, s. 15,16.

¹⁸⁰ Özpınar, Berna: "Tıbbî Müdahaleden Doğana Hukukî Sorumluluğun Türleri", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 272.

¹⁸¹ Sözüer, Adem/ Yasin, Melikşah/ Kürşad, Zekeriya, s. 1022; Hancı, s. 140,141.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının, tıbbî uygulamadan doğan kusurları belirlenirken hâkimler genellikle Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu veya üniversitelere başvurmaktadır. Ancak hâkim bilirkişi raporuyla bağlı değildir¹⁸².

3. Zarar

Sözleşme ihlali ve haksız fiile rağmen bir zarar oluşmamışsa sağlık çalışanlarının sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Zarar, maddi veya manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Haksız fiil sebebiyle oluşan zararlardan ilk ve yakın olan zarar, doğrudan zarardır. Yansıma zarar ise haksız fiilden etkilenen kişinin uğradığı zarardan dolayısıyla etkilenen üçüncü kişilerin uğradığı zararlardır. Örneğin bir trafik kazası geçiren kişinin hastane masrafları doğrudan zarardır. Bu kişi ünlü bir sanatçı ise onun hastanede kaldığı süre boyunca sahneye çıkamaması sebebiyle konser düzenleyicisinin uğradığı zarar ise yansıma zarardır¹⁸³.

Oluşan doğrudan zararlar tazmin edilirken, yansıma zararlar açısından sorumluluk bulunmaz. Bu durumun istisnası yansıma zararlardan olan, destekten yoksun kalma ve manevi tazminat talepleridir.

4. İlliyet Bağı

Haksız fiil veya sözleşme ihlali ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır¹⁸⁴. Bu husus hukuki sorumluluğun doğması için temel koşullardandır. İlliyet bağının bulunmaması kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Sağlık mesleği mensubunun özen yükümlülüğüne aykırı ihmali ya da icrai hareketle zararın ortaya çıkmasına sebep olması gereklidir¹⁸⁵.

¹⁸² **Tuğcu**, Harun: “Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu”, Klinik Gelişim Dergisi, s. 85-88, http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/13.pdf, Erişim tarihi 01.05.2014.

¹⁸³ Zarar konusunda geniş bilgi için bkz **Büyüksağış**, Egemen: Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007; Eren, s. 518 vd.; **Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 107; **Çakırca**, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, İstanbul, 2012, s. 11; **Çelik**, Ahmet Çelik: “Ölüm Ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları”, <http://web.ebaro.web.tr/uploads/55/konferansnotlaricac20130607/olum%20ve%20Bedensel%20Zararlar%20Nedeniyle%20Tazminat%20Davalari.doc>, Erişim Tarihi 22.04.2014.

¹⁸⁴ Eren, s. 536 vd.

¹⁸⁵ **Hakeri**, s. 599.

B. İdare Hukukunda Tazminat Sorumluluğu

İdarenin tazminat sorumluluğu, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi nedeniyle ortaya çıkar. Yukarıda¹⁸⁶ açıkladığımız gibi, kamu hastanesi ile hasta arasında, kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır ve kamu hastanesi çalışanlarının yaptığı tıbbî müdahalelerde idare hukuku esasları geçerlidir. Kural bu olmakla birlikte son yıllarda kamu hastanelerinde yapılan tıbbî müdahalelerden dolayı doğrudan doğruya hekim ya da sağlık çalışanlarına karşı hukuk mahkemelerinde tazminat davası açıldığı görülmektedir. Ancak sağlık çalışanlarının kişisel kusurlarının bulunduğu hallerde veya zarar verici eylemin sağlık çalışanları tarafından kasten gerçekleştirilmesi veya eylemlerinin suç teşkil ettiği durumlarda idarenin tazminat sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu halde, sağlık çalışanlarının şahsi tazminat sorumluluğu doğar.

Yargıtay ise bazı kararlarında hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı yaparak, kişisel kusurlarından dolayı hekim aleyhine hukuk mahkemesinde tazminat davası açılabileceği yönünde kararlar vermektedir¹⁸⁷.

C. Hekimin Disiplin Sorumluluğu

Hekimin kamu personeli olduğu durumlarda eylemi suç olmasa bile memuriyetin onur ve saygınlığı ile bağdaşmıyorsa disiplin soruşturması gündeme gelebilir. Disiplin soruşturması Devlet Memurları Kanununa uygun olarak yapılır. Ayrıca hekimin bağlı olduğu tabip odası tarafından da disiplin soruşturması açılabilir.

Hekim devlet memuru değilse, o takdirde sadece bağlı olduğu tabip odası tarafından disiplin soruşturması açılabilir. Hekim hakkındaki soruşturma, Tabip Odası Onur Kurulu ve Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu tarafından karara bağlanır¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Bkz Kamu Hastaneleri ile Hasta arasındaki Hukukî İlişkinin Niteliği.

¹⁸⁷ Canbolat, s. 167; Yargıtay, 4. HD., T. 17.02.2005, E. 959, K. 1401 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹⁸⁸ 6023 sayılı TTB Yasası m. 38, 39, 40; Günerli, Ali: "Anestezi Uzmanlarının Meslekî ve Hukukî Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler", Türk Anest Rean Der Dergisi, Y. 2009, s. 333-349.

§ 10. HATALI TIBBİ MÜDAHALENİN BELİRLENMESİNDE BİLİRKİŞİ

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının kusurlarının tespit edilmesi için genellikle bilirkişi bilgisine ihtiyaç duyulur. Bilirkişi olarak genellikle Adli Tıp Kurumu görevlendirilmektedir. Ancak bilirkişilikte tek yetkili Adli Tıp Kurumu değildir. Bunun dışında üniversitelerin Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalları da resmi bilirkişi niteliğindedir¹⁸⁹. Bilirkişi raporu, tutarlı ve inandırıcı bir üslup kullanılarak sade bir dille hazırlanmalıdır. Ayrıca kapsamlı ve ayrıntılı şekilde bilgilendirme yapılırken bilim ve gerçeklik sınırları içinde kalınmalıdır¹⁹⁰. Bununla birlikte bilirkişi raporunda, hekimin yapması gerekenler ile yapılanların ne olduğu gösterilmeli ve rapor taraf, hâkim ile Yargıtay denetimine imkân sağlamalıdır. Eğer rapor bu unsurları içermiyorsa yetersiz nitelikteki bu rapor karara esas alınmamalıdır¹⁹¹.

Yargıtay kararlarında Adli Tıp Kurumu veya uzmanlardan oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınması yönünde görüş bildirilmektedir¹⁹². Hatta bazen Adli Tıp Kurumundan alınan rapor yetersiz görülerek üniversite öğretim üyelerinden oluşan kuruldan rapor alınması yönünde karar verilmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında, *“mahkemece yapılacak iş, üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastane de tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hâsıl olacak sonuca uygun*

¹⁸⁹ Deryal, Yahya: Türk Hukukunda Bilirkişilik, Ankara, 2012, s. 234

¹⁹⁰ Deryal, Bilirkişilik, s. 335 vd.

¹⁹¹ Hakeri, s. 587.

¹⁹² Yargıtay 13 HD., 21.01.2002 Tarih, E. 2002/10959, K. 2002/487 sayılı; Yargıtay 13 HD., T. 21.01.2003, E. 2003/11640, K. 2003/415 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

karar vermektir."¹⁹³ şeklinde görüş bildirmiştir. Ayrıca raporlar arasında çelişki varsa öncelikle bu çelişkiler giderilmelidir, çelişkiler giderilmeden karar verilmesi hukuka aykırılık teşkil eder ¹⁹⁴ . Hatalı tıbbî müdahalelerin tespitinde bir diğer başvurulabilecek bilirkişi de Yüksek Sağlık Şurasıdır. Hekim ve sağlık çalışanlarının hatalı tıbbî müdahalelerinin hem tazminat hem de ceza davalarında tespit edilmesinde Yüksek Sağlık Şurasına bilirkişi olarak başvurulmasında, yasal bir zorunluluk olmadığı gibi engel de yoktur¹⁹⁵. Adli Tıp Kurumu'ndan farklı olarak Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişilik görevi, hekimlik sanatının ifasından kaynaklı adli uyuşmazlıklar ve hekim hatasının belirlenmesi ile sınırlıdır¹⁹⁶. Ama yüksek mahkeme kararlarında Yüksek Sağlık Şurasının verdiği kararlar sıklıkla eleştirilmektedir¹⁹⁷. Yargıtay 13 Hukuk Dairesi bir kararında Yüksek Sağlık Kurulu raporunun bağlayıcı olmadığıyla ilgili şu şekilde görüş bildirmiştir¹⁹⁸:

'Mahkemece Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek dosyadaki delillere; özellikle davalılarca kabul edilen olgulara uygun düşmeyen yetersiz görüşlerini benimsemesi usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükümlerine aykırıdır. Doktorun sorumluluğunu tayin ederken hâkim, olayların özelliğine uymayan, dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bütün bunların yanında, esasen 1219 sayılı yasanın 75.inci maddesi tıbbî konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin Ceza Mahkemesini bağlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda bu merciin görüşlerinin Hukuk

¹⁹³ Yargıtay 13. HD., T. 06.03.2003, E. 13959, K. 2380 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

¹⁹⁴ **Hakeri**, s. 589.

¹⁹⁵ **Deryal**, Yahya: "Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Bilirkişi Görüşüne Başvurması Zorunlu Haller", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2014, s. 93.

¹⁹⁶ **Deryal**, Bilirkişilik, s. 240.

¹⁹⁷ **Hakeri**, s. 591.

¹⁹⁸ Yargıtay 13. HD., T. 04.03.1994, E. 8557, K. 2138 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

Mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez. Yasa hükmü bu doğrultu da olduğuna göre usulün 276/11 maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şurasının hukuk davalarında, çözümlenmesi gerekli tıbbî sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.’

Ş 11. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİ VE DİĞER GELİŞMİŞ ÜLKELERDE HATALI TIBBÎ UYGULAMA SONUCU UYGULANAN CEZALAR

Sağlık Bakanlığı’nın Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı bünyesinde yapılan bir araştırmaya göre, Avrupa Birliği ve gelişmiş diğer ülkelerde hatalı tıbbî uygulama neticesinde hekim ve diğer sağlık personeline verilen cezalarla ilgili ülkemizden farklı uygulama ve cezalara rastlanılmaktadır.

Öncelikle, Avrupa Birliği ülkeleri açısından bütün üye ülkeleri bağlayacak özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu hususta ilgili yasal düzenlemelerin yapılması, ulusal hükümetlerin yetkisine bırakılmıştır.

Hatalı tıbbî uygulamalar açısından uluslararası bir belge 1992 yılında, 44. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulunda kabul edilmiş, ‘Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Belgesi’ dir. Belgede ulusal yasalarda hatalı tıbbî müdahaleler nedeniyle zarara uğrayan hastaların zararının karşılanması için engeller olmaması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ayrıca bilgisiz ve becerisi yetersiz hekimler için uygun politikalar belirlenerek gereken vasıfları kazanıncaya kadar hekimlik yapmaları engellenmelidir şeklinde görüşler mevcuttur.

OECD tarafından, 2005 yılında yayınlanan, ‘Insurance Coverage of Medical Malpractice in OECD Countries’ isimli rapora göre¹⁹⁹, Malpraktis vakaları ve vakalar neticesinde açılan davaların sayısında her geçen gün artış gözlemlenmektedir. Bu durum, hem hekim- hasta arası ilişkileri hem de güven unsurunu etkilemektedir. Ayrıca pek çok OECD ülkesinde, Malpraktis nedeniyle hekimin ceza alabilmesi için,

¹⁹⁹ **Ekmen**, Azmi: “Avrupa Birliği Ülkeleri Ve Diğer Gelişmiş Ülkelerde Malpraktis (Hatalı Tıbbî Uygulama) Sonucu Uygulanan Cezalar”, <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-7108/arastirma---ab-de-malpraktis-sigortasi-uygulamalari---a-.html?vurgu=azmi+ekmen>, Erişim Tarihi 11.12.2013

hukuken kusur unsurunun ispat edilmesi zorunlu tutulmakla birlikte, zarardan mağdur olanlara ispat külfeti de yüklenmektedir.

Ülkelerdeki uygulamalar incelediğinde farklılıklar dikkat çekmektedir, örneğin Belçika’da, hekimlerin temsilcisi sayılan, *Order of Physicians* adlı kuruluş, malpraktis sonucu hatalı tıbbî uygulamada bulunmuş hekimlerin, tabip odası kaydını silme yetkisine sahiptir. Bu uygulamanın bir benzeri de Portekiz’de görülmektedir. Portekiz Hekimler Birliği (Portoguese Medical Association), tüm hekimlere hatalı tıbbî müdahaleleri nedeniyle uyarı, kınama ve benzeri disiplin cezalarını verme ve ağır kusuru olan hekimlerin, hekimlik ruhsatlarını askıya alabilme veya iptal etme yetkisine sahiptir. Danimarka’da ise, hatalı tıbbî müdahale sonucu verilen cezanın ağırlaştırılarak hekimlik ruhsatının tekrar verilmemek üzere iptal edilebilmesi mümkün olmaktadır. Macaristan’da ise, Portekiz uygulamasına daha fazla benzeyen bir yöntem söz konusudur. Macaristan Hekimler Odası (Hungarian Medical Chamber), hekimin ruhsatını askıya alma yetkisine sahiptir. Ayrıca hekim, konu hakkında yeterince bilgi sahibi olmayan hastaları eğitime yükümlülüğü altındadır. İsveç’ de ise, Tıbbî Sorumluluk Kurulu (The Medical Responsibility Board) hatalı tıbbî uygulamaları soruşturarak, sonuca göre disiplin cezası uygulamaktadır, hatta hekimlik ruhsatını iptal ederek meslekten men cezası bile verilebilmektedir. Konuyla ilgili en ilginç uygulama Polonya’dadır. Polonya’da, hatalı tıbbî uygulamalar konusunda daha çok hekimleri koruyan kararlar verildiği gözlenmektedir. Fransa’ da hatalı tıbbî uygulama sebebiyle zarara uğrayanlar iddia ve şikâyetlerini hükümetin atadığı bölgesel komitelere iletmektedir. Komite ise uygulamanın hatalı olup olmadığı konusunu karara bağlamaktadır. Hekim, hatalı tıbbî uygulamanın, kendi kusurundan kaynaklanmadığını komiteye ispat etmek suretiyle tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Fransız uygulaması, temelli ceza vermekten çok kusurun nedenlerinin araştırılması ve mağdurun zararının giderilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Finlandiya örneğinde, hatalı tıbbî uygulamayla ilgili soruşturmalarda Sağlık Bakanlığına bağlı Hasta Mağduriyeti Kurulu tarafından denetlenen Finlandiya Hasta Sigorta Merkezi (The Finnish Patient Insurance Centre) yetkilidir. Hatalı tıbbî uygulama, enfeksiyon gibi küçük mağduriyetlere sebep

olmuşsa bu durum zarar olarak görülmemekte ve tazminat borcu doğurmamaktadır. Herhangi bir vakada olaya sebep olan sağlık mesleği mensubu hatasını fark etmişse artık suçlanmamakta ve bu personele dava açılmamaktadır²⁰⁰.

§ 12. TAZMİNAT TÜRLERİ

Sağlık çalışanlarının kusurlu bulunması halinde ödenecek iki tür tazminat söz konusudur²⁰¹:

I. MADDİ TAZMİNAT

Tıbbî müdahale esnasında, ahlak ve hukuk düzenince onaylanmayan, hekim veya diğer sağlık çalışanlarının, bir davranışı sebebiyle hastanın ölmesi ya da beden gücünü yitirmesi sonucu meydana gelen malvarlığı zararları ve maddi zararlardır. Zarar veren davranışlar sebebiyle hasta ölmüşse, maddi zararların tazmini destekten yoksun kalma tazminatı ile sağlanmaktadır²⁰².

Hatalı tıbbî müdahale nedeniyle hastanın yapmak zorunda kaldığı harcamaların karşılığı olarak hükmedilen maddi tazminatın kapsamına, tedavi giderleri, ilaç giderleri, ameliyat giderleri, rehabilitasyon giderleri, teşhiste gecikilmesinden dolayı fazla yapılan masraflar, çalışamamadan kaynaklı giderler, kazanç kaybı, taxi, yol masrafları gibi kalemler dâhil olmaktadır. Hastanın ölümü halinde ise ölen kişinin çocukları, eşi, anne- babası, Türk Borçlar Kanununun 53'ünü maddesine²⁰³ göre destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.

²⁰⁰ Ekmen, s. 2,3.

²⁰¹ **Hatırnaz Erol**, Gültezer: “Sağlık Çalışanlarının Tazminat Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri”, Sağlık Hukuku Makaleleri-2, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2012,İstanbul, s. 243, 244; **Hakeri**, s. 600.

²⁰² **Savaş**, N., s. 162; Eren, s. 526 vd.

²⁰³ TBK. Madde 53: “Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

Maddi tazminat belirlenirken ölümün derhal meydana gelip gelmemesine göre ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer ölüm derhal meydana gelmişse, ölüm dolayısıyla ortaya çıkmış tüm masraflar özellikle defin giderleri tazminat kapsamında yer alır. Burada, gömme, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, mezarlık, mezar taşı, yemek, davetiye vs. bütün giderler sayılabilir. Ölümle doğrudan ilgili olan ve ölen kişinin sosyal hayatına ve dini inançlarına uygun sayılabilecek bu tarz giderler tazmin edilmelidir.

Ölümün derhal meydana gelmediği durumlarda ise, ölümün gerçekleşeceği ana kadar yapılan tüm tedavi masrafları ve ölünceye kadar çalışmamaktan kaynaklı kazanç kaybı giderilmesi gereken masraflardandır. Tedavi giderleri arasında, hastanenin yatak ücreti, ilaç masrafları, ambulans, ameliyat vs. giderler sayılabilir.

Sağlık mesleği mensuplarının hatalı tıbbî müdahalesi sonucunda ölüm olayı gerçekleşmişse maddi zarar niteliği taşıyan fakat doğrudan değil yansıma yoluyla uğranılan bir zarar çeşidi daha bulunmaktadır. Çalışmamızın ikinci kısmında ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz bu zarar türü, destekten yoksun kalma zararlarıdır. Kişi öldüğünde onun ekonomik olarak baktığı ya da destek verdiği kişiler bu kazanımlarından mahrum kalmış olurlar. Üçüncü kişilerin uğradığı bu zararın tazmin edilmesi konusunda Borçlar Kanunumuzda özel bir düzenleme getirilmiştir²⁰⁴.

II. MANEVİ TAZMİNAT

Hasta, kişilik ve manevi değerlerinde meydana gelen eksilme için manevi zarar talep edilebilirken, hastanın ölümü halinde ise ölen kişinin yakınları manevi tazminat talep edebilir²⁰⁵. Manevi tazminatın hesaplanması, maddi zararlarda olduğu kadar basit değildir. Hâkim Türk Borçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesine göre,

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.”

²⁰⁴ Eren, s.529.

²⁰⁵ Savaş, N., s. 163; Eren s. 531 vd.

somut olayın özelliklerine uygun şekilde özel durum ve şartları, Türk Medeni Kanununun 4'üncü maddesine göre değerlendirerek hakkaniyete uygun bir miktar takdir etmek zorundadır.

Manevi tazminat talep eden kişi, duyduğu elem ve acı karşısında bir miktar para talep etmektedir. Dava açan kişi manevi zarar miktarını dava açmadan önce belirleyebilecek durumdadır. Bu nedenle, manevi tazminat taleplerinin nitelik itibariyle bölünmesi mümkün değildir. Dolayısıyla fazlaya dair hakların saklı tutularak manevi tazminat davası açılabilmesi söz konusu olamaz.

Hâkim, manevi tazminat miktarını belirlerken, zarara uğrayana huzur vermek, onun ruhi ıstırabını dindirmek amacıyla hareket etmelidir. Miktarın hesaplanmasında, ülkenin ekonomik şartları, paranın alım gücü, tarafların ekonomik durumları, davalıların kusur oranı ve davalıların eyleminin niteliği, davacıların elem ve acısının ağırlığı gibi faktörler göz önünde bulundurulmalıdır²⁰⁶.

²⁰⁶ Kılıçoğlu, Mustafa: "Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat", Kamu-İş, Y. 2004, C. 7, S. 3, s. 18, Erişim tarihi 30.11.2013, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7311.pdf>, Erişim tarihi 05.01.2014.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 13. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

I. GENEL OLARAK

Sağlık çalışanlarının özellikle hekimlerin hatalı tıbbî müdahalelerinden kaynaklı sorumlulukları arasında destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi de bulunmaktadır. Hatalı tıbbî müdahalenin genel olarak çerçevesini çizdikten sonra bu bölümde destekten yoksun kalma konusunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmaktadır.

