



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



ÖZEL HASTANELERİN TIBBİ MÜDAHELELERDEN
DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Deniz Kardelen ÇEKİN

DİSİPLİNLER ARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

ANKARA

2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HASTANELERİN TIBBİ MÜDAHELELERDEN
DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Deniz Kardelen ÇEKİN

DİSİPLİNLER ARASI ADLİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Gürol CANTÜRK

ANKARA

2020

ETİK BEYAN

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Yüksek Lisans tezi olarak hazırlayıp sunduğum “Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu” başlıklı tez; bilimsel ahlak ve değerlere uygun olarak tarafımdan yazılmıştır. Tezimin fikir/hipotezi tümüyle tez danışmanım ve bana aittir. Tezde yer alan deneysel çalışma/araştırma tarafımdan yapılmış olup, tüm cümleler, yorumlar bana aittir.

Yukarıda belirtilen hususların doğruluğunu beyan ederim.

Öğrencinin Adı Soyadı: Deniz Kardelen ÇEKİN

Tarih:

İmza:

KABUL ve ONAY

Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü
Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı Anabilim Dalında
Sağlık Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programında
Deniz Kardelen ÇEKİN tarafından hazırlanan
“Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu” adlı tez
çalışması aşağıdaki jüri tarafından YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak
OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile kabul/ret edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi:

İmza

Unvanı Adı ve Soyadı

Üniversitesi

Jüri Başkanı İmza

İmza

Unvanı Adı ve Soyadı

Üniversitesi

İmza

Unvanı Adı ve Soyadı

Üniversitesi

Tez hakkında alınan jüri kararı, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü
Yönetim Kurulu tarafından onaylanmıştır.

İmza

Prof. Dr. Mehmet AKAN

Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürü

İÇİNDEKİLER

Etik Beyan	ii
Kabul ve Onay	iii
İçindekiler	iv
Önsöz	viii
Simgeler ve Kısaltmalar	x
Şekiller	xii
Çizelgeler	xiii
1. GİRİŞ	1
1.1.Özel Hastaneler	1
1.1.1. Hastanelerin Tarihçesi	1
1.1.1.2.Kamu Hastanesi-Özel Hastane Ayrımı	4
1.1.1.2.1. Kamu Hastanelerinde Görevli Sağlık Personelinin Sorumluluğu	7
1.1.1.2.2.Özel Hastanelerde Görevli Sağlık Personelinin Sorumluluğu	12
1.1.1.3.Özel hastane işleticisi	14
1.1.2.Tıbbi Müdahale	15
1.1.2.1.Genel Olarak Hukuka Uygunluk Şartları	16
1.1.2.2.Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Yapılması	17
1.1.2.3.Tıp Biliminin Gereklerine Göre Zorunlu ve Bu Verilere Uygun	
Müdahale	18
1.1.2.3.1.Endikasyon	18
1.1.2.3.2.Tıbbi Standart	19
1.1.2.4.Kanunen Öngörülen Amaçlara Yönelik	19
1.1.2.5.Aydınlatılmış Onam	20
1.1.2.6.Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	21
1.1.2.6.1.Sözleşme İlişkisi	21
1.1.2.6.2.Haksız Fiil İlişkisi	23

1.1.2.6.3.Vekaletsiz İş Görme	24
1.1.3.Tıbbi Terminoloji	24
1.2. Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğunun Dayanakları	27
1.2.1.Özel Hastanelerin Sözleşme Öncesi Görüşme Sorumluluğu	27
1.2.2. Hastane Sözleşmelerine Dayanan Sorumluluk	29
1.2.2.1. Genel Olarak	29
1.2.2.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Çeşitleri	31
1.2.2.2.1.Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	32
1.2.2.2.1.1.Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	34
1.2.2.2.1.2.Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	36
1.2.2.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	40
1.2.2.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	43
1.2.2.3.1.Hizmet Sözleşmesi Görüşü	44
1.2.2.3.2.Eser Sözleşmesi Görüşü	45
1.2.2.3.3.Vekalet Sözleşmesi Görüş	47
1.2.2.3.4.Sui Generis Bir Sözleşme Olduğu Görüşü	48
1.2.2.3.5.Karma Sözleşme Görüşü	49
1.2.2.4.Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Kuruluşu ve Şekli	51
1.2.2.5.Sözleşmesel Sorumluluğun Koşulları	54
1.2.2.5.1.Genel Olarak	54
1.2.2.5.2.Sözleşmeye Aykırılık	54
1.2.2.5.3.Kusur	56
1.2.2.5.4.Zarar	58
1.2.2.5.5.İllyet Bağ	60
1.2.3.Özel Hastane İşleticisinin Haksız Fiil Sorumluluğu	62
1.2.3.1.Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu	62
1.2.3.2.Hastane İşleticisinin Haksız Fiil Sorumluluğunun Koşulları	63
1.2.3.2.1.Hukuka Aykırı Fiil	63

1.2.3.3.Özel Hastane İşleticisinin Kusursuz Sorumluluğu	64
1.2.3.3.1.Adam Çalıştıran Sıfatıyla Kusursuz Sorumluluk	65
1.2.3.3.2.Organın Eylemlerinden Kusursuz Sorumluluk	69
1.2.4.Özel Hastane İşleticisinin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu	69
1.2.5.Sorumsuzluk Anlaşması	73
1.3. Özel Hastanenin Tıbbi Müdahaleden Doğan Yükümlülükleri	75
1.3.1.Genel Olarak	75
1.3.2.Teşhis ve Tedavi Yükümlülüğü	75
1.3.3. Hastane Bakımını Sağlama Yükümlülüğü	80
1.3.4.Sadakat ve Özen Yükümlülüğü	84
1.3.5.Aydınlatma ve Rızasını Alma Yükümlülüğü	89
1.3.5.1. Aydınlatma Yükümlülüğü	89
1.3.5.1.1.Aydınlatmanın Türleri	95
1.3.5.1.1.1.Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması	95
1.3.5.1.1.2.Otonomi (Karar) Aydınlatması	96
1.3.5.1.1.2.1.Teşhis Aydınlatması	96
1.3.5.1.1.2.2.Süreç Aydınlatması	97
1.3.5.1.1.2.3.Risk Aydınlatması	98
1.3.5.1.2Aydınlatmanın Şekli	99
1.3.5.1.3.Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller	100
1.3.5.2.Rıza Alma Yükümlülüğü	102
1.3.5.2.1.Rıza	102
1.3.5.2.2.Rızaya Ehliyet	106
1.3.5.2.3.Rızanın Şekli	110
1.3.5.2.4.Varsayılan Rıza	112
1.3.6.Kayıt Tutma Yükümlülüğü	113
1.3.7.Sır Saklama Yükümlülüğü	118
2. GEREÇ VE YÖNTEM	123

3. BULGULAR	124
4. TARTIşMA	135
5. SONUÇ VE ÖNERİLER	152
ÖZET	156
SUMMARY	158
KAYNAKLAR	160
ÖZGEÇMİş	165



ÖNSÖZ

Gelişen bilim, teknoloji, artan nüfus oranları ve ihtiyaçlar karşısında sağlık hizmeti sektöründe özel hastanelerin yer alması kaçınılmaz olmuştur. Son yıllarda sayılarında ciddi bir artış gözlemlenen tıbbi malpraktis dava dosyaları ile beraber özel hastanelerin hukuki sorumluluğu da üstünde durulması gereken önemli bir konu haline gelmiştir.

Bu çalışmada Yargıtay'ın özel hastanelere bakış açısıyla özel hastanelerin tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğu ele alınmaktadır. Çalışmamızın amacı, Yargıtay'a taşınan özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerdeki malpraktis iddiasının hangi gerekçelere dayandığının, özel hastanelerin iddialar karşısındaki hukuki konumunun ve sorumluluğun ve hangi yükümlülüklerini ihlal ettiğinin saptanarak uygulamadaki aksaklıkların giderilmesine katkı sağlamaktır. Yargıtay'a yansıyan vaka sayılarının sınırlı ve bu konuda az çalışma yapılmış olması nedeniyle çalışmamız bu alana ve özel hastane işleticisinin ve özel hastanede çalışan sağlık mesleği mensuplarının bilinçlenmesine katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Lisans ve yüksek lisans eğitimim süresince; her türlü yardım ve desteği sağlayan, hukukçu kimliğime Tıp Hukukuna sağlık çalışanları açısından bakabilme yetisi kazandıran, bilgi ve tecrübelerini paylaşarak çalışmalarına katkılarını sunan ve tezimin uzun süren hazırlanma sürecinde hoşgörüsünü eksik etmeyen, değerli tez hocam Prof. Dr. Gürol CANTÜRK'e,

Eğitimim boyunca kendilerinden çok şey öğrendiğim başta hocam Prof. Dr. Nergis CANTÜRK olmak üzere, tüm Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Hocalarım ve çalışanlarına,

Hukuki bilgi ve bakış açısını aktarmasının yanı sıra, avukatlık mesleğini etik ve insani boyutuyla icra etmeme büyük katkı sağlayan, birlikte çalışmaktan keyif aldığım meslektaşım Av. Ebru ATICI SEVİNDİK'e,

Tüm hayatım boyunca karşılıksız sevgi ve desteklerini esirgemeyen, her an yanımda olduklarını hissettiğim canım aileme sonsuz teşekkür ederim.

Deniz Kardelen ÇEKİN



SİMGELER ve KISALTMALAR

AY	Anayasa
ATK	Adli Tıp Kurumu
BİM	Bölge İdare Mahkemesi
C.	Cilt
CMK	5237 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
DTB	Dünya Tabipler Birliği
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHK	2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İTÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
K.	Karar
md.	Madde
M.Ö.	Milattan Önce
NPHK	2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ÖHY	Özel Hastaneler Yönetmeliği

ÖHT	Özel Hastaneler Tüzüğü(ÖHT)
s.	Sayfa
S	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTB	Türk Tabipleri Birliği
TŞSTİDK	1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu
vd.	ve devamı
YSS	Yüksek Sağlık Şurası

ŞEKİLLER

Şekil 3.1: Olguların yıllara göre dağılımı.

Şekil 3.2: Özel hastane işleticisinin tek başına ya da müteselsil sorumlu olduğu belirtilen davaların dağılımı.

Şekil 3.3: Davalarda yer alan hekim sayısı.

Şekil 3.4: Hekim ve hastanenin şikayet sebepleri.

Şekil 3.5: Dava dosyalarının ilk derece ve bölge adliye mahkemesinde dağılımları.

Şekil 3.6: Yargıtay kararlarının dağılımı.

Şekil 3.7: Yargıtay kararlarının bozulma durumu.

Şekil 3.8: Bilirkişi raporlarının alındığı yere göre dağılımı.

Şekil 3.9: Tek bilirkişi raporu bulunan dosyalardaki raporun alındığı yere göre dağılımı.

ÇİZELGELER

Çizelge 3.1: Vakaların uzmanlık alanlarına göre dağılımı.

Çizelge 3.2: İlk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının türleri.

Çizelge 3.3: Yargıtay'ın bozma nedenlerinin dağılımı.

Çizelge 3.4: Dosyalardaki bilirkişi raporu sayısı.

Çizelge 3.5: Birden fazla rapor alınan dosyaların kurumlara göre dağılımı.

1.GİRİŞ

Sağlık hizmeti sektöründe özel hastanelerin yeri ve öneminin gelişmelere paralel olarak son yıllarda artış gösterdiği ve güncel Sağlık Bakanlığı verilerine bakıldığında sağlık hizmeti sunan hastanelerin neredeyse yarısının özel hastaneler olduğu görülmektedir. Son yıllarda sayılarında ciddi artış yaşanan tıbbi malpraktis iddialarında özel hastanelerin sorumlu tutulduğu dava sayıları da giderek artmaktadır. Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk genel olarak özel hastane işleticisine ait olup; bu sorumluluğun sınırının ve özel hastanenin yükümlülüklerinin belirlenmesi, ortaya konması gerekmektedir. Çalışma konumuzun niteliği, güncelliği ve popülerliği sebebiyle birtakım tartışmaları da beraberinde getirdiğinden konuyla ilgili görülen pek çok doktrinsel görüşe değinilmiş; açıklamalar Yargıtay kararları ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Yargıtay'ın özel hastanelere bakış açısı, özel hastanelerin hukuki niteliği, hastane ile hasta arasındaki ilişki, hastanenin sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlalinin sonuçları ile hekime yansımaları konusunda yapılan çalışmalar sınırlı sayıda olup; çalışmamız bu yöndeki eksikliği gidermeyi, katkı sunmayı amaçlamaktadır.

1.1.Özel Hastaneler

1.1.1.Hastanelerin Tarihçesi

İnsanlık tarihinin en eski zamanlarından beri yaşamın sürdürülebilirliği adına sağlığın korunması insanlığın en önemli sorunlarından biridir. İnsan yaşamıyla başlayan ve doğal yöntemlerle geliştirildiği söylenebilen sağlık hizmetleri bilim ve teknolojinin ilerlemesiyle değişerek ve gelişerek günümüz halini almıştır.

Tarihin en eski uygarlıklarını barındıran Mezopotamya’da sağlık hizmetleri ilk olarak din adamları vesilesi ile ifa edilmiş(Güntöre, 2005, s:4; Polat, 2005, s:71), deneysel çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Eski Mısır’da mumyalama tekniği kullanılmış, çeşitli hastalıklar (tüberküloz, göz hastalıkları, ruhsal hastalıklar) tedavi edilmeye başlanmış ve bu bilgi birikimi neticesinde hekimler arasında uzmanlaşma(Aslan ve Erdem, 2017, s:10) başlamıştır. Yine dini yaklaşımlara bağlı olarak ilerleyen Hint hekimliğinde sıtma ve vebanın kaynakları bulunmuş, şeker hastalığı tanımlanmış ve ilaç yapımında epey yol kat edilmiştir(Aslan ve Erdem, 2017, s:10; Güntöre, 2005, s:6-7; Polat, 2005, s:71 vd.). Eski Yunan hekimliğinde ise Hipokrat ile birlikte dini yaklaşımlardan sıyrılmış, hekimlik tarihine damga vuran etik kurallar geliştirilerek önemli gelişme gösterilmiştir. Tarihsel süreçte hekim-hasta ilişkisinin etik yönü Hipokrat’a (Milattan Önce(M.Ö.) 460-370) ve özellikle de Hipokrat Andına dayandırılmaktadır. Avrupa’da üniversitelerin kurulması ve sistematik tıp eğitiminin verilmeye başlanmasından sonra hekimler üzerinde denetleme mekanizması kurma düşüncesiyle beraber Rönesans hareketinin de etkisiyle Hipokrat Andı tıp eğitiminin temel taşı haline gelmiştir (Aydın, 2005, s:84). Ancak tıp alanındaki asıl gelişme, Rönesans ile beraber dini yaklaşımların bir kenara bırakılarak yapılan gözlem, deney ve araştırmalar sonucunda yaşanmıştır.

Dini görüş ve inançların etkisiyle, dinsel tapınma yerlerinin hastaları tedavi amacıyla kullanıldığı bilinmektedir. Eski uygarlıklardaki bu yapılar, bugünkü anlamıyla hastaneleri karşılamaktan ziyade ibadethane olarak tanımlanabilecek mekanlardır. Hastanelerin en eski örnekleri M.Ö. 6. yy’da Hint hekimliğinde Budha öğretisine dayalı olarak (Aslan ve Erdem, 2017, s:13; Demir, 2010, s:5-6) sakat ve yoksul kimselerin tedavisinin gerçekleştirilmesi adına kurulan yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eski Yunan hekimliğinde ise, Yunan mitolojisinde sağlık ve tıp tanrısı olarak anılan Asklepios adına yapılan ve Asklepion adı verilen hastane benzeri sağlık yapıları (Demir, 2010, s:6) kurulmuştur. Asklepion’da, ilk psikoterapi tedavisi

yapılmış, şifalı otlar, müzik, meditasyon ve çamurlu su banyosu gibi yöntemler denenmiş ve ayrıca tedavinin yanında tıp eğitimi de verilmiştir(Aslan ve Erdem, 2017, s.:3).

15. yy'da İtalya'da başlayan Rönesans döneminin akılcı etkisi tıp alanına da yansiyarak tedavi ve gözlem anlayışının benimsenmesini sağlamıştır. Anatomik bilgilerin gelişmesine paralel olarak tıp bilimi ve eğitimi de gelişim göstermiştir. Bu bağlamda tıp eğitimi verilmesi ve hastalıkların tedavisi için özel klinikler ve özellikle İtalya ve Almanya'da büyük çapta hastaneler kurulmuştur(Aslan ve Erdem, 2017, s:13).

Türkiye'deki hastanelerin tarihçesine bakacak olursak; sağlık hizmetlerinin Cumhuriyet öncesi Selçuklu ve Osmanlı dönemi etkisi ile ve Cumhuriyet sonrası(Çavmak ve Çavmak, 2017, s:49) yaklaşım ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Selçuklu döneminde görülmeye başlayan hastanecilik anlayışı, vakıflar tarafından genellikle kimsesiz, yoksul, yolcu ve tüccarların sağlığını iyileştirmeye yönelik mekanlar şeklinde görülmektedir(Aslan ve Erdem, 2017, s:15; Çavmak ve Çavmak, 2017, s:49). Darüşşifa olarak adlandırılan bu hastanelerin günümüze kadar gelen örnekleri mevcut olup; Osmanlı döneminde de bu yapılar kullanılmaya ve benzer anlayış sürdürülmeye devam edilmiştir.

Osmanlı döneminde, idari örgütlenme saray, ordu merkezli olduğundan, sağlık hizmetleri saray ve orduya sunulmuş (Çavmak ve Çavmak, 2017, s:49), III. Selim döneminde ise orduya hekim yetiştirmek ve ordunun sağlık ihtiyaçlarını karşılamak adına Tıbhane-i Amire ismiyle ilk kez hastane kurulmuştur (Aslan ve Erdem, 2017, s:15; Demir, 2010, s:12). Osmanlı döneminde askeri ıslahatlara paralel olarak ilk hekimlik eğitimleri askeriyede başlamış ve birçok askeri hastane kurulmuştur.

Osmanlı hastanecilik tarihinde ilk kez hastane kelimesinin kullanıldığı ve ilk özel hastane olarak kabul gören padişah Abdülmecid'in annesi Bezmi Alem Valide Sultan'a tarafından yaptırılan Bezmialem Gureba-i Müslimin Hastanesidir (Aslan ve Erdem, 2017, s:16; Demir, 2010, s:12). Vakıf niteliğinde faaliyet gösteren hastanenin en önemli özelliği; tüzel kişiliğinin ve kuruluş senedinin olması sebebiyle bağımsız hastane organizasyonunun ilk örneklerinden olmasıdır(Demir, 2010, s:13).

Cumhuriyet döneminde ise, 1920'de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılmasını müteakip Sağlık Bakanlığı kurulmuştur. Sağlık Bakanlığı amaç olarak sağlık hizmetlerinin önceliklerini belirlemek, kazanımları arttırmak ve kaynak dağılımını ölçütlere uygun sağlayarak sağlık hizmetlerinin yürütülmesini benimsemiştir (Çavmak ve Çavmak, 2017, s:49). Dönem içerisinde, halen yürürlükte olan; 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun(TŞSTİDK), 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu(UHK) ve 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu hazırlanmıştır. Her ne kadar Türkiye tarihi boyunca hastaneler kamu bünyesinde devlet eliyle kurulmuşsa da; HHK'nın 1933'te Resmi Gazete'de yayınlandığı dikkate alındığında, özel hastanelerin Cumhuriyetin ilk dönemlerinden beri sağlık hizmeti sundukları aşikardır. Nitekim Sağlık Bakanlığı'nın güncel verileri(rapor.saglik.gov.tr/istatistik/rapor/) incelendiğinde toplamda 1514 hastanenin 874'ünün Bakanlığa, 70'inin üniversitelere bağlı ve 560'ının özel hastane kapsamında faaliyet gösterdiği ve Türkiye'de sağlık hizmetinin yarısından fazlasının özel hastaneler aracılığıyla ifa edildiği görülmektedir.

1.1.1.2.Kamu Hastanesi-Özel Hastane Ayrımı

Türkiye'de hastaneler hukuki nitelikleri açısından genel olarak kamu hastaneleri ve özel hastaneler olarak iki grupta ele alınırlar(Polat, 2005, s:292).

Temel insan haklarından olan ve anayasal güvence altına da alınan sağlık hakkı, hem negatif statü haklarından hem de pozitif statü haklarından olduğu için devletin sağlık hakkına karşılık gelen ödevlerini yerine getirme yükümlülüğü vardır (Sert, 2004, s:56). Sosyal devlet olmanın gereği olarak sağlık hizmeti sunmak amacıyla devletin aktif olarak birtakım faaliyetlerde bulunması sorumluluklarını yerine getirmesi ve kamu yararına sağlık hizmeti sağlaması gerekmektedir(Yeneler Çakmut, 2003, s:51). İşte kamu hastaneleri, devletin vatandaşlarına sağlık hizmeti sunması amacıyla kurulan ve kamu yönetimi içinde yer alan teşkilatlardandır. Sadece kamu hizmeti taşıması yetmeyip hastanelerin; kuruluşu, işleyişi ve örgütlenişi ile de, devlet veya herhangi bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulması ve işletmesinin yapılması gerekmektedir.

2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu md.1 "*Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları 'husussi hastaneler' den sayılır.*" denilerek özel hastanelerin “devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden” başkaca hastaneler olduğu tanımlanmıştır. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere; kamu hastanelerine, devletin açtığı resmi hastaneler, belediyeler ile il özel idareleri tarafından açılan hastaneler ve üniversite hastanelerinin dahil olduğu aşıkardır(Canbolat, 2009, s:157-158).

Yine Özel Hastaneler Yönetmeliği(ÖHY) md.4/fde özel hastaneler, "*Bu Yönetmelik kapsamına giren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbi müdahale, ameliyat, tıbbi bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları*" olarak tanımlanmış, ancak f bendi,11.03.2009 T ve 27166 S Resmi Gazete ile mülga edilmiştir.. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 4. maddesinde ise; "*Hasta ve yaralıların, hastalıktan şüphelenenlerin ve sağlık durumlarını kontrol*

ettirmek isteyenlerin, ayaktan veya yatarak müşahede, muayene, teşhis, tedavi ve rehabilite edildikleri, aynı zamanda doğum yapılan kurumlardır." denilerek özel hastaneler tanımlanmıştır.

HHK'nın *"Kendi mevzuatına göre hususi şirketler ve müteahhitler ve fabrikalar ve ticaret, ziraat, sanat ve nafia işlerinde çok işçi çalıştıran şahıslar, amele birlikleri ve bu gibi diğer şahıslar ve teşekküller tarafından kendi işçilerinin ve işlerinde kullandıkları adamlarının hastalıklarını tedavi ve sağlıklarını korumak için açılacak hastane, revir ve diğer sağlık yurtları bu kanunun hükümlerine bağlı olmayıp bunların açılma ve kapanma şartları kendi mevzuatına göre yapılır. Bunların açılmalarında, bağlı oldukları teşekküller tarafından, bir beyanname ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine bildirilir."* şeklindeki 2. maddesi dikkate alındığında, kamu hizmeti sağlamanın dışında kurulan her sağlık kuruluşu özel hastaneler kapsamında sayılmamaktadır. Bu bağlamda özel şirket veya şahıslar tarafından kendi çalışanlarına hizmet amacıyla açılan sağlık kuruluşları özel hastane niteliği taşımamaktadır(Doğan M., 2015, s:23; Hatırnaz Erol, 2007, s:40). Yine kamu kurum ve kuruluşlarının kendi çalışanlarına hizmet amacıyla kurduğu kuruluşlar ve 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun ile yapılan devir sonucunda Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait hastaneler özel hastane statüsüne haiz değildir(Erçeltik, 2011, s:9). Özel hastanelerin açılış, kapanış, hizmet standartları ve faaliyetleri HHK, Özel Hastaneler Tüzüğü(ÖHT) ve ÖHY'de etraflıca açıklanmıştır. Nitekim HHK'nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere özel hastaneler ancak kanun hükümlerine uygun olmak kaydı ve HHK md. 3 kapsamında Bakanlık izniyle faaliyet göstermektedirler. Nitekim özel hastaneler Bakanlık tarafından denetime tabi olmakla beraber HHK md.33"*Hususi hastanelerin fenni ve idari muameleleri ve her türlü sıhhi şartları Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin murakabesi altında olup, lüzum görüldükçe Sıhhat ve İçtimai Muavenet müfettişleri ve müdürleri, kazalarda Hükümet tabipleri tarafından teftiş ve hastanenin her türlü vesikaları tetkik olunur. Teftiş neticesinde görülen noksanlar, mevzuata aykırı haller ve hastaneler mesaisinin cereyan suretleri müessesenin teftiş defterine teftişi yapan tarafından kayıt ve imza ve ayrıca yazılacak*

teftiş raporu da Sıhhat ve İċtimai Muavenet Vekaletine gönderilir." gereğince, denetim görevinin gereğı gibi ifa edilmediğı hallerde Bakanlığı'nın ihmali sebebiyle zarardan sorumlu tutulması da mümkündür(Hakeri, 2009, s:164.).