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu 45'inci madde de yer alan düzenleme, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununun 53 ve devamı maddelerde de benzer şekilde yer bulmuştur²⁰⁷. Söz konusu madde hükmü hatalı tıbbî müdahale neticesinde gerçekleşen ölümler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının hatalı tıbbî müdahaleleri sonucunda ölüm gerçekleşmişse ölen hastanın desteğinden mahrum kalan kişilerin zararlarını Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazmin etmek yükümlülüğü bulunmaktadır.

Destekten yoksun kalma tazminatında zarar bizzat ölümün kendisi değildir. Burada zarar ölüm sonucu ortaya çıkmış olan olumsuz ekonomik koşullardır.

²⁰⁷ TBK madde 53- "1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

Tazminatı talep edecek kişiler sadece yasal mirasçılar ya da akrabalar olmayıp, ölen kişinin desteğinden mahrum kalan kişilerdir²⁰⁸.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, destekten yoksun kalma tazminatının, ölüme sebep olan eylemin karşılığı olmadığını, bilakis destekten mahrum kalan kişinin ihtiyaç içine düşmesini engellemek ve yaşantısının desteğin ölümünden önceki standartta tutulmasına yönelik sosyal karakterde, kendine özgü bir tazminat olduğunu benimsemektedir²⁰⁹.

Destek kavramı, kişinin karşılıksız şekilde başka bir kimsenin eşya veya nakit para vermek suretiyle ya da hizmetleriyle kısmen veya tamamen bakımının üstlenilmesini ifade etmektedir. Desteğin ölümüne neden olan sağlık mesleği mensubundan destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi için yoksun kalanın, sosyal ve ekonomik hayat standardından bir düşme olması gereklidir²¹⁰.

Destekten mahrum kalan kişilerin açacakları tazminat davası, Türk Borçlar Kanununun 49'uncu maddesine dayanılarak açılan bir dava değildir. Desteğin ölümü haksız fiil niteliğinde olsa bile bu madde hükmüne dayanmak mümkün değildir. Çünkü Kanunda, destekten yoksun kalma zararları, 53'üncü maddede, IV. Özel Durumlar başlığı altında düzenlenmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiile ilişkin prensibin özel bir uygulaması değildir. Eğer destekten yoksun kalma tazminatı haksız fiile ilişkin prensibe göre bir değerlendirmeye tabi tutulursa korunan menfaatin destek görenin malvarlığı zararı değil ölenin hayatı olduğu sonucuna ulaşılır. Bizim hukukumuzda ise ölen desteğin hayatı karşılığında bir miktar

²⁰⁸ Eren, s. 754.

²⁰⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun T. 06.03.1978, 1/3 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 30.11.2005, E. 2005/4-648, K. 2005/691 sayılı kararları, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²¹⁰ Durdu, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir, 1986, s. 15.

tazminatın ödenmesi yerine, destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı maddi kayıpların tazmin edilmesi seçilmektedir²¹¹.

Destegın kaybı nedeniyle oluşan zarar, nafaka borcu değil tazminat borcudur. Hukuk sistemimizde tazminat alacaklısının nafaka alacaklısı olması şart değildir. Nafaka talebi için belirli hısımlık ilişkisi bulunması şarttır. Oysaki destekten yoksun kalma tazminatında bu şekilde bir koşul bulunmaz. Örneğin yardım nafakasında, yardımda bulunulmayan altsoy, üstsoy ve kardeşler nafaka alacaklısı olabilirken, yoksulluk nafakasında ise sadece boşanan eşler nafaka alacaklısı olabilir. Destekten yoksun kalma tazminatı ise bütünüyle aile hukukundan doğan bir nafaka değildir. Ancak aile hukukundan bütünüyle bağımsız nitelikte de değildir. Tabii ki tazminat alacaklısı olabilecek kişilerin başında ölen kişinin aile üyeleri gelir²¹².

Bununla birlikte destekten yoksun kalma tazminatında, tazminat alacaklısının ek taleplerde bulunma hakkı yoktur. Tazminata irat veya sermaye şeklinde hükmedilmesi, para değerinde düşüş olması veya tazminatın kötü değerlendirilmesi sonucu destek görenlerin muhtaç duruma düşmesi gibi durumlar söz konusu olsa bile ek talepte bulunmak kural olarak mümkün deęildir²¹³. Nafaka alacaklarında ise hükmedilmiş olan nafaka miktarının para değerindeki düşmeden etkilenmişse veya tarafların mali durumları değişmişse ayrıca hakkaniyet gereği nafaka miktarı artırılabilceği gibi azaltılabilir²¹⁴.

²¹¹ **Gökyayla**, Kadir Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2004, s. 40.

²¹² **Kılıçoğlu**, Mustafa: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 2014, s. 21; **Eren**, s. 754 vd.

²¹³ **Eren**, s. 720.

²¹⁴ **Gökyayla**, s. 60,61.

II. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ VE DESTEK KAYBINDAN DOĞAN ZARARIN ÖZELLİKLERİ

A. Bağımsız Bir Tazminat Talebi Olması

Destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan destek görenlerin şahsında doğan, asli ve bağımsız nitelikli bir tazminat talebidir. Dolayısıyla öleniden intikal etmez²¹⁵. Yargıtay'da destekten yoksun kalma tazminatının destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız nitelikli bir talep hakkı olduğu benimsenmektedir²¹⁶.

Türk Hukukunda destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek kişilerin, destek olan kişinin mirasçısı, kan hısımları veya ailesinden olması şart değildir. Kişiler kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı bir bakım yükümlülüğü olmaksızın tazminat talep edebilirler. Hatta destekten yoksun kalan kişi yasal mirasçı, mirası reddetmiş olsa bile destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkı devam eder. Ancak mirastan mahrumiyet veya mirastan yasaklılık sebeplerinden biri söz konusuysa ölenin bakma iradesi ve kanuni bakma yükümlülüğü ortadan kalkar. Bu durumda artık tazminat talebinde bulunulamaz²¹⁷.

Destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız olmasının bazı sonuçları bulunmaktadır. İlk olarak, destekten yoksun kalma tazminatı ölüm sebebiyle ortaya çıkan zararlardan bağımsızdır. Destek ölmeden önce ölüme sebep olan fiili işleyenle, talepleri konusunda anlaşma sağlamış veya taleplerinden vazgeçmiş olsa da destek gören kişilerin tazminat hakkı kural olarak etkilenmez. Ancak ölenin tasarruflarının hiçbir durumda destek görenlerin tazminat hakkını etkilemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Keza destek yaralandıktan sonra zarar veren sorumluya

²¹⁵ Eren, s. 720; Çelik, Ahmet Çelik: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Hukukî Analizler Dergisi, Y. 2013, S. 1, s. 62.

²¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 15.6.2011, E. 2011/17-142, K. 2011/411 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 26.04.2011, E. 2011/17-787, K. 2012/92 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

bir anlaşma yaparak bir miktar tazminat almış ve bu anlaşmadan hemen sonra olayın etkisiyle ölüm gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda ölen desteğe verilmiş ya da verilecek olan miktar destek görenler arasından mirasçı sıfatı taşıyanlara intikal eder. İntikal eden miktar kadar bakım ihtiyacı azalmış olur. Doğal olarak destekten yoksun kalma tazminatı miktarı da bu durumdan etkilenir.

Bazı hallerde de ölen kişinin iradesi destekten yoksun kalma tazminatının talep edilmesine engel olabilir. Örneğin desteğin ölüme yol açan fiile rıza gösterdiği durumlarda tazminat istemek mümkün değildir. Bunun gibi ölüm riski yüksek bir ameliyata girmeyi kabul eden hasta, ameliyat esnasında ölmüş ve ölüm olayında hekimin bir kusuru bulunmuyorsa başka bir ifade ile tıbbî müdahalede hatası mevcut değilse destek görenler tazminat talep edememezler. Müdahalede tıbbî hata bulunuyorsa ölenin rızasına rağmen destekten yoksun kalma tazminatı istenebilir²¹⁸.

Destekten yoksun kalma tazminatının bağımsız olmasının ikinci sonucu, tazminat talep hakkının mirasçılık sıfatından bağımsız olmasıdır. Bağımsızlık niteliğinden dolayı çocuklar, eş, anne- baba, kardeşler gibi yasal mirasçıların yanında arkadaşlar, imam nikâhıyla birlikte yaşayanlar, gayrimeşru ilişki yaşayanlar ve sevgililer de tazminat isteyebilecek kişiler arasında bulunur²¹⁹.

Tazminat isteminin bağımsız olmasının bir başka sonucu ise zamanaşımı sürelerinin bağımsızlığıdır. Buna göre ölen kişi hayattayken beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle tazminat davası açmışsa bu davadaki zamanaşımı ile açılan destekten yoksun kalma tazminatı davasındaki zamanaşımı, ayrıca her destek gören bakımından zamanaşımı süreleri birbirinden bağımsız niteliktedir.

Son olarak destekten yoksun kalma talebinin bağımsızlığı, destek görenlerin tazminat taleplerinin de birbirinden bağımsız olması anlamına gelmektedir. Eğer destek görenlerin sayısı birden çok ise her biri birbirinden bağımsız olarak destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Bu anlamda her bir destek gören için

²¹⁸ Eren, s. 765

²¹⁹ Çelik, Sorumluluk, s. 32.

hesaplanacak ve ödenecek tazminat miktarları da birbirinden ayrıdır. Destek görenlerin birlikte dava açması halinde de aynı durum geçerlidir²²⁰.

B. İstisnai Nitelikte Olması

Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat talep etme hakkı sadece zarardan doğrudan etkilen kişilerindir. Dolayısıyla kural olarak, zarardan doğrudan etkilenmeyen üçüncü kişiler tazminat talep edemezler. Ancak destekten yoksun kalma tazminatı bu kuralın istisnası durumundadır.

Hukukumuzda üçüncü kişilerin uğradığı zararın giderilmesini sağlayan genel bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte istisnai olarak destekten yoksun kalma tazminatı ile üçüncü kişilere Borçlar Kanunumuz bu imkânı vermiştir. Destekten yoksun kalma tazminatı hem bu yönüyle hem de tazminat talep hakkına sahip kişiler bakımından istisnai nitelik taşımaktadır. Zira sadece destekten mahrum kalanlar bu tazminatı talep edebilmektedir²²¹.

C. Maddi Tazminat Talebi Olması

Destekten yoksun kalma tazminatı desteğin ölümü ile destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı zararları tazmin etme düşüncesine dayanır. Burada zarar kavramı, malvarlığı zararlarıyla ilgilidir. Desteğin ölümü nedeniyle oluşan malvarlığındaki kayıpları ifade etmektedir. Başka bir anlatımla zarar, desteğin ölmesi değil desteğin yaptığı yardımın sona ermesi neticesi malvarlığının eksilmesidir²²².

Destekten yoksun kalma zararı geçmişte ortaya çıkmış ya da mevcut olan zararlarla ilgili değildir. Bilakis ölümden sonra ortaya çıkabilecek muhtemel zararlardır. Bu yönüyle destek yoksun kalma zararı müstakbel zarar şeklinde

²²⁰ Gökyayla, s. 36; Seratlı, s. 147 vd.

²²¹ Gökyayla, s. 37,38.

²²² Gündüz, Fatma Ebru/ Gündüz, Hakan: "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, s. 243.

tanımlanabilir²²³. Destekten yoksun kalma tazminatı davasında davacı, belirli bir zaman diliminde maruz kalacağı muhtemel zararları talep eder. Burada tazminat miktarı hesaplaması yapılırken davacının, ölümden önceki ve sonrasındaki malvarlığı değerleri arasındaki fark tespit edilir. Desteğin ölümü değil, ölüm nedeniyle ortaya çıkan olumsuz yansıma hesaplanması gerektiğinden bu zararın tespitini yapmak çok da kolay olmamaktadır.

Destekten yoksun kalma zararı malvarlığına ilişkin zararlardandır. Bu nedenle manevi nitelikteki zararlar bu tazminatın kapsamına dâhil değildir²²⁴. Ancak destekten yoksun kalma tazminatının zarara uğrayanların bütün maddi zararlarının karşılanması gibi bir amacı bulunmaz. Zira tazminat alacaklıları bütün ihtiyaçlarını karşılayacak imkâna sahiplerse davacılar artık destekten yoksun kalma tazminatı talep edemezler. Bakım ihtiyaçlarının kısmen karşılandığı durumlarda ise tazminat ancak geri kalan ihtiyaçlar için söz konusu olabilir²²⁵.

D. Yansıma Yoluyla Uğranılan Bir Zarar Olması

Yansıma yoluyla uğranılan zararlar, ölüme neden olan olaydan bizzat etkilenen değil bu kişinin ilişkili olduğu üçüncü kişilerin zararlarını ifade eder²²⁶. Çünkü desteğin ölümüyle oluşan zarar, dolaylı bir zarar değil yansıma yoluyla uğranılan bir zarardır. Yansıma zarar ve dolaylı zarar arasında, tazminat talep edebilecek kişiler ve tazminatın kapsamı bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır²²⁷.

²²³ Çakırca, s. 25.

²²⁴ Gökyayla, s. 40, 41; Gürsoy, Kemal Tahir: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1972, C. 29, S. 1-2, s. 143.

²²⁵ Sirmen, Lale: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1978, s. 489.

²²⁶ Piri Dönmez, Yasemin: Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 6.

²²⁷ Özel, Çağlar: “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 4, s. 83, 84; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 26.04.2011, E.

Yansıma zararın ortaya çıkması için, yansıma yoluyla zarara uğrayan kişinin haricinde üçüncü bir kişi zarara uğramalıdır. Burada zararın maddi veya manevi nitelikte olması farklılık oluşturmaz. Ancak manevi zararlar destekten yoksun kalma tazminatı kapsamına dâhil değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatında, tazminat hukukundaki zarar görenin zararının tazmin edilmesi prensibinden ayrı bir yol izlenmektedir. Burada ölenin desteğinden yoksun kalan üçüncü kişilerin zararları tazmin edilmektedir²²⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, gerçekleşen ölümlü bir trafik kazası ile verdiği kararında, destekten yoksun kalma tazminatının yansıma yoluyla uğranılan bir zarar olduğu, bu nedenle destek zararlarının ölüme neden olan kişinin sigortasından talep edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir²²⁹.

Destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar olarak kabul edilmesi bazı eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu hususta desteğin, ölümle birlikte malvarlığı üzerinde tasarruf hakkının sona erdiği ve yaşamı sona eren desteğin zarara uğramasının mümkün olmadığı dikkat çekmektedir. Yanı sıra destekten yoksun kalma zararlarını, hem destek görenlerin uğradığı maddi zararlar olarak tanımlamak hem de ölenin zararından bahsetmenin birbiriyle çelişki arzettiği belirtilmektedir. Ayrıca kişinin evine, eşyasına, arabasına verilen zarar nasıl doğrudan zararsa maddi desteğinden, bedensel ve düşünsel gücünden, yardım ve hizmetinden yararlanılan kişinin yitirilmesinin de yansıma değil, doğrudan zarar olarak kabulünün gerektiği vurgulanmaktadır²³⁰.

E. Hacedilmezliği, Devri, Mirasçılara İntikali ve Takası

2011/778, K.2011/272 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014; Kılıçoğlu, Kumru: Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara, 2012, s. 21.

²²⁸ Gökyayla, s. 44, 45.

²²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 22.02.2012, E. 2011/17-787, K.2012/92, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²³⁰ Çelik, Sorumluluk, s. 62.

İcra İflas Kanununun 81'inci maddesinde²³¹ bahsedilen aile kavramına, destekle birlikte yaşayan veya onun tarafından bakılan kişiler, aralarında hısımlık ilişkisi bulunmasa bile dâhil olacaktırlar. Bu sebeple destekten yoksun kalma tazminatı alacaklısı kişi aileden sayılır. Dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatı alacağı haczedilemeyecek alacaklar arasında kabul edilir. Fakat elde edilen tazminat gelir getirici bir işte değerlendirilerek kazanç elde edilmişse bu durumda artık haczi mümkündür. Tazminat alacağı haczedilemeyeceği gibi iflas masasına da girmez²³². Yargıtay' da aynı yönde görüş bildirmektedir²³³.

Destekten yoksun kalma tazminatının yukarıdaki paragrafta da belirtildiği gibi haczi kabil değildir. Bu nedenle haczedilemeyen bir alacağın devri konusunda değişik görüşler bulunmaktadır²³⁴. Bir görüşe göre haczedilmezlik niteliği destek görenlerin geçiminin daraltılmaması fikrine dayanır. Dolayısıyla, devir karşılık içeriyorsa geçerli olabilir. Fakat aynı durum karşılıksız devirler bakımından söylenemez. Bu görüşe göre hâkimin takdir etmişse karşılıksız devirlerde, yasak konulması mümkün olabilir. Başka bir görüşte ise destekten yoksun kalma tazminatının devri her halde mümkün değildir. Çünkü destekten yoksun kalma tazminatı, nitelik olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Baskın görüşte ise destekten yoksun kalma tazminatının nafaka talebinden farklı olarak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmadığı, bu nedenle alacağın temliki hükümlerine göre devrinin mümkün olduğu savunulmaktadır²³⁵.

Tazminat talebinin mirasçılara intikalinde desteğin ölümüne sebep olan kişi ölmüşse tazminat borcu mirasçılara geçer. Desteğin ölümü halinde ise destekten

²³¹ İİK madde 81 bent 11: "Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar".

²³² Gökyayla, s. 62, Çelik, Sorumluluk, s. 69.

²³³ Yargıtay 12 HD., T. 27.05.2005, E. 2005/7669, K. 2005/11455 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²³⁴ Gökyayla, s. 62; Çelik, Sorumluluk, s. 69.

²³⁵ Eren, s. 720; Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar için Bkz. Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2012, s. 269.

mahrum kalan ihtiyaç içine düşmeden ölmüşse artık bu davanın açılma imkânı kalmaz. Çünkü dava şartlarından olan bakım ihtiyacı gerçekleşmemiştir. Ancak destekten mahrum kalan ölmeden önce ihtiyaç içinde ise destekten mahrum kalanın mirasçıları destekten yoksun kalan kişinin ölümüne kadar olan zaman dilimi için tazminat talep edebilirler²³⁶.

Türk Borçlar Kanununun 144'üncü maddesine²³⁷ göre alacaklının rızasıyla takas edilebilecek alacaklar arasında sadece nafaka alacakları bulunmaz. Ayrıca alacaklının geçinmesi için gerekenleri sağlayacak talep hakları da bulunur. Dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatı da alacaklının rızası ile takası mümkün olan alacaklardandır²³⁸.

§ 14. DESTEK KİŞİ BAKIMINDAN ARANAN ÖZEL ŞARTLAR

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 45'inci maddesinde, '*Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.*' şeklindeki düzenlemede destek kavramından bahsedilmez. Bu sebeple 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununda destek kavramına hukukumuzda ilk defa yer verilmiştir. Destek, başkalarının geçimini kısmen veya tamamen sağlayan veya sağlayacak olan kişi anlamına gelmektedir. Destek sadece,

²³⁶ Eren, s.721.

²³⁷ TBK. MADDE 144- "*III. Alacaklının rızasıyla takas edilebilir alacaklar Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:*

- 1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
- 2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
- 3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar."*

²³⁸ Gökyayla, s. 66.

halen veya geçmişte yardımda bulunan kişilerle sınırlı değildir. Burada gelecekte de yakınlarına bakacak kişiler de destek kavramına dahildir²³⁹.

Desteklik maddi olabileceği gibi yardım ve hizmet ederek bakıp gözeterek, yiyecek, elbise, mesken sağlayarak, eğitim masraflarını karşılayarak, öğüt vererek, yol göstererek, bilgi ve deneyimlerini aktararak da olabilir. Bu sebeple beden ve düşünce gücüyle yakınlarına yardım eden kişi destek sayılır. Beden ve düşünce gücüyle yapılan bu yardımları yitiren kişiler ise destekten yoksun kalanlar olarak kabul edilir²⁴⁰. Destekten yoksun kalanların, varlıklı kimseler olması destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesini engellemez²⁴¹.

I. DESTEK KAVRAMI

Destek, başkasının geçimini tamamen veya kısmen, sürekli ve düzenli olarak sağlayan veya ileride o kişiye bakma ihtimali olan kişidir²⁴². Desteğin yoksun kalana fiilen yardımda bulunması veya bakması gereklidir. En azından ileride böyle bir yardım veya bakma olasılığının ciddi olarak bulunması gereklidir. Bu bakım veya yardımın kanuni veya akdi yükümlülüğünden kaynaklanması gerekmez. Destek gören kişi ile hısımlık ilişkisi bulunması da şart değildir. Ortada hiçbir yükümlülük olmadan, herhangi bir düşünceyle yapılan yardım ve bakım, destek ilişkisi için yeterli sayılır²⁴³.