1.1.1.2.1.Kamu Hastanelerinde Görevli Sağlık Personelinin Sorumluluğı

Kamu hastanelerinde sağlanan bir kamu hizmetidir ve görevi yerine getiren hekimler kamu personelidir. Devlet, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanılabılmesini sağlamak ve bu hizmetlerin günün koşul ve teknolojik gelişmelerine uygun olmasını sağlamak ile mükelleftir. Sağlık hizmetlerinin sunumundan ya da tıbbi müdahale neticesinden kaynaklı bir zarar doğduğunda asli sorumlu idare olacaktır. Günümüzde idarenin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk hükümlerince zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır(Ercan ve arkadaşları, 2008, s:185; Gözübüyük, 1996, s:246 vd.; Günday, 2013, s:367.vd).

Hizmet kusuru, kusur sorumluluğı olup, idarenin yürüttüğü hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişinde bozukluk veya aksaklık olmasını ifade eder. Hizmet kusuru, hizmette bulunan kamu görevlilerinin kusurlarından bağımsız olarak; kamu görevlileri kusurlu olmasa da; hizmetin kuruluşu, işleyişi ve düzenlenişinde bir bozukluk veya aksaklık olması halinde gündeme geldiğinden nesnel, objektif ve anonim nitelikte bir kusur olarak değerlendirilmektedir (Demir, 2008, s:230; Günday, 2013, s:369). Karşımıza hizmetin hiç işlememesi, geç ve kötü işlemesi durumlarında çıkmakta olup, bu durumlarda idare tazminle yükümlüdür(Ercan ve arkadaşları, 2008, s:186-187).

Kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince ise; kamu hizmetinin görülmesi sırasında idarenin kusuru olmasa dahi objektif sorumluluk esaslarına göre fertlerin

zarar görmesi halinde idare bu zararı tazminle yükümlüdür(Orhunöz, 2000, s:115). İdare hukukunda kusursuz sorumluluk ilkesi, risk ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerine dayandırılmaktadır.

Kamu hastanelerindeki hekimler kamu görevlisi statüsünde olup; tazminat hukuku açısından, kamu hastanelerine başvuran hasta ile hekim arasında sözleşme kurulmayıp, hasta ile hastane arasında bir sözleşme kurulduğundan ve bu da kamu ilişkisi olduğundan idare hukuku hükümleri uygulanacaktır(Hakeri, 2009, s:162).Yargıtay 4. Hukuk Dairesi(HD) 1976/692 Esas(E.), 1976/11046 Karar (K.) ve 17.12.1976 tarihli kararında; hekim-hasta ilişkisini kamu ilişkisi olarak nitelendirmiş ve *"Davalı doktor bir kamu görevlisidir. Anayasamızın 129/5. maddesine göre memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kişilere verdikleri zararlardan dolayı yalnız idare aleyhine dava açılır. O halde mahkemenin bu emredici kuralı gözetmeden davalı doktoru da tazminatla sorumlu tutması bozma nedenidir."* kararını vermiştir(Katar Karakaş ve Yüzbaşı, 2015, s:45 vd.).

Aradaki ilişkinin kamu ilişkisi kabul edilmekle beraber; kamu hastanesinde çalışan hekime kişisel kusuruna dayanılarak adli yargıda dava açılabileceği de söylenmektedir(Savaş, 2009, s:219 vd.). Yargıtay'ın 2001 tarihli kararında belirttiği üzere; aralarındaki ilişki kamu ilişkisi olup yanında ikinci bir ilişkiyi daha işaret ederek görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusurun ağır bastığını ifade etmektedir ki bunu da: *"İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve*

yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.” diyerek belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(HGK) 2001/4-595 E., 2001/643 K. ve 26.09.2001 tarihli kararı kararında; bilgi, beceri ve dikkat eksikliğinden kaynaklanan zararlarda kişisel kusur ayrımı yaparak hekim aleyhine doğrudan adli yargıda dava açılabilmesine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın bu kararı pek de isabetli olmayıp; hekime de doğrudan başvurulmasını sağlayabilmek için hekim ile hasta arasında özel hukuk ilişkisinden doğan bir sözleşmenin varlığı kabul edilirse; sözleşme gereğince sözleşmenin esaslı unsurlarında tarafların anlaşamaya varamaması halinde, hekime kamu hastanesine başvuran hastaya yönelik tıbbi müdahalede bulunmaktan imtina hakkı tanınmış olacak, ki bu da sosyal devlet olma özelliğiyle bağdaşmayacaktır(Canbolat, 2009, s:165).

Kişisel kusur kapsamına kamu görevlilerinin suç niteliğindeki, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurları dahil edilmektedir. Suç ve kamu hizmeti birbiriyle bağdaşmayan kavramlar olup; kötü niyetle düşmanlık, siyasi rekabet, şahsi ihtiras veya menfaat temini için sergilenen davranışlar ve ağır kusur kişisel suç olarak doktrinde destek bulmaktadır(Kızılyel, 2009, s:235.).

Yargıtay 2001'deki kararından dönmüş ve Yargıtay HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K. ve 01.02.2012 tarihli kararı ile "Gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için ayırımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten işlediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın kusur ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oy çokluğu ile kabul edilmiştir."

Bu karar doğrultusunda artık kamu hastanelerinde çalışan hekimlere adli yargıda doğrudan tazminat davası açılmayacaktır. Yargıtay 4. HD 2019/1248E., 2019/3464 K. ve 20.06.2019 tarihli kararında; "Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/..., 129/..., 657 Sy.K..., HGK 2011/...-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda

yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır. Davaya konu edilen olayda Devlet Hastanesi'nde doktor olan davalının, görevini gereği gibi yerine getirmediği belirtilerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalıya husumet yöneltilemez. Şu durumda, husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine, işin esasının çözümlenmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." denilerek davanın husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi ve idari yargıda açılması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın son tarihli kararları bu yönde olup, davanın kurum aleyhine idari yargıda açılması gerektiği belirtilmektedir. Anayasa ve ilgili mevzuat uyarınca önce İdare Mahkemelerinde Bakanlık aleyhine dava açılacaktır. İlgili hekimin davaya müdahil olma imkanı bulunmaktadır. Hekimin müdahil olarak davaya katkı sunması kendi lehine olacaktır. Çünkü Anayasa(AY) 129/5 "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." ve 40/3 "Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmüne göre idarenin, hekime kusuru oranında rücu hakkı bulunmaktadır.

Ceza sorumluluğu için ise; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince, ilgili sağlık personeli hakkında ceza soruşturması yürütülebilmesi adına yetkili merciinin izni ön şarttır. Hakkında soruşturma izni verilmeyen personel yönünden soruşturma yürütülmesi mümkün değildir. Yetkili merciin soruşturma izni vermesi veya vermemesi durumuna karşı aleyhine karar verilen tarafın söz konusu karara karşı kararı veren merciin yargı çevresindeki Bölge İdare Mahkemesinde(BİM) itiraz etme hakkı saklıdır. BİM'in itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir.

1.1.1.2.2.Özel Hastanelerde Görevli Sağlık Personelinin Sorumluluğu

Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden görevli sağlık personelinin tazminat sorumluluğunu bir anlamda kamudaki sorumluluğa benzer olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim özel hastanelerde sözleşme genellikle hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Bu bağlamda, kamuda idarenin sorumluluğuna benzer şekilde özel hastane işleticisinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Sözleşmenin hastane ile hasta arasında değil de, hekim ve hasta arasında kurulduğu durumlarda ise hastanenin sorumluluğuna gidilmeksizin doğrudan hekime sorumluluk yöneltmek mümkündür(Canbolat, 2009, s:160; Er, 2019, s:76-80; Hakeri, 2009, s:163).

Uygulamada ise genellikle özel hastane işleticisi ile beraber tıbbi müdahalede yer alan hekimlere birlikte sorumluluk yöneltilmekte, davalı olarak hem hastane yönetimi hem de hekimler gösterilmektedir. Hekime kusur atfedilmeyen kimi durumlarda, organizasyon yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle hastane yönetiminin sorumluluğu yoluna gitmek mümkündür. Nitekim Yargıtay HGK 2009/393 E., 2009/452 K. ve 21.10.2009 tarihli kararıyla; psikiyatri muayenesine kendisini öldüreceğinden ve daha önce de evin penceresinden atlamaya çalıştığını belirten hastanın hastanede intihar ettiği olayda, hastanın yakın gözleme alınması gerekirken hastanın intiharında hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Ceza sorumluluğu için ise; özel hastanelerde görev yapan sağlık personelinin ön izin şartına bağlı olmadan haklarında soruşturma yürütülmesinden ötürü, sorumluluk bakımından kamudaki meslektaşlarına kıyasla daha dezavantajlı

durumda olduğunu söylemek mümkündür. Temel bir ceza hukuku prensibi olan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun(TCK) 20. maddesinde belirtilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ışığında tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. Ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde ise, TCK m.22/5'te: *"Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir"* denilmiştir. Dolayısıyla her üye kusuru oranında sorumlu olacaktır.

Özel hastanede görevli sağlık personelinin ceza sorumluluğu açısından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, TCK 257 kapsamında görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacaklarıdır. Maddenin 1.fikrasında *"Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* denilerek görevi kötüye kullanma ve 2. fıkrasında ise *"Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* denilerek görevi ihmal suçuna yer verilmiş olup, her iki suçun da kamu görevlisi tarafından işlenebileceği belirtilmiştir. Nitekim Yargıtay 2018/1758 E., 2019/11448 K. ve 05.12.2019 tarihli kararında; *"TCK'nın 257/2. maddesinde "ihmali davranışla görevi kötüye kullanma" suçunun düzenlendiği ve özetle "görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan kamu görevlisi" tanımına yer verilmekte olup, sanık doktorun, özel bir hastanede görev yaptığı bu nedenle kamu görevlisi olmadığı ve özel bir Kanun ile de Kamu Görevlisi olarak sayılmadığı hususları dikkate alındığında; sanığın Ceza Hukuku açısından TCK'nın 257/2. maddesinde hükmolunan Görevi Kötüye Kullanma Suçu'nun da faili olamayacağından"* bahisle kamu görevlisi statüsüne haiz olmayan özel hastanede görevli hekimin TCK 257 gereğince sorumluluğu bulunmadığına hükmedilmiştir.

1.1.1.3.Özel hastane işleticisi

Özel hastane işleticisinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Nitekim HHK'nın 7. maddesi; *"Hakiki veya hükmü şahıslar tarafından hastane açılmak üzere teberri veya vakfolunan para ve malların idaresi vakfeden tarafından Evkaf İdaresi, Vilayet hususi idareleri ve belediyeler gibi Devlet teşkilatına verildi ise bu hastaneler tayin edilen bu idareler tarafından, eğer vakfeden tarafından müteveli gösterilmemiş ise Vilayet hususi idareleri tarafından tesis ve idare olunur. Bu hastanelerin kurulma ve çalıştırılmaları umumî hastaneler gibidir. Tesis ve idareleri Devlet teşkilatından başkasına verilmiş olan vakıf hastaneler bu kanun hükümlerine bağlı olup idare işleri vilayetlerin murakabesi altındadır."* hükmü uyarınca, özel hastane işleticisi tek bir gerçek kişi, dernek, adi ortaklık, vakıf veya 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen şirketlerden biri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Ayrıca Kızılay'a, Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü md.47/21 doğrultusunda; *"amacına uygun işletmeler, eğitim ve öğretim kurumları, hastaneler, sağlık merkezleri, dispanserler, kan merkezleri ve bunlarla ilgili laboratuvarlar, rehabilitasyon merkezleri açma yetkisi"* tanınmıştır(Hatırnaz Erol, 2007, s:39).

Özel hastanelerde sözleşme genellikle hastane işleticisi ile hasta arasında kurulduğundan, özel hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde sorumluluk birinci derecede özel hastane işleticisine aittir(Hakeri, 2009, s:163-164; Ülker, 2017, s:9).

Özel hastanelerde mesul müdür kavramına HHK md.9'da yer verilmiştir. Kanun hükmü gereğince; "özel hastanede mesul müdür olarak görev yapanın, Türkiye'de hekimlik yapma izni olan Türk hekim olması ve ikisi hastanelerde olmak üzere en az beş yıl Türkiye'de hekimlik yapmış olması veya Devlet meslek memurluklarında çalışmış bulunması ve herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya şeref ve haysiyeti bozan suçlar yüzünden hapse mahkum olmaması" şartlarını

sağlaması aranmaktadır. Nitekim mesul müdürün HHK md.23'te de belirtildiği üzere; hastanenin her türlü maddi ve idari işlerini ve hastaların öngörülen standartlara uygun biçimde tedavi ve bakımlarını yerine getirme yükümlülükleri bulunmaktadır (Hatırnaz Erol, 2007, s:40).

Özel hastane işleticisinin gerçek kişi dışında sayılanlardan biri olması halinde HHK md.10 gereğince, özel hastanenin mali ve yönetim işlerinin idaresi için yönetim kurulunun tayin edilmesi gerekmektedir.

1.1.2.Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale; tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişi tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyettir(Tunçer, 2000, s:77). Bedensel veya ruhsal sağlığı teşhis ve tedavi etmek, acısını dindirmek, hastanın ağrısını hafifletmek için doğrudan ya da dolaylı olarak en basit cerrahi girişimden en ağır cerrahi girişime kadar her çeşit tıbbi faaliyet tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir(Savaş, 2009, s:23; Hakeri, 2013, s:123). Teşhis, tedavi, önleme, estetik cerrahi,ilaç tedavisi, psikiyatrik müdahale,estetikler yapılması, ve adli muayene birer tıbbi müdahaledir. Vücut bütünlüğü başlıklı AY m.17'de kişinin rızası olmadan kendisine dokunulamayacağı ile güvence altına alınan kendi geleceğini belirleme hakkı tıbbi müdahalenin rıza olmadan yapılamamasının anayasal dayanağıdır(Atıcı Sevindik, 2006, s:80; Erman, 2003, s:72-77). Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun olmasının öncelikli nedeni hekimin müdahalede bulunurken bir hakkı icra ediyor olmasıdır. Hekime müdahale hakkı veren ise; tıp fakültesi mezunu olması, kanunen öngörülen amaçlara yönelik olarak, hastanın rızasını da alarak tıp biliminin kabul ettiği güncel veriler doğrultusunda hareket ediyor olmasıdır(Aşçıoğlu, 1982, s:38 vd.).

1.1.2.1.Genel Olarak Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahalelerde en basit muayenede dahi mesleğin yapısı itibarıyla vücut bütünlüğü ihlal edilmektedir(Kök, 2014, s:187). Ancak tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmamasının asıl nedeni hekimin “bilim ve sanat hürriyeti hakkını” icra ediyor olmasıdır. Bunun yanında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasında: tıp mesleğini icraya yetkili sağlık personeli tarafından, aydınlatılmış onamı alınarak, kanunen öngörülen amaçlarla standartlara uygun yapılması sayılmaktadır(Özbek, 2012, s:78).

Hukuka uygunluk şartlarında en çok üstünde durulması gereken konu aydınlatılmış onamdır. Zira son dönem Yargıtay kararlarında aydınlatılmış onamın önemine dikkat çekilmektedir. Kişinin kendi vücudu üzerindeki hakları göz önünde bulundurulduğunda, müdahaleden önce rızasının alınması hukuka uygunluk nedeni olarak aranmaktadır(Kırtıçoğlu, 2017, s:23).

Belirtmek gerekir ki; hekim, hastasının bakımını ve yararını gözeteceğini üstlenmekle birlikte mesleğin doğası gereği şifa garantisi vermesi mümkün değildir(İnce ve arkadaşları, 2005, s:124). Bu husus Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) 13. maddesinde belirtilmiştir. Dolayısıyla hekimin hastasını tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları ile ilgili bilgilendirmesi esastır. Hasta, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olup; hastalığın tedavisi ve yaşamıyla ilgili kararları özgür iradesiyle alma hakkına sahiptir(Tacir, 2011, s:118).

1.1.2.2.Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahaleyi hukuken yetkili birinin yapması gerekmektedir. Hekimlerin mesleklerini icra edebilmeleri için TŞSTİDK 1. maddesi *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”* hükmü gereğince tıp fakültesinden mezun ve diploma sahibi olmaları aranmıştır. Kanunun 2. maddesi diplomayı alabilmeyi ise mecburi hizmetin ifa edilmesine bağlamıştır. Mesleki faaliyetlerini özel bir hastane, muayene veya poliklinikte gerçekleştiren hekimlerin, mesleğin icrası için bulundukları yerin tabip odalarına üye olma zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı zamanda mesleğin icrasından geçici veya sürekli bir engellerinin bulunmaması koşulu da aranmaktadır.

TŞSTİDK 8. madde gereğince, kural olarak doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması söz konusu değildir. Ancak bir Yargıtay kararında bu husus *“Genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak, kendi özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken, bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlar olmadan yapılacak müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir.”* şeklinde belirtildiğinden ve uzman olmayan hekimin alanı dışında bir müdahale gerçekleştirdiğinde üstlenme kusuru gündeme geleceğinden(Hakeri, 2013, s:126) özel uzmanlık gerektiren müdahalelerin ilgili hekim tarafından gerçekleştirilmesi daha doğru olacaktır.

Hukuka uygunluk halinden hekimler ve kanunda sayılan diğer sağlık mesleği mensupları faydalanabilmektedir. Zorunluluk hali (Gülel, 2018, s:34) dışında yetkili olmayan kişinin tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda somut olay dikkate alınarak meydana gelen zarar doğrultusunda kasten yaralama veya öldürme suçu kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

1.1.2.3.Tıp Biliminin Gereklerine Göre Zorunlu ve Bu Verilere Uygun Müdahale

Tıbbi müdahale, tıp bilimi verilerine göre zorunlu olmalıdır, ki buna endikasyon adı verilir. Ayrıca bu müdahalenin bilimin kurallarına uygun ve özenli bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

1.1.2.3.1.Endikasyon

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13 *"Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz."*, Hasta Hakları Yönetmeliği(HHY) md. 12 *"Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez."* ve AY. 17'de anayasal dayanağı bulunan endikasyon, tıbbi gerekliliği, zorunluluğu ifade eder. Endikasyon sadece tıbbi endikasyon olarak değil, psikolojik ve sosyal olarak da görülebilmektedir. Estetik amaçlı gerçekleştirilen müdahalelerde psikolojik ve sosyal endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir(Hakeri, 2013, s:196).

Tıbbi müdahale kavramının çok geniş olması (kan bağışından doğum öncesi muayenelere kadar), gelişen teknoloji ve değişen sosyal algıyla beraber endikasyonsuz tıbbi müdahalelerin artması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak sayılan endikasyonun yokluğunda gerçekleştirilen müdahalelerde hukuka uygunluğun ne olacağı hususunda yeni bir tartışmayı beraberinde getirmektedir. Doktrinde; hekimin, hastasının rızasını aldığı ve tıp biliminin ilke ve standartlarına uygun müdahaleyi gerçekleştirdiği durumlarda sadece endikasyonun olmamasının müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyeceği görüşü

olduğu gibi; endikasyonun hukuka uygunluk için bir şart olduğu ve endikasyonsuz müdahalenin tıbbi niteliğinin bulunmayacağı yönünde farklı görüşler(Hakeri, 2013, s:197-201) mevcuttur.

1.1.2.3.2.Tıbbi Standart

Tıbbi standart; tıp biliminin genel olarak tanıyıp kabul ettiği, bilinen ve denenmiş temel meslek kurallarını ifade etmektedir(Hakeri, 2013, s.251). Hekimin yerleşmiş tıp kurallarını bildiği ve hastasına tıbben halihazırda yerleşmemiş, ilkelere aykırı veya aldatıcı(Yılmaz Işık, 2012, s:392) uygulamaları uygulamaması gerektiği kabul edilir. Türk Tabipleri Birliği(TTB) Hekimlik Meslek Etiği 12. maddede de bu hususa değinilmiştir. Özel hastane işleticisinin tıbbi standardı sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin böyle bir davranışında müdahalesi hukuka aykırı olacak ve sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak tıbbi standardın uygulandığı hallerde hekimin müdahalesi tıp biliminin gerek ve kurallarına da uygun ise hastanenin ve hekimin kusurundan söz edilemeyecektir. Tıbbi standartların tespiti hakimnin sorumluluğunda, davacı hasta ise aykırılığı ispat yükümlülüğündedir(Şenocak, 2009, s:244)

1.1.2.4.Kanunen Öngörülen Amaçlara Yönelik

Tıbbi müdahalenin kanunen öngörülmüş meşru bir amacının olması aranmaktadır. Tıbbi müdahale; teşhis, tedavi, koruma, hastalığı hafifletmek veya acıyı dindirmek ve nüfus planlaması amacıyla gerçekleştirilebilir(Gülel, 2018, s:25-26; Yenerer Çakmut, 2009, s:5-6; Yılmaz Işık, 2012, s:392). Nitekim TDN md.13'te *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”* ve 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun(NPHK)

md.2'de “Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır.Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.” hükümlerine yer verilmiştir. Teşhis, hastalığı tanımak; tedavi, hastalığı iyileştirmek, hastanın acısını dindirmek, hafifletmek; koruma, ileride ortaya çıkması muhtemel hastalıkları önlemek, hastalıklardan korumak, aşı yapmak; nüfus planlaması ise çocuk sahibi olmak istemeyen bireyler için gerçekleştirilen birtakım müdahaleleri ifade etmektedir(Yılmaz, 2017, s:6).

1.1.2.5.Aydınlatılmış Onam

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunda asıl problem aydınlatılmış onam noktasında çıkmaktadır. Müdahaleden önce hekimin hastasını müdahale konusunda bilgilendirerek rızasını alması beklenmektedir ve bu rıza aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza (Şatır, 2015, s:50) olarak adlandırılmaktadır. Kişinin müdahaleye rıza gösterdiği yönündeki iradesi fiili hukuka uygun hale getiren durumdur. Aydınlatılmış onam hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi ve ona göre karar vermesi açısından büyük önem taşımaktadır. HHY madde 7“*Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluştaki verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulüne öğrenme haklarını da kapsar.*”ve 31. maddede “*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.*” denilerek

aydınlatılmış onama değinilmiş ve bunun hastaya tanınmış bir hak olduğu belirtilmiştir(Yılmaz Işık, 2012, s:393). Bu hakkın hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklandığı ve hastanın aydınlatıldıktan sonra rızasının alınması gerektiği söylenmekte ve dolayısıyla aydınlatılmış onam alınmadan gerçekleştirilen müdahaleler hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmektedir(Şenocak, 1998, s.36). Bu konu özel hastanelerin yükümlülükleri bölümümüzde aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğü başlığı altında detaylı anlatılacaktır.

1.1.2.6.Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

Özel hastane işleticisi, hekim ve hasta arasındaki hukuki ilişki genellikle bir sözleşmeye ve aynı zamanda sorumluluğunda haksız fiil ve vekaletsiz iş görme hükümlerine de dayanılabilmektedir(Öztürkler, 2003, s.217).Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen müdahalelerde aradaki ilişkinin idare hukuku çerçevesinde hizmet kusuru ve haksız fiil esaslarına göre çözümlenmesi gerektiği, özelde gerçekleştirilen müdahaleler için ise vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir(Şatır, 2015, s.16).

1.1.2.6.1.Sözleşme İlişkisi

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin kaynağı genellikle sözleşmesel olmaktadır. Bu noktada doktrinde hekim-hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin; hizmet, vekalet, eser sözleşmesi olduğuna dair çeşitli görüşler varsa da hakim görüş vekalet sözleşmesine dayandığıdır.

Vekalet sözleşmesi; vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır(Yavuz, 1993, s:157).

Hekim, hastasını muayene ederek ve tedavisini gerçekleştirerek iş görme borcunu yerine getirmiş olmaktadır. Sözleşme, hasta sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini iradeyi sakatlayan ya da aşırı yararlanmayı ortaya çıkaran bir durum olmadan ve en önemlisi de aydınlatılmış olarak onam verdiği anda kurulur(Aşçıoğlu, 1982, s.37; Demir, 2007, s.155). Sözleşmenin hastanın anamnez (hasta öyküsü) vermeye, hekimin ise dinlemeye başladığı anda kurulduğunu söylemek de mümkündür.

Hizmet sözleşmesi görüşü pek isabetli olmamakla beraber şunu da belirtmek gerekir ki; Yargıtay tarafından *"hekimin belli bir sonuca yönelmiş olan protez, köprü yapımı ya da estetik amaçlı ameliyatlar gibi faaliyetlerinde eser sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanması gerektiği"* kabul görmektedir. Estetik müdahaleler, hastanın doğuştan sahip olduğu ya da sonradan meydana gelen ve hastanın dış görünüşünü bozan ya da kişinin bozduğunu düşündüğü vücuttaki herhangi bir oluşumun düzeltilmesine veya yok edilmesine yönelik gerçekleştirilen müdahalelerdir(Özay, 2006, s.23). Yargıtay'ın geçmişten günümüze kabul ettiği uygulaması olarak, bu tip estetik müdahaleler için hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu ve hekimin garanti ettiği sonucun meydana gelmemesinden sorumlu olduğu yönünde pek çok kararı mevcuttur. Yargıtay 15. HD. 2018/2039 E., 2018/3025 K. ve 11.07.2018 tarihli kararında bu hususu *"Eser sözleşmesi niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Eserde iş sahibinin borcu bedelin yükleniciye ödenmesi, yüklenicinin borcu ise, iş sahibinin amacına uygun, fen ve sanata uygun imal ve teslim yükümlülüğü bulunmaktadır. Estetik operasyonlarda da yüklenici yani estetik operasyonu yerine getiren doktorun edimini, iş sahibinin yani hastanın amacına ve isteğine uygun şekilde yerine getirmesi zorunludur"* diyerek belirtmiştir.

Eser sözleşmesinde yüklenici bir sonuç yaratmak, eser meydana getirmek zorunda olduğu halde; vekalet sözleşmesinde vekilin ille de bir sonuç yaratması zorunluluğu yoktur(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:506). Hekimlik mesleğinde tedavi konusunda sonucun garanti edilmesi mümkün değildir. Nitekim hekim vekilin

sadakat ve özen borcuna uygun hareket etmesi beklenir ve kusurlu olduğu düşünölen durumlarda objektif ölçüt esas alınır(Orhunöz, 2000, s:222). Yargıtay 13. HD. 2013/1813 E., 2013/11915 K. ve 09.05.2013 tarihli kararında bu hususa; “...vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna dair kurallara bağlıdır...” şeklinde değinmiştir. Hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşmenin hukuki nitelik bakımından bir vekalet sözleşmesi olduğu; ancak maddi olaylarla ilgili olarak avukatlık mesleğinden farklı, vekalet sözleşmesinin özel bir görünümünde olduğu söylenmektedir(Demir, 2008, s:238).

1.1.2.6.2.Haksız Fiil İlişkisi

Hekim ile hasta arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme olmadan tıbbi müdahalede bulunulmuşsa ve vekaletsiz iş görmenin şartları da gerçekleşmemişse, sorumluluğun kaynağını kural olarak haksız fiil oluşturmaktadır(Fidan, 2010, s:358). Türk Borçlar Kanunu(TBK) m.49 kapsamında haksız fiilden sorumlu tutulacak olup; ayrıca sözleşmeye aykırı her türlü davranışı da haksız fiil kapsamında sayılacaktır. Haksız fiil kavramındaki haksız kelimesi hukuka aykırılığı ifade etmektedir; bu yüzden kişinin eylemi haksız, hukuka aykırı olmalıdır(Kılıçoğlu, 2014, s:278). Sözleşmesel sorumluluktaki sözleşmeye aykırılık unsuru haksız fiil ilişkisinde hukuka aykırılık adını almıştır(Şenocak, 2009, s:243). Haksız fiil ilişkisinin doğması için; hukuka aykırı bir fiille hastaya zarar verilmiş olmalı, hekim müdahalesinde kusurlu olmalı ve zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

1.1.2.6.3.Vekaletsiz İş Görme

Hekim, hasta ile arasında bir hukuki ilişki olmadığı halde hasta yararına tıbbi faaliyette bulunmak durumunda kalabilmektedir. Hastanın fiil ehliyetine sahip olmaması nedeniyle geçersiz bir akdin kurulması veya fiil ehliyetine sahip bir hastanın şüursuz olması sebebiyle rızasını bildiremeyecek durumda olduğu ve geçerli bir sözleşmenin kurulması için usulüne uygun, geçerli bir irade beyanında bulunamadığı durumlarda söz konusu olmaktadır(Öztürkler, 2003, s:184). Zorunluluk hali bulunan hastanın hayatını kurtarmak veya zarar görmesini engellemek adına tıbbi müdahalede bulunan, ameliyat esnasında gerekli görmesi halinde ameliyatı genişleten hekim vekaletsiz iş görme hükümlerine tabidir ve bu durumda da hekim özen borcu altındadır(Fidan, 2010, s:358). Olayın aciliyeti benzer olaylardaki özenin gösterilmemesi için haklı neden arz etmemekte ve hekimden aynı ihtimamı göstermesi beklenmektedir.

1.1.3.Tıbbi Terminoloji

Sağlık: Dünya Sağlık Örgütü(DSÖ) tarafından, "bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma hali" olarak tanımlanmaktadır.

Sağlık Hakkı; Temel insan haklarından olan ve anayasal güvence altına da alınan sağlık hakkı, hem negatif statü haklarından hem de pozitif statü haklarından olduğu için devletin sağlık hakkına karşılık gelen ödevlerini yerine getirme yükümlülüğü vardır(Sert, 2004, s:56).Sosyal devlet olmanın gereği olarak sağlık hizmeti sunmak amacıyla devletin aktif olarak birtakım faaliyetlerde bulunması sorumluluklarını yerine getirmesi ve kamu yararına sağlık hizmeti sağlaması gerekmektedir(Yenerer Çakmut, 2003, s:51). HHY'ye göre sağlık hakkı; *“Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer*

mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar” olarak tanımlanmaktadır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m. 12 ile de sağlık hakkının temel haklardan biri olduğu kabul edilmektedir.

Hasta: Sağlık hizmetinden faydalanan, hekimin müdahalede bulunduğu kişidir(Özay, 2006, s:20). Türkiye’de yaşayan herkes potansiyel hasta konumundadır.

Hasta Hakları: HHY’ye göre "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları ve sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar".

Hekim: Tıp mesleğini icra etmeye ve dolayısıyla hastaya tıbbi müdahalede bulunma yetkisine haiz kimsedir.

Hastalık: "Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık ve ruh sağlığının bozulması durumu"(www.tdk.gov.tr) olarak tanımlanmaktadır.

Teşhis: Kişinin varsa psikolojik veya fiziksel rahatsızlığını anlamak ve belirlemek amacıyla tıp bilimi içerisinde gerçekleştirilen her türlü müdahaledir(Tunçer, 2000, s:25). Bu noktada amaç varlığı hastalığın tanınması olduğu için hiçbir hastalığa rastlanmaması müdahalenin teşhis niteliğini ortadan kaldırmayacaktır(Yılmaz, 2017, s:6).

Tedavi: Bakmak ve iyileştirmek anlamına gelen tedavi süreci hastalığın iyileştirilmesi, ortadan kaldırılması veya ortadan kaldırılamıyorsa dahi hafifletilmesi(Özpınar, 2008, s.:8; Yılmaz, 2017, s:6) anlamına gelmektedir.

Deontoloji: "Bir mesleği uygularken mutlaka uyulması gereken ahlaki değer ve etik kuralları inceleyen bilim dalıdır(www.wikipedia.org)". Her meslek grubunun mesleğini icra ederken uyması gereken mesleki/görev ahlakı ve bazı etik kuralları kapsamında deontolojisinden söz edilir. Ancak ortaya çıkışından itibaren özellikle hekimler tarafından benimsenmiş(Tunçer, 2000, s:30) ve hukukumuzda da yerini 1960 yılında TDN olarak almıştır.

Malpraktis: *"Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması olarak adlandırılmaktadır."* (Hancı, 2002, s:17; Kök, 2019, s:48). Dünya Tabipler Birliği(DTB) ise "hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar" şeklinde tanımlamaktadır. Malpraktis davaları olgularının, hastane sayıları ile doğru orantılı olarak incelendiğinde en fazla devlet hastanesi kaynaklı(İrez, 2013, s:61) olduğu görülmektedir.

Komplikasyon: İzin verilen risk, doğru yapılan işin istenmeyen sonucu, tıbbi müdahale esnasında veya sonrasında ortaya çıkan hoş gitmeyen, beklenmeyen durumdur(Tümer, 2011, s:50). Hekimin sorumluluğundan bahsedebilmemiz için kusurlu olması gerekmektedir. Komplikasyon niteliği gereği öngörülmesine ve tedbir alınmasına rağmen önlenemeyen durumlarda kusur olarak sayılmayıp, hastaneye veya hekime sorumluluk yüklenemeyecektir.Kusur-komplikasyon ayrımının iyi yapılamadığı görülmektedir. Bu noktada tıbbi müdahalede “tedbir alınsaydı önlenebilir miydi?” sorusu belirleyici faktördür ve önlenebilecek zararlar kusur kapsamındadır(Çekin ve arkadaşları, erişim tarihi 26.03.2019, s:10).

1.2. ÖZEL HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DAYANAKLARI

1.2.1.Özel Hastanelerin Sözleşme Öncesi Görüşme Sorumluluğu

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin kaynakları hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kaynaklarına benzer olarak; sözleşmesel, haksız fiil ve vekaletsiz iş görme sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu noktada hastanenin sözleşme öncesi görüşme sorumluluğu (culpa in contrahendo) irdelenecektir.

Özel hastane işleticisinin hastane sözleşmelerine dayanan sorumluluğu yoluna gidebilmek için usulüne uygun kurulmuş ve geçerli bir sözleşme olması gerekmektedir; özel hastane işleticisi, hekim ve hasta arasında herhangi bir sözleşme kurulmadan önce, sözleşmeye taraf olma durumuna göre özel hastane işleticisi veya hekimin, hastanın vücut bütünlüğü, yaşam, sağlık ve mülkiyet hakkını ihlal etmeme ve hastanın haklarına uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır(Demir, 2010, s:165). Sözleşme yapmak amacıyla görüşmeler yapan tarafların, sözleşme esnasında hak ve değerlerinin korunacağına dair güveninin boşa çıkması durumunda(Özdemir, 2016, s.36), özel hastane işleticisi ya da özel hastane işleticisinin organizasyon yükümlüsü başhekim ya da klinik şef hekimin(Demir, 2010, s:165) culpa in contrahendo sorumluluğu bulunmaktadır.

Doktrinde, sözleşme görüşmelerinin başladığı ancak sözleşmenin kurulmadığı dönemde, tarafların birbirlerine verdikleri zarar nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğu bulunduğu kabul edilmektedir(Arıkan, 2009, s:70; Kılıçoğlu, 2014, s:83). Culpa in contrahendodan doğum sorumluluk, kural olarak bir güven sorumluluğu(Kılıçoğlu, 2014, s.89) olmakla beraber; güven sorumluluğu, culpa in contrahendoyu da kapsayan bir üst kavramdır(Durak, 2017, s:259). Bu sorumluluğu

genel olarak, sözleşme öncesi aşamada taraflardan birinin, diğer tarafa karşı sözleşme ile koruma altına almakla yükümlü olduğu değerlerini dürüstlük kuralı ve güven ilişkisine aykırı olarak ihlal etmesi halinde meydana gelen zarardan sorumlu olması şeklinde tanımlamak mümkündür(Arıkan, 2009, s:71). Culpa in contrahendonun temelini oluşturan ve hukukumuzun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 2.maddesinde yer verilmiştir. Buna göre " *Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*". Culpa in contrahendo dürüstlük kuralının yanında, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine de dayanmaktadır(Durak, 2017, s:244).Bu bağlamda, taraflar arasında henüz sözleşme kurulmadığı için asıl borca yönelik edim yükümlülükleri doğmasa bile, sadece tarafların korunmasına ilişkin genel yükümlülüklerden oluşan bağımsız bir borç ilişkisi doğduğundan, taraflardan birinin bu yükümlülükleri ihlal etmesi halinde culpa in contrahendo kapsamında zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır(Durak, 2017, s:244; Özdemir, 2016, s:36).

Culpa in contrahendo, tarafların birbirilerini aydınlatmasına, uyarmasına veya sözleşmenin diğer tarafının şahıs ve malvarlığının zarara uğratılmaması adına önlem almasına dayandırılmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:87). Nitekim tarafların sözleşme öncesi görüşmelerde; birbirilerine karşı özen gösterme, gerekli bilgi ve belgeyi verme, şahıs ve malvarlığına zarar vermeme ve aydınlatma yükümlülükleri bulunmaktadır(Arıkan, 2009, s:72). Culpa in contrahendo; tarafların mülkiyet, sağlık ve yaşama hakkının korunmasına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, haklı bir neden olmaksızın görüşmelere son verilmesi(Kılıçoğlu, 2014, s:87), sözleşme yapma amacı olmadan görüşmelerde bulunulması(Özdemir, 2016, s:36) şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin ihlaline hastanın, özel hastanede bedensel zarara uğraması ve hastaya gerekli aydınlatmanın yapılmaması durumları örnek olarak verilebilir(Kılıçoğlu, 2014, s:87).

Özel hastane işleticisi sözleşme görüşmeleri esnasında dürüstlük ve güven ilkesine uygun davranmakla yükümlü olup; görüşme ilişkisinde gerçekten sözleşme kurma niyeti olmaması, tek taraflı görüşmeye son vermesi veya görüşme esnasında kendi personelinin kusurlu davranışı neticesinde zarar meydana gelmesi halinde organizasyon yükümlüsü olarak hastanın uğradığı bu zarardan sorumlu olacaktır(Demir, 2010, s:166). Nitekim sözleşme görüşmelerini gerçekleştiren hekimin, hastaya yanıltıcı veya eksik bilgi vermesi halinde, hekim davranışı sebebiyle sorumlu olabileceği(Özdemir, 2016, s:37) gibi, ifa yardımcısının kusurlu davranışından dolayı organizasyon yükümlüsü olan özel hastane işleticisi de her nev'i zarardan sorumlu tutulabilecektir(Demir, 2010, s:166-167).

1.2.2. Hastane Sözleşmelerine Dayanan Sorumluluk

1.2.2.1. Genel Olarak

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki genellikle sözleşme ilişkisine dayanmaktadır(Er, 2019, s:75; Erçeltik, 2011, s:116 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:26). Hastanın, özel hastanede yatırılarak veya ayakta tedavi edilmesine bağlı olarak aradaki sözleşme ilişkisi de değişkenlik göstermektedir(Doğan M., 2015, s:23). Nitekim hastanın ayakta tedavi edildiği durumlarda hasta ile hastane arasında vekalet sözleşmesinin kurulduğu söylenirken; hastanın muayene, gözlem veya tedavi amacıyla hastaneye yatışının yapıldığı durumlarda ise aradaki ilişki hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır(Ayan, 1991, s:133; Doğan M, 2015, s:23; Özdemir, 2012, s:298 ve Özdemir, 2004, s:84). Doktrinde hastaneye kabul sözleşmesinin söz konusu amacı karşılamadığı gerekçesiyle(Özdemir, 2004, s:29-31), yataklı tedavi kurumları ve ayakta tedavin hizmetinin verildiği kuruluşların hepsini kapsayacak şekilde aradaki sözleşmeyi teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak adlandıran yazarlar(Özdemir, 2004, s:51) bulunmaktadır. Ancak genel kabul gören görüş hastaneye kabul sözleşmesi olduğu yönündedir.

Hastaneye kabul sözleşmeleri; taraflarını özel hastane ile hastanın oluşturan ve edimin hastanın yatırılarak teşhis, tedavi ve bakımının sağlanması olan sözleşmelerdir(Ayan, 1991, s:131-133; Erçeltik, 2011, s:116; Demir, 2010, s:150-153; Doğan C., 2014, s:180; Durak, 2014, s:148; Gözpınar Karan, 2015, s:35-36; Hatırnaz Erol, 2012, s:191 ve 2007, s:25-26; Özdemir, 2012, s:299). Hastaneye kabul sözleşmelerinin asli edimi teşhis ve tedavi olmakla beraber, hastanenin birtakım yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Hekimin tıbbi müdahaleden doğan yükümlülüklerine paralel olarak hastane de hastaya karşı hastayı aydınlatma, hastanın rızasını alma, hasta kayıt ve sırlarını saklama, sadakat ve özen yükümlülüğüne uygun davranma borcu altındadır(Ayan, 1991, s:145; Gözpınar Karan, 2015, s:57; Hatırnaz Erol, 2007, s:49)

Sözleşmeye dayanan sorumluluk açısından irdelenmesi gereken bir başka nokta ise; HHK'nın 32. madde "*Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir.*" hükmü uyarınca; trafik kazası, intihar teşebbüsü, silahlı saldırı vb acil durumlarda özel hastane hastayı kabul etmek zorunda(Doğan M., 2015, s:24; Doğan C., 2014, s:182) olması durumudur. Acil ve ani vakalarda özel hastanenin hasta kabulüne ilişkin kanun hükmüne paralel bir düzenlemeye daha ÖHY'nin 39. maddesine yer verilmiştir. Buna göre; "*Özel hastanelerde, acil sağlık hizmeti verilmesi ve acil vakaların hastanın sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin yapılması zorunludur. Hizmet bedelinin tahsiliyle ilgili işlemler, acil müdahale ve bakım sağlandıktan sonra yapılır.Özel hastane, acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi*

olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınamaz. Acil servise başvuran hastalara, yoğun bakım hizmeti dahil olmak üzere gerekli ilk müdahalenin yapılması, tedavinin devamı için gerekiyorsa hastanın yatışı yapılarak tedavisinin ve eğer gelişirse komplikasyonların tedavisinin tamamlanması esastır. " . İşbu vakalarda sözleşme iradesinden söz etmek mümkün olmayacağından, hastane ile hasta arasındaki ilişki vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olacaktır(Ayan, 1991, s:147). Ancak acil durum ortadan kalktıktan sonra tarafların anlaşmasıyla özel hastaneden tedavi almaya devam eden hasta bakımından hastaneye kabul sözleşmelerine tabi hükümler uygulanacaktır(Gözpınar Karan, 2015, s:53-55; Ülker, 2017, s:29).

1.2.2.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Çeşitleri

Hastaneye kabul sözleşmesi; özel hastane ile özel hastaneye başvuran hasta veya yasal temsilcisi arasında, özel hastane işleticisi tarafından hastanın yatırılarak teşhis, tedavi ve bakımının yanında bu tıbbi hizmetlere ek mutad hizmetleri yerine getirmeyi üstlendiği ve buna karşılık hastanın da ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir(Ayan, 1991, s:131-135; Gözpınar Karan, 2015, s:35 ve Hatırnaz Erol, 2012, s:191).

Sözleşmenin borçlu konumunda olan özel hastane işleticisi, ücret ödemeyi kabul eden hasta lehine birtakım karma edimleri içeren ifa taahhüdünde bulunmaktadır(Demir, 2010, s:154). Bu bağlamda sözleşme içeriğine bağlı olarak, özel hastane işleticisi hastanın, teşhis ve tedaviye yönelik tıbbi hizmetlerin yanında yedirme, içirme, barınma ve hastanede sunulan diğer bakım hizmetlerinden yararlanmasını(Demir, 2010, s:154) taahhüt etmektedir. Belirtmek gerekir ki söz konusu edimlerin yerine getirilmesinde sadece Türk Borçlar Kanunu doğrultusunda sözleşme hükümleri değil, ek olarak HHK, ÖHT, TDN ve HHY gibi düzenlemeler de dikkate alınmaktadır(Hatırnaz Erol, 2010, s:191).

Hastaneye kabul sözleşmesinden doğan yedirme, içirme, barındırma ve diğer hastane bakım hizmetleri özel hastane işleticisine aittir(Gözpınar Karan, 2015, s:45; Hatırnaz Erol, 2012, s:196). Bu bağlamda ısıtma, aydınlatma, temizlik, tıbbi tedavi öncesi, esnasında veya sonrasında yapılması gereken hazırlık ve hastane hizmetleri her koşulda özel hastane işleticisi tarafından yerine getirilmektedir(Ülker, 2017, s:35).Tıbbi tedavi edimi ise tedaviyi gerçekleştiren hekim veya özel hastane işleticisi tarafından ayrı ayrı ya da hekim ve hastane işleticisi tarafından birlikte yerine getirilebilmektedir(Gözpınar Karan, 2015, s:45). Sözleşme tedaviyi yürüten hekimin ve hastanenin rolüne göre çeşitlenmektedir(Doğan M., 2015, s:25).

Alman hukukunda tedavinin üstlenişine göre, tam hastaneye kabul, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik ilaveli hastaneye kabul sözleşmesi olarak üçlü ayırım yapılmakta, İsviçre hukukunda ise tam hastaneye kabul ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikili ayırım yapılmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:42). Türk hukukunda ise her ne kadar hukukumuzda buna yönelik açıkça bir düzenleme bulunmasa ve üst mahkeme kararlarında da pek yer almasa da doktrin görüşüne göre İsviçre hukukuna benzer şekilde tam hastaneye kabul ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikili ayırım yapılmaktadır(Ayan, 1991, s:34).

1.2.2.2.1.Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane işleticisi tıbbi teşhis ve tedavinin yanında yedirme, içirme, barındırma ve hastane bakımından doğan tüm yükümlülükleri yerine getirme borcu altındadır(Ayan, 1991, s:133; Er, 2019, s:76). Bu tip sözleşmelerde özel hastane yatarak tedavinin gerektirdiği her türlü hizmeti sunmakla yükümlü(Durak, 2014, s:149; Gözpınar Karan, 2015, s:46) olup; bu hizmeti kendi sözleşmeli çalışanı olan hekim ve diğer sağlık personelleri vasıtasıyla yerine getirmektedir(Ayan, 1991, s:134; Gözpınar Karan, 2015, s:46 ve Hatırnaz

Erol, 2007, s:42). Hastanın teşhis ve tedavisinden kaynaklanan sorumluluk sözleşme kapsamında özel hastane işleticisine aittir(Ülker, 2017, s:37).

Üst mahkeme kararlarında pek fazla yer almamakla beraber YGHK 2009/393 E., 2009/452 K. ve 21.10.2009 tarihli kararında hastaneye tam kabul sözleşmesine şöyle yer verilmiştir:

"Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye Hastaneye Kabul Sözleşmesi adı verilmektedir...

Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır...

Hastane işleticisinin hastane bakımı kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (T.M.K. m. 2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır...

Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işletmesini sorumlu tutabilmektedir...

Sözleşmenin diğer tarafı olan hasta veya yasal temsilcisinin, özel hastanenin sunduğu tıbbi hizmete (Bu hizmete bakım hizmeti de girmektedir.) karşılık olarak daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücret ödemekle yükümlüdür. "

Söz konusu karardan da anlaşıldığı üzere; hastanın, aldığı sağlık hizmetinin karşılığı olarak özel hastane işleticisine bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kararlaştırılan bu ücretin dışında tedaviyi gerçekleştiren hekim ile hasta arasında ayrı bir sözleşme bulunmadığı için, hastanın hekime bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır(Durak, 2014, s:156-157).

Hastaneye tam kabul sözleşmelerinde en önemli husus tedaviyi gerçekleştirecek hekimin özel hastane işleticisi tarafından belirlenecek olmasıdır(Gözpınar Karan, 2015, s:46; Hatırnaz Erol, 2007, s:42). Teşhis ve tedavi yükümlülüğü genellikle özel hastane çalışanı hekim tarafından yerine getirilmekteyse de; hastanın kendi isteği veya herhangi bir sebepten ötürü tarafların açık iradeleri doğrultusunda, teşhis ve tedavinin, hastane başhekimisi veya özel hastane dışında çalışan bir başka hekim tarafından üstlenilmesi mümkündür(Doğan M., 2015, s:25; Gözpınar Karan, 2015, s:46 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:42).Bu noktada tedavi edimi için iki ayrı borçlu söz konusu olacağından(Gözpınar Karan, 2015, s:47; Hatırnaz Erol, 2007, s:42), tam hastaneye kabul sözleşmeleri hekimlik sözleşmesi olmaksızın ve hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır(Ayan, 1991, s:134).

1.2.2.2.1.1.Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın kurulan tam hastaneye kabul sözleşmelerinde taraflar sadece hasta ve özel hastane işleticisidir(Er,2019, s:76). Bu

tip sözleşmelerin en önemli özelliği tüm edimlerin hastane tarafından yüklenilmiş olmasıdır(Hatırnaz Erol, 2007, s:42). Buna göre; tedavi edimi sadece özel hastane işleticisi tarafından ifa edilecek olup, ayrıca yedirme, içirme, barındırma edimlerinin yanında tedaviden doğacak tüm sorumluluk tek başına özel hastane işleticisine aittir(Er, 2019, s:76; Gözpınar Karan, 2015, s:47; Hatırnaz Erol, 2007, s:42-43 ve Ülker, 2017, s:37). Hastanın tek muhatabı özel hastane işleticisi olup, hasta sözleşme gereği yerine getirilmesi gereken edimlerin ifasını sadece özel hastane işleticisinden talep edebilecektir(Gözpınar Karan, 2015, s:47). Hasta ile hastaya tedaviyi gerçekleştirecek hekim arasında ise sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır(Er, 2019, s:76; Gözpınar Karan, 2015, s:48 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:43).

Sözleşme ilişkisi bulunmayan tedaviyi gerçekleştiren hekim, hasta ile özel hastane işleticisi arasındaki bu sözleşmede TBK md.116 kapsamında ifa yardımcısı konumundadır(Hatırnaz Erol, 2012, s:197). Hastanın tedavisi hekimin değil, özel hastane işleticisinin sorumluluğunda(Er, 2019, s:76; Hatırnaz Erol, 2012, s:197) olduğundan ilişkide ifa yardımcısı olarak yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki hekimin ifa yardımcısı olması, ne hekimin mesleki özerkliğini ne de asıl borçlu olan özel hastane işleticisinin borcunu ortadan kaldırmaz(Kılıçoğlu, 2014, s:655). Nitekim özel hastane işleticisinin hastaya karşı üstlendiği tedavi borcunun ifası için sözleşmeli çalışanı olan hekimini görevlendirmesi(Gözpınar Karan, 2015, s:48; Hatırnaz Erol, 2007, s:43), borç ilişkisinin taraflarında ve taraf sorumluluğunda değişiklik yaratmamaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:655). Hasta, gerek tedavi esnasında gerekse sonrasında tedaviyi gerçekleştiren hekim ve görevli diğer sağlık personelinin kusurlu davranışları sebebiyle uğradığı zararın tazminini TBK 116 kapsamında özel hastane işleticisinden isteyebilecektir(Hatırnaz Erol, 2012, s:197).