Destek sayılacak kişinin, yardımının eylemli olması gerekir. Bunun gibi yardımın ölümden sonra da düzenli bir şekilde devam edeceğinin anlaşılmalıdır. Eğer desteğin, eylemli olarak yardımda bulunduğu tazminat alacaklısının yaşam düzeni, ölüm sebebiyle desteğin sağladığı yaşam düzeyinin altına düşmüşse ihtiyaç koşulu

²³⁹ Gökyayla, s. 86.

²⁴⁰ Çelik, Sorumluluk, s. 61.

²⁴¹ Çelik, Sorumluluk, s. 37; Yargıtay 19 HD., T. 06.10.1992, E. 2629/4737, K. 1993/ 2-249 sayılı kararı; <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²⁴² Kılıçoğlu, Destekten, s. 30; Gündüz/ Gündüz, s. 228.

²⁴³ Gürsoy, s. 146.

gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan destekten yoksun kalanın ve ailesinin, sosyal ve ekonomik düzenine göre normal sayılacak giderleridir²⁴⁴.

A. Gerçek Destek

Gerçek destek, öldüğü anda başkalarına fiilen ve düzenli şekilde bakan kişidir. Düzenli ve devamlı yardımlar yapan gerçek destek, bakılan kişinin hem geçimine katkı sağlar hem de zarurete düşmesini engeller. Desteğin yardımı, aynı nitelikte olabileceği gibi bir hizmetin görülmesi şeklinde de olabilir²⁴⁵. Örneğin ana-babanın çocuklarına olan desteği, eşlerin birbirlerine olan desteği gerçek destek ilişkisidir.

Destekten yoksun kalma tazminatı talepleri, genellikle gerçek destek ilişkisine dayanır. Bu ilişki desteğin, ölümden önce eylemli bir şekilde yardımda bulunması ve ölümden sonra da yardımının devam etmesini gerektirir²⁴⁶. Desteğin, destekten mahrum kalanın bütün geçimini sağlaması mecburi değildir. Bir kişinin geçimini kısmen de olsa sağlayan kişi, gerçek destek sayılır. Destekten mahrum kalan kişinin, tek bir desteğinin olması zorunlu değildir. Başka bir ifadeyle bir kimsenin birden fazla desteği olabilir²⁴⁷.

B. Farazi Destek

Ölüm anında bakım ilişkisi bulunmasa bile gelecekte başkasına bakma olasılığı yüksek olan kişi farazi destektir²⁴⁸. Başka bir deyişle, ölüm anına kadar yardım etmemiş olmakla birlikte ileride bakım gücüne kavuşarak fiilen ve düzenli şekilde başkalarına bakması olağan hayat akışına göre normal kabul edilen kişi farazi

²⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, T. 21.04.1982, E. 979/4-1528, K. 1982/412 sayılı kararı; **Seratlı**, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2003, Ankara, s. 85.

²⁴⁵ **Piri**, s.20.

²⁴⁶ **Durdu**, s. 17; **Gökyayla**, s. 86; **Eren**, s. 722; **Orhunöz**, s. 145; **Karahasan**, s. 1267; **Narter**, Sami, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, İstanbul, 2014, s. 19.

²⁴⁷ **Eren**, s. 722.

²⁴⁸ **Narter**, s. 21.

destektir. Bu anlamda çocuğun ana babasına, nişanlıların birbirlerine, damadın kayınvalide-kayınbabasına ileride yardımda bulunma ihtimalleri tipik örnekler olarak sayılabilir. Desteğin bu türü kesinlik taşımaz, tümüyle faraziyeyle dayanır²⁴⁹. Dolayısıyla farazi destek ilişkisinde olasılıklara dayanan kararsızlık nedeniyle tazminat talepçilerinin çevresi gerçek desteğe nazaran daha sınırlı kalmaktadır²⁵⁰.

C. Kanuni Destek

Kanuni bakım yükümlülüğünün bulunuyorsa bu kişiler fiilen bakım yükümlülüğünü yerine getirmiyor olsa bile bakım ilişkisi var kabul edilir. Özellikle aile hukuku ilişkisine göre kanunen başkalarına bakmakla yükümlü olan kişi destek sayılır²⁵¹.

Türk Medeni Kanunu kişilere, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan altsoy, üstsoy ve kardeşlerine nafaka verme yükümlülüğü getirmektedir. Bununla birlikte kardeşlerin nafaka ödeme yükümlülüğü, refah içinde olmaları koşuluna bağlanmaktadır. Ayrıca, miras taksimindeki sıraya göre nafaka talep edilmesi gerektiği de açıklanmıştır. Kanun hükümleri esas alındığında altsoy, üstsoy ve kardeşlerin kanuni destek vasfı taşıdıkları açıktır²⁵².

II. BAKMA UNSURU

Bakma unsuru ölen kişinin destek sayılabilmemesinin temel şartıdır. Bu durumda kişinin normal yaşam ihtiyaçlarını gidermek için sürekli olarak yardımda bulunmak gereklidir²⁵³. Bakma fiili olabileceği gibi ileride gerçekleşme ihtimal de olabilir. Eski Borçlar Kanunu'nun 45'inci maddesinde yardım şeklinde yer bulan

²⁴⁹ **Durdu**, s. 17, **Gökyayla**, s. 87.

²⁵⁰ **Eren**, s. 724, **Işıktaç**, Yasemin: "Somut Olayın Normla Bağlantılandırılması Örnek Olay, Farazi Destek", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2008, S. 66, s. 231; **Seratlı**, s. 120.

²⁵¹ **Gökyayla**, s. 87, 88, 89; **Piri**, s. 20.

²⁵² Türk Medeni Kanunu, madde 364- 365.

²⁵³ **Piri**, s. 56.

bakma unsuru, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 53'üncü maddesinde, ölenin desteğinden mahrum kalma şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Bakma unsurunun varlığının kabulü için, başkalarına beslenme, barınma, sağlık, giyinme, eğitim vb. alanlarda yardımda bulunuyor olmak gerekmektedir. Yardım aynı şekilde gerçekleştirilebileceği gibi para verilmesi suretiyle de olabilir²⁵⁴. Bakma unsurunda, kişinin normal yaşam ihtiyaçlarını giderme amacıyla yapılacak yardımlar söz konusudur. Bu anlamda kişiye sırf borcunu ödemesi için düzenli olarak para verilmesi, meslekî ya da bilimsel araştırmalarını yapması için harcamalarının karşılanması, bağışlama yapılması, bakma unsurunun varlığını sağlamaz. Bu anlamda bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan ödemeler, alan kişi tarafından hayati ihtiyaçlarının giderilmesinde kullanılsa bile bakım ilişkisinin oluşması mümkün değildir. Örneğin manavlık yapan kişi, uzun süredir kendisinden alışveriş yapan müşterisinin ölümü sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı talep edemez²⁵⁵.

Kişi hangi yaşta olduğu önem taşımaksızın kendisiyle birlikte yaşayan kişilere maddi destektir. Örneğin yaşlı bir insan çalışıp kazanç elde etmese bile bedensel varlığıyla eşi ve çocuklarına günlük yaşamda maddi destek olabilir. Yine küçük bir çocuk ev işlerine, ana babasına yardım ederek, alışveriş yaparak, kendinden küçük kardeşlerine bakarak, kırsal yörelerde tarlada çalışarak maddi destek sağlıyor olabilir. İnsanlar, meslekleri, yaşları, toplum içindeki yerleri, yaşam biçimleri nasıl olursa olsun bedensel ve düşünsel etkinlikleriyle yaşamları boyunca yakınlarına, dostlarına yarar ve destek sağlayabilirler. Bu nedenle ölenin bakım gücü salt parasal olanaklarla sınırlamak çok doğru sonuçlar vermez. Asıl esas alınması gereken şey, bedensel ve düşünsel güçtür. Sonuç olarak ölenin parasal gücü ve malvarlığı bulunmasa bile bedensel varlığından yoksun kalınması bir destekten yoksun kalma sayılmalıdır²⁵⁶.

²⁵⁴ **Narter**, s. 21.

²⁵⁵ **Gökyayla**, s. 101.

²⁵⁶ **Çelik**, Sorumluluk, s. 25; **Seratlı**, S. 127.

Bakım ilişkisinin varlığı için bazı koşulların bulunması gereklidir. Bu koşullar şöyle açıklanabilir:

A. Bakımın Düzenli ve Devamlı Olması

Kişinin destek sayılması için sadece bakım ilişkisinin bulunması yeterli değildir. Bakımın düzenli ve devamlı olması veya yardımın gelecekte düzenli ve devamlı yapılma olasılığının bulunması gereklidir. Yargıtay kararlarında²⁵⁷ destek sayılabilmek için, yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Yüksek mahkeme, desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunmasının zorunlu olmadığını benimsemiştir. Ayrıca kararlarda eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimlerinin de bir kimsenin destek sayılması için yeterliliği vurgulamaktadır.

Yardımın düzenliliği için, yapıldığı aralıklar önemli değildir. Gün, hafta, ay veya yıl şeklinde yapılması mümkündür. Ancak tesadüfen ödeme veya düzensiz yardımlar yapan, bağış ya da armağanlar veren kişi destek sayılamaz. Bir veya birkaç kez yardımda bulunmak, kural olarak destek sayılmak için yeterli olmaz. Ancak bir veya birkaç kez yardımda bulunan kişi ölmüş ve gelecekte yardımda bulunması ihtimali yüksek ise ölen kişi destek olarak kabul edilebilir.

Bakım yasal bir yükümlülüğten kaynaklanıyorsa, düzen ve devam unsuru aranmadan destek vasfı kazanılır. Örneğin bir baba çocuğuna düzenli ve devamlı olarak yardım yapmıyor olsa bile çocuğu açısından destek niteliği taşır²⁵⁸.

B. Bakımın Karşılıksız Olarak Yapılması

Kişinin destek olarak kabul edilebilmesi için yapılan yardımların karşılıksız olmalıdır. Eğer sembolik bir ücret karşılığında yapılıyorsa bu halde de yardım açısından karşılıksızlık şartı yerine gelmiş kabul edilebilir ²⁵⁹ . Yargıtay

²⁵⁷ Yargıtay 4.HD., T. 18.04.2002, E.2002/757, K. 2002/5015 sayılı kararı, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/yaritim-ve-hizmet-ederek-desteklik.htm>, Erişim Tarihi 15.01.2014.

²⁵⁸ Sirmen, s. 492.

²⁵⁹ Durdu, s. 16; Piri, s. 56.

11.HD., 13.09.1999 tarih, E.1999/4689, K.1999/6755 sayılı kararında bakımın bedelsiz olarak yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁰.

C. Bakmanın İktisadi Nitelikte Olması

Bakma ilişkisinde, yapılan yardımın miktar ve şekli önem taşımaz. Yardım yapılacak kişinin bütün geçiminin sağlanması gibi bir koşul da yoktur. Kişinin geçiminin çok küçük bir kısmı da karşılanıyor olsa bakım ilişkisi mevcuttur. Yardımın aynî, nakdî ya da hizmet ifası şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Yargıtay'da kararlarında bakımın mutlaka parasal olması gerekmediğini hizmet edimi şeklinde de gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Ancak yapılan yardımların iktisadi değer taşıması zaruridir. Çünkü ekonomik değer içermeyen yardımlar destekten yoksun kalma tazminatına konu edilemezler.

Birbirine yakın ve birlikte yaşayan kişilerin hayatları boyunca, sürekli olarak yardımlaşma, dayanışma içinde olmaları ve birbirlerini kollamaları bir yaşam gerçeğidir. Zengin veya fakir, küçük büyük bütün yakınlar arasında ister bir arada yaşasınlar ister ayrı yerde bulunsunlar, dayanışma, yardımlaşma, gelir ve olanaklarını paylaşma, gereksinimlerini karşılama, birbirlerinin yaşamını kolaylaştırma hep vardır. Destek kavramının önce bu toplumsal gerçeklik çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu şekilde algılanması gerekir²⁶¹.

D. Ölenin Bakım Gücüne Sahip Olması

Ölenin bakım gücünün olabilmesi için, bakımı, mutlaka kendi malvarlığıyla gerçekleştiriyor olması zorunlu değildir. Örneğin başkalarından topladığı yardımlarla çocuklarını okutan anne, öldüğü takdirde çocuklar için destekten yoksun kalma şartı gerçekleşmiş olur²⁶².

²⁶⁰ Yargıtay 11. HD., T. 13.09.1999, E.1999/4689, K.1999/6755 sayılı; Yargıtay 15. HD., T. 26.12.1975, E. 4177, K. 5185 sayılı; Yargıtay 11 HD., T. 11.10.2005, E. 2004/10735, K. 2005/9566 sayılı kararları, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/yarim-ve-hizmet-ederekdesteklik.htm>, Erişim tarihi, 28.04.2014.

²⁶¹ Çelik, Sorumluluk, s. 63.

²⁶² Gökyayla, s. 91, 92, 93, 94.

Bakım gücü kavramını açıkladıktan sonra bakım gücü kavramına yöneltilmiş bir eleştiriye değinmek istiyoruz. Buna göre bakım gücü ve bakım ihtiyacı kavramları, belirsiz, öznel, kesin olmayan ve tartışmaya açık kavramlardır. Bakım gücünün parasal destekle sınırlandırılması oldukça yanlıştır. Desteklik parasal olmaktan ziyade, yardım ve hizmet ederek gerçekleşmektedir. Kişiler akıl hastası veya ileri derecede sakat olmadıkları sürece, beden güçleriyle, her yaşta ve durumda birbirlerine destek ve yardımcıdırlar. Yargıtay da kararlarında hiçbir işi olmayan kişilere, yaş ve cinsiyet ayrımı yapmadan, hatta emekliye ayrılmış kişiler için bile yardım ve hizmet ederek destek olabilecekleri yönünde kararlar vermektedir²⁶³.

III. DESTEĞİN ÖLÜMÜ

Destekten yoksun kalanın tazminat talep edebilmesi için desteğin ölmesi şarttır. Ölüm şartı nedeniyle tüzel kişiliğin sona ermesi, destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı vermez²⁶⁴. Destek olan kişinin, çalışma gücünü kaybetmesi, desteğin tedavi edilmesi için yapılan harcamalar tazminatın içeriğine dahil değildir. Örneğin trafik kazası geçirerek yaralanan çocuk, bir daha hiç çalışamayacak duruma gelmiş olsa bile destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemez²⁶⁵.

§ 15. DESTEK GÖREN BAKIMINDAN ARANAN ÖZEL ŞARTLAR

I. DESTEK GÖREN KAVRAMI

Ölen kişiden sürekli ve düzenli şekilde yardım gören veya ölmeseydi ileride sürekli ve düzenli olarak destek görecektir olan kişi destek görendir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için destek görenin, ölen desteğin akrabası, mirasçısı veya yakını olması gibi bir şart bulunmaz.

²⁶³ Çelik, Sorumluluk, s. 77; Narter, s. 22.

²⁶⁴ Narter, s. 19.

²⁶⁵ Gündüz/ Gündüz, s. 238.

Kişinin destek sayılmasında olduğu gibi destek gören de fiili destek gören olabileceği gibi farazi destek gören de olabilir²⁶⁶.

II. BAKIM İHTİYACI

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesi için destek kişinin ölümü yeterli değildir. Aynı zamanda destek gören kişi zaruret içinde olmalıdır. Tam olarak yoksunluk içine düşmemiş ancak desteğin ölümünden sonra hayat standardının bozulmuşsa tazminat talep edilebilir. Desteğin ölümünden sonra desteğin yardımı olmaksızın standart şekilde hayatını idame ettirebiliyorsa kişinin tazminat isteği yerinde değildir²⁶⁷. Desteğin ölümü kendisine bakılan kişiyi kısmen veya tamamen bu bakımdan yoksun bırakmalıdır. Destek gören kişinin hayat standardı olumsuz olarak etkilenmişse bakım ihtiyacı içinde oldukları söylenebilir²⁶⁸. Ancak destekten yoksun kalma tazminatının amacı, hiçbir zaman destek görenin lüks içinde yaşaması değildir²⁶⁹.

Bakım ihtiyacı kavramı kişilerin sosyal ve ekonomik yaşam düzeyi ve zamana göre değişir. Bu sebeple bugün varlıklı olup desteğe ihtiyacı olmayan kişilerin ilerideki durumlarının kestirilmesi çok kolay değildir. Bu durum haklı şekilde eleştirilmektedir. Tazminat hesapları geleceğe yönelik değerlendirmeler içerdiği için oldukça yanıltıcı olmaktadır. Bu sebeple kişilerin varlıklı olmaları destekten yoksun kalma taleplerine engel teşkil etmemelidir. Esasında bakım gücü ve bakım ihtiyacı kavramları çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı belirlenmesi hakkaniyete uygun düşmemektedir. Zira bu kavramlarla ölen kişi maddi durumu iyi değilse ve çalışıp para da kazanmıyorsa bakım gücü yok kabul edildiğinden destek olarak sayılmamaktadır. Diğer taraftan destekten mahrum kalanlar, varlıklı

²⁶⁶ Gökyayla, s. 125, Seratlı, s. 115.

²⁶⁷ Kılıçoğlu, Destekten, s. 35.

²⁶⁸ Gökyayla, s. 126.

²⁶⁹ Eren, s. 725.

kimselerse bakım ihtiyacı içinde olmadıklarından tazminat talep etme hakları yok kabul edilmektedir²⁷⁰.

Destekten yoksun kalanın tazminat talep edebilmesi sefalet ve yoksulluk içine düşmesi şartına bağlı değildir. Esas olarak destekten yoksun kalma tazminatı tazminat alacaklılarının ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik hayat seviyesini korumayı amaçlar. Bakım ihtiyacı karşılanırken desteğin ölümüne kadar geçirilmiş olan lüks ve pahalı hayat değil, tazminat alacaklısının, sürdürdüğü hayat seviyesine, sosyal ve ekonomik şartlarına göre normal karşılanacak zararların giderilmesi hedeflenir. Tazminat alacaklısı ölüm gerçekleşmeden önce çalışmıyor ise sırf desteğin ölmesi sebebiyle kural olarak çalışmak zorunda değildir. Bunun gibi anne yada babasının ölümünden önce özel okula giden bir çocuk eğitimi devlet okulunda sürdürmek zorunda değildir. Ayrıca sırf desteğin ölümü nedeniyle tazminat alacaklısı daha küçük ya da daha ucuz bir eve taşınmak zorunda da değildir. Bu konudaki problemler dürüstlük kuralı çerçevesinde çözümlenebilir²⁷¹.

§16. DESTEK ÇEŞİTLERİ

I. ERKEĞİN ÖLMESİ DURUMUNDA

A. Destek Olarak Koca

Koca en tipik destek türlerinin başında gelir. Özellikle bizim ülkemizde olduğu gibi kadınların ev hanımı olarak ev işlerine katkı yaptığı, erkeklerin ise çalışarak evin geçimini sağladığı toplumlarda en önemli destek niteliğindedir. Bu nedenle kocanın ölümü, çoğu zaman kadını muhtaçlık içinde bırakır. Çalışan kadınların, kocalarının ölümü ise kadını desteğe muhtaç düşürmemekle birlikte yaşam standardını olumsuz yönde etkileyebilir. Her ne kadar Eski Türk Medeni Kanununun, 152'inci maddesinde

²⁷⁰ Çelik, Ahmet Çelik: "Cana Gelen Zararlarda Tazminat ve Sigorta", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/cana-gelen-zararlarda-tazminat-ve-sigorta-konferans-metni.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014; Işıltan, s. 103; Seratlı, s. 130.

²⁷¹ Gökyayla, s. 131,132.

düzenlenen “Evlilik birliğin reisi kocadır” ifadesi kaldırılarak, Yeni Türk Medeni Kanunu’nda eşler arasında bir denge, eşitlik sağlanmak istense bile kocanın, karısına destek olduğu fikri yadsınamaz bir gerçekliktir²⁷².

Eşler, evlilik birliği devam ettiği müddetçe birbirinin desteği olurlar. Ancak evlilik boşanma ile sonuçlanmış ise hükmün kesinleşmesi ile birlikte eşler artık birbirlerine destek olmazlar. Ancak bu durumda boşanma nedeniyle yoksullağa düşecek kadına yoksulluk nafakası tahsis edilmişse koca bu anlamda hala karısının desteği sayılmalıdır. Hatta hiçbir yükümlülüğü olmayan koca boşanmaya rağmen halen eşine destek olamaya devam edebilir. Bu halde gene karısının desteği sayılır. Boşanma davası sonuçlanmadan, kocanın ölmesi durumunda ise kocanın destek vasfı devam etmektedir. Eşler için ayrılık kararı alınmışsa evlilik sona ermemiş olduğundan eşler birbirinin desteği olmaya devam ederler²⁷³.