Tedaviyi gerçekleştiren hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmamaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:48). Bu yüzden hekimin kusurlu davranışları ile zarara uğrayan hastanın, hekim aleyhine sözleşmesel sorumluluk yoluna gitmesi mümkün değildir.Ancak Yargıtay kararlarında; hasta ile özel hastane

işleticisi arasında kurulan bir kimlik sözleşmesi olmaksızın hastaneye tam kabul sözleşmesinden bahsedilmeden, yani hasta ile hekim arasında kurulmuş bir sözleşme olmamasına rağmen, hekimin hastaya karşı vekalet sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu tutulmasına hükümlenmektedir. Sözleşmeye aykırı durumu yaratan hekimin kusurlu davranışı aynı zamanda haksız fiil niteliğı de taşıyorsa ve haksız fiilin unsurları gerçekleşmişse hasta hekime karşı haksız fiil hükümleri kapsamında zararın tazmini için başvurabilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:43).

1.2.2.2.1.2.Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmelerinde; hasta, tam hastaneye kabul sözleşmesine ek olarak, hem özel hastane işleticisi hem de tedaviyi gerçekleştirecek hekim ile sözleşme akdetmektedir(Er, 2019, s:76; Durak, 2014, s:160 ve Gözpınar Karan, 2015, s:49). Bu gibi durumlarda iki ayrı sözleşme olmakta; hasta ayrı ayrı hem özel hastane işleticisi ile hem de hekimle sözleşme yapmaktadır. Hasta ile özel hastane işleticisi arasında hastaneye kabul sözleşmesi, hasta ile hekim arasında ise hekimlik sözleşmesi akdedilmesi durumunda hekimlik ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi uygulanama alanı bulacaktır(Ülker, 2017, s:38). Hasta ile arasında ayrı bir hekimlik sözleşmesi akdedilen hekim özel hastane çalışanı hekim olabileceğı gibi dışarıdan getirilmesi de mümkündür(Er, 2019, s:76; Gözpınar Karan, 2015, s:49 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:44). Hastanın ek hekimlik sözleşmesi yaptığı hekimin, hastanın tedavisinde müdahale hakkı bulunmaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:49; Hatırnaz Erol, 2007, s:44).

Tedaviyi gerçekleştirecek hekim ile hasta arasında ayrı bir hekimlik sözleşmesi bulunduğundan hekimin özel hastaneye ödenecek tedavi ve bakım hizmetlerinin karşılığında ayrıca tarafına ücret ödenmesini talep hakkı mevcuttur(Durak, 2014, s:161; Doğan C., 2014, s:184).

Bu tip sözleşmeler daha çok büyük cerrahi operasyonlarda karşımıza çıkmaktadır. Hasta, yaşamı açısından önem arz eden operasyonlarda kendisinin belirleyeceği bir hekim tarafından tedavi edilmek istediğinde bu sözleşmelere başvurulmaktadır(Durak, 2014, s:163).Nitekim HHK md. 12 "*Hususi hastaneler, almağa mezun oldukları hastalar için bu hastaların istedikleri hekimleri davete ve tedavinin bu hekimler tarafından yapılmasını kabule mecburdurlar. Eğer hastalar hariçten hekim getirmek arzu ve talep etmezlerse hastaneler bu vazifeyi birinci sınıf muvazzaf mütehassıs tabiplerine tevdi ederler. Bu mütehassıslar bakılması kendilerine tevdi edilen hastaların tedavisinden mesuldürler. Birinci sınıf mütehassıs mesul müdürler, kendi ihtisas şubeleri mütehassıslığını da üstlerine alarak yapabilirler.*", md. 26 "*Ancak cerrahi ameliyeler ile hastanın istemesi ile dışarıdan çağrılacak hekimin muayene ve tedavi paralarıyla ilaç ve pansumanlarına sarfolunan malzeme ve röntgen muayenelerinin paraları hastalar tarafından ayrıca ödenir.*" ve ÖHT md. 26 "*Hastaların muayene ve tedavileri, isterlerse dışarıdan uzman çağırılarak da yaptırılabilir. Hastaların viziteleri, her sabah, hastanenin uzmanları tarafından ya da isteği üzerine dışarıdan hastanın bakımını üstlenen uzman tarafından yapılır.*" kapsamında hastanın dışarıdan hekim çağırarak tedavisini çağırıldığı hekime yaptırma hakkı mevcut olup; yasal düzenlemeler gereğince özel hastane işleticisi hastanın isteğine uygun davranmakla yükümlüdür. Bu durum hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ve hasta özerkliğinin sağlanması açısından da önemlidir. Hasta özerkliği kavramı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının hukuk alanına yansması olup, hastanın tedavisi ile ilgili süreçte kontrol ve karar verme yetkisinin olması ve sürece aktif olarak katılması anlamına gelmektedir(Tacir, 2011, s:107 vd.).

Her ne kadar teşhis ve tedavi hekim tarafından gerçekleştirilecekse de; özel hastane işleticisi, teşhis ve tedavi de dahil olmak üzere, hasta ile akdettiği hastaneye kabul sözleşmesinden doğan tüm yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır(Durak, 2014, s:161). Hekimle ek bir hekimlik sözleşmesi akdedilmesi hastanenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi; bu hekimlik sözleşmesi tedavi sözleşmesi niteliğindedir(Gözpınar Karan, 2015, s:49). Her iki sözleşmenin birlikte

bulunduğu durumlarda hastanenin bakım hizmetleri sadece özel hastane işleticisi tarafından yerine getirilecek(Durak, 2014, s:161) olup, hastane bakım hizmetlerinden anlaşılması gereken; temizlik, yemek, yatak, tıbbi müdahaleye hazırlık işlemleri, kan tahlillerinin yapılması, röntgenlerin çekilmesi, tıbbi malzeme, personel ve müdahale ortamının hazırlanması ve gerekli görülen tüm tıbbi bakımın sağlanmasıdır(Doğan C., 2014, s:184).

Asıl tedaviyi yürütecek olan hekim olmakla beraber, teşhis ve tedavi borcu hem hekim hem de özel hastane işleticisi tarafından yüklenildiğinden ve tedavi boyunca talimat ve hastanın kontrol borçları özel hastane işleticisine ait olduğundan, sözleşmenin tedavi ihlali halinde hekim ve özel hastane işleticisi birlikte sorumludurlar(Ülker, 2017, s:39). Tedavi dışındaki hastane bakım hizmetlerinden meydana gelebilecek bütün zararlardan doğan sorumluluk ise sadece özel hastane işleticisine aittir(Doğan C., 2014, s:186).Özel hastane işleticisinin sorumluluğunun dayanağını hastaneye kabul sözleşmesi teşkil ederken, hekim sorumluluğunun dayanağını ise hekimlik sözleşmesi oluşturmaktadır.

Sözleşmenin ihlali halinde hekim ile özel hastane işleticisi ayrı ayrı veya tedaviyi üstlenme bakımından birlikte vekillikleri söz konusu olduğundan, TBK md. 511 *"Bir kişiye birlikte vekalet verenler, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar. Vekaleti birlikte üstlenenler, vekaletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar ve yetkilerini başkalarına devir hakları olmadıkça, vekalet vereni, ancak birlikte yaptıkları fiil ve işlemleriyle borç altına sokabilirler."* hükmü doğrultusunda müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulabileceklerdir(Gözpınar Karan, 2015, s:50). Özel hastane işleticisi ile hasta arasında bir hastane tam kabul sözleşmesi, tedaviyi yürütecek olan hekimle salt tedavi yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik tedavi sözleşmesi olduğundan; hastane ve hekim tedavi sözleşmesini müteselsil olarak üstlenir(Doğan C., 2014, s:186 vd.).

Tıbbi tedavi ediminin ifasında, özel hastane işleticisinin yanında hekimin de sözleşmesel sorumluluğu söz konusudur(Hatırnaz Erol, 2007, s:44). Bu bağlamda hekim tedavi yönünden gerçekleşecek kusurlu davranışlarında, TBK md. 112 *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* hükmü gereğince kendi fiilinden sözleşme hükümleri gereğince sorumludur(Doğan C., 2014, s:187).

Hekimin, hastaya karşı tedaviden doğan sözleşmesel sorumluluğu özel hastane işleticisinin TBK 116 kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:44). Hekimin tedavi faaliyeti hem kendi sözleşmesel tedavi borcunun yerine getirilmesi hem de özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesinden doğan borcunun yerine getirilmesi niteliğinde(Ayan, 1991, s:137) olduğundan, borcu ifa ederken özel hastane işleticisinin ifa yardımcısı olarak davranmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:44). Dolayısıyla özel hastane işleticisinin ifa yardımcısından doğan sorumluluğu devam etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki tedavi ediminin yerine getirilmesi esnasında hekim dışında bir diğer sağlık personelinin kusurlu eylemi sebebi ile hasta zarar gördüğü takdirde; özel hastane işleticisi ile beraber, sözleşme ilişkisi gereğince tıbbi müdahaleden sorumluluğu bulunan hekim de TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır(Demir, 2010, s:160; Doğan C., 2014, s:187 ve Durak, 2014, s:164).

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılığın haksız fiil teşkil ettiği durumlarda hasta, hekime ve özel hastane işleticisine TBK md.49 vd maddelerine göre de sorumluluk yöneltebilecektir.

1.2.2.2.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde, tam hastaneye kabul sözleşmelerinin aksine tedavi ve bakım borçlarının ifa yükümlüsü birbirinden tamamen ayrılmıştır(Demir, 2010, s:161).Hasta, özel hastane işleticisi ve tedaviyi gerçekleştirecek hekim ile ayrı ayrı birbirinden bağımsız iki sözleşme akdeder(Ayan, 1991, s:137; Er, 2019, s:76 ve Gözpınar Karan, 2015, s:50).

Sözleşmelerden biri, hastaneye tam kabul sözleşmesine göre dar kapsamlı olan(Durak, 2014, s:166), özel hastane işleticisi ile hasta arasında hastanın yedirme, içirme ve diğer bakım hizmetlerini karşılamak üzere yapılan hastaneye kabul sözleşmesi oluşturmaktadır(Hatırnaz Erol, 2012, s:199). Özel hastane işleticisinin bir tarafı olduğu bu sözleşmenin dar kapsamlı olmasının sebebi hastanenin sadece hasta ve hastane bakımını sağlamakla yükümlü olmasıdır(Doğan C., 2014, s:166). Özel hastane işleticisinin bakım hizmetinin yanında hastanenin yöneticisi sıfatını taşımayan hastane hekimleri ve uzman hemşireler gibi diğer tıbbi personelinin tıbbi tedavi ve bakım hizmet etkinliğini yerine getirmesini sağlamakla yükümlü olduğuna dair görüşler de mevcuttur(Demir, 2010, s:162).

Hasta, özel hastane işleticisi ile bu sözleşmeyi akdederken, sadece bakıma ilişkin bir sözleşme yaptığı ve iki ayrı sözleşme yapacağını bilincinde olmalıdır(Hatırnaz Erol, 2007, s:45). Nitekim bu sözleşme doğrultusunda özel hastane işleticisinin bakım hizmeti dışında tedaviye ilişkin sorumluluğu bulunmadığından hastanın bu yönde bilinci ve açık iradesinin ortaya konmasına ihtiyaç vardır. İkinci sözleşme ise hastanın hekim ile yaptığı hekimlik sözleşmesidir. Bu bağlamda hekim, tıbbi teşhis ve tedaviyi tek başına ifa etme yükümlülüğü altındadır(Gözpınar Karan, 2015, s:50). Sözleşmeyi yapan hekim, hastanede çalışan hekim olabileceği gibi dışarıda çalışan bir başka hekim de olabilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:45).

Bu tip sözleşmelere genellikle; özel hastane hekiminin ayakta tedavisini yaptığı hastasını özel hastaneye yatırması, kendi muayenehanesi olan hekimin tedavisini yürüttüğü hastanın yatarak tedavisinin sağlanması için özel hastane işleticisi ile yatak kontenjanı sözleşmesi yaparak hastasını hastaneye yatırması(Demir, 2010, s:163; Durak, 2014, s:165-166) ve hastanede kısmi statülü çalışan hekimin kendi muayenehanesinde serbest meslek icra ederken hastasını hastaneye yatırması(Doğan C., 2014, s:190-191) durumlarında rastlanılmaktadır. Ancak en çok kendi muayenehanesinde serbest çalışan hekimin hastasını hastaneye yatırmak için özel hastaneye başvurması üzerine yapılan sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır(Ayan, 1991, s:139).

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki hastaneye kabul sözleşmesi, hasta yerine hekim ile özel hastane işleticisi arasında akdedilebilmektedir. Eğer sözleşme hekim tarafından yapılmışsa, hekimin sözleşmeyi hastanın temsilcisi sıfatıyla hareket ederek yaptığı kabul edilmektedir(Durak, 2014, s:168). Hekimin hastanın adına ve hesabına hastane bakım sözleşmesini akdetmesi halinde hasta ile hastane arasında ikame vekalet ilişkisi bulunacaktır(Ayan, 1991, s:156). Vekilin müvekkil adına vekaletin tamamını ve işin yarısını da başkasına devrettiği hallerde ikame vekalet söz konusu olup; vekil ile üçüncü kişi arasında akdedilen ikame vekalet göre; vekil, bu sözleşmeyi vekil eden adına ve hesabına yapmakta ve sözleşme müvekkil ile ikame vekil arasında doğmaktadır(Parlak ve Börü, 2011, s:28-29).Söz konusu ilişkide özel hastane işleticisinin hastane bakım hizmetinin sunulması ile ilgili olarak hastaya karşı sorumluluğu devam etmektedir(Doğan C., 2014, s:192). İkame vekalet söz konusu olduğunda hasta ile özel hastane işleticisi arasında doğrudan doğruya sözleşme kurulmuş olduğundan hastanın bu sözleşmeye dayanarak özel hastane işleticisinden zararının tazminini isteme hakkı mevcuttur(Hatırnaz Erol, 2007, s:121 vd.).

Diğer yandan sözleşmeyi yapan hekim, tedavi esnasında hastasının yardımcı personel sebebi ile zarar görmesi halinde TBK 116 uyarınca sorumlu olup, özel

hastane aleyhine TBK md.66 doğrultusunda dava açma hakkı bulunmaktadır(Doğan C., 2014, s:192; Durak, 2014, s:168). Hasta, hastane bakımından doğan bir zarar görmüşse yine özel hastanenin TBK 116ya göre sorumluluğuna gidilecektir.

Hekimin, özel hastane işleticisi ile kendi adına ve hesabına sözleşme yapması halinde ise alt vekalet ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir(Ayan, 1991, s:155; Durak, 2014, s:168 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:122). Vekil, vekaletten doğan borçlarının ifasını kendi adına yaptığı bir sözleşme ile bir başkasına devrettiği takdirde; alt vekalet sözleşmesi meydana gelmekte ve vekil sözleşmeyi kendi adına yaptığından, bu sözleşmenin taraflarını asıl vekil ile alt vekil oluşturmaktadır(Parlak ve Börü, 2011, s:20 vd.). Müvekkilin bu sözleşmenin tarafı olması söz konusu olmadığından, hekim ile özel hastane işleticisi arasında kurulan bu yeni sözleşmeye, hasta taraf değildir(Durak, 2014, s:168; Hatırnaz Erol, 2007, s:123). Alt vekalet ilişkisi söz konusuyken; hasta tıbbi tedavi esnasında bir zarara uğramışsa, hekim TBK 116 gereğince, hastanın hastane bakımı esnasında yardımcı personel sebebi ile zarar görmesi halinde ise hastaneyi seçmede ve talimat vermede özen yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu olacaktır(Durak, 2014, s:168). Yine özel hastane işleticisinin yardımcı personelin kusurlu davranışlarından sorumluluğu ise TBK 507 ve TBK 66 doğrultusunda belirlenecektir(Durak, 2014, s:168).

Ancak Yargıtay 13 HD. 1999/384 E., 1999/1128 K. ve 22.02.1999 tarihli kararında;aralarında istihdam ilişkisi bulunmayan hekim ile özel hastane işleticisinin beraber davalı olduğu dosyada, hekimin kendi hastasına yapacağı tıbbi müdahale yönünden, özel hastanenin imkanlarından yararlanılsa dahi meydana gelen zarardan özel hastanenin sorumluluğu tutulamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 4 HD. 2003/1529 E., 2003/11279 K. ve 07.10.2003 tarihli *"davacı ile davalı arasında yapılan görüşme sonunda, davacı anılan davanın önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryenle*

doğum davalı ... tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı ... arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisinde kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekaleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket doktorla birlikte sorumludur." şeklindeki bir başka kararıyla, hekim tarafından özel hastaneye getirilen hastanın zarar görmesi halinde, hekim ile özel hastane işleticisinin birlikte sorumlu olacağına hükmetmiştir.

1.2.2.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

TBK'da hastaneye kabul sözleşmesi başlığı altında tipik bir sözleşmeye yer verilmediğinden(Er, 2019, s:77) sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması için doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Hastaneye kabul sözleşmelerine bakış açısı zamanla farklılık göstermekle beraber ilk başlarda barındırma sözleşmesi, kira sözleşmesi, satım sözleşmesi, eser sözleşmesi, ve iş görmeyi konu alan vekalet sözleşmesi olarak farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır(Ayan, 1991, s:139). Ancak özel hastanelerin asli edimi hastanın tedavisi olduğundan tedavi edimi gözardı edilerek kişinin muhafazasını temin amacıyla sözleşmenin barındırma, kira veya satım sözleşmesi olarak değerlendirilmesi pek kabul görmemektedir(Ülker, 2017, s:64). Bu tip sözleşmelerin; hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, sui generis bir sözleşme ve karma sözleşmelerden olduğu görüşleri de mevcuttur(Ayan, 1991, s:140; Hatırnaz Erol, 2007, s:28-29).

1.2.2.3.1.Hizmet Sözleşmesi Görüşü

TBK'nın 393. maddesinin "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" hükmü ile hizmet sözleşmeleri tanımlanmıştır. Hizmet sözleşmesi, işçinin belirli bir ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir zaman aralığında işverenin iş organizasyonunun bir parçası olarak bağımlılık ilişkisi doğrultusunda işverene karşı iş görmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:448-454). Bu bağlamda hizmet sözleşmesinin unsurları; işçinin iş vaadinde bulunması veya iş görmesi, işin işverene bağımlı olarak, belirli veya belirsiz bir zaman aralığında yerine getirilmesi ve işin karşılığı olarak ücret ödenmesidir(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:448-454).

Doktrindeki genel kabule ve Yargıtay kararlarına göre hastaneye kabul sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:28). Hastaneye kabul sözleşmelerinin hizmet sözleşmesinin bağımlılık ve belirli bir zaman zarfı unsurlarını taşımadığı görülmektedir(Erçeltik, 2011, s:124). Nitekim özel hastane işleticisi, özel hastaneye teşhis ve tedavinin yanında diğer sağlık hizmetlerinden faydalanmak amacıyla başvuran hastanın teşhis, tedavi ve bakımını elinden geldiğince sağlamayı üstlenmiştir(Gözpınar Karan, 2015, s:38). Bu noktada önemli olan hastanın sağlığına kavuşması olmakla beraber; hasta ile özel hastane işleticisini bağlayan belirli bir zaman aralığı olmadığı gibi, işgücünün hasta emrine tahsisi de söz konusu değildir(Gözpınar Karan, 2015, s:38; Hatırnaz Erol, 2007, s:28).

1.2.2.3.2.Eser Sözleşmesi Görüşü

TBK'nın 470. maddesinde eser sözleşmeleri tanımlanmıştır. Buna göre *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* Eser sözleşmelerinde iş görme faaliyetine dayalı olarak ortaya çıkan eser borçlanılmaktadır(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:487). Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etme, buna karşılık olarak iş sahibinin ise eser karşılığında ücret ödeme borcu bulunmaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:38; Özay, 2006, s:39-40).

Hekimlik mesleği doğası gereği sonucun garanti edilmesi mümkün değildir. Nitekim TDN'nin 13. maddesinde *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."* denilerek bu husus yasaklanmıştır. Genel olarak amaç hastanın tedavisinin yapılarak sağlığına kavuşturulması iken amaca yönelik gerçekleştirilen faaliyetlerde aranan tıp standartlarına uygun ve özenli davranılması gerekliliğidir(Erçeltik, 2011, s:124; Hatırnaz Erol, 2007, s:30). Nitekim hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin başarı ile sonuçlanması, hastanın ve hastalığın durumu gibi hekimin elinde olmayan birçok faktöre bağlı olduğundan başarı sonucu taahhüt edilememektedir(Şenocak, 1998, s:24). Özel hastane işleticisinden tıbbi müdahaleden doğan tüm komplikasyonların öngörülmesi beklenemeyeceğinden(Erçeltik, 2011, s:125) hastaneye kabul sözleşmelerinin, eser sözleşmesi olduğu yönündeki görüş de kabul görmemektedir.

Ancak estetik amaçlı gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından ayrıma gidilerek bu gibi müdahalelere eser sözleşmesinin uygulanacağı söylenmektedir. Doktrinde müdahalenin estetik gaye ile gerçekleştirilmesinin asıl amacın tedavi

olmasını değiştirmeyeceğinden ve sonucun her halükarda garanti edilemeyeceğinden bahisle eser sözleşmesi olarak kabul edilmemesi gerektiği savunulsa(Özay, 2006, s:42-45) da; Yargıtay, estetik amaçlı müdahalelerin eser sözleşmesi sayılması gerektiğine hükmetmektedir. Nitekim Yargıtay 13. HD. 1993/131 E., 1993/2741 K. ve 05.04.1993 tarihli kararı ile; *"Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçlarında BK.da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü harekettan kaçınmak borcu anlamını taşır ."*burun ameliyatının eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinde karar vermiştir. Yine Yargıtay 3. HD. 2015/17955 E., 2017/2959 K. ve 13.03.2017 tarihli kararı ile *"karın germe ameliyatının karın bölgesinin estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılması için gerçekleştirildiğini belirterek karın germe ameliyatını eser sözleşmesi"* olarak kabul etmektedir. Sadece estetik ameliyatlara değil, protez ve köprü yapımı gibi belli bir sonuca yönelik gerçekleştirilen faaliyetler de eser sözleşmesi kapsamında sayılmaktadır. Yargıtay 15. HD. 1999/4007 E., 1999/3868 K. ve 03.11.1999 tarihli kararında: *"Eser (istisna) sözleşmelerinde ise sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir dış*

doktorunun, kanal tedavisi değil de takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümüne yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK'nın 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir." diyerek lazerle dövme silinmesi işleminin de belli bir sonuca yönelik olduğundan bahisle aradaki ilişkiyi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir.

1.2.2.3.3.Vekalet Sözleşmesi Görüş

TBK md.502'de "*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*" olarak tanımlanan vekalet sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için; sözleşmenin konusunu bir iş görmenin teşkil etmesi, iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın belli bir yönde yapılması ve tarafların herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın anlaşmaları aranmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:30). Diğer sözleşmelerden farklı olarak TBK 502/3 "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*" hükmü gereğince ücret sözleşmenin zorunlu unsuru olmayıp; vekilin vekalet verene karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin kanunla düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşme çeşidinin konusunu oluşturması, iş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması ve iş görmede zaman kaydına bağlı olunmaması, vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşıması ve tarafların anlaşması zorunlu unsurlarıdır(Gözpınar Karan, 2015, s:41).

Yargıtay, aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesine dayandığı görüşünü benimsemiş ve 13 HD. 2000/10347 E., 2000/11083 K. ve 07.12.2000 tarihli kararında bu hususa şöyle değinmiştir: *"davalı hastane, hastayı ameliyat etmek üzere hastanesine kabul etmekle hasta ile aralarında bir vekillik sözleşmesi oluşmuş sayılır. Bu durumda davadaki istemin vekillik sözleşmesine aykırılıktan doğan manevi zarar istemi olarak nitelendirilmesi gerekir. (BK. 386, 390 md.) vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için verdiği uğraşların özenle görülmesinden sorumludur. Vekilin bu sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK. 390/II md.) vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK. 321 md.) O nedenle vekil hastahane ve onun personelinin hastanın zarar görmemesi yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenilebilecek dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Bu dikkat ve özeni göstermekteki hafif ihmalleri sonucu hasta zarar görmüş veya ölmüş ise bu sonuçtan vekil hastane sorumlu olacaktır. Bu bağlamda, zararlı sonuç ile saptanacak özensizlik arasında illiyet bağının bulunması da sorumluluğun bir unsuru olarak evveliyatla aranmalıdır."* Yargıtay'ın aynı yönde birçok kararı bulunmaktadır.

1.2.2.3.4.Sui Generis Bir Sözleşme Olduğu Görüşü

Sui generis sözleşmeler, sözleşmenin unsurları kısmen ya da tamamen kanunda öngörülen sözleşme tiplerine uymayan sözleşmeler olup, kendilerine özgü öğeleri olan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:12). Bu tip sözleşmeler iyiniyet kurallarına ve teamüllere göre yorumlanmakta, yorumun yetersiz kalması halinde ise niteliklerinin izin verdiği ölçüde benzer sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanmakta ve çözüm için TBK genel hükümlere başvurulabilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:34).