B. Destek Olarak Baba

Ölen kişinin, aynı zamanda hem koca, hem de baba olabilir. Kocasını ölen kadın, destekten yoksun kaldığı gibi, çocuklar da babaları öldüğü zaman destekten yoksun kalırlar.

Medeni Kanun hükümlerince, çocukların bakım ve eğitim giderleri eşler tarafından ortaklaşa karşılanacağından²⁷⁴ bu anlamda eşlerden herhangi birinin ölümü, çocukların yaşam koşullarını olumsuz yönde etkiler.

Destek ihtiyacı, çocukların ergin kabul edildikleri onsekiz yaşın doldurulmasına kadar sürer. Eğitimi sürdüren çocuklarda ise, eğitimlerinin tamamlanmasına kadar, bir işe sahip olmayan kız çocuklarında bu süre evlenmelerine kadar sürmektedir. Bu koşullar göz önünde bulundurulduğunda çocukların evlenmelerine veya iş sahibi olmalarına kadar destek ihtiyaçlarının devam

²⁷² Narter, s. 149.

²⁷³ Gökyayla, s. 99,100; Orhunöz, s. 150; Gündüz/ Gündüz, s. 235.

²⁷⁴ Medeni Kanun Madde 185 : “Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.”

ettiğinin kabul edilmesi gereklidir²⁷⁵. Destek ilişkisi, ispat edilebilirse üvey babanın ölümünde çocuklar destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler. Aynı şekilde, evlilik dışı ilişkiden doğan doğan bir çocuk da tazminat talep hakkına sahiptir²⁷⁶.

Eğer baba öldüğünde anne hamile ise destekten yoksun kalan cenin de, sağ ve tam doğum şartı ile tazminat talep hakkına sahip olur. Fakat cenin sağ ve tam olarak doğmaz ise ceninin ölümünden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemez²⁷⁷.

C. Müstakbel Destek Olarak Nişanlı

Nişanlılar arasında yardım ve dayanışma yükümlülüğü bulunur. Ancak bu yükümlülüğü bakım borcu olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bakım yükümlülüğü bulunmamakla birlikte nişanlılar, birbirine yardım ediyor ve destekte bulunuyorlar ise sağ kalan taraf destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir²⁷⁸.

Nişanlılık açısından esas düşünülmesi gereken nokta, nişanlıların ileride birbirlerine farazi olarak destek olmaları konusudur. Nişanlılık evlilik bakımından kuvvetli bir karine teşkil eder. Bununla birlikte evlilik borcu doğurmaz. Başka bir ifadeyle bütün nişanlıların evlenmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Sağ kalan nişanlı, ileride destek görme ihtimali bulunduğunu iddia ederek nişanlısının ölümü nedeniyle uğradığı kayıplar için destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Bu durumda sağ kalan nişanlı evlenmenin gerçekleşeceğini ispatlamalıdır. İspat açısından nişan için tören yapılması şart değildir. Ancak nişanın aleni yapılması, ispat bakımından kolaylık sağlar. Destekten yoksun kalma tazminatı borçlusu kişi ise

²⁷⁵ Gökyayla, s.101,102; Gürsoy, s. 149; Seratlı, s. 137.

²⁷⁶ Eren, s. 722; Işıltan, Hasan Tahsin: Tazminat Davalarının Kamu Hukuku (Tam Yargı Davaları) Özel Hukuk Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 100; Yargıtay 4 HD., T. 16.06.2010, E. 2009/11806, K. 2010/7278 sayılı kararı.

²⁷⁷ Keskin, Dilşad: “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 1-2, s. 744.

²⁷⁸ Balkaya, Tuğba: “Nişanlılık hukuku Ve Nişanlılıktan Doğan Tazminat Davaları”, s. 11, <http://www.balkaya.av.tr/files/NHNTD.pdf>, Erişim tarihi 12.12.2013.

evliliğin gerçekleşmeyeceğini iddia ediyorsa, olağan durumun aksini iddia ettiğinden, ispat külfeti kendisine düşer²⁷⁹.

D. Serbest Birleşmelerde Destek

Aralarında evlilik ilişkisi bulunmamasına rağmen bir erkek bir kadına bakıyor, ihtiyaçlarını karşılıyor olabilir. Tartışmalı olmakla birlikte karı koca gibi yaşayan kadın-erkek ile sadece para karşılığında erkeklerle birlikte olan kadının durumu birbirinden ayrılmalıdır. Sadece para ve başka menfaatler karşılığında kadın, erkeklerle birlikte oluyorsa bu durumda, erkek kadının desteği olarak kabul edilemez. Dolayısıyla kadın bu halde destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez. Fakat karı-koca gibi birlikte yaşama durumunda kural olarak destek ilişkisi var kabul edilmelidir.

Kişilerin birlikte olmalarının temelinde ahlaka aykırı bir amaç söz konusuysa bu birliktelikte destek ilişkisinin kabulü mümkün değildir. Tazminat talebinin kabul edilebilmesi için birlikteliğin devamlılık ve ciddiyet içermesi gerekir. Kadın ve erkeğin ilişkisi kısa süreli veya geçici ise kadın tazminat talep edemez. Ülkemizde Medeni nikah ülkenin tamamına yayılmamıştır. Bu nedenle Türk Hukukunun nikahsız birliktelikleri benimsememesi miras hakkı da bulunmayan kadınları oldukça güç durumda bırakır. Bu sebeple evlilik dışı beraberlik yaşayan kişilerin başkaları ile evli olmamaları şartıyla tazminat taleplerinin sırf ahlaka aykırılık sebebiyle reddedilmemesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu anlamda özellikle Türk Hukuku için, imam nikahlı eşlerin birbirlerine destek oldukları kabul edilebilir²⁸⁰.

E. Diğer İhtimaller

Diğer ihtimaller içinde ilk olarak kardeşlerin durumunu açıklayacağız. Kural olarak kardeşlerin birbirlerine karşı bakım yükümlülüğü bulunmaz. Medeni Kanuna göre kardeşlerin birbirine nafaka yükümlülüğü olması için diğer kardeşin refah içinde

²⁷⁹ Gökyayla, s. 103, 104; Narter, s. 152.

²⁸⁰ Orhunöz, s. 150; Karahasan, s. 1276; Gürsoy, s. 151; Seratlı, s. 147; Güleç Uçakhan, Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara, 2014, s. 595.

yaşıyor olması şarttır. Ancak destekten yoksun kalma tazminatında böyle bir koşul bulunmaz. Kardeşlerin, destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakları, miras yolu ile anne-babadan geçen bir hak değildir. Zira destekten yoksun kalma tazminatı bağımsız nitelik taşır²⁸¹. Ancak kardeşler bakım yükümlülüğü bulunmamasına rağmen birbirlerine düzenli olarak destek oluyorsa sağ kalan kardeş, destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir. Bu durumda kardeşin refah içinde yaşaması şart değildir²⁸². Ölen kardeş, yaş küçüklüğü veya ayrı yerlerde yaşama gibi bir sebeple henüz diğer kardeşlerine destek olamıyorsa bu durumda, ölen kardeşin refah içinde yaşaması şartı ile destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir²⁸³.

Bir diğer ihtimalde üvey çocukların durumudur. Medeni Kanunda eşlere, diğer eşin ergin olmayan üvey çocuklarına özen ve ilgi gösterme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu anlamda koca, maddi imkanları ölçüsünde üvey çocuğunun eğitim ve bakım giderlerinden sorumludur. Dolayısıyla ergin olmayan çocuk, üvey babası öldüğünde destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir²⁸⁴. Ergin olan üvey çocuklar ise üvey baba, ergin çocuğa düzenli şekilde bakıyor ise üvey babanın ölümü sonrasında tazminat talep edebilir²⁸⁵.

Bir başka ihtimal de damadın durumudur. Damat, kayınana ve kayınbabasına fiili destek olabileceği gibi farazi destek de olabilir²⁸⁶.

Son olarak farklı hukuk sistemlerinde farklı görüşler olmasına rağmen Türk Hukukunda aynı cinsteki kişilerin evlenmelerine ya da evli gibi birlikte yaşamalarına izin veren bir hukukî düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla toplum tarafından da

²⁸¹ **Öztürkler**, Cemal: “Destekten Yoksunluk Dava Hakkının Mirasçılara İntikali”, ABD, Y. 1979, S. 2, s. 11, 12, 13.

²⁸² **Narter**, s. 151.

²⁸³ **Gökyayla**, s. 111; **Işıltan**, s. 100.

²⁸⁴ **Narter**, s. 152.

²⁸⁵ **Gökyayla**, s. 112; **Seratlı** s. 158.

²⁸⁶ **Gökyayla**, s. 113; **Seratlı**, s.159.

bütünöyle ahlak dışı kabul edilecek böyle bir halde sağ kalan kişinin, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi mümkün deęildir²⁸⁷.

II. KADININ ÖLMESİ DURUMUNDA

A. Destek Olarak Evli Kadın

Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre eşler, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malları ile katılır. Bu sebeple evlilik birliği içinde dışarıda ücret karşılığı çalışan kadın, çalışması ile elde ettiği malları ile dışarıda ücret karşılığı çalışmayan kadın ise ev işlerini yapmak suretiyle emeği ile evlilik birliğinin giderlerine katkı sağlar. Bu anlamda kadın bir gelire sahip olmasa bile kendi emeğini evlilik birliği için sarfediyorsa kadının katkısı, evlilik birliğinin giderleri için maddi katkı olarak kabul edilmektedir²⁸⁸. Yargıtay kararlarında, kadının ev işlerinde kocaya yardımcı olduğu, bu sebeple ona baktığı kabul edilmektedir. Yargıtay kararında şu hususlar üzerinde durmuştur: Kadın ev hizmetlerini yaptığı için ölümü halinde koca bu hizmetlerden yoksun kalmaktadır, bu sebeple kocanın tazminat isteme hakkının bulunur. Yardımdan yararlanan kimsenin tazminata hak kazanabilmesi için desteğin ölümünden dolayı yoksulluğa düşmesi gerekli değildir. Durumuna uygun yaşama tarzında para ile belirlenebilen bir zarara uğraması yeterlidir. Ölen kadının ev hizmetlerini yaparak sağlayacağı desteğin belirlenmesi ve uzman bilirkişiden rapor alınarak sonucuna göre uygun bir karar verilmesi gerekir. Kadın herhangi bir işte çalışmasa dahi ev kadını olarak aileye destek sağladığından aile içi işlevi bulaşık ve çamaşır yıkamaktan ibaret değildir. Dolasıyla kadının ölümü ile ailenin yoksun kaldığı destek çamaşır ve ütü gibi yalın ev işlerinin parasal karşılığından ibaret değildir. Desteğin ev kadını olması destekten yoksun kalanların aleyhine bir durum oluşurmaz. Desteğin ev hizmetleriyle diğer aile bireylerinin yaşamını kolaylaştırması

²⁸⁷ Gökyayla, s. 114.

²⁸⁸ Gökyayla, s.114.

ve onlara katkı yapmasından dolayı bundan yoksun kalan hak sahiplerinin tazminat isteme hakkı bulunmaktadır²⁸⁹.

Kadının ölümü, ev hanımı ise kocanın kadınının emeğinden, çalışan kadın olması halinde ise hem emek hem de malvarlığından yoksunluğuna sebep olur. Çalışan kadınların aynı zamanda ev işleriyle de ilgilendiği hususu mutlaka dikkate alınmalıdır²⁹⁰.

B. Destek Olarak Anne

Evli kadın, aynı zamanda çocuk sahibi ise hem kocasının hem de çocuğunun desteğidir. Bu halde kadın ev işlerinin yanında çocukların bakımını da üstlenmektedir. Bu anlamda katkının mutlaka parasal olarak yapılması şart değildir. Kadının emeği ile yaptığı katkı da destek anlamındadır ve tazminat talep hakkı verir²⁹¹.

C. Diğer İhtimaller

Erkek nişanlının ölümünde geçerli olan şartlar, kadın nişanlının ölümünde de geçerlidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ilk olarak nişanlılık ilişkisi ispatlanmalıdır. ancak bunun için resmi tören yapılması şart değildir.

Kadın nişanlı öldüğünde eğer iş sahibi ise geliriyle orantılı olarak, geliri olmadığı durumlarda ise en azından ileride vereceği hizmetler bakımından destek vasfı kabul edilebilir²⁹².

Serbest birleşmelerde erkeğin kadına destekliği gibi kadının da bazen destek olması söz konusu olabilir. Kadının kazancı erkeğe göre daha fazlaysa kadının ölümü, erkeğin destekten yoksun kalmasına neden olur. Kadının çalışmaması durumunda

²⁸⁹ Yargıtay, 4 HD., T. 03.10.1966, E. 4939, K. 8581; Yargıtay 4 HD., T. 13.04.1976, E. 3029, K. 3914; Yargıtay 19 HD., T. 31.05.1995, E. 9854, K. 4744; Yargıtay 4 HD., T. 26.06.2001, E. 4162, K. 6826; Yargıtay 11 HD., T. 13.09.1999, E. 4689, K. 6755; Yargıtay 4 HD., T. 06.04.2000, E. 1095, K. 3151, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/tazminatin-olcusu-olarak-ev-hizmetleri-ve-ev-kadinlarinin-desteklii.htm>, Erişim tarihi 15.02.2014.

²⁹⁰ Eren, s. 723; Gökyayla, s. 115; Orhunöz, s. 151; Karahasan, s. 1292; Seratlı, s. 137.

²⁹¹ Gökyayla, s. 115; Işıltan, s. 100; Seratlı, s. 137.

²⁹² Gökyayla, s. 116.

da erkeği en azından onun hizmetinden mahrum bırakacağından evlilik içinde olduğu gibi, kadını erkeğin desteği saymak gerekir²⁹³. Erkek kardeşin destekliği gibi, kız kardeşin de diğer kardeşlerine destek olması mümkündür²⁹⁴.

III. EBEVEYN DESTEĞİ OLARAK ÇOCUK

Çocuk öldüğü anda anne babasına fiilen destek oluyorsa, bu durumda anne babanın destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmesi açısından hiçbir şüphe yoktur. Örneğin çocuk ana babayla birlikte yaşıyor ve elektrik, su, kira gibi giderlere katkı sağlıyorsa, ana baba destekten mahrum kalmış sayılır. Yetişkin çocuk ölümünden önce emeğini kullanarak anne-babasına destek oluyor olabilir. Örneğin çocuk babasının işyerinde ya da anne-baba ile birlikte tarımsal faaliyetler için çalışıyorsa bu durumda da anne-babanın tazminat hakkı doğmaktadır. Çocucuğun üvey, evlilik dışı veya evlatlık olması bakımından bir farklılık söz konusu değildir²⁹⁵.

Boş zamanlarında ana-babasını ziyaret eden onların işleriyle ilgilenen ve onların yaşlılık ve hastalık halinde bakımlarını sağlama gibi faaliyetlerde bulunan çocuğu durumunun maddi destek ilişkisi olarak kabulü gerekir. Bu durumda görünen bir destek zararı yoksunluğu aranmaz. Başka bir anlatımla sadece hizmet olarak destek olma durumunda da çocuk ana-babasının desteği sayılmalıdır²⁹⁶.

Anne-babanın varlıklı kişiler olması, tazminat istenmesine engel değildir. Zira varlıklı olma çocuğun desteğine ihtiyaç duymadıkları ya da ileride bu desteğe ihtiyaç duymayacakları anlamına gelmez. Yargıtay kararlarında da bu durum vurgulanmaktadır²⁹⁷.

²⁹³ **Işıltan**, s. 102; **Seratlı**, s. 147.

²⁹⁴ **Gökyayla**, s. 118,119, **Işıltan**, s. 100.

²⁹⁵ **Gökyayla**, s. 119; **Işıltan**, s. 98.

²⁹⁶ **Orhunöz**, s. 149; **Karahasan**, s. 1296; **Çelik**, Ahmet Çelik: “Çocukların Ana Babalarına Destekliği Nasıl Hesaplanmalı”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/cocuklarin-anabab-alarina-destekliği-nasıl-hesaplanmalı.htm>, Erişim Tarihi 28.04.2014.

²⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.1973, E. 899, K. 798 sayılı; Yargıtay 11 HD., T. 11.10.2005, E. 2004/10735, K. 2005/9566 sayılı; Yargıtay 4 HD., T. 01.04.2003, E. 2002/13497, K. 2003/3904 sayılı; Yargıtay 4 HD., T. 06.12.1974, E. 1974/3301, K. 1974/3477 sayılı; Yargıtay 4 HD., T.

Çocuğun destek sayılması için mutlaka ölüm anında destek ilişkisi bulunması zorunlu değildir. İleride destek olma ihtimali bulunuyorsa çocuk farazi destek sayılır. Çocuğun gelecekte ana-babaya destek olacağını kesin olarak ispat etmek oldukça güçtür. Bu nedenle, bu tarz durumlarda kesin ispat aranmamalı, yaklaşık ispat yeterli görülmelidir²⁹⁸. Ancak ölen her çocuğun farazi destek sayılması mümkün değildir. Yani her ölen çocuğun gelecekte anne-babasına destek olması söz konusu değildir. Hakim bu konuda karar verirken çocuğun öğrenim, başarısı, yaşı, yetenekleri, işi, mesleği gibi kriterlerden yararlanmalıdır²⁹⁹. Uygulamada ise çocuk henüz fiili destek ilişkisi başlamadan ölmüşse ana-babanın çocuğun desteğinden mahrum kalacağı karine olarak kabul edilmektedir. Tazminat borçlusu ölen çocuğun ana babasına destek olmayacağını iddia ediyorsa bu durumu ispat yükü kendisine düşer³⁰⁰. Ölen çocuk, gelecekte ana babaya, yaşamın ve olayların normal akışına göre bakacaktır denebiliyorsa çocuk, ana-babasına destek olarak kabul edilmelidir. Ana babanın sahip olduğu çocuk sayısı, yaşları, maddi durumları ne olursa olsun çocuklarının desteğine gelecekte muhtaç olabilirler. Bu şartların önceden belirlenmesi oldukça zordur. Dolayısıyla çocuğun ana-babasının farazi desteği olarak kabul edilmesi kanaatimizce isabetlidir³⁰¹. Yargıtay' da kararlarında bu hususa işaret etmektedir³⁰².

§ 17. TAZMİNATI HESAPLANIRKEN GÖZETİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

I. GENEL OLARAK

29.11.2007, E. 2007/13191, K. 2007/15103 sayılı kararları, <http://www.tazminathukuku.com>, Erişim tarihi 01.03.2014.

²⁹⁸ Gökyayla, s. 121.

²⁹⁹ Gökyayla, s. 121,122, Eren, s. 723.

³⁰⁰ Orhunöz, s. 146.

³⁰¹ Orhunöz, s. 148; Seratlı s. 152.

³⁰² Yargıtay 19 HD., T. 22.12.1995, E. 7680, K. 11614 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

Destekten yoksun kalma zararının tespit edilmesinde bazı güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bu durum tazminat hesaplanırken geleceğe ilişkin belirsiz şartların değerlendirilmesi ve yaklaşık, soyut bir değer ortaya konulmasından kaynaklanır. Hesap yapılırken öncelikle desteğin ekonomik gücü belirlenmelidir. Sonrasında ise bir yandan desteğin ekonomik gücü, bu gücün devam edeceği süre, desteğin gelecekte yardıma muhtaç duruma düşüp düşmeyeceği, desteğin başka kişilere de yardıma bulunma ihtimali bir yandan da destek görenin ileride bizzat gelir elde ederek desteğe ihtiyacının sona ermesi gibi durumlar değerlendirilmelidir³⁰³.

Desteğin bakım gücünün tespit edilirken hem mevcut malvarlığı değerleri hem de bunlardan elde edilecek gelirler hesaplanmalıdır. Ayrıca desteğin malvarlığında ileride meydana gelebilecek değişikliklerde dikkate alınmalıdır. Bu sebeple farazi destek olacağı varsayılan çocukların gelirinin tespit edilmesi oldukça güç olmaktadır.

Ölenin geliri belirlenirken dikkate alınması gereken diğer bir unsur da hizmet edimleridir. Özellikle bir işte çalışmayan anne veya kadının ölmesi durumunda bu durum önem kazanır. Hizmet edimlerinin mali değerleri tespit edilerek tazminat hesaplaması yapılır. Fakat burada eş veya annenin hizmetinin karşılığı, o işlerin hizmetçiye yaptırılması halinde hizmetçiye verilecek bedel kadar düşük seviyede kabul edilmemelidir. Zira annenin çocuklarına göstereceği ilgi ve şevkat ile çocukların bakımını üstlenen hizmetçinin göstereceği emek ölçüsü aynı kefeye konulamaz³⁰⁴. Desteğinin hizmet değeri karşılığı tespit edilirken yardım ve hizmet şeklinde olan desteklikte genelde asgari ücretler birim alınır³⁰⁵. Hizmet ediminin tespit edilmesi özellikle eşlerden kadının ölümü halinde önem kazanmaktadır. Hizmetin karşılığı belirlenirken ölen destek olmasaydı ev işleri ve çocukların bakımı için hizmetçiye ne kadar para ödenecekse, kadının geliri olarak asgari bu miktarda

³⁰³ Gökyayla, s. 136.

³⁰⁴ Gökyayla, s. 138, Işıltan, s. 106.

³⁰⁵ Çelik, Sorumluluk, s. 61.

tespit yapılmalıdır. Ayrıca destek kadının evdeki işlere ne kadar vakit ayıracağı sabit değildir. Örneğin çocuğu olmayan bir kadınla üç çocuklu bir annenin ev işlerine ayıracağı zaman aynı olamaz. Kadın ev işleri haricinde bağ ve bahçe işlerine de katkı sağlıyorsa bu husus da hizmet ediminin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır³⁰⁶. Bir kez daha vurgulamak isteriz ki anne ve ev hanımı olan kadının emeği ile aynı işleri yapacak olan hizmetçinin emeğini eşit miktarda değerlendirmek hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyecektir.

II. DESTEĞİN GELİRİNİN HESAPLANMASI

Kişinin geliri yaptığı iş karşılığında aynî veya nakdî olarak alınan şeylerden oluşur. Yardım eğer maddi nitelik taşıyorsa zarar buna göre hesaplanır. Eğer yardım aynî nitelikteyse aynî yardımın maddi değerine göre tazminat hesabı yapılır. Kişinin bir işi hizmet olarak ifa etmesi de kendisine destek niteliği kazandırır. Örneğin herhangi bir işte çalışmayan kadın çalışarak kazanç sağlamıyor olsa bile ev işlerini yaparak ailesine destek olabilir. Kadının çamaşır, bulaşık yıkamak, ütü yapmak şeklindeki hizmetlerinin bedel olarak karşılığı, kadının emeğini parasal olarak asgari karşılığını oluşturur³⁰⁷.

Desteğin çalışarak elde ettiği gelir, desteğin sahip olduğu malvarlığı unsurları ve elde ettiği ekonomik değerler destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken dikkate alınmalıdır. Bu anlamda gelir kavramına kişinin sabit ücreti yanında, ikramiye, yiyecek, giyecek gibi ek kalemlerde dahildir³⁰⁸. Bunun yanı sıra sigortasız olarak gündelik işlerde çalışanlar örneğin evlere temizliğe giden veya hamallık, boyacılık gibi işleri yapanların kazancını da bu kişiler vergi ödemiyor olsa bile kazançların tespitinde değerlendirilmelidir³⁰⁹.

³⁰⁶ Gökyayla, s. 146, 147.

³⁰⁷ Gökyayla, s. 171, 172; Güleç Uçakhan, s. 601.

³⁰⁸ Narter, s. 57.

³⁰⁹ Çelik, Ahmet Çelik: "Tazminat Davalarında Kazanç Kavramı Ve Kazançların Araştırılması", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/tazminat-davalarinda-kazanc-kavrami-ve-kazanclarin-arastirilmesi.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014.

Desteğin kanuna ve ahlaka aykırı yollarla elde ettiği kazancı gelir olarak değerlendirilemez. Örneğin, uyuşturucu satan veya yasadışı silah ticareti yapan birinin bu işlerden elde ettiği kazanç gelir olarak değerlendirilmemelidir. Doktrinde bazı yazarlar ahlaka aykırı yollarla elde edilen kazançların kesinlikle dikkate alınmaması gerektiğini ancak kanuna aykırı işlerden elde edilen bazı kazançların dikkate alınabileceğini savunmaktadırlar³¹⁰. Örneğin göreviyle bağdaşmayan bir işte çalışan devlet memurunun bu şekilde elde ettiği kazanç gelir olarak kabul edilebilir³¹¹.

A. Gerçek Desteğin Gelirinin Hesaplanması

Ücretlilerin geliri öldükleri andaki kazandıkları miktara göre belirlenir. Ücretlinin geliri, işveren tarafından tutulan bordro, hesap pusulası, sigorta prim belgelerinin incelenmesi ile kolay bir şekilde tespit edilebilir. Ancak ülkemiz koşullarında kamu çalışanlarının haricinde özel sektör çalışanları için bu kayıtların bazen hiç tutulmaması bazen de tutulan kayıtların gerçeği yansıtmaması gibi problemlere sıklıkla rastlanmaktadır. Bu nedenle ücretlinin gelir tespiti sanıldığı kadar kolay olmamaktadır³¹². Mahkeme gelir hesabında özenli bir çalışma yapıp gerektiği durumlarda tanık beyanına da başvurarak, olağan hayat akışını, çalışanın yaş ve tecrübe koşullarını da özenle araştırmalıdır. Gerektiğinde, ilgili meslek odalarından da bilgi almalıdır. Çalışarak elde edilen kazancın yanı sıra desteğin gelirine, kira bedeli, ortaklık payına karşı elde edilen kazançlar, faiz ve benzer gelirler dahildir³¹³. Ücretli çalışan desteğin çalışma süresi yaptığı işin özelliklerine göre değişir. Bu anlamda ücretli çalışan desteğin başka bir şekilde elde ettiği gelirleride hesaplanacak gelir kavramına dahil edilmelidir³¹⁴.

³¹⁰ Gökyayla, s. 139; Seratlı, s. 191 vd.

³¹¹ Gökyayla, s. 139.

³¹² Piri, s. 65.

³¹³ Gökyayla, s. 145. ; Güleç Uçakhan, s.602.

³¹⁴ Gökyayla, s. 140, 141, 142; Narter, s. 57, 58.

Ölen serbest çalışan desteğin gelir tespiti yapılırken yararlanılabilecek ilk kayıt vergi beyannameleridir. Ancak uygulamada vergi beyannameleri genelde gerçek kazancın daha azını göstermektedir. Bu nedenle vergi beyannamelerinde gösterilen bu asgari miktarın yanı sıra desteğin hayat tarzı çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu durumda desteğin bağlı olduğu meslek kuruluşundan da gelir konusunda bilgi alınması faydalı olabilir. Desteğin düzenli olarak bir işi yoksa yaptığı iş ve kazancı, yaşadığı çevre şartları ve yaşam tarzı da dikkate alınarak tanık beyanı ile belirlenebilir³¹⁵.

B. Farazi Desteğin Gelirinin Hesaplanması

Farazi desteğin geliri tespit edilirken çoğunlukla tahmin ve varsayımlarla hareket edilmektedir. Bu anlamda yükseköğrenim gören farazi destek olan çocuğun gelirinin, tespit edilmesi, çok zor olmaz. Örneğin, tıp fakültesi öğrencisinin gelecekte doktor olacağının tespit edilerek, elde edebileceği gelirin aşağı yukarı belirlenmesi kolaydır. Ancak farazi destek olan çocuğun yaşı küçükse, örneğin, henüz ilköğretim öğrencisiyse, gelecekteki durumunun belirlenmesi oldukça güçtür³¹⁶. Çocuğun ileride elde edeceği kazanç, zekası, yetenekleri, çalışkanlığı, sağlık durumu, okuyacağı okul ve yapacağı iş belirli değildir. Bütün bunların tahmin edilmesi de oldukça güçtür³¹⁷.

III. DESTEĞİN GELİRİNDE VE EKONOMİK DEĞERLERİNDE MEYDANA GELEN VEYA GELEBİLECEK FARKLILIKLAR

Sadece ölüm anındaki durum ve şartlara göre desteğin gelirinin tespit edilmesi doğru sonuç vermez. Tespit yapılırken gelecekte gerçekleşme olasılığı bulunan değişiklikler de değerlendirilmelidir. Örneğin destek kişi ileride işinde yükselebilir ve buna bağlı olarak kazancı da artabilir. Aynı zamanda milli gelir,

³¹⁵ Gökyayla, s. 143.

³¹⁶ Piri, s. 66.

³¹⁷ Gökyayla, s. 144; Seratlı, s. 120.; Güleç Uçakhan, s. 606.

kalkınma hızı gibi hususlarda göz önünde bulundurulmalıdır. Meydana gelebilecek değişiklikler, desteğin yaşı, öğrenim seviyesi, tecrübesi ve niteliklerine bağlı olarak gerçekleşebilir. Ayrıca değişiklikler artma veya azalma şeklinde gerçekleşebilir³¹⁸.

IV. DESTEĞİN ELDE ETTİĞİ EKONOMİK DEĞERLER TOPLAMININ NETLEŞTİRİLMESİ

Desteğin gelirin hesaplanması zarar tespiti için yeterli değildir. Zira destek kişi bütün gelirini destek görenlere tahsis edemez. Bu nedenle desteğin, destek görenlere ayırdığı miktarın belirlenmesi yani netleştirilmesi gereklidir. Destek kişinin geliri tespit edildikten sonra ortaya çıkan bu brüt tutardan öncelikle zorunlu masraflar, ödenmesi zaruri olan vergi, resim, nafaka gibi giderlere ayrılacak harcama kalemleri çıkarılmalı ve net gelir miktarı ortaya konulmalıdır. Ortaya konulan net gelir destek görenlere ayrılacak tavan miktarı işaret etse bile olağan hayat şartlarında, sabit harcamalardan kalan miktarın tamamının destek görenlere ayrılması mümkün değildir. Destek kişi geliri az ya da çok olsun, gelirin bir kısmını mutlaka kendine ayırır.

Destek kişinin net geliri hesaplanırken, sabit giderlerin brüt gelirden düşülmesi gerektiğini açıklamıştık. Bu anlamda kira, elektrik, su gibi sürekli nitelik taşıyan masraflar ve çocukların eğitim ve yetiştirme giderleri gibi kısa süreli masraflar çıkarılması gereken giderlerdendir³¹⁹.

§ 18. DESTEĞİN GELİRİNDEN DESTEK GÖRENLERE AYRILACAK PAY

Desteğin geliri pay edilirken miras hisselerinden faydalanmak doğru bir çözüm vermez. Zira bu durumda kanuni mirasçılar dışındakiler hiç pay alamazlar. Payların hesabı yapılırken pay sahibinin destek ile yakınlık derecesi, cinsiyeti, yaşı,

³¹⁸ Gökyayla, s. 148; Güleç Uçakhan, s. 607.

³¹⁹ Gökyayla, s. 151; Işıltan, s. 106.

ölendeki fedakarlık duygusu gibi kriterlerden faydalanmak mümkündür. Tazminat talep eden birden fazla kişi varsa her bir talepçi için ayrı ayrı hesap yapılmalıdır³²⁰.

I. EŞE AYRILACAK PAY

Eşe ayrılacak pay her durumda birbiriyle aynı değildir. Zira çalışan eş ile çalışmayan eşe ayrılacak pay birbiriyle aynı olmaz³²¹. Eşe ayrılacak pay kavramı, dul kalan kadının durumunu ifade eder. Çünkü destekten yoksun kalan erkeğe göre destekten yoksun kalan kadının daha fazla mağdur olduğu kabul gören bir durumdur. Bu durum kocanın kazancının kadına göre daha fazla oluşundan kaynaklanır. Hatta bazı olaylarda kadının hiçbir geliri bulunmaz. Ev hanımı olan kadına ayrılacak pay o nedenle çok önem taşımaktadır. Ancak her durumda koşulların bu şekilde gerçekleşmesi şart değildir. Bazen erkeğin kazancının kadının kazancından daha az olması da karşılaşılabilecek durumlardandır³²².

Destegın ölümüne rağmen eşin hayat seviyesinde bir değişiklik olmadı ise bu durumda, bakım ihtiyacı gerçekleşmemiş demektir. Bu durumda tazminat ödenmesi söz konusu değildir. Sağ kalan eş kendisi çalışarak masraflarının bir kısmını kazanıyorsa kalan kısım için tazminat istenmesi mümkün olur³²³.

II. ÇOCUKLARA AYRILACAK PAY

Çocukların payı hesaplanırken ilk önce yaşları ve eğitim durumları göz önünde bulundurulmalıdır. Hesaplamada ilerleyen yıllarda çocuğun muhtaç durumdan çıkabilceği de unutulmamalıdır³²⁴. Çocuk hem annesini hem babasını

³²⁰ Gökyayla, s. 157, Işıltan, s. 108.

³²¹ Narter, s. 61.

³²² Piri, s. 61; Çelik, Ahmet Çelik: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Destek Payları", http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/destekten-yoksun-kalma-tazminatinda-des_tek-paylari.htm, Erişim tarihi 28.04.2014.

³²³ Gökyayla, s. 161, 162; Güleç Uçakhan, s. 620.

³²⁴ Narter, s. 61, 62.

kaybetmişse bu takdirde hükmedilecek tazminat, sadece annenin veya sadece babanın kaybedilmesine göre daha yüksek olmalıdır³²⁵.

III. ANA-BABAYA AYRILACAK PAY

Ana babanın payının belirlenmesinde temel kriterlerden biri desteğin bekar olup olmadığıdır. Eğer destek bekarsa belirlenecek pay yüksek, evli ise düşük olmalıdır. Evli olan desteğin çocukları varsa bu durumda ayrılacak pay daha da azalır. Zira destek öncelikli olarak kendi eşi ve çocuklarının giderlerini karşılamaya yönelir³²⁶.

§ 19. DESTEKTEN YOKSUN KALMA ZARARININ TESPİT EDİLMESİNDE ESAS ALINACAK SÜRENİN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Destekten yoksun kalma zararının tespitinde bakım gücü ve bakım ihtiyacı sürelerinin belirlenmesi şarttır. Zarar tespitinde bu iki kavram anahtar niteliktedir. Destek kişinin bakım gücü ve destek görenin bakım ihtiyacı devam etmesine rağmen bazen fiili destek ilişkisi sona erebilebilir. Bu sebeple bazı durumlarda fiili destek ilişkisinin devam süresinin de belirlenmesi gereklidir³²⁷. Bu anlamda, fiili destek, bakım ihtiyacı ve bakım gücünün devam sürelerinin tespiti zararın hesaplanması için oldukça önem kazanmaktadır. Bu sürelerden hangisi erken bitiyorsa zararın hesabında o süre esas alınmalıdır. Eğer desteğin ölüm tarihi bu sürelerin bitiminden daha erkense ölüm tarihi esas alınır³²⁸.

³²⁵ Gökyayla, s. 166.

³²⁶ Gökyayla, s. 170; Narter, s. 61.

³²⁷ Narter, s. 56.

³²⁸ Gökyayla, s. 177; Güleç Uçakhan, s. 640 vd.

II. MUHTEMEL DESTEK SÜRESİNİN HESAPLANMASI

Destek süresi hesaplanırken hem destek kişinin çalışma süresi hem de davacının yaşam süresi dikkate alınmalıdır. Destek kişinin, çalışma süresinin belirlenmesi, onun kazanç sağlama ve bakım ihtimalini de alenileştirir.

III. BAKIM GÜCÜNÜN BELİRLENMESİ

A. Gerçek Desteğin Bakım Gücünün Belirlenmesi

Destekten yoksun kalma zararı desteğin bakım gücü devam ettiği müddetçe vardır. Eğer desteğin bakım gücü sona ermişse artık destekten yoksun kalma tazminatı talep edilmesi mümkün değildir³²⁹. Bakım gücü, en erken desteğin ekonomik faaliyetlerde bulunma gücünün ortadan kalması ile en geç ise desteğin ölüm anında sona erer. Doktrinde genel olarak işgörme süresinin bitişiyile bakım gücünün de sona ereceği kabul görmektedir³³⁰. Ancak bakım gücünün sadece fiili işgörebilirlik süresi ile eşit tutmak her durumda doğru sonuç vermez. Örneğin fiili çalışması biten kişi, alacağı emekli maaşı ile destek vermeye devam edebilir. Alınan emekli maaşının çalışma dönemindeki kazançtan daha düşük olması, tazminat miktarının düşmesine yol açsa bile bakım gücünü ortadan kaldırmaz. Desteğin bakım gücünün sadece işgörebilirlik süresi ile eşit tutulması bir işte çalışmayan kadınlar açısından da belirsizlik oluşturur. Zira işgörebilirlik süresi, kişinin mesleğini yürütebildiği, azami yaş veya emeklilik yaşını ifade etmektedir. Aynı zamanda işgörebilirlik süresinin kişinin sadece emekli olacağı zamanla sınırlandırılması da yanlış bir uygulama olur. Çünkü destek kişi, emekli olduktan sonra başka bir işte çalışmaya devam edebilir. Bu anlamda iş görebilirlik süresi en erken kişinin emekliye ayrıldığı zaman olarak belirlenebilir. Bu sürenin ne zaman sona ereceği ise desteğin mesleğine, sağlık koşullarına ve cinsiyetine göre değişir. Bedenen çalışan kişinin çalışma süresi ile fikrini harcayarak çalışan kişinin çalışma süreleri eşit

³²⁹ Kılıçoğlu, Destekten, s. 37.

³³⁰ Narter, s. 62; Kılıçoğlu, Destekten, s. 36.

olamaz³³¹. Başka bir anlatımla ömür olarak ifade edilen yaşama sınırı ile ölen desteğin, bu sınır içinde çalışabilme ve kazanç sağlayabilme gücü birbirinden farklıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı için ömür değil çalışabilme ve kazanç sağlayabilme imkanı esas alınmalıdır³³².

Yargıtay kararlarında destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, ölenin olası yaşam süresi bakımından 60 yaşla sınırlandırma yapılarak tazminatın hesaplanmasının doğru olmadığı ve çalışma koşulları, yapılan işin özellikleri dikkate alınarak, somut olayda desteğin ne kadar süre fiili olarak çalışabileceğinin belirlenmesi vurgusu yapılmaktadır³³³.

Destekten yoksun kalma tazminatında zarar genellikle desteğin ölmesiyle başlar. Ancak bu tarih haksız fiil tarihiyle aynı değildir. Bilakis zarar zaman içinde oluşmaya devam etmektedir. Farazi destek açısından ise bu süre desteğin, bakım gücüne sahip olacağı andan başlar. Başka bir ifadeyle, eğer farazi destek olan kişi ne zaman gerçek destek niteliğini kazanacak ise zararın başlangıç tarihi o an olmaktadır.

Destekten yoksun kalma zararlarının tespitinde esas alınacak tarihin belirlenmesi oldukça önemlidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 75'inci maddesine göre bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hakim iki yıl içinde kararı değiştirme yetkisini sakılı tutabilmektedir. Doktrinde bedensel zararlar için kabul edilen bu düzenlemenin destekten yoksun kalma tazminatı bakımından da uygulanabilceği kabul edilmektedir³³⁴. Zira desteğin ölümü ve davanın açılmasıyla birlikte, destekten yoksun kalma zararlarının tamamının hesap edilmesi pek de kolay değildir. Bu anlamda geleceğe ilişkin destekten yoksun kalma zararların hesaplanması geç bir tarihe bırakılarak zaman içinde şartların ve özellikle

³³¹ Gökyayla, s. 180, 181, 182.

³³² Karahasan, s. 1252, Gündüz / Gündüz, s. 239.

³³³ Yargıtay 17 HD., T. 26.06.2008, E. 2008/1969, K. 20085/3549 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

³³⁴ Gökyayla, s. 123.

de bakım ihtiyacının daha net ortaya konulmasına sebep olur. Böylelikle daha doğru bir çözüme ulaşılır³³⁵.

B. Farazi Desteğin Bakım Gücünün Belirlenmesi

Farazi destek olarak ilk önce çocuklardan bahsedilmelidir. Çocuklar ana-baba açısından farazi destek niteliğindedir. Bekar olan çocuklar, ana-babalarına daha iyi destek verebilirler. Ancak çocuk evlendikten sonra bakmakla sorumlu olduğu kendi aileleri de olacağından ana babaya verecekleri destek de azalır³³⁶. Çocukların bakım gücünün önceden tespit edilmesi oldukça zordur.

İkinci farazi destek ise ölen nişanlıdır. Nişanlının bakım gücünün tespit edilmesi çocuklara oranla nispeten daha kolay olmaktadır. Çünkü ölen nişanlı desteğin mesleği, meslekî yetenekleri ve tecrübesi gibi koşullarına bakılarak bakım gücü tespit edilebilir. Ölen nişanlının herhangi bir işte çalışmadığı durumlarda ise nişanlının hizmet ediminin karşılığı tespit edilerek bakım gücü belirlenir³³⁷.