Hastaneye kabul sözleşmelerini sui generis kabul eden doktrin görüşü çeşitli gerekçeler öne sürmüş olup; ilk gerekçede, hekimin müvekkili hastası adı ve hesabına hiçbir tasarrufta bulunmadığı ve hastanın muvafakati olsa dahi tıbbi müdahalenin hasta ad ve hesabına yapılamayacağı, ikinci gerekçede, hekimin hasta ile arasındaki sözleşme gereği tedavi ediminin maddi fiil olarak yerine getirilmesi gerektiği ancak hekimin cerrahi müdahaleler hariç maddi bir iş görme fiilinin olmadığı, üçüncü gerekçede ise vekalet sözleşmelerinde vekil müvekkilin emir ve talimatlarına uymak zorunda iken hastanın hekime emir ve talimat veremeyeceği savunulmuştur(Hatırnaz Erol, 2007, s:34). Yine bu görüşü savunanlar tarafından, sözleşmenin tarafları düşünüldüğünde, hekimin konunun uzmanı, hastasına yardım eden, anlayış ve özen gösteren ve güven veren konumunda olduğu, karşılıklı çıkar ilişkisine dayalı edim değişimi söz konusu olmadığı ilişkinin zayıf ve bilgisiz tarafı olan hasta bakımından eşitsizlik bulunduğu da söylenmektedir(Özay, 2006, s:46).

1.2.2.3.5.Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen birden fazla sözleşme tipine ait unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmelerdir(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:18). Karma sözleşmelerde her ne kadar farklı sözleşme tipleri bir araya gelip bağımsız bir sözleşme oluştursalar da, her sözleşme tipi kendine ait özellikleri taşımaya devam etmektedir(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:18).

Özel hastane işleticisi, asli tedavi ediminin yanı sıra hastaya barındırma, yedirme, içirme ve hastane bakımı gibi hizmetler de sunduğundan, hastaneye kabul sözleşmesinin içerdiği yükümlülükler itibarıyla birden fazla sözleşmenin unsurlarını taşıdığı görülmektedir(Gözpınar Karan, 2015, s:44-45).Doktrindeki genel kabule göre; hastaneye kabul sözleşmeleri, hastaya oda verildiğinden kira, ilaç, tıbbi malzeme ve gıda sağlama açısından satım, tedavi yönünden vekalet ve genel hastane

bakımına ilişkin hizmetler bakımından hizmet sözleşmesinin unsurlarını barındırdığından, karma sözleşme çeşitlerinden kombine sözleşme olarak kabul edilmektedir(Demir, 2010, s:155; Durak, 2014, s:152; Gözpınar Karan, 2015, s:43 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:39). Kombine sözleşmeler, taraflardan birinin farklı sözleşme tiplerine ait birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise bunun karşılığı olarak ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmelerdir(Durak, 2014, s:152; Ülker, 2017, s:105).

Nitekim Yargıtay HGK 2009/393 E., 2009/452 K. ve 21.10.2009 tarihli kararında; *"Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye Hastaneye Kabul Sözleşmesi adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır. Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda karma sözleşme olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun, hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır, İsviçre hukukunda, hasta ile özel hastane arasındaki ilişki, aynen serbest çalışan bir hekim*

ile hasta arasındaki hukuki ilişkide olduğu gibi, vekalet olarak nitelenmektedir. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir."

Kanaatimizce; hastaneye kabul sözleşmesinin niteliği ve uygulanacak hükümler belirlenirken, hastaneye kabul sözleşmesinin bir dizi edimi bünyesinde barındırdığı gözetilerek, karma kombine sözleşme kabul edilmeli ve hizmet, satım, kira ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

1.2.2.4.Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Kuruluşu ve Şekli

TBK'nın 1. maddesi gereğince; *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur."* Bu bağlamda, sözleşme iki tarafın hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ile meydana gelen hukuksal bir işlemdir(Kılıçoğlu, 2014, s:53). Hastaneye kabul sözleşmesi de TBK'nın genel hükümleri uyarınca kurulmaktadır.

Sözleşmenin kurulabilmesi için iki irade açıklamasına ihtiyaç olup; bu iradelerden biri öneri(icap), diğeri ise kabul olarak adlandırılmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:55). Kural olarak hastaneye kabul sözleşmesinin kurulmasında öneride bulunan hasta veya hastanın yasal temsilcisi, kabul beyanında bulunan ise özel hastane işleticisidir(Ülker, 2017, s:33). Hastanın özel hastaneye tedavi amacıyla başvurması ve özel hastane işleticisinin de hastayı kabul etmesi ile sözleşme kurulmuş olacaktır(Gözpınar Karan, 2015, s:53). Belirtmek gerekir ki özel hastane işleticisinin fiyatı ile beraber tıbbi müdahale gerçekleştireceğini ilan etmesi TBK md.8/2 *"Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da*

benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır." hükmü gereğince herkese açık öneri sayılmakla, hastanın bu ilan üzerine özel hastaneye başvurması yani kabul beyanında bulunması üzerine, sözleşme kurulmuş olacaktır(Ülker, 2017, s:33). Belirtmek gerekir ki, hasta tarafından yapılan başvuru özel hastane işleticisi tarafından derhal reddedilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılacaktır(Hatırnaz Erol, 2007, s:46).

Hastaneye kabul sözleşmesi tarafların zımni irade beyanları ile de kurulabilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:47). Nitekim özel hastane işleticisi, hekimler gibi mesleki faaliyetlerini devlet onayı ile yerine getirdiklerinden ve vekalet sözleşmesi ile üstlendikleri edim mesleklerinin icabı olduğundan, TBK md.503 *"Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır."*kapsamında zımni kabul uygulama alanı bulacaktır(Hatırnaz Erol, 2007, s:47; Şenocak, 1998, s:35). Belirtildiği üzere, özel hastane işleticisi tarafından derhal reddedilmez ise taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır. Aynı şekilde hastanın da zımnen kabul iradesi ile sözleşmenin kurulması mümkün olup(Şenocak, 1998, s.35); bu duruma özel hastaneye başvuran hastanın teşhisi için gerekli kan tahlillerini vermesi veya röntgen çekirtmesi örnek verilebilir.

Belirtmek gerekir ki özel hastane işleticisi, kural olarak hastayı kabul etmeyebileceği gibi, hasta da istediği özel hastane işleticisi ile sözleşme yapmama serbestisi içindedir(Gözpınar Karan, 2015, s:52). Özel hastanenin civardaki tek hastane olduğu durumlarda ise özel hastanenin fiili tekeli söz konusu olduğundan sözleşme yapmama serbestisi bulunmamaktadır(Durak, 2014, s:151). Ayrıca HHK md. 32 gereğince zorunluluk hallerinde özel hastane işleticisi hastayı kabul etmek durumundadır. Ancak zorunluluk halinin sona ermesi halinde, özel hastanede tedaviye devam etmek isteyen hasta bakımından hastaya zorunluluk halinin bittiğini bildiren ve hastanın tedaviye devam etme iradesini ortaya koyan bilgilendirme

formunun, zorunluluk hali sona erdikten sonra kurulacak hastaneye kabul sözleşmesi için bir şekil şartı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir(Gözpınar Karan, 2015, s.54-55).

Kural olarak hastaneye kabul sözleşmelerinde şekil serbestisi vardır. TBK md.12 gereğince *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir."* Hastanın başvurusu ve özel hastane işleticisinin hastayı kabul etmesi ve hastayı protokol defterine kaydetmesi üzerine, hastayı ilgili bölüme yönlendirdiği takdirde sözleşme kurulmuş olur(Gözpınar Karan, 2015, s:53; Hatırnaz Erol, 2007, s:47). Protokol defterine kayıt şekil şartı değil, TŞSTİDK'nın 72. maddesi *"İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar."* hükmü gereğince getirilmiş zorunluluk olup(Gözpınar Karan, 2015, s:53), taraflar arasındaki olası bir uyuşmazlık halinde özel hastane işleticisi tarafından delil olarak(Hatırnaz Erol, 2007, s:47) kullanılması açısından da önem arz etmektedir.

Tarafların ehliyetleri bakımından da genel hükümler uygulanmaktadır. Özel hastane işleticisinin, tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetli hasta ile tek başlarına sözleşme yapmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla beraber, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz hasta yönünden ise söz konusu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen sözleşmenin hastanın yasal temsilcisi ile yapılması gerekmektedir(Doğan C., 2014, s:182). Tam ehliyetsizler açısından fiil ve hukuki işlem ehliyetleri olmadığı için yasal temsilci ile sözleşme kurulması bir yasal zorunluluk olup; sınırlı ehliyetsizler açısından da yasal temsilci ile sözleşme yapılması gerektiğini söyleyen görüşe gerekçe olarak TŞSTİDK'nın 70. maddesinin *"Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir."* hükmü gösterilmekteyse de; TMK

md.16gereğince sınırlı ehliyetlilerin kendi başlarına sözleşme yapabilmeleri gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur(Hatırnaz Erol, 2007, s:46-47).

1.2.2.5.Sözleşmesel Sorumluluğun Koşulları

1.2.2.5.1.Genel Olarak

Açıklandığı üzere; hasta ile özel hastane işleticisinin sorumluluğu genel olarak hastaneye kabul sözleşmelerine dayandırılmakla birlikte, bu sözleşme vekalet sözleşmesi olarak görülerek TBK'nın 502 vd maddelerince çözümlenmektedir. Özel hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle ortada geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmalı(Demir, 2010, s:167; Gözpınar Karan, 2015, s:107) ve sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan zarar ile sözleşmenin ihlali ve kusur arasında illiyet bağının bulunması aranmaktadır.

1.2.2.5.2.Sözleşmeye Aykırılık

Sözleşmeye dayanan borç ilişkilerinde tarafların sözleşme kapsamında kararlaştırılmış asıl yükümlülüklerinin yanında yan yükümlülükleri de bulunmaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:108). Özel hastane işleticisinin hastaneye kabul sözleşmesine dayanan asıl yükümlülüğü teşhis, tedavi ve hastanın bakımı olmakla birlikte, özen ve sadakat, aydınlatma, sır saklama, kayıt tutma gibi yan yükümlülükleri de bulunmaktadır(Demir, 2010, s:170-171).

Özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki sözleşme vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, özel hastane işleticisi TBK md.506; "*Vekil, vekalet borcunu*

bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." gereğince, işçi gibi özen yükümlülüğü altındadır(Ayan, 1991, s:109). Yine özel hastane işleticisi, aynı işi üstlenen bir başka vekil gibi sadakat ve özen borucunu yerine getirmekle yükümlüdür(Gözpınar Karan, 2015, s:109-110).

Vekil sadakat ve özen borcuna aykırı olarak sözleşmesel yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde sözleşme ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında özen yükümlülüğüne aykırılıkta edimin gereği gibi ifa edilmediğine karar verilmektedir. Nitekim Yargıtay 13 HD. 16/173 E., 18/8140 K. ve 19.09.2018 tarihli kararında bu husus "*Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır."* denilerek belirtilmiştir.

İfa, borcu sona erdiren sebeplerden biri olup(Kılıçoğlu, 2014, s:542); borcun, borç ilişkisine uygun olarak ifa edilmediği durumlara kötü ifa denilmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:675-676). Gereği gibi ifa etmeme olarak da adlandırılan kötü ifa durumunda, borçlu borcunu ifa etmekteyse de ifa borçlanılan ifanın unsurlarına uygun değildir(Kılıçoğlu, 2014, s:675-676). Özel hastane işleticisinin kötü ifa halinde sorumluluğu olacağı üst mahkeme kararları ile de sabit olup, hastanenin kötü ifadan doğan zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır.

Asıl borcun yerine getirilmesine yardımcı yan yükümlölüklerin(Gözpınar Karan, 2015, s:111), ki bu sözleşmede bunlar sadakat ve özen, aydınlatma, sır saklama ve kayıt tutmadır, ihlal edilmesi halinde de özel hastane işleticisinin sorumluluğu bulunmaktadır. Yan yükümlölükler hasta haklarına ilişkin olarak karşımıza çıktığı için söz konusu bir ihlalde ayrıca hasta hakları da ihlal edilmiş olacağından özel hastane işleticisinin bu bakımdan da sorumluluğu gündeme gelecektir(Hatırnaz Erol, 2007, s:115). Ancak belirtmek gerekir ki her sözleşmesel yükümlölük ihlali tazminat sorumluluğuna sebebiyet vermemekte, hastanın zarar görmemesi veya ihlalde kusurun olmaması durumlarında hukuken sorumluluk doğmamaktadır(Şenocak, 1998, s:74).

1.2.2.5.3.Kusur

Özel hastane işleticisinin sorumluluğu ile hekimin sorumluluğu arasında fark bulunmamakta ve özel hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğundan söz edebilmek için yine kusurlu olması aranmaktadır. Hukuk düzeninin tasvip etmediği ve uygun bulmadığı davranış biçimi kusur olarak adlandırılmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:313). Hukukumuzda kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Kast, sonucun istenmesi ve bilinmesi halinde görülmekte ve kendi içinde doğrudan doğruya ve dolaylı kast olarak ayrılmaktadır. Doğrudan doğruya kast halinde, meydana gelen zararlı sonuç doğrudan doğruya istenmekte ve bilinmekte; dolaylı kast söz konusu olduğunda ise, meydana gelen zararlı sonuç doğrudan doğruya istenmemekteyse de sonuç göze alınmaktadır. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde kasıtlı davranışlara pek rastlanılmamakla beraber ücret elde etmek amacıyla endikasyonu olmayan müdahalede bulunulması durumlarında görülebilmektedir(Ayan, 1991, s:163; Gözpınar Karan, 2015, s:111-112).

İhmalde ise, sonucu bilme ve bilinme unsurları bulunmamaktadır. İhmal halinde sorumluluk zararlı sonucun meydana gelmesinde dikkatsiz, tedbirsiz ve özensiz davranılmasından kaynaklanmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:315). Hastane ve hekim sorumluluğunda en çok karşımıza çıkan kusur türü ihmal olup; tespitinde sübjektif değil,objektif ölçü kapsamında aynı alanda hizmet veren ortalama bir özel hastanenin benzer durum ve şartlarda beklenen standart ölçü dikkate alınmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:116). Kişisel mazeretler gibi sübjektif haller dikkate alınmayacak olup; örneğin hastasına ilaç reçete ederken yanlış ilaç yazan hekim kusursuz olduğunu ispat için yardımcılarının olmaması nedeniyle çok çalıştığından yorgun olduğuna veya bir bunalım geçirdiğine dayanamayacaktır(Şenocak, 1998, s:81 vd.). Objektif ölçüte göre tıbbi müdahaleni ve müdahalenin güçlüğü, gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesi dikkate alınır (Şenocak, 1998, s:85). Bu bağlamda özel hastane işleticisi sözleşme kapsamında borçlandığı edimlerini tıp biliminin öngördüğü standartlara uygun ve gereği gibi yerine getirmedeği takdirde kusurlu davranmış sayılarak sorumlu tutulacaktır(Gözpınar Karan, 2015, s:112). Nitekim en hafif kusurdan dahi sorumlulukları bulunmaktadır. Yargıtay 13 HD 16/13748 E., 19/6766 K. ve 29.05.2019 tarihli kararında "*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390)(TBK 502.506) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören Vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md)(TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.*" diyerek hastane ve hekimin en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu en hafif kusurda dahi zararın tamamından sorumlu tutulmaktadır. Yargıtay 13 HD. 18/4239 E., 18/10419 K. ve 07.11.18 tarihli "*Davacı, halı sahada futbol oynarken kolunun kırıldığını, davalı hastanede kendisine müdahale edilip ameliyata alındığını, ameliyat sonucunda koluna 4 adet çivi yerleştirildiğini, çivilerin üçünün alınmasına rağmen birinin alınamadığını, söz konusu çivinin alınamamasının nedeninin ameliyatta gerekli özenin gösterilmemesi olduğunu, mevcut ihmal sonucunda*

kolunun sakat kaldığını,...Davacı, davalı hekimin işini gerektiği gibi dikkat ve özenle yapmaması sonucu uğradığı zarardan hekim ile birlikte hastanenin de sorumlu olduğu iddiası ile eldeki davayı açmıştır...Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır... O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir...somut olaya bakılacak olursa; mahkemece hekimin seçtiği tedavi yöntemindeki kusur dikkate alınarak hak ve nesafete göre maluliyetin %40 oranında yanlış ameliyata bağlı olduğu kabul edilip oranlama yapılarak maddi ve manevi tazminata hükmedilmiş ise de; az yukarda açıklanan ilkelerde belirtildiği gibi hekim en küçük kusurundan dahi sorumludur. Mahkemece oranlama yapılarak karar verilmesi hatalıdır." şeklindeki kararı ile kusur oranına bakılmaksızın hastane ve hekimin zararın tamamından sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak kusurun hafif olduğu kimi durumlarda takdiren zararda indirim yoluna gidilebilmektedir.

Özel hastane işleticisi bu sorumluluktan ancak tıp biliminin öngördüğü standartları yerine getirdiğini ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığını, yani kusurlu olmadığını ispat ettiği müddetçe kurtulabilecektir. Yargıtay kararlarında ispat yükünün hastane ve hekime ait olduğu vurgulanmaktadır.

1.2.2.5.4.Zarar

TBK'da zarar kavramı yer almasına karşın birebir tanımı yapılmamış, ancak tanımı doktrin ve uygulamada geniş ve dar anlamda zarar olarak yer almıştır(Hatırnaz Erol, 2007, s:117; Şenocak, 1998, s:75).Buna göre geniş anlamda zarar ile şahsın hem malvarlığına ilişkin maddi hem de şahısvarlığına ilişkin manevi zarar olarak, dar anlamda zarar ise şahsın sadece malvarlığına ilişkin maddi zararı olarak tanımlanmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:117; Şenocak, 1998, s:75).

Özel hastane işleticisinin sözleşmesel sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, sadece kusurlu davranışla sözleşmenin ihlal edilmesi yetmemekle, davranış sonucunda hastanın zarara uğramış olması da aranmaktadır. Hastanın zarara uğramadığı durumlarda sözleşme ihlal edilmiş dahi olsa hastane sorumlu tutulamayacaktır. Özel hastane işleticisi hastanın hem maddi hem manevi zararını tazminle yükümlüdür.

Maddi zarar, şahsın iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır(Ayan, 1991, s:110; Kılıçoğlu, 2014, s:300). Şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar olarak ayrılan maddi zararın özel hastane işleticisi tarafından tazmininde şahsa verilen zarar dikkate alınmakta(Hatırnaz Erol, 2007, s:118) ve şahsa verilen zarar da şahsın vefatı veya vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri(Şenocak, 1998, s:75) ifade etmektedir. Bu kapsamda hasta yaptığı tedavi giderlerini, iş gücü kaybını ve hastanın vefatı halinde yakınları destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmektedir.

Manevi zarar ise hukuka aykırı davranış neticesinde şahsın duyduğu acı, ıstırap ve elem nedeniyle maneviyatında meydana gelen zarar olarak tanımlanmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:300). Manevi tazminat bir zenginleşme aracı olmayıp, şahsın uğradığı elemnin bir nebze de olsa telafisi için verilmektedir. Hakim, manevi tazminata hükmederken, TMK md.4 "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*" uyarınca hakkaniyete uygun karar vermekle yükümlüdür. Nitekim Yargıtay 13. HD. 2019/2161 E., 2019/7143 K. ve 12.06.2019 tarihli kararında "*Hakim manevi tazminat miktarını belirlerken Medeni Kanun'un 4.maddesi gereğince hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalmalı, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmelidir. Takdir edilecek manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar*

olmalı, ne var ki mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinilmediğinden zenginleşme aracı da olmamalıdır." diyerek tazminatın somut olaya uygun olarak takdir edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Zararı ispat yükümlülüğü hastaya veya hastanın vefatı halinde hasta yakını üzerindedir(Ayan, 1991, s:110). Hasta veya hasta yakınına ispatta kolaylık sağlamak adına ilk görünüş ispatından yararlanma hakkı tanınmış olup, tazminat talebinde bulunanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceği kanaatini ortaya koyması yeterli görülmektedir(Ayan, 1991, s:110; Hatırnaz Erol, 2007, s:118).

1.2.2.5.5.İlliyet Bağı

Özel hastane işleticisinin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın kusurlu davranış sonucunda meydana gelmesi yani zarar ve kusurlu davranış arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. İlliyet bağı, sebep sonuç bağı olup, meydana gelen zarar ile davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade etmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:306). Sorumluluğun şartlarından olan illiyet bağının gerçekleşmemesi halinde hukuki sorumluluk da doğmayacaktır(Şenocak, 1998, s:88).Hukukumuzda illiyet bağına ilişkin olarak şart ve uygun illiyet bağı teorisi olmakla genel kabul gören uygun illiyet bağı teorisidir. Buna göre uygun illiyet bağı teorisi, somut olayın hayatın normal akışına ve genel tecrübelerine göre objektif olarak sonucun meydana gelmesinde en uygun, elverişli sebebin ortaya konması gerektiğine dayanmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s.307; Şenocak, 1998, s:89-90). İlliyet bağı, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve zarar görenin kusuru ile kesilebilecek(Kılıçoğlu, 2014, s:312) olup, tıbbi müdahaledeki kusurlu davranış zarara yol açmışsa illiyet bağının varlığı ile özel hastane işleticisi sorumlu tutulacaktır. Zararın ispatında olduğu gibi illiyet bağının ispatı da hasta veya hasta

yakınına aittir ve yine ilk görünüş teorisi uygulama alanı bulmaktadır(Ayan, 1991, s:111).

Yargıtay 13 HD. 2000/2892 E., 2000/5141 K. ve 25.05.2000 tarihli kararında; *"Bu ileri sürülüşe göre davalı doktorların davacıların desteği bulunan hastaya tıbbın gerektirdiği tüm tedavi ve müdahaleyi yapmış olmalarına rağmen, kendi ellerinde olmayan nedenle ölüm vukua gelmiş ise, olayda illiyet bağının varlığından söz edilemez ve bu halde de davalıların sorumlu tutulmasına hukuken olanak yoktur. Aksine davalı doktorlar tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahaleyi yapmamış ve bundan dolayı ölüm olayı gerçekleşmiş ise, davalı doktorların eylemiyle ölüm olayı arasında illiyet bağının varlığı kabul edilir ve davalılarda ilke olarak kusurları oranında ölümlle oluşan davacılar zararından sorumlu olurlar. Burada hemen belirtmek gerekir ki, davalı doktorlar tarafından tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahale yöntemlerinden birini veya birkaçını yerine getirmemiş olmaları başlı başına davalı doktorların sorumluluğu için yeterli değildir. Ölüm olayının bu eksik tedavi ve müdahaleden kaynaklandığının tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak bu halde illiyet bağının varlığından söz edilebilir. Eksik veya yetersiz tıbbi tedavi veya muayeneye rağmen ölüm olayı her halükarda gerçekleşecek idiyse davalı doktorların sorumluluğundan söz edilemez."* diyerek illiyet bağının hangi şartlarda var olacağına yer vermiş ve devamında *"Açıklanan şu durum karşısında mahkemece yapılacak iş, az yukarda açıklanan sorumluluk ilke ve esasları dahilinde davalı doktorların tıbbın gerektirdiği hangi tedavi ve müdahale yöntemini veya yöntemlerini uygulamaları gerekirken, uygulamadıkları, tek tek her davalı doktor için ayrı ayrı olmak üzere saptanmalı, ölüm olayının uygulanmayan, ihmal edilen tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahalelerden ileri gelip gelmediği sonuçta davacılar desteğinin ölmesi olgusuyla davalılar doktorların eylemleri arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bağı mevcut ise her bir davalının bundaki kusur dereceleri ayrı ayrı belirlenmeli, konu tamamen teknik ve özel bilgiyi gerektirdiği için, mahkemece gerekli görüldüğü takdirde Sağlık Şurasından ek, değilse konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak ayrı bir kurul marifetiyle gerekçeli, dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli,*

önceki raporları değerlendirip eleştirilen düşünce taşıyan rapor alınmalı, böylece hasıl olacak sonuca uygun olarak bir karar verilmelidir." diyerek konunun uzmanlık gerektiren bir durum olduğunu belirtmiş ve bu konuda denetime elverişli bilirkişi raporlarından faydalanılması gerekliliğini vurgulamıştır. Buna göre hakim tıbbi bilirkişilik yapmaya yetkili kişilerce düzenlenen raporlardan yararlanarak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun(HMK) 282. maddesinin "*Hakim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir."* hükmü gereğince raporu serbestçe değerlendirme hakkına sahip olup, raporun aksi yönde karar vermesi de mümkündür.

1.2.3.Özel Hastane İşleticisinin Haksız Fiil Sorumluluğu

1.2.3.1.Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu

TBK'nın 49. maddesinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğunda borç taraflar arasındaki bir işlemde değil, şahsa yönelik iradesi dışında gerçekleşen hukuka aykırı fiildir(Kılıçoğlu, 2014, s:277).Hukuka aykırı fiillerden doğan borçlar olarak da adlandırılan haksız fiil sorumluluğu için hukuk düzeni tarafından kabul görmeyen fiillerin varlığı aranmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:278). Özel hastane işleticisinin haksız fiil sorumluluğunu genel olarak üç balık altında şu şekilde toplamak mümkündür: 1. Özel hastane işleticisinin organizasyon yükümlülüğü kapsamında kusuru nedeniyle bizzat ve doğrudan sorumlu olması, 2. Yetkili organ olarak görevlendirdiği temsilcilerinin haksız eylemlerinden dolayı bizzat sorumlu olması, 3. Adam çalıştıran sıfatıyla çalıştırdığı kişilerin eylemlerinden kusursuz sorumlu olması(Demir, 2010, s:179-185).