IV. İHTİYAÇ SÜRESİNİN TESPİT EDİLMESİ

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesinin koşullarından biri de destek gören kişinin ihtiyaç içinde veya ileride ihtiyaç içine düşecek olmasıdır. Zarar hesaplanırken tazminat alacaklılarının destek verenin desteğinden ne kadar süre için mahrum kaldığı belirlenmelidir. İhtiyaç süresinin zamanını tayin etme konusunda kesin bir kriter koymak kolay değildir. Zira bakım ihtiyacı hem zaman ve mekana hem de kişilere göre farklılık arz etmektedir³³⁸. Bu nedenle herkesin ihtiyaç süresi birbirinden farklı olacağından her tazminat alacaklısı açısından ayrı ayrı hesaplama yapılmalıdır³³⁹.

³³⁵ Gürsoy, s. 178.

³³⁶ Narter, s. 62.

³³⁷ Gökyayla, s. 183.

³³⁸ Kılıçoğlu, Destekten, s. 37.

³³⁹ Gökyayla, s. 184; Gündüz/Gündüz, s. 240; Narter, s. 62.

A. Eşler Açısından Sürenin Tespit Edilmesi

Eşini kaybeden kadının ihtiyaç süresinin tespitinde, yaşı, çocuk sahibi olup olmadığı, çocuk sayısı, çalışıp çalışmadığı , çalışmıyorsa çalışabilecek durumda olup olmadığı, tekrar evlenme ihtimali gibi hususlar önem taşır. Eğer sağ kalan tazminat alacaklısı eş, yaşlı bir kadınsa ihtiyacının onun ömrü boyunca devam edeceği kabul edilmektedir. Zira kadının çalışma imkanı ve tekrar evlenme ihtimali bulunmamaktadır. Ancak tazminat alacaklısı, çocuk sahibi olmayan genç bir kadınsa tekrar evlenme ihtimali olabileceğinden ihtiyaç süresi daha kısa olabilir. Ancak kadın tekrar evlilik yapmasına rağmen destek veren kocasının ölümünden önceki hayat koşullarına kavuşamıyorsa destek ihtiyacının kısmen devamı kabul edilebilir³⁴⁰.

Tazminat alacaklısı kadın, kocası öldükten sonra gayri resmi olarak, başka bir erkekle birlikte yaşıyorsa bakım ihtiyacı ortadan kalkmış olmaz. Bu durum nikahsız birleşmelerin güvence teşkil etmeyişinden kaynaklanmaktadır. Eşi ölen tazminat alacaklısı kadın, bir işi olmasa bile hayatını çalışarak kazabilecek yetenek ve ehliyete sahipse bu durumda kural olarak çalışma zorunluluğu altında değildir. Zira destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destek görenin, desteğin sağlığındaki hayat seviyesinin devamının sağlanmasıdır. Bu nedenle kadından çalışması beklenmemelidir. Ancak dava açılmadan önce veya sonra kadın çalışmaya başlamışsa bu durum tazminat hesabında göz önünde bulundurulmalıdır.

Bazen ailenin ve kocanın bütün ihtiyaçlarını karşılayan kadın olabilir. Destekten yoksun kalanın koca olduğu bu hallerde eğer kadın öldüğünde koca oldukça yaşlanmışsa kadının ortalama yaşam süresi boyunca kocaya bakacağı kabul edilmektedir. Kadının ölmesinde esas zarar, kadının ev işlerini yapamayışı başka bir ifadeyle, hizmet ediminden yoksun kalınmasıdır. Eğer desteğini kaybeden koca ölmüşse bakım ihtiyacı da sona erer³⁴¹.

³⁴⁰ Piri, s. 72,73.

³⁴¹ Gökyayla, s. 186, 187, 188.

B. Çocuklar Açısından Sürenin Tespit Edilmesi

Ana-babasını kaybeden çocuğun bakım ihtiyacı, çocuğun içinde bulunduğu duruma göre değişmektedir. Çocuk, kendi ihtiyaçlarını sağlayabilecek mali güce sahip olursa bakım ihtiyacı kural olarak bakım ihtiyacı da sona erer. Çocuğun bütün hayatı boyunca ihtiyaç içinde olması mümkün değildir. Fakat çocuk bedensel ya da zihinsel bir hastalık taşıyorsa bu takdirde çocuğun ihtiyacının bütün ömrü boyunca devam edeceği söylenebilir. Çocuğun bakım ihtiyacı belirlenirken yaşadığı ve içinde bulunduğu sosyal çevre, yetenekleri, zekası, fiziki yapısı, cinsiyeti, askerlik durumu, ailesinin sosyal ve ekonomik durumu gibi hususlar önem taşır. Bu koşulların arasına, kural olarak çocuğun ergen olması dahil edilemez.

Ailesi işçi olan ya da tarım sektöründe çalışan ailelerin çocukları, diğer çocuklara göre nispeten daha erken yaşlarda çalışmaya başlayabilirler. Bu nedenle bakım ihtiyaçlarının daha erken biteceği söylenebilir. Ancak çocuk yüksek öğrenimini devam ettiriyorsa en azından tahsili tamamlanıncaya kadar, ihtiyacı devam eder. Tazminat davasının görülmesi sırasında, çocuğun yaşı henüz küçükse, çocuğun, yükseköğrenim yapma ihtimali, zekasına ve çalışkanlığına göre değerlendirilmelidir. Çocuğun ana-babası yükseköğrenim görmüşse çocuğun da yükseköğrenim görme olasılığı daha kuvvetlidir.

Uygulamada özel bir hal söz konusu değil ise ihtiyaç süresi, onsekiz yaşın doldurulmasına kadar, yükseköğrenim gören çocuklarda yirmibeş yaşın tamamlanmasına kadar, kız çocuklarında ise evleninceye kadar bakım ihtiyacının devam ettiği kabul edilmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre³⁴² kız çocuklarına, evlenmeleri anına kadar veya Sosyal

³⁴² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu madde34: "Ölen sigortalının 33 üncü madde hükümlerine göre hesaplanacak aylığının;

a) (Değişik: 17.4.2008-5754/21 m.) Dul eşine % 50'si; aylık bağlanmış çocuğu bulunmayan dul eşine ise bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması halinde % 75'i,

b) (Değişik: 17.4.2008-5754/21 m.) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan;

Güvenlik Kurumuna tabi bir işte çalışmaya başlamalarına kadar aylık bağlanmaktadır³⁴³.

C. Ana-Baba Açısından Sürenin Tespit Edilmesi

Ana-baba çocuklarını kaybettiklerinde destek ihtiyaçları ömürleri boyunca devam edebilir. Bu durumda bakım ihtiyacının başlangıcı çocuğun ölüm tarihidir. İhtiyacın sona ereceği an ise ana babanın ortalama yaşam süresi olarak belirlenmelidir. Örneğin çocuklarını kaybeden ana- baba ölüm gerçekleştiğinde henüz kırkbeş yaşında ise ana babanın ortalama ömürleri belirlenmeli ve geride kalan bu süre boyunca çocuklarının onlara destek olacakları kabul edilmelidir³⁴⁴.

Çocuğun farazi destek olduğu hallerde ise çocuğun bakım gücüne kavuşma anı ile ana-babanın ihtiyaç içine düşeceği andan, hangisi zaman olarak sonra ise

1) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanların veya

2) Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirip malûl olduğu anlaşılanların veya

3) Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarının, her birine % 25'i,

c) (b) bendinde belirtilen çocuklardan sigortalının ölümü ile anasız ve babasız kalan veya sonradan bu duruma düşenlerle, ana ve babaları arasında evlilik bağı bulunmayan veya sigortalının ölümü tarihinde evlilik bağı bulunmakla beraber ana veya babaları sonradan evlenenler ile kendisinden başka aylık alan hak sahibi bulunmayanların her birine % 50'si,

d) (Değişik: 17.4.2008-5754/21 m.) Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25'i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam % 25'i, oranında aylık bağlanır.

Sigortalı tarafından evlât edinilmiş, tanınmış veya soy bağı düzeltilmiş veya babalığı hükme bağlanmış çocukları ile sigortalının ölümünden sonra doğan çocukları, bağlanacak aylıktan yukarıda belirtilen esaslara göre yararlanır.

Hak sahiplerine bağlanacak aylıkların toplamı sigortalıya ait aylığın tutarını geçemez. Bu sınırın aşılması için gerekirse hak sahiplerinin aylıklarından orantılı olarak indirimler yapılır.”

343 Gökayla, s. 191, 192, 193.

³⁴⁴ Piri, s. 77, 78.

ihtiyaç süresi o zaman başlamış sayılır. Bu durumda ana babanın ihtiyacı yaşam süresinin sonuna kadar devam eder³⁴⁵.

D. Nisanlılar Açısından Sürenin Tespit Edilmesi

Birbirlerinin müstakbel desteği sayılan nişanlılardan birinin ölümü, diğer taraf için ileride gerçekleşmesi muhtemel desteğin ortadan kalkması anlamındadır³⁴⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus nişanlıların birbirlerine destek olmalarının evlilikten itibaren başlayacağıdır³⁴⁷.

E. Kardeşler Açısından Sürenin Tespit Edilmesi

Desteğin kardeşlerinin, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmeleri için eğer destek gerçek destek ise Medeni Kanununun 364'üncü maddesindeki şartların gerçekleşmesi koşuluna bağlı değildir. Ancak ölen kardeş, farazi destek ise ölümünden önce refah içinde yaşıyor olmalıdır. Aynı zamanda tazminat isteyen ihtiyaç içindeki kardeş de yoksulluğa düşmüş olmalıdır.

İhtiyaç süresinin başlangıç anı, yani fiili destek süresi, kardeşin ölüm anı ile başlar. Bu durumda ihtiyaç süresi kız kardeşler açısından evlenme, erkek kardeşler açısından ise kendi kazançlarını sağlamaya başladıkları ana kadar devam eder³⁴⁸. Destekten yoksun kalma ile nafaka alacaklısı olma kavramları, birbiriyle aynı kapsamda değildir. Destekten yoksun kalınmış olduğunun kabul edilebilmesi için ölen desteğin, nafaka yükümlüsü olması gerekli değildir. Bu anlamda örneğin, bir ağabeyin, küçük kardeşine bakması normal karşılanır ancak ergenlik çağından sonrası için destek olduğu iddia edilen ağabeyin refah içinde olduğu kanıtlanmalıdır³⁴⁹.

³⁴⁵ Gökyayla, s. 195.

³⁴⁶ Piri, s. 79.

³⁴⁷ Gökyayla, s. 196.

³⁴⁸ Gökyayla, s. 197.

³⁴⁹ Karahasan, s. 1315.

F. Diğer İhtimaller

Nikahsız birlikte yaşam söz konusu ise bunlardaki durum eşlerle olan bakım süresinde olduğu gibidir. Ortak yaşam mevcut olduğu için ihtiyaç süresi belirlenirken farazi destek süresinin tespit edilmesine gerek yoktur. Zira bunlarda bakım ihtiyacı desteğin ölümü ile başlamaktadır³⁵⁰.

V. FİİLİ DESTEK İLİŞKİSİNİN SÜRESİNİN TESPİTİ

Fiili destek süresi bakım gücü ve bakım ihtiyacından sonra dikkate alınacak diğer bir husustur. Örneğin zengin bir kişi, ihtiyaç içinde olan bir çocuğun sadece okul masraflarını karşılıyorsa fiili destek süresi, sadece çocuğun tahsil süresi ile sınırlı olur. Ancak zengin kişi, fakir bir ailenin, yakacak, giyecek, yiyecek masraflarını karşılıyorsa fiili destek süresi daha uzun olur³⁵¹.

§ 20. DESTEKTEN YOKSUN KALMA SEBEBİYLE OLUŞACAK ZARARI AZALTAN HUSUSLAR

I. TAZMİNAT ALACAKLISININ ELDE ETTİĞİ MENFAATLERİN ZARARLA DENKLEŞTİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma zararı belirlenirken zarardan indirilmesi gereken kalemler olabilir. Bu durumda bu miktarlar oranında zarardan indirim yapılmalıdır. Zarardan indirilmesi gereken bu menfaatler şu şekilde sıralanabilir³⁵²:

B. Denkleştirme Kavramı

Zararı meydana getiren olay bazen zararla birlikte kişiye bazı menfaatlerde sağlayabilir. Bu menfaatlerin zarardan düşürülmesi ile ortaya net zarar miktarı çıkar.

³⁵⁰ Piri, s. 79.

³⁵¹ Gökyayla, s. 198.

³⁵² Gökyayla, s. 198; Narter, s. 63.

Denkleştirme yapılmadığı durumda zarar gören, sebepsiz kazanç sağlamış ve sebepsiz zenginleşmiş olur. Tazminat hukuku açısından tazminat talep eden, zararın meydana gelmesinden önceki halinden, daha iyi bir hale getirilmemelidir. İşte bu menfaatlerin zarar miktarından düşürülmesine denkleştirme denilmektedir³⁵³.

İtiraz niteliği taşıyan denkleştirme kavramı, tazminat hesabıyla ilgili değildir. Bilakis zararın belirlenmesiyle ilgilidir. İtiraz niteliğinden dolayı mahkeme tarafından denkleştirmenin re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Denkleştirme yapılabilmesi için zarar veren fiille birlikte destekten yoksun kalan lehine ekonomik bir yarar sağlanmış olmalıdır. Başka bir anlatımla fiil bir zarara sebep olurken yarar da sağlamalıdır. Bu yarar zarar verici olayın neticesinde gerçekleşmiş olmalı aynı zamanda denkleştirme kanun veya tarafların iradeleriyle yasaklanmamış olmalıdır. Ayrıca zarar veren olay ile elde edilen menfaat arasında sebep-sonuç ilişkisi de bulunmalıdır³⁵⁴.

C. Denkleştirilebilecek Menfaatler

Destek kişinin ölümü ile ailesi sigorta tazminatı, dul maaşı, miras gibi bazı menfaatler elde etmiş olabilirler. İşte bu menfaatlerden bazılarının denkleştirme açısından değerlendirilmeleri şu şekilde yapılabilir:

1. Mirasla İlgili Menfaatler

Miras yoluyla elde edilmiş menfaatler, destek görenlerin bakım ihtiyacını ne kadar ortadan kaldırıyorsa bakım ihtiyacı dolayısıyla zarar da o miktarda azalır. Bu bakımdan mirasla elde edilenler, denkleştirmeye tabi tutulamazlar. Zira, mirasa rağmen bakım ihtiyacı devam ediyor ise yine destekten yoksun kalma tazminatı istenebilir. Bu yüzden elde edilen mirasın büyüklüğüne göre bakım ihtiyacı tümüyle ortadan kalkmamış ise tazminat hakkı devam etmektedir. Fakat destekten yoksun kalanlar, miras geliri ile desteğin ölümünden önceki yaşam standartlarını korumaya

³⁵³ Karahasan, s. 1316.

³⁵⁴ Gökyayla, s. 199.

devam ediyorsa tazminat talep etmek artık mümkün olmaz³⁵⁵. Bu bakımdan mirastan elde edilen menfaatler bakım ihtiyacı açısından değerlendirilir ve denkleştirme gündeme gelmez.

Mirasın destekten elde edilmesi veya üçüncü bir kişiden elde edilmesi fark etmez. Benzer şekilde kişinin kanuni mirasçı veya vasiyet alacaklısı olması da önemli değildir³⁵⁶. Elde edilen miras menfaatlerinin denkleştirmeye tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan birincisinde, miras menfaatlerinin denkleştirmeye tabi olduğu yani zarardan indirilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁵⁷. İkincisinde ise ölenin mirası ve miras gelirlerinin tazminat hesabına katılmaması yani tazminat hesabı ölçüsü olmayacağını, zira tazminat hesabı ölçüsünün miras, kira, işyeri ile ilgili kazançlar, şirket kar payları kısaca miras ve miras gelirleri değil, bütün bunlara ölen desteğin, bedensel ve düşünsel katkısı olduğunu savunan görüşlerde bulunmaktadır³⁵⁸. Mirasın reddedilmesi, destekten yoksun kalma tazminatı istenmesine engel teşkil etmez. Zira tazminat hakkı miras hakkından bağımsız nitelik taşımaktadır³⁵⁹.

Yargıtay'da miras menfaatlerinin denkleştirilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Yüksek mahkeme bir kararında, mirasçı olmayanların da destekten yoksun kalma tazminatı davası açabileceklerini, eğer mirasçılar için denkleştirme yapılırsa bu durumun diğerleri lehine eşitsizlik oluşturacağını vurgulamaktadır³⁶⁰.

³⁵⁵ **Çubukgil**, Oktay: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Resen Takdir Olunacağına Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.11.1967 Tarihli İçtihadı Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1967, S. 6, s. 913.

³⁵⁶ **Gökyayla**, s. 201, 202, 208.

³⁵⁷ **Orhunöz**, s. 93; **Karahasan**, s. 1316.

³⁵⁸ **Çelik**, Sorumluluk, s. 63.

³⁵⁹ **Narter**, s. 67.

³⁶⁰ Yargıtay 4 HD, T. 24.01.2005, E.2005/207, K. 2004/9783 sayılı kararı; **Piri**, s. 81

2. Mal Rejimi İle İlgili Menfaatler

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren, Türk Medeni Kanun'u hükümlerine göre yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir³⁶¹. Buna göre, her bir eşin evlilik süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri, edinilmiş mal sayılır. Yasal mal rejimi eşlerden birinin ölümü veya eşlerin başka bir mal rejimini kabul etmelerine kadar devam eder. Eşlerden birinin ölümü halinde, eşler yasal mal rejimini veya kanunda sayılan diğer mal rejimlerinden mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birini seçmiş olsalar bile, mirasın paylaşmasından daha önce mal rejiminin tasfiyesi yapılır. Bu bakımdan miras yoluyla elde edilen menfaatler bakımından yapılan açıklamalarımız mal rejimi ile elde edilen menfaatler açısından da geçerlidir. Yani mal rejimi ile elde edilen menfaat bakım ihtiyacını ne kadar ortadan kaldırıyorsa tazminat miktarı da o ölçüde azalır. Fakat bu menfaatlerde denkleştirmeye tabi tutulmaz³⁶².

3. Sigortadan Alınan Ödemelerin Denkleştirilmesi

İlk olarak SGK'nın ödemelerine değineceğiz. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan yardım ve ödemeler, bakım ihtiyacını ortadan kaldırdığı oranda zararı da ortadan kaldırır. Başka bir ifade ile bakım ihtiyacı ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle denkleştirme söz konusu değildir. Doktrinde, bu görüşün yanı sıra Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ölüm sebebiyle, eş- çocuklara bağladığı, dul-yetim aylıkları ve aynı şekilde ana babaya bağlanan gelirlerin, destekten yoksun kalma tazminatını ile ilişkilendirilmemesi gerektiğini bu nedenle bunların tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır³⁶³. Bu tartışmalara Yeni Türk Borçlar Kanununun 55'inci maddesi çözüm getirmektedir.

³⁶¹ TMK madde 202: *"Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler."*

³⁶² Gökyayla, s. 210, 211.

³⁶³ Gökyayla, s. 211.

Maddede SGK'dan bağlanacak ödemelerle ilgili açıkça denkleştirme yasağı öngörülmektedir³⁶⁴.

Yargıtay verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında³⁶⁵, 'ölüm sigortasından bağlanan aylıklar, belirli bir süre sigortalı olmanın ve prim ödemiş bulunmanın bir sonucudur. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir. Bu nedenle, tazminat ödemekle yükümlü olan kişi (ölüm dalından bağlanan aylıkların) destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesini isteyemez' şeklinde görüş belirtmiştir. Yargıtay'ın konuyla ilgili benzer kararları mevcuttur³⁶⁶. Yargıtay 4. HD., 15.01.2008 tarih, E.2007/10817 ve K.2008/85 sayılı³⁶⁷ kararında, haksız fiil sonucu ölen kişinin, yaşamı süresince çalıştığı ve maaşından belirli miktar para Emekli Sandığı'na kesildiğini belirtmiştir. Devamında ise zarar verenin, bu paradan yararlanması söz konusu olamayacağından davacının, destekten yoksun kalma tazminatının hesabında Sandık tarafından bağlanan dul aylığı ile tütün ikramiyesinin indirilmesinin doğru olmadığına karar vermiştir. Sosyal Güvenlik Kurumunun, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından bağladığı gelirlerde de kurumun rücu edebileceği miktardan fazlası tazminattan indirilemez³⁶⁸.

İkinci olarak özel sigortalarca yapılan ödemelere değineceğiz. Özel sigorta eğer destek tarafından, prim ödenerek yaptırılmışsa bu durumda denkleştirme mümkün değildir. Çünkü destek kendi parasıyla bir hizmetten yararlanmaktadır.

³⁶⁴ TBK m. 55: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz."