1.2.3.2.Hastane İşleticisinin Haksız Fiil Sorumluluğunun Koşulları

Haksız fiil sorumluluğuna gidebilmek için genel olarak; hukuka aykırı bir fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı aranmaktadır. Koşulların gerçekleşmesi bakımından sözleşmesel sorumluluk koşulları ile arasında bir fark bulunmadığından bu başlıkta sadece hukuka aykırı fiilden söz edilecektir. Nitekim sözleşmesel sorumluluğun koşullarında sözleşmenin ihlalinin haksız fiil sorumluluğunda karşılığı olarak hukuka aykırı fiil kavramı karşımıza çıkmaktadır(Şenocak, 1998, s:111).

1.2.3.2.1.Hukuka Aykırı Fiil

Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmadığı, doğrudan veya dolaylı bir başkasına zarar vermeyi yasaklayama veya önleme amacı ile getirilmiş emredici hukuk kuralına, ahlaka aykırı davranışlar hukuka aykırı kabul edilmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:282-283; Şenocak, 1998, s:111). Hukuka aykırı fiilin olumlu unsuru emredici hukuk kurallarına aykırılık, olumsuz unsuru ise hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmamasıdır(Demir, 2010, s:187-188).

Genel olarak hukuka uygunluk sebepleri, TBK'nın 63. maddesinde "*Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*" şeklinde düzenlenmiş olmakla beraber; bu maddeye ek olarak, şahsın vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilecek her nevi tıbbi müdahale hukuka aykırı olmakla, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarının varlığı halinde müdahale hukuka uygun hale gelecektir(Şenocak, 1998, s:111-112). TBK 63.

maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller şu şekilde sayılmaktadır: "1. Kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması, 2. Zarar görenin rızası, 3.Meşru savunma, 4. Zorunluluk hali, 5. Kendi hakkını koruma, 6.Üstün kamu ve özel yarar."

Özel hastane işleticisinin hukuka aykırı fiili, hastanın yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yönelik emredici kuralların ihlali biçiminde görülmekte olup; bu normlar her türlü müdahaleye karşı koruma öngören mutlak yaşama, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin temel koruma normları olabileceği gibi, mali ve ekonomik değeri koruyucu özel normlar olarak karşımıza çıkması da mümkündür(Demir, 2010, 188-189).

Hukuka aykırı fiilin ispatı hasta ve hasta yakınlarına aittir. Hukuka aykırı fiil ispatlanmadığı takdirde özel hastane işleticisini sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Nitekim özel hastane işleticisi, hukuka aykırılığı tamamen veya kısmen ortadan kaldıran bir nedenin varlığını sürdürdüğü ve bunu kanıtladığı takdirde tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtulabilecektir(Demir, 2010, s:190).

1.2.3.3.Özel Hastane İşleticisinin Kusursuz Sorumluluğu

Kural olarak haksız fiil sorumluluğu kusur sorumluluğu olup; bu husus TBK 49'da da haksız fiilin unsurları sayılırken kusura yer verildiğinden sabittir(Kılıçoğlu, 2014, s:318). Nitekim kusurun bulunmadığı hallerde haksız fiil sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak kanun koyucu hakkaniyete göre istihdam eden kişi veya kişilerin ve bina, inşa eseri, hayvan ve motorlu araç sahiplerinin meydana gelen zarardan kusuru bulunmasa da sorumlu tutulmasını öngörmüş ve bu sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmıştır(Kılıçoğlu, 2014, s:318-319). Özel

hastane işleticisinin kusursuz sorumluluğu ise çalıştırdığı sağlık personelin ve organın eylemlerinden kaynaklanmaktadır(Demir, 2010, s:179-185).

Kusursuz sorumluluk da aslında haksız fiil sorumluluğu olup, kusur dışında hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı unsurları yine sorumluluğun koşullarındandır(Kılıçoğlu, 2014, s:319). Özel hastane işleticisinin kusursuz sorumlu tutulduğu hallerde, sözleşmesel ya da bir başka ilişkiye bağlı olarak hekimin veya diğer sağlık personelinin kusuruyla sorumlu tutulması da mümkün olmakla, bu kusur sorumluluğu özel hastane işleticisinin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi tarafların hastaya karşı müteselsilen sorumlu olmasını gerektirmekte, ancak özel hastane işleticisi kusuruyla zararın meydana gelmesine sebebiyet veren personele tazminatı rücu edebilmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:319).

1.2.3.3.1. Adam Çalıştıran Sıfatıyla Kusursuz Sorumluluk

Özel hastane işleticisi, tüm sağlık personelinin hastaya karşı kusurlu davranışlarından dolayı TBK md.66 adam çalıştıran olarak ve TBK md.116 *"Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür."* gereğince yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı kusursuz sorumludur(Demir, 2010, s:184). Özel hastane işleticisinin adam çalıştıran sıfatı ile sorumluluğunda yardımcı kişilerin kusurlu olması arandığından, hekim veya diğer sağlık personelinin kusurunun bulunmadığı hallerde özel hastane işleticisi de sorumlu tutulamayacaktır. Yargıtay 13. HD. 2015/11520 E., 2017/1532 K. ve 08.02.2017 tarihli *"Oysa, davalı şirketin sorumluluğu BK 55. maddesinde (yeni TBK 66. madde) düzenlenen istihdam edenin mesuliyetine dayanan kusursuz sorumluluk olduğundan, çalıştırdığı doktorun kusursuz kabul edildiği bir durumda, çalıştıran şirketin de kusurundan bahsedilemeyecektir."* şeklindeki kararı ile hekime kusur

atfedilmeyen durumlarda hastanenin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu olmayacağına hükmetmiştir.

TBK 66 ile adam çalıştıranların işin görülmesi esnasında kusurları bulunmasa dahi üçüncü kişiye verilen zararlardan sorumlu tutulmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedebilmek için kusur dışında haksız fiil unsurlarının bulunmasının yanında; istihdam ilişkisinin bulunması, zararın üçüncü bir kişiye verilmesi, zararın işin görülmesi esnasında ve işe ilgili olarak verilmiş olması, adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:329-334). Öncelikle sorumluluktan bahsedebilmek için istihdam ilişkisi bulunmalıdır. İstihdam ilişkisinin bulunmadığı hallerde ise adam çalıştıranın sorumluluğu doğmayacaktır(Kılıçoğlu, 2014, s:329). Bu doğrultuda Yargıtay 13 HD. 1999/384 E., 1999/1128 K. ve 22.02.1999 tarihli kararında istihdam ilişkisinin yokluğu halinde özel hastane işleticisini sorumlu tutmazken, 13 HD. 2009/1747 E., 2009/7810 K. ve 08.06.2009 tarihli kararında ise arada istihdam ilişkisi bulunmasa dahi özel hastane işleticisinin özen ve sadakat borcunu hastanede çalıştırdığı hekimin seçiminde de göstermesi gerektiği vurgulanarak adam çalıştırıcı sıfatıyla TBK 66 kapsamında müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği vurgulanmaktadır.

TBK 116 kapsamında ifa yardımcılardan sorumlu tutulabilmek için ise; borcun ifasında yardımcı kişi kullanmanın mümkün olması, borcun ifası ya da bir hakkın kullanılması için yardımcı kişinin kullanılması, yardımcı kişinin borcun ifası esnasında alacaklıya zarar vermesi, borcun yardımcı kişi yerine bizzat borçlu tarafından yerine getirildiği takdirde borçlunun kusurlu sayılması gerekliliğine bakılmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:124-126; Kılıçoğlu, 2014, s:655-658). Yardımcı kişi ile borçlu arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi mevcut olmakla beraber yardımcı kişinin borçluya illaki sözleşme ile bağlı olması gerekmemekte, yardımcı kişinin birlikte yaşadığı kişiler veya yanında çalışanlar gibi olması yeterli görülmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:656). Borçlunun sorumluluğu için yardımcı kişinin

alacaklıya zarar vermiş olması aranmakla, borçlu her türlü zarardan değil, kendisi için borcun ihlali niteliğinde olan fiillerden doğan zararlardan sorumludur(Gözpınar Karan, 2015, s:131-132). Yardımcı kişi ile alacaklı arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından zarar nedeniyle yardımcı kişinin sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulması mümkün değilse de; yardımcı kişinin eylemi bakımından haksız fiilin unsurları mevcut olduğu takdirde alacaklı, borçlu özel hastane işleticisini sözleşmeye aykırılıktan yardımcı kişiyi ise haksız fiilden müteselsilen sorumlu tutabilecektir(Kılıçoğlu, 2014, s:658).

Özel hastane işleticisi tarafından bizzat hastaneye dışarıdan hekim çağırılması durumunda; hekimin müdahaledeki yerine bağlı olarak sorumluluk da değişiklik göstermektedir. Hekimin dışarıdan çağırılmasındaki amaç tedavinin belirli bir bölümüne katılması ise hekim ifa yardımcısı sayılacak ve zarar halinde hasta TBK 116 kapsamında özel hastane işleticisini sorumlu tutabilecektir(Gözpınar Karan, 2015, s:133).Nitekim Yargıtay 13. HD. 1982/7237 E., 1983/1783 K. ve 14.03.1983 tarihli *"Dosya kapsamına ve oluşan kanıtlara göre, davacının davalı hastaneye ameliyat olmak için yattığı, geçici de olsa; belli olayın (ameliyatın) yürütülmesi amacıyla davalı doktoru hastanenin çağırdığı, operasyonun birlikte yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı hastanenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olup; Borçlar Yasasının 55. maddesine ilişkindir. Davacı, davalı hastaneye yatmakla, diğer davalı doktor ile olan ilişkisi değişir, doktor artık hasta ile hastanenin işçisi (kullandığı kişi) olarak ilgilenir. Bir anlamda, doktor ile olan hukuki ilişki, hastane ile olan hukuki ilişkiye dönüşmüştür. Bu nedenle hastane, doktorun gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55 uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemleri, fen kuralları, doğruluk içerisinde yapılmasını gerektirir."* şeklindeki kararı ile hekimin hastane tarafından tedavi için çağırılması hususuna değinerek hekimin özel hastanenin işçisi konumunda olduğunu gözeterek özel hastane işleticisinin kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. Hekimin kendi yükümlülüğünü ifa için tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda ise, hekimin eylemi nedeniyle koşulları varsa hekim haksız fiilden sorumlu

tutulabilecekse de özel hastane işleticisinin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:120). Tedavinin tamamının çağrılan hekime bırakılması durumunda ise sorumluluk ikame hükümlerine göre belirlenmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:120).

Hekimin bizzat hasta tarafından çağırılması halinde ise, özel hastane işleticisinin sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacak; ancak hekim ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesinden bağımsız tedavi için kurulan sözleşme kapsamında hasta meydana gelen zararının tazminini hekimden isteyebilecektir(Hatırnaz Erol, 2007, s:120-121). Bu gibi durumlarda özel hastanenin tıbbi tedaviye ilişkin bir yükümlülüğü bulunmamaktaysa da organizasyon kusuru sebebiyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir(Ayan, 1991, s:152).

Adam çalıştırmanın sorumluluğu özen borcuna dayanan kusursuz sorumluluk halidir(Gözpınar Karan, 2015, s:128). Bu bağlamda özel hastane işleticisi tıbbi müdahalede görev alacak sağlık personeli seçmede, tıbbi müdahalede talimat vermede ve müdahale esnasında gözetim ve denetimde gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulacaktır(Kılıçoğlu, 2014, s:333). Kusursuz sorumluluğun tespitinde objektif özen kriteri dikkate alınmakta olup özel hastane işleticisinin subjektif halinin önemi bulunmamakta, özel hastane işleticisinden objektif özen yükümlülüğüne uygun davranması beklenmektedir(Gözpınar Karan, 2015, s:129). Yine özel hastane işleticisi mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusuru ile illiyet bağının kesildiğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir(Kılıçoğlu, 2014, s:333).

1.2.3.3.2.Organın Eylemlerinden Kusursuz Sorumluluk

TMK md. 50 *"Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar."* hükmü ile tüzel kişilerde organlarının haksız eylemlerinden dolayı kusursuz sorumlulukları düzenlenmiştir. Madde doğrultusunda tüzel kişinin kuruluş belgesine uygun olarak atadığı organlarının organ sıfatıyla gerçekleştirdiği işlem ve eylemleri nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı kusursuz sorumlulukları bulunmaktadır(Öztan, 1970, s:111vd.). Tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için; organ sıfatının varlığı, organın yetki alanına giren bir eylemin gerçekleştirilmiş olması(Demir, 2010, s:182) ve organın eyleminin kusurlu olması(Öztan, 1970, s:116vd.) aranmaktadır.

Özel hastane işleticisinin TMK 50 kapsamında sorumluluğuna gidebilmek için, söz konusu eylemin hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastanenin tüzel kişiliğinin organı, temsilcisi veya yönetici klinik şefi sıfatıyla hareket edenden kaynaklanması gerekmektedir(Demir, 2010, s:182-183). Ancak bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hareket eden hekim ile hasta arasında ayrı bir sözleşme bulunduğundan hastanenin organı kabul edilmemekte(Demir, 2010, s:183) ve dolayısıyla özel hastane işleticisinin sorumluluğu doğmamaktadır.

1.2.4.Özel Hastane İşleticisinin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

Özel hastane işleticisi ile hasta arasında sözleşme kurulmadan hastaya müdahalede bulunulan bazı durumlarda özel hastane işleticisinin vekaletsiz iş

görmeden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır. TBK'nın md. 526 vd düzenlenen vekaletsiz iş görme, iş görenin vekaleti olmadan iş sahibi adına iş görmesi olarak tanımlanmaktadır. Vekaletsiz iş görme, gerçek/caiz (tam) olan vekaletsiz iş görme ve gerçek/caiz (eksik) olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılmaktadır. Kural olarak gerçek vekaletsiz iş görme, hukuksal işlem benzeri borç ilişkisi niteliğinde; gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde görülmektedir(Demir, 2010, s:198). Belirtmek gerekir ki iş sahibinin sonradan icazet vermesi halinde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır(Şenocak, 1998, s:103).

Gerçek vekaletsiz iş görmede, iş gören iş sahibinin çıkarına uygun ve iş sahibinin yasaklamasına aykırı olmadan hareket etmektedir(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:667). Gerçek vekaletsiz iş görmeden söz edebilmek için; işin görülmesi, görülen işin başkasına ait olması, vekaletin bulunmaması ve iş görme iradesinin(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:667-668) olup olmadığına bakılmaktadır. Ayrıca kanun hükmü gereğince iş görme, iş sahibinin menfaatine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. İş görenin iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olarak gerçekleştirmekle yükümlü olduğundan iş sahibine işle ilgili hesap verme ve her türlü durumu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:140). Bu durum en çok müdahale yasağına aykırı hallerin bulunmadığı ve tıbbi endikasyon doğrultusunda hastanın yararına olacak şekilde tedavi hizmetinin sunulduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır(Demir, 2010, s:198-199).

Vekaletsiz iş görme ilişkisi, acil durumlar ile ameliyatın zorunlu olarak genişletilmesi hallerinde görülmektedir(Şenocak, 1998, s:103). Acil tıbbi müdahaleyi gerektirir durumlarda özel hastane işleticisinin hastayı kabul zorunluluğu bulunduğu gibi hekimin de müdahalede bulunma zorunluluğu vardır. Ancak hastalanma, kaza, ağır yaralanma, yaşam bulgularının tehlikede olması gibi durumların acil tıbbi müdahaleyi gerektirdiği söylenmekteyse de, her hastalık ve kazanın acil olup olmadığı net olmayıp, değerlendirilmesi hekim tarafından yapılacaktır(Şenocak,

1998, s:104). Örneğin, gebe bir kadının doğum sürecinin erken bir döneminde durumu her zaman acil kabul edilmezken, gebe kadından başka bir tedavi merkezine gitmesinin istendiği ancak en yakın merkezin kadının uzun yolculuk yapmasını gerektirecek mesafede bulunması halinde gebeliğin haftasına bakılmaksızın kadın hastaneye kabul edilerek tedavi edilmesi gerektiği kabul edilmektedir(Demir, 2010, s:203-204).

Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken beklenmedik ve öngörülmedik nedenlerden ötürü müdahalenin değiştirilmesi veya genişletilmesi söz konusu olabilmektedir. Söz konusu durumlarda değişiklik veya genişletme ile ilgili hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması pek mümkün olamamaktadır(Demir, 2010, s:207). Hastanın varsayılan rızası dikkate alınarak müdahaleye devam edildiği takdirde vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince özel hastane işleticisi ve hekim sorumlu olacaktır. Ancak hastanın değişen koşullar ile ilgili bilgilendirilip rızası alınmadan varsayılan rıza ile hareket için, hastanın hayati tehlikesinin mevcut olması gerekmektedir(Ayan, 1991, s:61). Aksi takdirde hastanın yeniden rızasının alınması beklenenecektir.

Gerçek vekaletsiz iş görmede iş gören iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun hareket ettiği için sorumluluğu TBK md. 527/1 "*Vekaletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*" hükmü gereğince iş görenin sorumluluğu hafifletilmiştir(Şenocak, 1998, s:106). Bu kapsamda zorunlu hallerde vekaletsiz iş gören özel hastane işleticisinin sorumluluğu hafifletilecek ise de müdahalede özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun standartların sağlanması gerekmekte, aksi takdirde yine zararı tazmin zararı gündeme gelmektedir(Ayan, 1991, s:166).

TBK 527/2'de ise *"İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik halden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hal sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."* denilerek iş görenin beklenmeyen hallerden sorumluluğuna yer verilmiştir. Bu kapsamda özel hastane işleticisi hastanın tedaviyi reddettiğini bildiği halde tedaviyi hastaya uygulaması halinde doğacak zarar ve beklenmeyen durumlardan sorumlu tutulmaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:143; Şenocak, 1998, s:106-107). Tedavinin hasta yararına olduğu ve hastanın tedaviyi reddetmesinin mantıklı olmadığı ileri sürülerek sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir(Gözpınar Karan, 2015, s:143; Şenocak, 1998, s:107). Ancak hastanın yaşamını devam ettirmemek adına tedaviyi reddetmesi halinde hukuka ve ahlaka aykırı bu isteği dikkate alınmayacaktır(Ayan, 1991, s:115).

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise, yetkili kılınmamış veya vekalet sahibi iş gören tarafından iş sahibinin çıkarına olmayan ve açık yasaklamasına aykırı olacak biçimde iş görmesi olarak tanımlanmaktadır(Zevkliler ve Gökyayla, 2015, s:667). Hastaya müdahale yönünde hukuksal bir zorunluluğun bulunmadığı veya hastanın açık ve geçerli müdahale yasağı ihlal edildiği takdirde hastaya müdahalede bulunulması gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak kabul edilmektedir(Demir, 2010, s:200). Bu durumlarda sorumluluk ağırlaştırılmış olup; iş gören kazadan dahi sorumluluğu tutulduğundan özel hastane işleticisinin sorumluluktan kurtulmak için kazanın müdahale olmasaydı da gerçekleşeceğini ya da illiyet bağının kesildiğini ortaya koyması gerekmektedir(Demir, 2010, s:200). Aksi takdirde haksız fiil niteliğinde bir borç ilişkisi olduğundan TBK 49 vd hükümleri doğrultusunda sorumluluğu gündeme gelecektir.

Özel hastane işleticisi, gerçek vekaletsiz iş görmede yapmış olduğu zorunlu ve yararlı tedavi giderlerinin tamamını TBK md. 529"*İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması halinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan*

bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hakimın takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır. İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir."gereğince isteme hakkına; gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede yapmış olduğu tedavi giderlerinden ise sadece hasta için yararlı olanları TBK md. 530"İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür." gereğince isteme hakkına sahiptir(Erçeltik, 2011, s:158)

1.2.5. Sorumsuzluk Anlaşması

Borçlunun alacaklı ile yapacağı anlaşma doğrultusunda borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkündür. Nitekim TBK'nın 115. maddesi ve 116. maddesi ile borçluya kendisinin ve yardımcı şahısların borca aykırı davranışlarından sorumlu tutulmayacağına ilişkin sözleşme yapma hakkı tanınmıştır. Ancak borca aykırılık nedeni ile yapılan sorumsuzluk anlaşmaları tam bir sorumsuzluk niteliği taşımamakta, sorumluluğun sınırlandırılmasını mümkün kılmaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:661). Bu tip anlaşmalar, sözleşmenin kurulum aşamasında veya sözleşme kurulduktan sonra yapılabilecek olup, borç ifa edildikten sonra sorumsuzluğa ilişkin yapılacak anlaşmalar bu kapsamda yer almamaktadır(Kılıçoğlu, 2014, s:661).

TBK'nın 115. maddesi"*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak*

hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.", 116. maddesinin 2. fıkrası " Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir." ve 3. fıkrası "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." ile hüküm altına alınmıştır.

Özel hastane işleticisinin hasta ile yapmış olduğu sözleşmede yer verilen sorumsuzluğa ilişkin hükümler genel işlem şartı olarak kabul edilmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:131). Sözleşmenin bir tarafının bütün hükümleri dilediği gibi ve özellikle kendi yararına olacak şekilde hazırlaması ve genellikle zayıf durumdaki tüketicilerin önüne sözleşme şartı olarak koymasına genel işlem şartı adı verilmektedir(Kılıçoğlu, 2014, s:115 vd.). Sorumsuzluğun genel işlem şartı olarak sunulduğu durumlarda TMK 2 dürüstlük kuralı gereğince hükümler geçersiz sayılabilecektir(Ayan, 1991, s:169). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde tüketici ile müzekkere edilmeden sözleşmeye dahil edilen genel işlem şartlarının kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Özel hastane işleticisi, hekim ve hasta arasındaki ilişkide hasta tüketici olarak kabul edildiğinden sorumsuzluğa ilişkin getirilen şartlar hükümsüz olacaktır.

Doktrinde, özel hastane işleticisinin hafif ihmale ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapması kabul edilmekte ve 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 99. maddesinde yer aldığı hali ile hizmetin "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası" olmasından ötürü dolayı hafif ihmale ilişkin anlaşmaların geçersiz sayılabileceği söylenmektedir(Ayan, 1991, s:169). Ancak yürürlükte bulunan madde hükümleri gereğince; özel hastane işleticisinin kendi ve yardımcı şahısların ağır

kusur veya ihmalden dolayı sorumsuzluğuna ilişkin yapılacak anlaşmalar hükümsüz olacaktır.

1.3. ÖZEL HASTANENİN TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.3.1.Genel Olarak

Özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak tarafların birtakım yükümlölükleri bulunmaktadır. Özel hastane işleticisinin asli edimi teşhis ve tedavi olmakla beraber, birtakım yan yükümlölükleri de bulunmaktadır. Hekimin tıbbi müdahaleden doğan yükümlölüklerine paralel olarak hastane de hastaya karşı hastayı aydınlatma, hastanın rızasını alma, hasta kayıt ve sırlarını saklama, sadakat ve özen yükümlölüğüne uygun davranma borcu altında(Ayan, 1991, s:145) olup, hekimin sorumluluğuna ilave olarak hastane bakımını sağlama yükümlölüğü de bulunmaktadır.

1.3.2.Teşhis ve Tedavi Yükümlölüğü

Özel hastane işleticisinin asli yükümlölüğü hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirmektir. Açıklandığı üzere bu yükümlölük bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde özel hastane işleticisine değil, sözleşmenin tarafı hekime aittir. Ancak belirtmek gerekir ki özel hastane işleticisi ve hekimin sorumluluğu birbirine paralel ve birlikte doğmaktadır.

Teşhis, hastalığın tanınması kişinin varsa psikolojik veya fiziksel rahatsızlığını anlamak ve belirlemek amacıyla tıp bilimi içerisinde gerçekleştirilen

her türlü müdahale(Tunçer, 2000, s:25) olarak tanımlanmaktadır. Teşhis, tıbbi görüş ve değerlendirme olmakla beraber hastalığın ve hastalığa neden olan etkenlerin neler olduğunun kesin olarak belirlenmesi anlamına gelmemektedir(Hakeri, 2013, s:209).

Teşhis ve tedavi yükümlülüğü özel hastane işleticisinin çalışanı olan hekimler ile yardımcı personelleri tarafından özel hastane işleticisi adına ve hesabına ifa edilmektedir(Doğan M., 2015, s:29; Durak, 2014, s:154-155; Gözpınar Karan, 2015, s:58 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:50). Borcun ifası kendisine bırakılan hekim, özel hastane işleticisinin ifa yardımcısı konumunda olduğundan hekimin bu yükümlülüğü ihlal eden davranışı halinde zarara uğrayan hasta, özel hastane işleticisini TBK 116'ya göre ve davranışın haksız fiil taşıması halinde de TBK 66 ve 49'a göre sorumlu tutabilecektir(Doğan M., 2015, s:29; Hatırnaz Erol, 2007, s:50-51).

Özel hastane işleticisi TBK 506 gereğince borcunu özenle ifa etmekle yükümlüdür. Burada hastanenin yüklendiği asıl edim tedavinin yürütülmesinde ve iyi sonuçlanmasında gösterilen özen ve çabadır(Gözpınar Karan, 2015, s:58). Hekimlik mesleği doğası gereği şifa garantisi verebilecek bir meslek olmayıp; nitekim bu husus, TDN'nin 13. maddesinde *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez."* denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Her ne kadar teşhis yükümlülüğünün kanunlarımızla nasıl olması gerektiği açık ve net bir şekilde belirtilmemişse de; Yargıtay kararlarında teşhis yükümlülüğünün ifasında eksik araştırma ile teşhisin konulması veya teşhisin geç konulması, teşhis için yanlış veya kabul görmeyen tetkiklerin uygulanması veya tetkiklerin hatalı uygulanması, ve hatalı değerlendirme halinde ihlal edildiği belirtilmektedir(Er, 2019, s:83; Yılmaz, 2017, s:192-193). Her durumda teşhis yükümlülüğü ihlal edilmiş sayılmamakta ihlalin tespitinde standartlara uyulup

uyulmadığına ve gerekli özenin gösterilip gösterilmediğine bakılmaktadır. Yargıtay 13. HD. 2016/26796 E., 2019/10302 K. 22.10.2019 tarihli *"Hastanın 07.12.2013 ve 09.12.2013 tarihinde davalı doktor tarafından muayene edildiği, yüksek ateş ve karın bölgesinde hafif bir ağrısının olduğu gerek davacı tarafın beyanları gerekse davalı tarafından verilen cevap dilekçesindeki beyanlar ile sabittir. Bu durumda hastanın davalı doktor tarafından muayene edildiği aşamalarda, mevcut bulgulara göre fiziki muayene ile ya da ileri tetkik yapılarak (ultrason, MR v.s) rahatsızlığın anlaşılıp anlaşılamayacağı belirlenmesi önem arz etmektedir. Öyle ki, bu tetkiklerin yapılmaması hastanın hastalığının tespit edilmemesine neden olmuşsa hekim sorumlu olacaktır."* kararı ile teşhis için tetkiklerin yapılması gerektiği takdirde tetkik yaptırmayan hekimin sorumlu olduğunu belirtmiştir.

Hastalığın tanısının doğru konulabilmesi ve teşhis yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilebilmesi için hekimin aynı zamanda hastanın öyküsünü alma ve hastayı muayene etme yükümlülükleri de bulunmaktadır. İyi bir teşhis ve pek tabii iyi bir tedavinin başlangıç adımı hastanın öyküsünün alınmasıdır. Hastanın şikayetleri, hastalık geçmişi, kullandığı ilaçlar, bilinen ilaç alerjisi eksiksiz olarak kayda geçirilmelidir(Şatır, 2015, s:49; Şenocak, 1998, s:61 ve Tunçer, 2000, s:132-133). Hastanın öyküsü alındıktan sonra hekim hastanın klinik tablosunu ortaya koyabilmek adına hastayı muayene etme yükümlülüğü altındadır. Hekim, hastayı bizzat muayene etmelidir. Nitekim TDN md.16'da *"Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaate ve şahsi müşahadesine göre rapor verir."* ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.23'te *"Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz."* hükümleri yer almakta ve bu aynı zamanda hekimin kişisel edim yükümlülüğü(Hakeri, 2013, s:204-207; Tunçer, 2000, s:132) olarak adlandırılmaktadır. Hekimin teşhis koyarken hataya düşmüş olması tek başına sorumluluğunun doğumu için yeterli değildir. Teşhis tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olarak, özen yükümlülüğüne uyularak, hasta öyküsü ve tıbbi kayıtlara göre konulduğu takdirde hekimin mesleğinin gereklerine

uygun olarak hareket ettiği kabul edilmekte ve sorumlu tutulmamaktadır(Şenocak, 1998, s:61-62).

Tedavi ise ancak doğru konulan bir teşhisten sonra mümkün olup; hastalığın iyileştirilmesi, ortadan kaldırılması veyahut ortadan kaldırılamıyorsa dahi kontrol altına alınması(Özpınar, 2008, s:38; Yılmaz, 2017, s:6) anlamına gelmektedir.

TDN md.6'ya göre *"Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir."* Ancak hastalığın tedavisinde en az riskli ve başarı şansı en yüksek olan tedavi tercih edilmelidir(Ayan, 1991, s:66).

TDN md.10'a göre *"Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediğe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir. Bir keşif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır."* Madde doğrultusunda yeni ancak başarı şansı daha yüksek olan tedavi yöntemi konusunda hasta detaylı olarak aydınlatıldığı takdirde yeni tedavi denenebilecektir(Ayan, 1991, s:67).

TDN md.11/2'ye göre *"Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutad tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde*

ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağıının muhtemel bulunması şarttır." Bu kapsamda klasik metodlardan hasta fayda sağlayamayacağı ve yeni metodun da hastaya yarar sağlayacağı takdirde hekim yeni bir metod deneyebilecektir.

Hekimin en uygun tedavi yöntemini seçmemesi halinde tedavi kusurunun varlığından söz edilmektedir(Demir, 2008, s:239). Yargıtay 13 HD. 2013/18838 E., 2013/29162 K. ve 25.11.2013 tarihli kararında; *"Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir."* diyerek tedavi yönteminin seçilmesinde gerekli özeni göstermeyen özel hastane işleticisi ve hekimin sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir.

Tedavinin yürütülmesi, özel hastane işleticisinin ve hekimin hastasına karşı asli yükümlülüğü(Şenocak, 1998, s:62) olmakla beraber; hekim mesleğinin icrasında serbestliğe sahip olup tedaviyi reddetme hakkına sahiptir(Hakeri, 2013, s:212; Tunçer, 2000, s:134). TDN'nin 18. maddesinde de belirtildiği üzere *"Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."* Ancak hekim hastanın tedavisini üstlendikten sonra yükümlülüğünün tüm gereklerini yerine getirmek zorundadır(Hakeri, 2013, s:212).

Tedavi yükümlülüğü bizzat hekim tarafından sağlık kurum veya kuruluşunda gerçekleştirilmelidir. Özellikle yakın tarihli Yargıtay kararları açıkça uzaktan tedavinin yasak olduğunu, hekimin yükümlülüğünü yerine getirmediği bu gibi durumlarda TCK md.257 kapsamında hem cezai hem de tazminat sorumluluğunun doğduğunu söylemektedir. Yargıtay 12.CD 2014/7004 E., 2015/6054 K. ve 07.04.2015 tarihli *“Göz hastalıkları uzmanı olan sanık doktor ...'in icapçı nöbetçi olduğu, olay günü saat 18.00 sıralarında ... Hastanesi ... travmatik olayın niteliği ve oluşan klinik bulgular dikkate alındığında, sanığın bizzat hastaneye gelerek hastayı muayene etmesi ve tedaviyi derhal başlatması gerekirken, tedaviyi uzmanlığı bulunmayan pratisyen hekime bıraktığı bu itibarla eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi suretiyle sanığın TCK'nın 257/2. maddesi gereğince mahkumiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi isabetsiz olup”* şeklindeki kararı ile hastaneye gelmeyerek hekimin görevini ihmal ettiğini belirtmiştir.

Tedavi yükümlülüğünün temel sınırını hastanın tedaviyi reddetmesi oluşturmaktadır(Hakeri, 2013, s:217). Bu gibi durumlarda hekimin sorumluluğunun doğmaması adına yapılması gereken hastanın tedaviyi reddettiğine dair form imzalatırılarak durumun kayıt altına alınmasıdır. Yine tedavi yükümlülüğünün sınırlarını hastanın TMK md.23 *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”* hükmüne aykırı bir talebinin olması durumu oluşturmaktadır(Hakeri, 2013, s:217). Hastanın bu vb talebini kabul edip müdahalede bulunulması halinde cezai sorumluluğu da doğacaktır.

1.3.3. Hastane Bakımını Sağlama Yükümlülüğü

Hastane bakımı, hastanın özel hastaneye kabul anından itibaren teşhis ve tedavi dışında teşhis ve tedaviye yardımcı olması için yapılacak her türlü hizmeti kapsamaktadır(Ülker, 2017, s:43). Hastanın yatırılması, yedirilip içirilmesi, temizlik

gibi müdahaleden önce, müdahale esnasında ve sonrasında yapılması gereken hizmetlerin tümü hastane bakımı içerisinde yer almaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s.59). Hastanın yatırılması edimi; banyo, yıkama,dezenfeksiyon, ısıtma, giydirme, ışıklandırma ve servis hizmetlerini kapsamaktadır(Doğan M., 2015, s:51).Tıbbi müdahaleden önceki bakım hizmetleri ameliyat öncesi gerekli tahlil ve testlerin yapılması, röntgen çekilmesi(Durak, 2014, s:155; Gözpınar Karan, 2015, s:59 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:51), müdahale esnasındaki hizmetler gerekli sağlık personeli ve ilaçların hazır bulundurulması(Gözpınar Karan, 2015, s:59; Hatırnaz Erol, 2007, s:52) ve müdahaleden sonraki hizmetler ise hastaya kan ve serum verilmesi(Ayan, 1991, s:157) olarak kabul edilmektedir.

Özel hastane işleticisinin hastanın tedavisi için amaca uygun olarak organize edilmesini sağlama yükümlülüğü de hastane bakımını sağlama yükümlülüğü kapsamındadır(Durak, 2014, s:155; Gözpınar Karan, 2015, s:60). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/393 E., 2009/452 K. ve 21.10.2009 tarihli kararında: "*Hastane işleticisinin "hastane bakımı" kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin(T.M.K. m.2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat*

sorumluluğu söz konusu olur. Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve o haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işletmecisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir. Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini(borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur. Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliğinin 37.maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, Hukuk Genel Kurulu’nun 07.10.1987 tarih ve 1986/13-640E. –1987/701 K. sayılı ilamında; Davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar

verilmiştir. Görülmekte olan davada, hasta kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmemesi nedeniyle daha ağır bir ihmal ve kusurun varlığı tartışmasıdır." diyerek hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Özel hastane işleticisinin, sağlık personelinin seçme ve denetlemesinin de organizasyon kapsamında olduğu işi uzman olmayan hekime vermesi halinde organizasyon kusuru sayılacağı kabul edilmektedir(Doğan M., 2015, s:49; Durak, 2014, s:155). Nitekim Yargıtay 13. HD. 2005/3645 E., 2005/11796 K. ve 08.07.2005 tarihli kararı ile "Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A. 'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir." denilerek özel hastane işleticisinin personel seçiminde gerekli özeni göstermediği takdirde sorumlu olacağı vurgulanmıştır(Doğan M., 2015, s:49).

Hastane bakımı içerisindeki hizmetler somut olaya göre değişkenlik gösterdiğinden tek tek saymak mümkün olmamakla birlikte, özel hastane işleticisi hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığını dikkate alarak TMK 2 dürüstlük ilkesi gereğince hareket etmekle yükümlüdür(Hatırnaz Erol, 2007, s:52-53). Ruh hastasının kontrol edilmemesi yüzünden intihar etmesi, gerekli testler yapılmadan veya testlerde hata yapılarak tedaviye başlanması, cerrahi donanımın gerektiği gibi olmaması gibi durumlar özel hastane işleticisinin bakım yükümlülüğünün ihlali olarak sayılmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:53). Bakım sağlama yükümlülüğünün

ihlali genellikle organizasyon kusurundan kaynaklandığında "Hasta Bakım Kurulu" kurulması gerektiğini savunan yazarlar(Demir, 2010, s:234-235) mevcuttur.

Ayrıca HHK'nın 33. maddesine göre özel hastanelerin Sağlık Bakanlığı'nın denetiminde olduğu belirtilmiştir. Denetim yetkisini yerine getirmeyen Bakanlığın sorumluluğu da gündeme gelecek ve Bakanlık zararı tazmin yükümlülüğü altında olacaktır(Hakeri, 2009, s:164; Kızılyel,2009, s:231).

Özel hastane işleticisi, hastanenin bakımını sağlarken bu edimini hastane personeli aracılığıyla yerine getirmektedir(Gözpınar Karan, 2015, s:59; Ülker, 2017, s:44). Söz konusu personel özel hastanenin ifa yardımcısı konumundadır. Bu bağlamda hastane personelinin bakım yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi halinde doğacak zarardan özel hastane işleticisi TBK 116 gereğince sorumlu olacaktır.

1.3.4.Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

TBK'nın 506. maddesinin amir hükmü gereğince vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin menfaatlerine uygun olacak biçimde, sadakat ve özenle yürütme yükümlülüğü altındadır. Özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki ilişkinin genel olarak vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğini açıklamıştık. Bu bakımdan özel hastane işleticisi, ve hekim sözleşmenin kurulduğu ilk andan sonlanıncaya kadar, tıbbi müdahalede bulunurken veyahut tıbbi müdahaleye ilişkin edimlerini yerine getirirken sadakat ve özen borcuna uygun hareket etmelidir.

Sadakat yükümlülüğü, özel hastane işleticisinin sözleşmenin ifası esnasında ve sözleşmenin sona ermesinden sonra hastaya karşı dürüst davranma

borcu kapsamında hareket etmesini ve hastanın güvenliğini sarsacak davranışlardan kaçınılarak hastanın teşhis ve tedavisinde hastanın menfaatine uygun olarak hareket etmesidir(Demir, 2008, s:243; Hatırnaz Erol, 2007, s:72). Bu husus başta TBK 560'da olmak üzere, TDN'nin 2. maddesinde *"Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir."* denilerek belirtilmiştir. Özel hastane işleticisi sadakat yükümlülüğünü yerine getirirken dürüst davranmalı, kendi parasal çıkarını hastanın menfaatinden üstün tutmamalı, tedavi ücretini arttırmak adına hastaya yanlış bilgi vermemeli, tedaviyi gereksiz yere uzatmamalı ve gerekli olmayan tedaviyi uygulamamalıdır(Hatırnaz Erol, 2007, s:72).

Hastanın sağlığını korumak hekimin ve özel hastane işleticisinin asli görevidir. Tıp mesleğinde kural; zarar vermeden, tıp biliminin gereklerine uygun olarak sağlık hizmeti vermektir.Bu nedenle "Primum Non Nocere" "önce zarar verme" etik ilkesi ışığında hareket edilmekte ve tıbbi müdahaleyle hastanın acısını dindirmek, hastayı sağlıklı hale getirmek amaçlanmaktadır. Hekimin hastasının sağlığını korumak adına gerekli tedbirleri alması, zarar verici müdahalelerden kaçınması, hastanın menfaatlerini kendi menfaatlerinin üstünde tutarak hareket etmesi sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir(Yılmaz, 2017, s:89). Hekimin sadakat yükümlülüğü tedavi sonlandırılmış olsa dahi devam etmekte ve çoğu zaman hastanın sırlarının saklanması bakımından sır saklama yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir(Aşçıoğlu, 1982, s:49).

Özen yükümlülüğü ise hastanın teşhis ve tedavisinde gerekli ve dikkat ve özenin gösterilmesi anlamına gelmekle, TBK'nın 560. maddesinde, TDN'nin 2. maddesinde, 14. maddesinde *"Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir."*, HHY'nin 14. maddesinde *"Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün"*

olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur." ve Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesinde *"Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."*denilerek düzenlemiştir.

Özel hastane işleticisi tıbbi müdahalede bulunacak hekim ve diğer sağlık personelinin seçme ve denetlemede, tıp biliminin dünya çapındaki gelişmelerini ve yeni teknolojiyi takip etmede ve bu kapsamda hekimlerin bilgi ve deneyiminin artırılmasında, müdahalede kullanılacak tıbbi araç ve gereçlerin seçiminde ve bu araçların sterilizasyon ve bakımında özen borcuna uygun davranmakla yükümlüdür(Ülker, 2017, s:56). Özel hastane işleticisi tıp biliminin gelişmelerini takip ederek standartlara uygun davranmak, kendini geliştirmek zorundadır. Özen borcu kapsamında kendini geliştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde özel hastane işleticisi, tıbbi müdahalede kullanılacak aletlerdeki gelişmeleri takip ederek son çıkanları kullanmakla yükümlü olduğu gibi, hekimin kendi geliştirmesinde de sorumluluğu bulunmakta ve bu kapsamda hekimler için bünyesinde mesleki yayınlar bulundurmali, kurs düzenlemeli veya hekimlerin kurs ve konferanslara katılımına katkı sağlamalıdır(Ayan, 1991, s:110). Nitekim Yargıtay 13. HD. 2016/13530 E., 2019/6035 K. ve 13.05.2019 tarihli kararında; *"Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir."* demek suretiyle hekimlerin tıp biliminin getirdiği teknolojik gelişmeleri takip etmeyi özen borcu kapsamında saymıştır. Pratisyen hekimin sorumluluğu uzman hekime göre daha az ve sınırlıdır. Uzmanlığına göre hekimden göstermesi beklenen özen de artmaktadır. Hastanın teşhis ve tedavisi için hastanenin özelliklerinin ve hekimin bilgi ve deneyimini aşıldığı durumlarda hasta başka bir hastaneye yönlendirilmelidir(Hatırnaz Erol, 2007, s:74). Aksi takdirde müdahaleyi

gerçekleştiremeyecek konumda olan özel hastane işleticisi ve hekim meydana gelecek zarardan sorumlu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki özel hastane işleticisi, zarar hekimin kendi kusurundan doğmuş olsa bile hekim ile birlikte zarardan sorumludur. Nitekim Yargıtay 13. HD. 2010/18193 E., 2011/13060 K. ve 26.09.2011 tarihli kararında; *"Davacı, davalı hastahane de davalı doktor tarafından safra kesesi ameliyatının yapıldığını ameliyatının yanlış yapılması neticesinde toplam 3 kez ameliyat olmak zorunda kaldığından bahisle maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davalılar, davanın reddini savunmuş, mahkemece davalı doktor O. Ş. hakkındaki davanın kısmen kabulüne, diğer davalı hastahane hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece karara esas alınan adli tıp raporunda davalı doktorun kusurlu olduğu, davalı hastahane kusursuz olduğu belirtildiğinden hastahane hakkındaki dava reddedilmiş ise de, davalı şirket davacının tedavisinin kendine ait hastanede yapılmasını kabul etmiş olmakla, davacıyla davalı arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuştur. Dolayısıyla davalı hastahane hastanın bakımını sağlama borcu yanında sadakat ve özenle tedavi borcunda bulunmaktadır."* diyerek özel hastane işleticisinin de zarardan sadakat ve özen borcunu ihlal ettiği gerekçesi ile sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Özel hastane işleticisi, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde özen yükümlülüğünün gerektirdiklerine uymak zorundaysa da; TDN'nin 13. maddesinde belirtildiği üzere şifa garantisinde bulunamamaktadır. Yani hekim müdahalenin şifa ile sonuçlanmamasından değil, sadece özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden sorumludur.

Nitekim Yargıtay 13. HD 2016/28494 E., 2018/9451 K. ve 16.10.2018 tarihli kararında, *"Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur."*

Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır.(BK.390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” diyerek bu hususa değinmektedir. TBK'nın md.506/3 fıkrasında basiretli vekil kavramına yer verilerek, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun tespitinde, benzer alanda sağlık hizmeti sunan basiretli bir vekilin göstermesi gereken özenin, davranışının esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Özel hastane işleticisinin özen sorumluluğunda da basiretli vekil kavramından hareket edilmekte ve en hafif kusurdan dahi sorumlu tutulmaktadır. Belirtmek gerekir ki özen yükümlülüğü sadece tıp mesleğinin kural ve standartlarına ilişkin olmayıp hukuk ve etik kuralların uygulanmasında(Tunçer, 2000, s:131) ve genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek özenin gösterilmesi(Hakeri, 2013, s:204) beklenmektedir. Yargıtay 13. HD. 2016/25874 E., 2019/8403 K. ve 17.09.2019 tarihli kararında; "Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır." denilerek hekimlerin sadece mesleki değil, herkesten beklenebilecek özeni göstermelerinin beklendiği belirtilmiştir.

Özel hastane işleticisi, hastaya karşı yükümlülüklerini yerine getirirken kendisi ile benzer koşullara sahip ortalama bir hastaneden göstermesi beklenen standardı sağlamak zorunda olup, ortalama bir hastanenin tayininde HHK ve ÖHT'de yer alan bir hastanede bulunması gereken asgari unsurların varlığı aranmaktadır(Doğan M., 2015, s:42; Hatırnaz Erol, 2007, s:74).

Sadakat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini ispat külfeti hastaya aittir. Hastanın bu noktada hayatın olağan akışına göre meydana gelmemesi gereken zararlı sonucun varlığını ispatlaması yeterli sayılmakta ve hasta ilk görünüş ispatından yararlandırılmaktadır(Demir, 2008, s:244; Hatırnaz Erol, 2007 s:74). Özel hastane işleticisi, basiretli vekil gibi hareket ettiğini ve gereken dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen sonucun meydana geldiğini ispatladığı takdirde sorumluluğu doğmayacaktır.

1.3.5.Aydınlatma ve Rızasını Alma Yükümlülüğü

1.3.5.1.Aydınlatma Yükümlülüğü

Hekimin asli yükümlülüklerinden biri olan aydınlatma yükümlülüğü aynı zamanda özel hastane işleticisinin de sorumluluğunda olup, son yıllarda artan tıbbi malpraktis iddialarının incelenmesinde yargının en çok üstünde durduğu yükümlülüktür. Aydınlatma kavramı yerine bilgilendirme kavramı da kullanılmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün temelinde AY md.17 bireylerin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve TMK md. 23 ve 24'te yer verilen bireylerin kişilik haklarının korunması düşüncesi yer almaktadır. Nitekim aydınlatma geçerli bir rızanın ön koşuludur. Nitekim HHY md.31/1'de "*Rıza alınırken hastanın veya*

kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır." denilerek aydınlatmanın rızanın ön koşulu olduğu hususu belirtilmiştir.

1981 yılında DTB tarafından yayınlanan hasta haklarına ilişkin Lizbon Bildirgesi hastanın aydınlatılma hakkına yer veren ilk uluslararası belgedir(Kök, 2019, s:48). Bildirgenin 3. maddesinde *"Hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahiptir."* ifadesine yer verilmiştir. Yine DTB tarafından yayınlanan 1995 tarihli Bali Bildirgesi'nin 7. maddesinde hastanın aydınlatılma hakkına yer verilmiştir. DSÖ tarafından yayınlanan 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 2. maddesinde ve 2002 yılında Roma'da düzenlenen Hasta Hakları Avrupa Statüsü'nün 3. maddesinde on dört hasta hakkının arasında hastanın bilgilendirilmesine yer verilmiştir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."* ifadesine yer verilmiş olup, Yargıtay kararlarında sözleşmenin 5. maddesine sıkça gönderme yapılmaktadır.

Hukukumuzda ise TŞSTİDK md.70 ile ilk kez yer verilen aydınlatma kavramına, TDN md. 14/2'de *"Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur."*, HHY md.4, 7, 15'te ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 26'da yer verilmiştir. HHY md. 4/ğ'de aydınlatma kavramına bilgilendirme olarak yer verilmiş ve *"yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi"* olarak tanımı yapılmıştır.

Aydınlatmanın amacı, hekim tarafından hastasına verilecek bilgiler doğrultusunda hastanın tıbbi müdahaleye serbest iradesi ile karar verebilmesinin sağlanmasıdır(Ayan, 1991, s:71). Yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde genel bir ölçüt bulunmamaktaysa da, aydınlatmanın hastanın ve hastalığın özellikleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

TTB Meslek Etiği Kuralları m.26'ya göre; *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. 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.”*

Bilgilendirmenin kapsamı yan başlıklı HHY 15. Maddede: *“Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi 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 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.”* denilerek aslında aydınlatma yükümlülüğünün neleri kapsadığı açıklanmıştır.

Aydınlatma yükümlülüğü hastanın müdahalenin olası risklerini bilmesini(Yenerer Çakmut, 2009, s:13) de kapsadığından hastanın komplikasyonlar açısından da aydınlatılması aranmaktadır. Yargıtay 13 HD. 2015/15350 E., 2017/1911 K. ve 16.02.2017 tarihli kararında; *"somut olaya bakılacak olursa; davacıların annesine davalı hastanede davalı doktor tarafından yağ aldırma ameliyatı yapıldığı, 2 gün hastanede yattıktan sonra taburcu edildiği ve aynı gün vefat ettiği, yargılama sırasında gerek Adli Tıp Kurumundan gerekse ... Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan heyetten alınan bilirkişi raporunda davalıların kusuru bulunmadığı açıklanmıştır. Ne var ki; hukukçu bilirkişi tarafından isabetli şekilde belirtildiği üzere davalılar tarafından dosyaya sunulan 21.04.2005 tarihli muvafakatname başlıklı belge müteveffanın geçireceği ameliyatın riskleri hususunda aydınlatıldığıнын ispatı bakımından yeterli görülemez. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ispat edilmiş olmadıkça, hastanın rızası tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli kabul edilemeyecektir."* denilerek aydınlatmanın riskleri de kapsamı gerektiği belirtilmiştir. Nitekim komplikasyonlar konusunda hastanın aydınlatılmaması tıbbi kusur sayılmaktadır.

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin acil olmadığı ve zorunluluk arz etmediği(Demir, 2008, s:241) ve müdahalenin hastanın yaşamı ve sağlığı açısından sürekli ve kalıcı zarar doğurma olasılığı yarattığı durumlarda(Gözpınar Karan, 2015, s:65) aydınlatmanın kapsamı daha geniş olacaktır. Yine estetik ameliyatlarda yapılacak aydınlatmanın kapsamı daha geniştir(Ayan, 1991, s:76; Şenocak, 1998, s:51). Acil olan ve riskin az olduğu durumlarda ise aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmaktadır.

Aydınlatma gerçekleştirilirken hastanın eğitim düzeyi, zeka durumu ve geçirdiği hastalığa bağlı tecrübeleri göz önünde bulundurulmalıdır(Şenocak, 1998, s:50).