³⁶⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T. 6.3.1978, E. 1978/1, K. 1978/3, <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/dul-ve-yetim-ayliklarinin-tazminattan-indirilmeyecegine-iliskin-karar-asillari.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014

³⁶⁶ Yargıtay 4 HD., T. 24.11.1983, E. 1983/9247, K. 1983/9834 sayılı; Yargıtay 11 HD., T. 27.04.1982, E. 1982/1762, K. 1982/1988 sayılı; Yargıtay 4 HD., T. 09.05.1980, E. 1980/3094, K. 1980/6086 sayılı kararları; <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014.

³⁶⁷ <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari>, Erişim tarihi 28.04.2014

³⁶⁸ Çelik, Sorumluluk, s. 63; Narter, s. 70

Özel sigorta bizzat destek tarafından yaptırılmamışsa bu durumda yapılan ödemelerin destekten yoksun kalma tazminatından etkilenmesi denkleştirme kavramıyla ilgili değildir. Bu durum bakım ihtiyacının ortadan kalkması ile ilintilidir. Başka bir anlatımla alınan sigorta tazminatları bakım ihtiyacını hangi ölçüde ortadan kaldırıyorsa, tazminat talep etme imkanı da o ölçüde ortadan kalkmaktadır³⁶⁹. Yaşam sigortası ve kişisel kaza (can) sigortasından ödenen tazminat tutarları, yolcu taşıma esnasında, gerçekleşen kazalarda bir can sigortası türü olan zorunlu koltuk sigortasından alınan paraların, tazminat hesabıyla ilişkilendirilmemesi ve tazminattan indirilmemesi yönünde de mevcut görüşler bulunmaktadır³⁷⁰.

Son olarak diğer tazminat alacaklarından bahsedeceğiz. Bu anlamda iki tür tazminat alacağı söz konusudur. Bunlardan ilki maddi (TBK m. 53) tazminat alacakları olup bu anlamda, defin, cenaze masrafları, ölüm hemen vuku bulmamışsa tedavi giderleri ve çalışmamaktan dolayı uğranılacak kazanç kaybı gibi zararlar sayılabilir. Cenaze masrafları her halde mirasçılar ve destek görenler tarafından yapılır. Ancak tedavi giderlerini hem destek görenler hem de destek kişi bizzat kendisi de yapmış olabilir. Doktrinde bu giderlerin denkleştirilmesi konusunda herhangi bir görüş mevcut değildir. Bu yüzden bakım ihtiyacını azalttıkları ölçüde tazminat istemini etkileyecekleri kabul edilmelidir³⁷¹.

İkincisi ise manevi tazminat alacakları olup bu alacaklar bakımından da denkleştirme mümkün olmaz. Bu durum manevi tazminatın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira manevi tazminat ölümden kaynaklı duyulan elem, keder, acı ve ızdırap duygularının telafisi için hükmedilen bir miktar olup, bunların denkleştirmeye tabi olmaları mümkün değildir³⁷².

³⁶⁹ Gökyayla, s. 212- 220, Karahasan, s. 1325.

³⁷⁰ Çelik, Sorumluluk, s. 64; Narter, s. 71.

³⁷¹ Karakaş, İsa: İş Kazası Uygulamaları İle Geçici İşgöremezlik ve Tazminat Davaları, İstanbul, 2012.

³⁷² Gökyayla, s. 223.

Destekten yoksun kalan kişilerin kendi kazançları, malvarlıkları, her çeşit gelirleri, başkalarından kendilerine kalan miras gelirleri gibi kaynaklardan dolayı bakım ihtiyaçlarının karşılandığı, bu sebeple destekten yoksun kalmadıkları veya bakım ihtiyaçları karşılandığı için tazminat miktarından indirim yapılması gerektiği şeklindeki görüşler yanında bu tarz görüşlerin, kanunun anlam ve amacına aykırı olduğu, bu gelir kaynaklarının tazminatla ilişkilendirilmemesi gerektiği ve tazminattan indirim ve tazminatın reddi gibi fikirlerin yanlış olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır³⁷³.

4. Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortasından Yapılan Ödemelerin Denkleştirilmesi

Sigorta sözleşmesi ile 1219 sayılı Kanunun Ek 12. maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların; poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken; sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içindeki meslekî faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize karşı, poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar³⁷⁴. Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sebebiyle destekten yoksun kalanlar mesleki sorumluluk sigortası kapsamında tazminat talep edebilirler. Bu halde alınan ödeme destekten yoksun kalma tazminatını zararını bakım ihtiyacını ortadan kaldırdığı ölçüde azaltır.

5. Yetiştirme Masraflarının Denkleştirilmesi

Farazi destek sayılan çocuğun ölmesi ile ana-babası onu yetiştirmek için yapacakları masraflardan kurtulmuş olmaktadır. Onun ana babasına destek olabileceği statüye kavuşacağı ana kadar ona yapılacak olan, giyim, kuşam, yemek, eğitim ve harçlık gibi masraflar bu kapsama dahil sayılabilir³⁷⁵. Doktrinde bu durum

³⁷³ Çelik, Sorumluluk, s. 63.

³⁷⁴ Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, 26.05.2004 tarih, 28658 numaralı resmi gazete

³⁷⁵ Orhunöz, s. 148.

haksız ve yaşamın gereklerine aykırı bir uygulama olduğu yönünde eleştirilmektedir³⁷⁶. Yargıtay önceleri, yetiştirme ve bakım masraflarının denkleştirmeye tabi tutulamayacağı yönünde kararlar vermekte idi³⁷⁷. Ancak son zamanlarda verdiği kararlarda bakım ve yetiştirme giderlerinin indirimine tabi olacağı yönünde görüş bildirmektedir³⁷⁸.

6. Diğer İndirim Sebepleri

Bu bölümde, elde edilen menfaatler, bakım ihtiyacını azaltma anlamında değil gerçekten denkleştirme kavramı içerisinde kabul edilmektedir. Ölen kişiye yapılan bakım masraflarının artık yapılmaması denkleştirme anlamında değerlendirilmektedir. Örneğin ölen eşlerden biriye aynı şekilde o eş için de artık masraf yapılmaz. Bu anlamda denkleştirme kavramı ile özellikle farazi destek olan çocuğun ve eşin ölümünde karşılaşılmaktadır.

Denkleştirmeye tabi olacak menfaatler konusunda tam bir liste yapmak doğal olarak mümkün değildir, bu durumda somut olayın özelliklerine göre karar vermek gerekir³⁷⁹.

³⁷⁶ **Çelik**, Ahmet Çelik: “Küçük Yaşta Ölen Çocukların Ana Babalarına Destekliği Nasıl Hesaplanmalıdır”, [http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kucuk-yasta-olen-cocuklarin -anne-ve-babalar ina-destekli-ge-nasil-hesaplanmalidir.htm](http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kucuk-yasta-olen-cocuklarin-anne-ve-babalar-ina-destekli-ge-nasil-hesaplanmalidir.htm), Erişim Tarihi 12.07.2014.

³⁷⁷ Yargıtay HGK., T. 18.10.1967, E. 1966/4-342, K.457; Yargıtay 4.HD., T. 01.03.1960, E.1959/4043, K.2404; Yargıtay 4 HD., T. 11.05.1960, E. 7681, K. 4393, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/olen-veya-sakat-kalan-cocuklar-ynunden-tazminat-hesaplari-nasil-yapilmalidir.htm> .

³⁷⁸ **Çelik**, Ahmet Çelik: “Ölen veya Sakat kalan çocuklar açısından tazminat hesabı nasıl yapılmalıdır”, Yargıtay 4 HD., T. 11.05.1960, E. 7681, K. 4393 sayılı; Yargıtay 4 HD., T. 24.11.1967, E. 10196 sayılı; Yargıtay 4 HD., T. 27.06.1968, E. 5517; Yargıtay 4 HD., T. 24.10.1967, E. 9288; Yargıtay 4.HD., T. 07.11.2000, E. 6855, K. 9764, <http://www.tazminathukuku.com /arastirma-yazilari/olen-veya-sakat-kalan-cocuklar-ynunden-tazminat-hesaplari-nasil-yapilmalidir.htm>.

³⁷⁹ **Gökyayla**, s. 224, 225.

II. DESTEK GÖRENLERİN TEKRAR EVLENME İHTİMALİ VE BU DURUMUN TAZMİNATA OLAN ETKİSİ

Destegini kaybetmiş kadının ileride tekrar evlenme ihtimalinin bulunması zararı azaltan hususlardan biridir. Bu durum dul kalan kadına, zararı azaltmak için tekrar evlenmek gibi bir yükümlülük getirilmesi olarak yorumlanmamalıdır. Bu anlamda ikinci evliliğin yapılıp yapılamayacağı belirlenebilir değildir. İkinci evlilik yapılsa bile bu evlilikte kadının, önceki hayat standardını yakalayıp yakalayamayacağı, evliliğin sürekliliği gibi hususları önceden kestirebilmek kolay değildir³⁸⁰. İkinci evliliğin yapılabilmesinde, kadının sosyal ve ekonomik koşulları, yaşı, sağlık koşulları, çocuk sahibi olup olmadığı, kültür seviyesi, aile ve eski eşine olan bağlılığı gibi pek çok etken rol oynar. Bu sebeple tüm bu durumlar gözetilerek, kadının evlenme ihtimali belirlenmelidir.

Uygulamada kırsal kesimde yaşayan kadınların uzun süre dul kalamadıkları gözlemlenmektedir. Ayrıca genç yaşta dul kalan kadının evlenme ihtimalini daha yüksektir. Yine kırsal kesimde bazı kadınlar töre gerekçesi ile ölen kişinin erkek kardeşi ile evlendirilmektedir. İmam nikahlı eşin dul kaldığı durumlarda resmi nikahlı eşe göre tekrar evlenmesinin daha kolaydır. Örneğin kadın genç olsa bile üç çocuğu olan bir kadınla, çocuksuz olanın evlenme ihtimali aynı olmaz³⁸¹.

Tekrar evlenme ihtimali, özel ve teknik bilgiyi gerektirmeyen değerlendirme yargısına sahiptir. Bu sebeple hakim tarafından yaş, mizaç, sosyal koşul, yerel ortam, aile bağları, sağlık, fiziki görünüş, ekonomik durum, evlenme isteği gibi faktörler gözetilerek belirlenmelidir. Fakat hakim evlenme ihtimalini etkileyecek örf ve adet, yerel koşulların tayini ve tespiti açısından yerel bilirkişiye başvurabilir. Ancak uygulamada bu hususlara dikkat edilmeksizin, hesap bilirkişisi tarafından, evlenme

³⁸⁰ Narter, s. 64.

³⁸¹ Gökyayla, s. 235, 236; Gürsoy, s. 177; Güleç Uçakhan, s. 657.

ihtimali için gereken indirim yapılarak zarar hesabı yapılmaktadır³⁸². Bazı görüşlerde ise tekrar evlenme ihtimalinin tazminat miktarına olan etkisi reddedilmektedir³⁸³.

Kadının kocasına olan desteği, hem çalışarak maddi, hemde ev işlerini yerine getirerek hizmet şeklinde olabilir. Dul kalan erkek, tekrar evlendiğinde, kocanın eski hayat standardına kavuşması her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin ölen eşi çalışan koca tekrar evlendiğinde, yeni eşi çalışmıyorsa hizmet anlamında destek alsa bile maddi anlamda destekten yoksun kalmış olmaktadır. Hizmet edimi anlamında ise kocanın tekrar evlenmişse bu durum ihtiyaç halini ortadan kaldırır. Erkeğin, tekrar evlenme ihtimalinde de, yukarıda kadının tekrar evlenmesinde bahsettiğimiz etkenler rol oynamaktadır. Ancak bizim ülkemizde dul kalan erkeğin evlenme ihtimali kadınıkinden daha yüksektir³⁸⁴. Zira erkeğin yemek yapma, ev temizleme, çamaşır bulaşık yıkama gibi ihtiyaçlarını tek başına giderebilmesi oldukça nadir karşılaşılan durumlardandır. Özellikle erkeğin ilk evliliğinden çocuğu yok ve mali durumu iyiye bu oran daha da yükselmektedir. Yine erkeğin önceki evliliğinden olan çocukları küçük ise babalarının tekrar evlenmesine karşı koyacak güçleri yoksa, bakım ihtiyaçları da göz önünde bulundurulduğunda tekrar evlilik ihtimalinin yine yüksek olacağı aşıkardır³⁸⁵.

Nişanlısını kaybedenler, farazi desteklerini kaybetmiş olduklarından zarar daha az olmaktadır. Ayrıca nişanlıların tekrar evlenme ihtimalleri, dul kalanlara nispetle çok daha yüksektir³⁸⁶. Nişanlanma kural olarak evliliğe karine sayılır. Tazminat borçlusu, nişanın evlilikle sonuçlanmayacağını iddia ediyorsa bu iddiasını ispat etmek zorundadır³⁸⁷.

³⁸² **Orhunöz**, s. 152.

³⁸³ **Çelik**, Ahmet Çelik, “Destekten Yoksun Kalan Eşin Yeniden Evlenme İhtimali”, İBD, Y. 2006, C. 80, S. 2, s. 542.

³⁸⁴ **Gökyayla**, s. 237.

³⁸⁵ **Orhunöz**, s. 153.

³⁸⁶ **Gökyayla**, s. 239.

³⁸⁷ **Orhunöz**, s. 156.

Tekrar yapılan evliliklerin destekten yoksun kalma tazminatına etkisi hesaplanırken yapılacak hesabın iki aşamalı olması daha isabetlidir. Dul kalan kişi, ölüm ile mahkemenin tazminat kararına kadar geçen sürede evlenmemişse bu süre için indirim yapılmamalıdır. Bu halde ölüm tarihinden, tekrar yapılan evliliğe kadar geçen süre için indirim yapılmadan tazminata hükmedilebilir. Uygulamaya bakıldığında, tekrar evlenme ihtimalinin bilirkişiler tarafından tespit edildiği görülmektedir. Ancak bilirkişi tarafından yapılan bu tespitte, dul kalan kişi genellikle hiç görülmeden tamamen varsayımlar üzerine hesap yapıldığından kişilerin mağduriyetine sebep olunmaktadır. Bu nedenle bu tespitin bizzat mahkeme tarafından yapılması daha doğru sonuçlar elde edilmesini sağlar³⁸⁸.

§ 21. TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Tazminatın tespit edilebilmesi için, öncelikle zarar miktarı belirlenmelidir. Zarar belirlenmeden tazminat miktarının tespit edilmesi mümkün değildir. Her olayda zarar miktarı ile tazminat miktarı aynı oranda değildir. Ancak tazminat miktarının zarardan fazla olması mümkün değildir. Başka bir ifade ile tespit edilecek zarar miktarı, tazminatın en yüksek sınırını ifade eder. Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destek görenlerin zenginleştirilmesi olmadığından zarardan fazla tazminat belirlenemez³⁸⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda destekten yoksun kalma tazminatı bakımından özel düzenlemeler getirilmemiştir. Bu sebeple, haksız fiile ilişkin 51. ve 52'inci maddeler, destekten yoksun kalma tazminatı için de geçerlidir. TBK 51'inci madde hükmü gereğince tazminatın kapsamı ve ödenme biçimi, durumun gereği ve özellikler kusurun ağırlığına göre hâkim tarafından belirlenir. Zarar gören, zararı doğuran fiile razı ise veya zararın doğumunda veya artışında etkili olmuş ise hâkim, TBK 52'inci maddesine göre tazminat miktarında indirim yapabileceği gibi tazminatı

³⁸⁸ Gökyayla, s. 140; Narter, s. 64.

³⁸⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, s. 305 vd.

tamamen de kaldırabilir. Eğer tazminat borçlusu, tazminatı ödediğinde tamamen yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyette gerektiriyorsa, hâkim tazminatı indirebilir³⁹⁰. Ancak indirim sebepleri bulunmasına rağmen hâkim tazminat miktarını indirmek zorunda değildir.

Hâkim ölüm nedeniyle açılan davalarda, zarar ve tazminat hesabına ilişkin tüm verileri topladıktan sonra, dosyayı hesap için bilirkişiye vermelidir³⁹¹. Tazminatın hesaplanmasında, destekten yoksun kalanların yaşacakları süre, ölüm olmasaydı desteğin yaşayacağı süre ve ne miktarda yardım yapabileceği araştırılmalıdır³⁹².

Tazminat miktarının belirlenmesinde zarar haricinde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar şöyledir:

Bu hususlardan ilki, haksız fiil sorumluluğunda, zarar verenin kusuru hafif de olsa esas itibarıyla ortaya çıkan zararın tazmin edilmesinin gerekli olduğudur. Çünkü hafif ihmalde de haksız fiil gerçekleşmiş olur. Hâkim tazminat miktarını belirlerken, kusurun derecesine göre karar verir. Zarar verenin kusur derecesinin hafifliği tazminat miktarından indirim sebebidir³⁹³.

Destekten yoksun kalma davalarında, desteğin kusuru yanında tazminat alacaklılarının kusuru da indirim sebebidir. Uygulamada, destekten yoksun kalma taleplerinde, kasıtlı fiillere çok rastlanmamakta ve ihmal kişilerin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Bu anlamda hekim ve diğer sağlık çalışanlarının sorumluluğu da ihmal sebebiyle ortaya çıkmaktadır³⁹⁴.

İkincisi zarar gören desteğin, bazı fiil ve davranışları, sorumluluğa sebep olan olayın yanı sıra zararın, meydana gelişinde veya artmasında etkili olabilir. Bu halde, tazminat miktarından indirim yapılması veya tazminatın tümüyle kaldırılması gündeme gelmektedir. Bu durum, aslında dürüstlük kuralının bir yansıması

³⁹⁰ Türk Borçlar Kanunu m. 51 ve 52.

³⁹¹ **Karahasan**, s. 1343.

³⁹² **Karahasan**, s.1403.

³⁹³ **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 309; **Güleç Uçakhan**, s. 741.

³⁹⁴ **Gökyayla**, s. 261,262; **Piri**, s. 84, 85.

niteliğindedir. Zira kişinin kendi kusurunun sonuçlarının başka bir kişiye yükletilmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Destek kişi zarara sebep olan olayın etkilerini azaltmak için elinden geleni yapmak zorundadır³⁹⁵.

Desteğin rızası, bazı durumlarda tazminattan indirim yapılmasına veya tazminatın tümüyle kaldırılmasına sebep olabilir. Özellikle tıbbî müdahalelerde bu durum oldukça önem kazanmaktadır. Örneğin, oldukça riskli bir ameliyata rıza gösteren hasta ölmüşse ve rızası da hukuka uygunsa hekimin fiili hukuka uygun sayılacağından destek görenin tazminat istemesi mümkün değildir. Burada hasta, hekim tarafından yeterince aydınlatılmalı, hastanın rızası yazılı olarak alınmalıdır. Bu şartlar gerçekleşmeden hasta, ameliyatta ölmüşse hekimin sorumluluğu söz konusu olmaktadır³⁹⁶.

Destek görenlerin kusuru da, desteğin kusuru gibi değerlendirilmektedir. Destek görenler de yansıma zararlardan olan destekten yoksun kalma zararlarının azaltılması için çaba göstermek zorundadırlar.

Son husus ise destekten yoksun kalma zararının giderilmesi, zarar vereni yoksulluğa düşerecekse ve zarar verenin ağır ihmali veya kasdı yoksa hakim tazminattan bir miktar indirim yapabilir³⁹⁷. Sağlık çalışanlarının hatalı tıbbî müdahalelerinden kaynaklanan ölümlerde ise zarar veren bir sağlık mesleği mensubu veya hekim olacağından durumun koşulları buna göre değerlendirilmelidir³⁹⁸.

³⁹⁵ Seratlı, s. 257; Güleç Uçakhan, s. 750

³⁹⁶ Güleç Uçakhan, s. 760.

³⁹⁷ Gökyayla, s. 287; Gürsoy, s. 180; TBK madde 52: “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

³⁹⁸ Gökyayla, s. 290.

§ 22. TIBBÎ MÜDAHALE HATALARINDAN KAYNAKLANAN DESTEKTEN YOKSUN KALMA DAVALARINDA YARGILAMA

Tıbbî müdahale hataları sebebiyle oluşan zararların, zarar veren tarafından giderilmesine yönelik davalar genel olarak, tazminat davaları olarak isimlendirilmektedir. Zarar veren fiil sebebiyle hasta ölmüşse ölenin, desteğinden mahrum kalanların zararlarının giderilmesi, destekten yoksun kalma davaları ile sağlanmaktadır. Borçlar hukukunda, zararın giderilmesi nakden ve aynen tazmin şeklinde gerçekleşebilir. Ancak zarar, tıbbî müdahale hatasından dolayı ortaya çıkmışsa, aynen tazmin yoluyla zararın giderilmesi mümkün olmaz³⁹⁹. İşin niteliği gereği bu mümkün değildir. Bunun yerine nakden tazmin söz konusu olur.

Tıbbî müdahale hatasından kaynaklanan, destekten yoksun kalma tazminat davaları, hatanın yapıldığı kurum veya şahsın durumuna göre farklı mercilerde açılabilir. Buna göre kamu hastanesinde yapılan tıbbî müdahaleden kaynaklanan zararlarda hizmet ifası kapsamında, hizmet kusuru ile gerçekleşen bir zarar söz konusu ise tazminat davası ilgili kamu tüzel kişisine karşı, idare mahkemesinde açılır. Eğer hatalı tıbbî müdahale kamu hastanesinde kişisel kusur sebebiyle ortaya çıkmışsa veya özel hastanede ya da bağımsız çalışan bir hekim tarafından yapılan hatalı tıbbî müdahale sebebiyle ortaya çıkan bir zarar söz konusu ise açılan tazminat davasında adli yargı mahkemeleri görevlidir. Hukuk uygulamasında idari yargı ve adli yargı arasındaki uyumsuzluklar yargı yolu uyumsuzluğu olarak anılmaktadır.

Hangi mahkemenin, hangi uyumsuzluğu çözeceğine ilişkin kurallar Usul Kanununda yer almaktadır. Buna göre, bağımsız çalışan hekimler ve sağlık çalışanları aleyhine açılacak davalarda, istenen tazminat miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi⁴⁰⁰ görevlidir. Özel hastanede gerçekleşen tıbbî müdahalelerden kaynaklı açılacak tazminat davalarında, özel hastane, ticari faaliyet yapan ticaret şirketi

³⁹⁹ Savaş, Yargıya Yansıyan, s. 225.

⁴⁰⁰ HMK madde 2: “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”

olduğundan asliye ticaret mahkemesi, kamu hastanelerinde yapılan tıbbî müdahalelerden kaynaklı açılacak davalarda HMK madde 3, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden idare mahkemesi, görevli mahkeme statüsündedir⁴⁰¹. İdari yargıda açılacak olan destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, mahkemeye başvurulmadan önce, zararın ortaya çıkmasına sebep olan hatanın yapıldığı hastanenin, bağlı bulunduğu kamu tüzel kişisine idari başvuru yapılması gereklidir⁴⁰². Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiilden kaynaklı olarak istenmiş ve haksız fiil aynı zamanda TCK anlamında suç teşkil ediyorsa bu takdirde, destekten mahrum kalanlar ceza yargılamasına müdahil olarak tazminat talebinde bulunabilirler⁴⁰³.

Tıbbî uygulama hatalarından kaynaklı davalarda, yetkili mahkeme hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenmelidir. Buna göre arada sözleşme ilişkisi varsa sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi yetkilidir. Haksız fiil söz konusu ise haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁴⁰⁴.

Tıbbî müdahale hatalarından doğan, zamanaşımı süreleri, açılan davanın dayandırıldığı hukukî temele göre değişmektedir. Buna göre öncelikli olarak her tıbbî müdahale hatası, haksız fiil niteliğinde olduğundan Türk Borçlar Kanunu 72'inci maddesine göre iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir⁴⁰⁵. Eğer dava temeli

⁴⁰¹ **Hakeri**, s.509; HMK'nın Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev başlıklı 3. Maddesi, "(1) Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır." Bu hükme göre kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahale hatalar sebebiyle açılacak tazminat davalarında adli yargıda bakılacağı öngörülmüştü ama söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından 16.02.2012 tarihinde iptal edilmiştir.

⁴⁰² **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 224.

⁴⁰³ Hmk m. 10, 16.

⁴⁰⁴ **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 225; HMK madde 6: "Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir."

⁴⁰⁵ 6098 sayılı TBK madde 72: "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın

vekalet sözleşmesine dayandırılmışsa Türk Borçlar Kanunu’nun 147’inci maddesine göre beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁴⁰⁶.

geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” Bu hüküm eski TBK’nın 60’inci maddesinde “Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ıttılai tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Yeni TBK zamanaşımı sürelerini uzatmıştır.

⁴⁰⁶ **Savaş**, Yargıya Yansıyan, s. 228; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 11.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047 sayılı kararı, <http://www.tiphukuku.org.tr/index.php?cat=16>, Erişim tarihi 01.03.2014

SONUÇ

Tıbbî müdahale kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbî durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki iyilik halinin devamını sağlama vb. meşru sebeplerle yapılır. Müdahale konusunda eğitim almış, yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dâhilinde gerçekleştirilen; kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen müspet ya da menfi fiillerdir.

İnsanın vücut bütünlüğüne yönelen tıbbî müdahalelerin hukuka uygun sayılması için müdahale tıbbî olmalı ve yetkili kişilerce icra edilmelidir. Ayrıca hastanın rızası alındıktan sonra meşru bir amaç için tıp bilim tekniği ile güncel literatüre uygun olarak yapılmalıdır.

Tıbbî müdahale hataları ise sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır. Sağlık çalışanlarının tıbbî müdahale hatalarından dolayı meslekî, cezaî, idarî ve hukukî sorumlulukları bulunmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatı hukuki sorumluluk kapsamında yer alan tazminat alacaklarındandır. Destekten yoksun kalma tazminatı bağımsız, haczedilmez, takası alacaklının rızasıyla mümkün olan bir tazminat türü olup TBK 53'üncü madde de düzenlenmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için desteğin ölmesi, destek ile destek gören arasında kanıtlanabilir bir bakım ilişkisinin varlığı ve şüphesiz bu ilişkinin niteliği itibarıyla devamlı ve süreklilik arzeden bir yapıya sahip olması gereklidir. Destekten yoksun kalma tazminatında zarar miktarının ve tazminatın tespitinde desteğin geliri, desteğin bakım gücü, destek görenlerin tipleri açısından ihtiyaç duydukları desteklik süreleri, destek görenlerin ölüm sonrası elde ettikleri menfaatlerin denkleştirilmesi ilkesi gereği belli kazanımların destek zararlarından indirilmesi önemli hususlardandır. Zarar miktarının ve buna bağlı olarak tazminat

hesabının yapılmasında önemli olan diğer hususlar ise ölen desteğin kusuru, rızası, üçüncü kişinin kusuru, zarar verenin zor duruma düşecek olması ve hal ve şartların özelliğidir.

Sağlık çalışanlarının hatalı tıbbî müdahaleleri sebebiyle açılacak destekten yoksun kalma tazminatı hatalı müdahalenin yapıldığı kurum veya şahsın durumuna göre farklı mahkemelerde talep konusu yapılabilir. Zamanaşımı bakımından diğer maddi zararlarda uygulanan süreler destekten yoksun kalma tazminatı için de geçerlidir.

KAYNAKÇA* **

- Abik, Yıldız** : “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 241-287.
- Akar, Tülay Yıldız** : “Hastane Enfeksiyonlarının Hukukî Yansımaları”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, Y. 2011, s. 7-34.
- Akıncı, Şahin** : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2013
- : **Akıncı, Şahin**: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1996.
- Akıntürk, Turgut**
- Karaman, Derya** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2012.
- Akyıldız, Sunay** : “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 12-27.
- Alkanat, Murat** : “Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Y. 2002, C. 11, S. 5, s. 177-180.
- Altındış, Selma** : “Sağlık Hizmetlerinde Olay Raporlama ve Hasta Güvenliğine Etkileri”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010 S. 1, s. 17-32.
- Altun, Gürcan**
- Yorulmaz, A. Coşkun** : “Yasal Değişiklikler sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, TÜTFD, Y. 2010, S. 27, s. 7-12.
- Arısoy, Yücel** : “Sağlık Çalışanlarının Hukukî Sorumlulukları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi, Y. 2009, s. 183-187.
- Ateş, Zeynep** : Küçüklerin Tıbbî Müdahaleye Rızası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Ayan, Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010

* Dipnotlarda geçen eserler yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

** Önünde işaret olmayan rakamlar sayfa numaralarını göstermektedir.

- :Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.
- Aydın, Erdem** : “Tıbbî etik ve malpraktis”, Tıbbî Tıp Etiği Araştırmaları Biyo-etik Derneği yay. Ankara, Y. 1999, s. 45-50.
- Balkaya, Tuğba** : “Nişanlılık hukuku Ve Nişanlılıktan Doğan Tazminat Davaları”,s.11, <http://www.balkaya.av.tr/files/NHNTD.pdf>, Erişim tarihi 12.12.2013.
- Beyaztaş, Fatma Yücel**:“Dört Olgu Nedeniyle Tıbbî Yanlış Uygulama”, CÜTFD, Y.2001 C. 23/1, s. 49-53.
- Birtek, Fatih** : “Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayırımı”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2007, C.81, S. 5, s. 1998-2006
- Boran, Bedia** : “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.11-13.
- Bulut, Pınar** : “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 83-104.
- Büyüksağış, Erdem** : Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007.
- : “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C.54, s. 102-148.
- Can, İsmail Özgür**
- Özkara, Erdem**
- Can, Muhammet** : “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbî Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 25, S. 2, s. 69-76.
- Canbolat, Ferhat** : “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbî Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2009, S. 80, s. 156-181.
- Çağlayan, Ramazan** : “Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari sorumluluk”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, Y. 2007, s. 32-54.
- Çakırca, Seda İrem** : Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, İstanbul,2012
- Çakmut Yenerer, Özlem**: Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003.

- : “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s.1-32. (Çakmut, makale)
- Çeker, Mustafa** : “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%3%BCdahaleler.rtf>, Erişim tarihi 02.12.2013.
- Çelik, Ahmet Çelik** : “Destekten Yoksun Kalan Eşin Yeniden Evlenme İhtimali”, İBD, Y. 2006, C. 80, S. 2, s. 519-542.
- : “Hekimlerin Ve Hastanelerin Sorumluluğu”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/hekimlerinrastanelerin sorumlulugu.html>, Erişim tarihi 11.12.2013, (Çelik, sorumluluk)
- : “Çocukların Ana Babalarına Destekliği Nasıl Hesaplanmalı”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/cocuklarin-anababalarina-destekliği-nasil-hesaplanmalı.htm>, Erişim Tarihi 28.04.2014.
- : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Hukukî Analizler Dergisi, Y. 2013, S. 1, s. 41-103.
- : “Cana Gelen Zararlarda Tazminat ve Sigorta”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/cana-gelen-zararlarda-tazminat-ve-sigorta-konferans-metni.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014.
- : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Destek Payları”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/destekten-yoksun-kalma-tazminatinda-destek-paylari.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014.
- : “Küçük Yaşta Ölen Çocukların Ana Babalarına Destekliği Nasıl Hesaplanmalıdır”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kucuk-yasta-olen-cocuklarin-anne-ve-babalarinadestekliği-nasilhesaplanmalıdır.htm>, Erişim Tarihi 12.07.2014.
- : “Ölüm Ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları”, <http://web.ebaro.web.tr/uploads/55/konferansnotlaricac20130607/olum%20ve%20Bedensel%20Zararlar%20Nedeniyle%20Tazminat%20Davalari.doc>, Erişim Tarihi 22.04.2014.
- : “Tazminat Davalarında Kazanç Kavramı Ve Kazançların Araştırılması”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirmayazilari/tazminat-davalarinda-kazanc-kavrami-vekazanclarinarastirilmesi.htm>, Erişim tarihi 28.04.2014.

- Çetin, Gürsel** : “Tıbbî Malpraktis”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi, İstanbul, 2006, No 48, S. 31-42.
- Çolak, Ahmet** : “Nöroşirurjide Malpraktis”, Türk Nöroşirurji Dergisi, 2002, s. 94-98.
- Çubukgil, Oktay** : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Resen Takdir Olunacağına Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.11.1967 Tarihli İçtihadı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1967, S. 6, s. 911-921.
- Demir, Mehmet** : “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252.
- : Tıbbî Organizasyon Kusuru açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara, 2010.
- Deryal, Yahya** : Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara, 2012, (Deryal, Problemler).
- : “Hekimin Hukukî Sorumlulukları”, s. 1-7, <https://haksay.org/files/yahya04.doc>, 30.11.2013
- : “Hasta Hakları”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 2007, İstanbul, s.54-65.
- : “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması Ve Beden Mahrumiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 71-85.
- : “Hekimlik İçin Türk Olma Şartı ya da Yabancı Hekim Yasağı”, www.haksay.org/files/yahya08.doc, 10.07.2014.
- : “Hemşirenin Hukukî Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 416-439.
- : “Sağlık Hukuku Uyuşmazlıklarında Bilirkişi Görüşüne Başvurulması Zorunlu Haller”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2014, s. 93.
- : “Tıbbî Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması”, <http://www.haksay.org/files/yahya02.doc>, Erişim Tarihi 30.11.2013.
- : “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası”, <http://www.sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm>, Erişim Tarihi 02.12.2013.

- : Türk Hukukunda Bilirkişilik, Ankara, 2012, (Deryal, bilirkişilik).
- Doğan, Cahid** : “Sağlık Haklarından Hekimin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 105-151.
- Doğan, Murat** : “Hadımlaştırmadan Doğan Hukukî Sorumluluk”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 138-151.
- Donay, Süheyl** : Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978.
- Durdu, Hüseyin** : Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir, 1986.
- Ekmen, Azmi** : “Avrupa Birliği Ülkeleri Ve Diğer Gelişmiş Ülkelerde Malpraktis (Hatalı Tıbbî Uygulama) Sonucu Uygulanan Cezalar”, <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/17108/arastirma---ab-demalpraktis-sigortasi-uygulamaları---a-html?vurgu=azmi+ekmen>, Erişim Tarihi 11.12.2013.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.
- Erer, Sezer** : “Sağlık Hizmetlerinde Sorumluluğun Paylaşılması”, UÜTFD, Y. 2010, C. 36/1, s. 33-38.
- Erol Hatırnaz, Gültezer**: “Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 191-220.
- : “Sağlık Çalışanlarının Tazminat Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri”, Sağlık Hukuku Makaleleri-2, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2012, İstanbul, s. 241-264.
- Ersoy, Yüksel** : “Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezai Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 53, s. 161-190.
- Fidan, Nurten** : “Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2010, C. 1, S. 3, s. 349-362.
- Gencer, Zafer Adem** : Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2014.
- Gökcan, Hasan Tahsin**: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, 2013.
- Gökmen, Habil**

- Güleç Sibel** : “Tıbbî Malpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortaları”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010, S. 1, s. 9-16.
- Gökyayla, Kadir Emre**: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2004.
- Güleç Uçakhan, Sema**: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara, 2014.
- Günday, Rezzan** : Tıbbî Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluk, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- Gündüz, Fatma Ebru**
- Gündüz, Hakan** : “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, s. 225-258.
- Günerli, Ali** : “Anestezi Uzmanlarının Mesleki ve Hukukî Sorumlulukları, Yasal Hükümler, İlgili Yasa ve Yönetmelikler”, Türk Anest Rean Der Dergisi, Y. 2009, s. 333-349.
- Gürsoy, Kemal Tahir** : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1972, C. 29, S. 1-2, s.143-197.
- Hakeri, Hakan** : “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s.65-96.
- : “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2008, s. 161-171.
- : Tıp Hukuku, Ankara, Y. 2013.
- Hancı, İ. Hamit** : “Hekimin Tıbbî Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 303-311.
- Işıқтаç, Yasemin** : “Somut Olayın Normla Bağlantılandırılması Örnek Olay, Farazi Destek”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2008, S. 66, s. 203-240.
- Işıltan, Hasan Tahsin** : Tazminat Davalarının Kamu Hukuku (Tam Yargı Davaları) Özel Hukuk Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- Kalabalık, Halil** : “ Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, ABY, Ankara, Y. 2010, s. 322-400.
- Karabıyık, Lale** : “Yoğun Bakımda Sık Yapılan Tıbbî Hatalar”, Yoğun Bakım Dergisi, Y. 2012, S. 10, s. 40-49.

- Karakaş, İsa** : İş Kazası Uygulamaları İle Geçici İşgöremezlik ve Tazminat Davaları, İstanbul, 2012.
- Kaya, Mine** : “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2012, S. 100, s. 45-81.
- Keskin, Dilşad** : “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 1-2, s. 743-774.
- Kılıçarslan Kara, Seda**: “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, GÜHFD, Y. 2011, C. 15, S. 3, s. 285-310.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007.
- Kılıçoğlu, Kumru** : Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara, 2012, s. 21.
- Kılıçoğlu, Mustafa** : “Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat”, Kamu-İş, Y. 2004, C. 7, S. 3, s. 1-30, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7311.pdf>, Erişim tarihi 05.01.2014.
- : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 2014.
- Mızrak, Bülent**
- Celbiş, Osman** : “Patoloji ve Malpraktis”, İÜTFD., Y. 2007, C. 14, s. 213-217.
- Narter, Sami** : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, İstanbul, 2014.
- Nomer, Haluk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.
- Odyakmaz, Zehra** : “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, TAAD, Y. 2011, C. 1, S. 5, s. 1-56.
- Oğuzman, M. Kemal**
- Öz, M. Turgut** : 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal**
- Özer, Seliçi Oktay**
- Özdemir, Saibe** : Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013.
- Ovalı, Fatih** : “Hasta Güvenliği Yaklaşımları”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Y. 2010, S. 1, s 33-43.

- Özbilen, Arif Barış** : “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İTÜSBD, Y. 2013, S. 24, s. 99-124.
- Özdemir Bakbak Handan** : “Hekimin Disiplin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, Sayfa 245-258.
- Özdemir Hayrunnisa** : “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 1, s. 125-164.
- : “Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 15, S. 1-2, s. 177-229.
- : “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 295- 313.
- : “Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, EÜHFD, Y. 2008, C. 7, S. 3-4, s. 347- 379.
- Özel, Çağlar** : “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.4, s. 81-106.
- Özkaya, Nesrin** : “Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbî Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbî Uygulama Hataları”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 179-190.
- : 2002-2006 Yılları Arasında Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca Görüş Bildirilen Pediatrik Malpraktis İddiası İçeren Kararların İncelenmesi ve Tıbbî Hataların Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, İstanbul.
- Özpınar, Berna** : “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 27-36.
- : “Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s.269-301.

- Öztan, Bilge** : Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2012.
- Öztürkler, Cemal** : “Destekten Yoksunluk Dava Hakkının Mirasçılara İntikali”, ABD, Y. 1979, S. 2, s. 11-13.
- Petek, Hasan** : “Estetik Amaçlı Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, s 177-239.
- Piri Dönmez, Yasemin**: Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 6.
- Polat, Oğuz/Pakiş, Işıl**: “Tıbbî Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2011, C. 2, S. 3, s. 119-125.
- Savaş, Halide** : “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 259-294.
- : “Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 171-201.
- : “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İBY, Y. 2011, s. 272.
- : Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahale-den Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara, 2007.
- : Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara, 2013 (Savaş, Yargıya Yansıyan).
- Savaş, Nuriye** : “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 157-179.
- Seratlı, Gaye Burcu** : İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, Ankara.
- Sevindik Atıcı, Ebru** : Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006

- Sirmen, Lale** : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1978, s. 485-495
- Soyaslan, Doğan** : “Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları Ankara, Y. 2008, s.329-349.
- Sözüer, Adem**
Yasin, Melikşah
Kürşad, Zekeriya : Hastane Yönetimi, İstanbul, 2013.
- Şenocak, Zariye** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbî Standartlar ve İspat”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2008, s.241-255.
- : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998.
- Taşkın, Ahmet** : Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara, 1997.
- Temel, Erhan** : “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan hukuksal sorunlar”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 62-84.
- : “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Y. 2010, s. 115-125.
- Top, Mehmet**
Gider, Ömer
Taş, Yunus
Çimen, Seher : “Hekimlerin Tıbbî Hatalarına Neden olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Y. 2008, C. 11, S. 2, s. 161-200.
- Tuğcu, Harun** : “Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu”, Klinik Gelişim Dergisi, s. 85-88, <http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik2009/22/13.pdf>, Erişim tarihi 01.05.2014.
- Türkmen Öztürk, Hafize**: “Malpraktis Kavramı Neyi Çağırıyor”, Türkiye Biyoetik Derneği e-bülten, 2009, S. 19, s. 5-7.

- Ünder Ertuğ, Yıldız** : “Asistan Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Y. 2011, s. 35-49.
- Ünver, Yener** : “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s. 118-150.
- Varol, Nezih** : “Tıbbî Kötü Uygulama-Komplikasyon Ayrımında Bilirkişilik”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Hukuk Fakültesi, 2008, Ankara, s.375-384.
- Yılmaz, Berfin Işık** : “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S. 98, s. 389-410.
- Zevkliler, Aydın** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara,2004.
- Zeytin, Zafer** : “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s. 96-118.