Geçerli bir aydınlatma için hekim hastasını veya kanuni temsilcisini yapılacak tıbbi müdahalenin; türü, biçimi, acilliği, yan etki ve riskleri müdahale edilmediği takdirde olası olumsuz sonuçları konusunda aydınlatmalıdır. Aydınlatma, hastanın anlayacağı şekilde mümkün oldukça tıbbi terimler kullanılmadan gerçekleştirilmelidir(Erman, 2003, s:104-105). Aydınlatma için herhangi bir şekil öngörülmemiş olup, ispat yükü özel hastane işleticisi veya hekim üzerindedir ve yerine getirilmemesi halinde zararı tazmin sorumluluğu doğmaktadır. Yargıtay kararları ile de ispat yükümlülüğünün hastane ve hekim üzerinde bırakıldığı sabittir.

Hastayı aydınlatacak kişi bizzat hekimdir. Hekimin bu görevini bir başkasına devredemeyeceği kabul edilmekle beraber, hekim ile hastası arasında özel ve gizli bir anlaşmanın söz konusu olmadığı hallerde, aydınlatmanın somut olayı bilen bir başka hekim tarafından da yapılabileceği söylenmektedir(Ozanoğlu, 2003, s:72). Ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde müdahalede yer alan her bir hekimin alanına ilişkin hastasını aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:60). Aydınlatmanın hekim dışında hemşire, hasta bakıcı gibi diğer sağlık personeli tarafından yapılması halinde, geçerli bir aydınlatma olmayacak ve özel hastane işleticisinin ve hekimin zararı tazmin zorunluluğu gündeme gelecektir. Ancak istisnai olarak, sunulacak hizmet yönünden personelin yeterince nitelikli olması halinde, aydınlatmanın ilgili personel tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir(Ozanoğlu, 2003, s:72).

Özel hastane işleticisinin, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirdiğini denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde özel hastane işleticisi hekim ile beraber sorumlu olacaktır. Yargıtay 13. HD. 2016/7094 E., 2019/3740 K. ve 21.03.2019 tarihli kararı " ... Ne var ki; yukarıdaki açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Dosya kapsamından aydınlatmanın makul bir süre önce yapılmadığı, hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmediği, Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aydınlatma

*yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşılmakta olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, aydınlatıcı onam yükümlülüğünün yerine getirilmesinden hekim ve hastanenin birlikte sorumlu olduğu kabul edilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."*şeklindeki kararı ile bu hususu belirterek, aydınlatmanın hastane ve hekimin yükümlülüğü olduğu ve birlikte sorumlu olduklarını vurgulamıştır.

Hekim tarafından aydınlatmanın yapılacağı kişi hastadır. Hastanın velayet ya da vesayet altında bulunduğu durumlarda, tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayabilecek halde ise aydınlatma yine hastaya yapılacaktır(Ayan, 1991, s:82). TŞSTİDK md.70 doğrultusunda ayırt etme gücü olan küçükler ile birlikte veli veya vasisin de aydınlatılması gerekmektedir(Ayan, 1991, s:82). Ayırt etme gücü bulunmayan küçük ve kısıtlılar yönünden ise aydınlatma doğrudan veli veya vasiye yapılacaktır. NPHK md.6 ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük md.13'e göre gebeliğin sona erdirilmesinde, hasta evli ise eşinin de onayı alınması gerektiğinden, hasta ile birlikte eşi de aydınlatılacaktır. Yine 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun md.7/d'de, organ veya doku verecek kişinin evli olması halinde hekimin eşin organ veya doku verme kararından bilgisinin olup olmadığını araştırmak ve tutanakla tespit etme yükümlülüğü olduğundan, eş de aydınlatılacaktır.

Ancak aydınlatmanın yapılmayacağı bazı durumlar vardır: Bunlar genel olarak terapötik nedenlerle aydınlatmanın yapılamaması, hastanın daha önceden aydınlatılmış olması, hastanın müdahaleye ilişkin bilgisinin olması, hastanın aydınlatılmayı istemediği özel ve acil durumlar(Gülel, 2018, s:135-137) olarak sayılmaktadır. Bu durumda hekimin yükümlülüğü ortadan kalkmakta ve sorumluluğu bulunmamaktadır.

1.3.5.1.1.Aydınlatmanın Türleri

Aydınlatma tıbbi müdahalenin her anında gündeme gelebilmekte olup; genel olarak tedavi (güvenlik) ve otonomi (karar) aydınlatması başlıkları(Hakeri, 2013, s:135; Subaşı, 2016, s:42 ve Şatır, 2015, s:69) altında toplanmaktadır.

1.3.5.1.1.1.Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasını karar aydınlatmasından ayıran en önemli özellik, tedavi aydınlatması yapılırken hastanın rızasını alma amacıyla bir aydınlatma yapılmıyor oluşudur(Hakeri, 2013, s:138; Subaşı, 2016, s:42). Bu yüzden doktrinde uyarı yükümlülüğü gibi adlar da alabilmektedir. Bu aydınlatmada hasta sağlık durumu, tedavi süreci ve sonrasında nasıl davranması gerektiği hususunda aydınlatılarak hastalığının ne olduğu ve bu hastalıkla nasıl mücadele edebileceği(Tacir, 2011, s:162-163) hususunda bilgilendirilir.

Hekimin bu aydınlatmayı hastanın bilgilendirilmeme isteği olsa dahi yapmama şansı bulunmamakla beraber yapmadığı takdirde tıbbi kusurundan sorumludur(Hakeri, 2013, s:139).

Teşhise ve ilaç kullanımına ilişkin aydınlatmalar da tedavi (güvenlik) aydınlatması kapsamında yapılmaktadır. Hekim, hastasını koruyacak yaşam biçimini belirlemek için hastalığı detaylarıyla açıklamak, ilaç verirken hastanın bünyesine göre dozu ayarlamakla ve olası yan etkilerini anlatmakla yükümlüdür(Hakeri, 2013, s:139; Subaşı, 2016, s:42 ve Tacir, 2011, s:162-163). Hastanın müdahale sırasında veya sonrasında görülebilecek komplikasyonlar konusunda aydınlatılması da

gerekmekte olup Yargıtay; komplikasyonlar konusunda aydınlatma yapmayan hekimi ortaya çıkan zarardan sorumlu tutmaktadır.

Aynı zamanda hekim, hastanın tedaviyi reddettiği durumlarda; hastaya müdahale gerçekleştirilmediği zaman ortaya çıkabilecek zararlardan da söz etmeli, hastanın yararına olacak müdahale konusunda hastayı ikna ve teşvik etmeli, aksi takdirde sorumluluğu gündeme gelecektir(Hakeri, 2013, s:139). Aydınlatmaya rağmen hastanın tedaviyi reddettiği durumlarda ise hekim yükümlülüğünü yerine getirdiğinden sorumlu olmayacaktır.

1.3.5.1.1.2.Otonomi (Karar) Aydınlatması

Bu aydınlatma türünde ise; hastanın özgür iradesiyle sorumluluk alarak müdahaleye rıza göstermesi ve geçerli bir onamın olması amaçlanmaktadır. Teşhis, süreç ve risk aydınlatması olarak üç başlık altında toplanan otonomi aydınlatması hastanın karar verme sürecine yardımcı olmaktadır.

1.3.5.1.1.2.1.Teşhis Aydınlatması

Hastanın rahatsızlığı ile ilgili tıbbi bulgular konusunda bilgilendirilmesidir. Hekim, hastanın muayenesi sonucunda elde ettiği bulguları ve bulgular doğrultusunda hangi hastalığın teşhisini hastasına açıklamakla yükümlüdür(Demir, 2008, s:240). Hekim bunu yaparken hastaya hastalığın sebeplerini, olası yan etkilerini ve nasıl seyredeceğini de açıklamalıdır. Aydınlatma ve rıza bakımından hastanın teşhisini bilmesi büyük önem taşımaktadır(Hakeri, 2013, s:136).

Ağır ölümcül hastalıklar söz konusu olduğunda hekim yine aydınlatma yükümlülüğü altındadır; ancak bu durum hastaya anlatıldığında hastanın durumunun psikolojik olarak kötüye gitmesi, var olan tehlikenin artması veyahut bu durumun üçüncü kişileri tehlikeye düşürmesi durumunda hekim aydınlatmayı sınırlandırabilir ya da vazgeçebilir(Subaşı, 2016, s:44).

Hekim, henüz tam tanısı, teşhisi konulmamış, kesinleşmemiş ve ispatlanmamış teşhislere ilişkin hastasını boşuna tedirgin ve rahatsız etmemelidir(Hakeri, 2013, s:136)

1.3.5.1.1.2.2.Süreç Aydınlatması

Teşhis sonrasında uygulanması planlanan tıbbi müdahalenin türü, ağırlığı, kapsamı ve yürütülmesi konusunda hasta aydınlatılmalı, tedavi ana hatlarıyla hastaya anlatılmalıdır(Hakeri, 2013, s:136; Subaşı, 2016, s:44). Hastanın uygulanması planlanan müdahaleyi bilmesi esastır. Hastanın müdahaleye rıza göstermemesi durumunda hastalığın seyri ve durumu konusunda bilgilendirilmesi gerekmekte; aksi takdirde hekimin sorumluluğu gündeme gelmektedir(Hakeri, 2013, s:136).

Her tıbbi müdahalenin başarısız olma riski bulunmaktadır. Dolayısıyla hekim tıbbi müdahalenin başarısız olma ihtimalinden hastasına bahsetmek zorundadır. Başarı şansının veyahut başarısızlık olasılığının yüzde kaç ihtimalle gerçekleşebileceğinin anlatılması süreç aydınlatması içinde kabul edilmektedir. Başarısızlık ihtimalinin detaylarıyla birlikte hastaya anlatılması gerekir ki hasta müdahale ile ilgili özgür iradesiyle rıza gösterebilmelidir(Hakeri, 2013, s:137; Subaşı, 2016, s:45).

Süreçle ilgili olarak hastanın standart haline gelmiş tedavi opsiyonları konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Tedavin reddi de dahil olmak üzere hastaya var olan tüm tedavi seçeneklerinin anlatılarak hastanın karar vermesinin sağlanması hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yerine getirilmesine katkı sağlamaktadır(Tacir, 2011, s:168). Hasta seçeneklerinin faydaları ve olası riskleri konusunda açıkça bilgilendirilmelidir. Örneğin; riskler dolayısıyla normal doğumun yanı sıra sezaryenin de bir seçenek olduğu hastaya anlatılmalıdır(Hakeri, 2013, s:137; Subaşı, 2016, s:46 ve Tacir, 2011, s:168-169).

1.3.5.1.1.2.3.Risk Aydınlatması

Karar aydınlatmasında hastanın özgür iradesiyle kendi sağlığı konusunda karar vermesi kolaylaştırılmaya çalışılırken risk aydınlatması gerçekleşme olasılığı bulunan riskleri anlatmaktadır(Şatır, 2015, s:70). Risk aydınlatması, gerekli dikkat ve özen gösterilmesine rağmen müdahale sonucunda meydana gelebilecek kalıcı veya geçici sonuçlar hakkında hastaya bilgi verilmesidir(Hakeri, 2013, s:143). Tıp biliminin ilke ve standartlarına uygun hareket edilmesine karşın her tıbbi müdahalenin birtakım komplikasyonları bulunduğundan hekimin bu noktada yapması gereken tıp biliminin bilinen gerçekleşmesi muhtemel komplikasyon ve olası risklerin hastaya anlatılarak hastanın aydınlatılmasıdır(Hakeri, 2013, s:143; Subaşı, 2016, s:46-47). Hastanın iradesinin en özgür şekilde yansıtılması amaçlanmaktadır.

Basit rızanın kabul edildiği dönemlerde görülmeyen risk aydınlatması, daha çok hastaların karar vermelerini sağlayan aydınlatılmış onam kavramının ortaya çıkmasıyla görülmeye başlanmıştır(Tacir, 2011, s:164). Olası riskler konusunda bilgilendirme yapılırken; riskin içeriği, büyüklüğü, gerçekleşme olasılığı ve gerçekleşme zamanı(Tacir, 2011, s: 164.”Berg, Appelbaum, Lidz, Parker, s.56.”) üzerinde durulması gerektiği belirtilmektedir. Öncelikle riskin içeriği saptanmalı,

büyükluğünün tespitinde hastanın somut özellikleri dikkate alınmalı, olasılığın düşük ya da yüksek olmasına bağlı olarak tüm bilgiler hastaya anlatılmalıdır.

Hekimin risk aydınlatmasını hangi noktaya kadar yapacağı büyük bir tartışma konusudur. Yargıtay: “*nadiren de olsa sonucun, riskin meydana gelebileceğinin açık olarak hastaya bildirilmesi gerektiğine*” hükmettiğinden hekimin olasılığı düşük riskleri de anlatması gerektiği söylenmektedir(Hakeri, 2013, s:143). Bir oranı olmayan bu sorumluluğun hekimleri defansif tıbbı ittiği ve çok düşük yüzdeli risklerin anlatılmasının hastada daha büyük endişeler yarattığı kanaatindeyiz.

1.3.5.1.2Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatma müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından hastaya yönelik olarak yapılmalıdır. Ekip halinde gerçekleştirilen faaliyetlerde, ekip içerisindeki uzman her hekimin alanına ilişkin aydınlatmayı yapması gerekmekte; ancak varsa aydınlatmanın ekip başı hekim tarafından yapılabileceği de kabul edilmektedir(Yenerer Çakmut, 2009, s:20-21).

Hekim tarafın yapılması gereken bu aydınlatmanın herhangi bir şekil şartı bulunmamakta sözlü veya yazılı olarak yapılabilmektedir. Nitekim hukukumuzda mevcut düzenlemelerdeki yazılılık şartı aydınlatma yönünden değil rıza yönünden aranmaktadır. Ancak aydınlatmanın yapıldığının ispatı hekim üzerinde olduğu ve yapılmadığı takdirde kusurlu sayıldığı için yazılı olarak yapılması önerilmektedir.

HHY Madde 18’de bilgilendirmenin nasıl olması gerektiği hususu açıklanmıştır. Bilgilendirme hastanın eğitim seviyesi de göz önünde bulundurularak, anlayabileceği şekilde, olabildiğince az tıbbi terim kullanılarak yapılmalı ve hastaya müdahaleye karar vermek için makul bir süre tanınmalıdır. Hukukumuzda açıkça bu

yönde bir düzenleme olmasa da, Hasta Hakları Avrupa Statüsü 4. maddede *"Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin."* denilerek hastaya en az 24 saat önce aydınlatma yapılması aranmaktadır. Bu doğrultuda acil olmayan haller dışında müdahaleden en az 24 saat önce hastanın aydınlatılmış olması aranmaktadır.

1.3.5.1.3.Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller

Hekim, hastanın aydınlatılmasının hastanın ve üçüncü kişilerin sağlığının ciddi tehlikeye gireceği, ruh hali üzerinde olumsuz etki yaratacağına kanaat getirdiği hallerde aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır(Ayan, 1991, s:80-81). TDN md.14'te *"Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur."* denilerek belirtilen teröpatik sebepler ile aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkması haline HHY md.19'da ise *"Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir."* denilmek suretiyle yer verilmiştir.

Hastanın sağlık personeli olması veya gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye ilişkin daha önce bir başka hekim tarafından bilgilendirilmiş olması halinde aydınlatılma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır(Ayan, 1991, s:79). Yargıtay 3. HD. 2013/16398 E., 2013/16634 K. ve 26.11.2013 tarihli kararında *"Dosya içeriğinden, davalı doktor ile görüşen davacının, operasyonun türü hakkında bilgilendirildiği anlaşılmıştır. Ancak, operasyonun muhtemel risklerinin anlatıldığı ve davacının kabul ettiğine dair davalı tarafından bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları da bu hususta açık bir beyanda bulunmamışlardır. Davacının kız kardeşinin de aynı operasyonu yaşadığı ve davacının bu konuda bilgi sahibi olduğu iddia edilmiş ise de; bu beyanlar, davacının oluşabilecek risklerle ve gelişecek komplikasyonlarla ilgili bilgilendirildiği anlamına gelmemektedir."* belirtilerek bu gibi durumlarda hastanın bilgisinin bulunduğunu kabul etmeyerek aydınlatma yükümlülüğünün kalkmadığına hükmetmiştir. Hastanın bilgisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini hekim hastanın öyküsünü dikkate alarak yapmalıdır.

HHY md.20 *"İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir."* hükmü uyarınca hastanın aydınlatılmak istememesi mümkündür. Yine TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.27'de *"Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir."* denilerek hastanın aydınlatmayı istememe hakkına yer verilmiştir. Hastanın bu iradesi yazılı kayıt altına alınmalıdır. Bu durumun ancak ayırt etme gücü bulunan hastalar yönünden uygulanabilirliği bulunmaktadır(Ayan, 1991, s:79).

Hastanın bilinci açık olmadığı için rızasının alınamayacağı ve gecikmesinde tehlike olan acil ve ameliyatın genişletilmesi gibi durumlarda aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkabilmektedir(Ayan, 1991, s:79). HHY md.24'te "*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 bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*" denilerek söz konusu hastanın bilincinin açık olmadığı durumlarda hastanın yakını veya kanuni temsilcisinin veya hastanın bilinci açıldıktan sonra da bilgilendirilme yapılabileceği belirtilmiştir. Hastanın bilincinin kapalı olması halinde, hastanın uyandırılmasının hasta açısından tehlike yaratıp yaratmadığı ve varsayılan rızası değerlendirilecek; hasta açısından risk yoksa eğer bilincinin açılması beklenerek gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra müdahale gerçekleştirilecektir. Ameliyatın genişletilmesi önceden öngörülebilecek bir genişletme olduğu takdirde hekimin hastasını tedbiren aydınlatmış olması aranmaktadır(Hatırnaz Erol, 2007, s:57).

1.3.5.2. Rızasını Alma Yükümlülüğü

1.3.5.2.1.Rıza

AY 17 ve TMK 24 gereğince tıbbi müdahaleler genel olarak vücut bütünlüğünü ihlal eden uygulamalar olup, bu ihlali hukuka uygun hale getiren hekimin bilim ve sanat hürriyeti hakkını icra ediyor olması, tıp mesleğini icraya yetkili sağlık personeli tarafından, aydınlatılmış onamı alınarak, kanunen öngörülen

amaçlarla standartlara uygun yapılması sayılmaktadır(Özbek, 2012, s:78). Hastanın rızası olmadan gerçekleştirilen müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğüne paralel olarak hastanın rızasının alınmasının temelinde de AY md.17 bireylerin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve TMK md. 23 ve 24'te yer verilen bireylerin kişilik haklarının korunması düşüncesi yer almaktadır. Aydınlatmanın rızanın tamamlayıcı unsuru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim Lizbon Bildirgesi 3. maddesinde hastanın bilgilendirildikten sonra tedaviye rıza gösterip göstermeme hakkı olduğunu düzenlemiştir. Bali Bildirgesi 3. maddesinde aydınlatma ve rızaya birlikte yer verirken, 4. maddesinde bilinci kapalı hastalarda rızanın nasıl alınacağını düzenlemekte, bu hallerde yasal temsilci iznine başvurulması, yasal temsilcinin yokluğu halinde hastanın önceden tedaviyi reddettiğine dair bir ibare yoksa varsayılan rızasından hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yine aydınlatmaya yer verilen uluslararası düzenlemelerden Biyotıp Sözleşmesi md.5, 6, 7, 8 ve 9. maddeleri ve Amsterdam Bildirgesi 3. maddesinde rızaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Hukukumuzda ise yine aydınlatmaya ilişkin düzenlemelere paralel olarak TŞSTİDK md.70, TDN md. 14, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26'da rızaya da yer verilmiş, ayrıca HHY md.4'te tanımı yapılmış ve HHY md.24-31'deki düzenlemeler ile hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler ile açıkça hastanın rızası olmadan gerçekleştirilecek müdahalelerin hukuka aykırı sayılacağı hüküm altına alınmıştır. HHY md.4/h'ye göre rıza *"Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini, ifade eder."*

Rıza hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir görüntüsü olarak karşımıza çıkmakta ve müdahale hastanın yararına, tedavi amacı taşısa dahi rızanın alınmadığı durumlar(Şenocak, 1991, s:36-38) hastanın vücut bütünlüğünü izni dışında ihlal ettiği için hukuka aykırı kabul edilmektedir. Müdahaleyi hukuka uygun hale getiren asli unsur hastanın rızasının alınmış olmasıdır. Aydınlatmanın ise rızanın ön şartı(Hakeri, 2013, s:159) olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bu husus HHY md.31/1'de belirtilmiştir. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için aydınlatmanın tam ve eksiksiz yerine getirilmiş olması aranmaktadır(Gülel, 2018, s:138-161; Hakeri, 2013, s:159 ve Şenocak, 1998, s:37). Aydınlatmanın tam yapıldığı durumlarda meydana gelmesi olası riskleri hastanın bildiği ve riski üstlendiği kabul edilmekte ve zararlı bir sonuç meydana geldiğinde özel hastane işleticisi ve hekime kusur atfedilmemektedir. Yine aynı şekilde hastanın rıza göstermediği için yapılamayan müdahaleden kaynaklı zararlarda da sorumluluk hastada olacaktır.

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için, hastanın açıklayacağı rıza üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardan olması gerekmektedir, bu hak sınırsız olmamakla hastaya zarar vermemesi aranmaktadır(Erman, 2003, s:124-125; Yenerer Çakmut, 2003, s:215-216). Yargıtay 4. HD. 1976/6297 E., 1977/2541 K. ve 07.03.1977 tarihli kararında; " B.'ın da belirttiği gibi, kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir.Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir."denilerek bu husus belirtilmiştir. Hastanın doğrudan yaşamını etkileyecek bir konu hakkında tasarruf etmesi mümkün değildir. Nitekim hukukumuzda ötenazi yasağı bulunmaktadır. HHY'nin 13. maddesinde "Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin

hayatına son verilemez." denilerek belirtilen ötenazi yasağının ceza sorumluluğu da bulunmaktadır. Ancak hastanın yaşamını etkileme boyutuna varmayan ve hayati riski bulunmayan ama yine de hastada birtakım önemli eksiklikler yaratacak organ nakli gibi durumlarda ise rıza geçerli kabul edilmektedir(Yenerer Çakmut, 2003, s:217).

Hukuka ve ahlaka uygun alınmayan rıza geçersizdir ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak tıbbi müdahalede bulunulamaz. Nitekim HHY md.28'de *"Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz."* denilerek bu husus belirtilmiştir. Hasta iradesinin sakatlandığı durumlarda hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkacak ve sorumluluk doğacaktır.

Hastanın vereceği rızanın genel olarak verilmesi mümkün olmayıp; rıza somut ve belirli bir tıbbi müdahale için verilmiş olmalıdır(Gözpınar Karan, 2015, s:76). Dolayısıyla rıza hekim tarafından gerçekleştirilebilecek bütün tıbbi müdahaleleri kapsayacak şekilde soyut biçimde düzenlenmemelidir. Nitekim müdahale öncesi hastadan gerçekleştirilebilecek bütün tıbbi müdahalelere ilişkin alınan bu rıza geçersiz kabul edilmektedir(Ayan, 1991, s:12).

Rıza, aydınlatmadan sonra tıbbi müdahaleden önce ve özel durumlarda en geç tıbbi müdahale esnasında açıklanmalıdır.Açıklanan rıza her zaman geri alınabilir; ancak müdahale başladıktan sonra rızanın geri alınması ancak tıbbi açıdan sakınca bulunmadığı sürece mümkündür. HHY md.25'te *"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir."* denilerek bu husus belirtilmiştir. Geri alma iradesi tıbbi yönden sakınca bulunmaması esasına

dayandığından hastanın yaşamına yönelik yakın ve açık bir tehlikenin bulunduğu hallerde rızanın geri alınması mümkün olmayacaktır(Erman, 2003, s:124). Rızanın geri alınması halinde geri alma işlemine kadar yapılan işlemler hastanın rızası bulunduğu için hukuka uygun kabul edilmekteyse de, rıza alındıktan sonra hukuka uygunluk şartlarında eksiklik olduğundan gerçekleştirilecek her müdahale hukuka aykırı olacak(Yenerer Çakmut, 2003, s:210) ve özel hastane işleticisi ve hekimin hem cezai hem hukuki sorumluluğu doğacaktır. Yine HHY md.25 *"Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."* hükmüne göre rızanın geri alınması hasta aleyhine kullanılamayacak ve hastanın tıbbi müdahale yönünden tekrar değerlendirilmesi yapılacaktır.

1.3.5.2.2.Rızaya Ehliyet

HHY md.24 gereğince tıbbi müdahaleler için hastanın rızası aranmaktadır. Rıza açıklaması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin tasarruf gösterilecek olduğu için açıklamayı bizzat hastanın yapması gerekmektedir. Hastanın rıza açıklaması için kural olarak ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması, aynı zamanda kısıtlı olmaması gerekmektedir(Gülel, 2018, s:142; Şenocak, 1998, s:38). Bu noktada esas alınan hastanın kavrayabilme, anlayabilme yeteneğinin olup olmadığıdır. Bu değerlendirmeyi hastayı gören hekim yapacaktır(Hakeri, 2013, s:163). Hastanın somut değerlendirilmesi yapılacak ve ehliyeti olduğuna kanaat getirilirse hastanın gösterdiği rıza geçerli sayılacaktır. Tam ehliyetlilerin tıbbi müdahaleye gösterdikleri rıza geçerlidir.

Ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsizler hukuki işlemlerini tek başlarına yapamadıkları gibi tıbbi müdahale açısından rıza ehliyetleri de bulunmamaktadır. Mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hakkın sahibi tarafından bizzat kullanılması gereken haklar olup, yasal temsilcisi tarafından kullanılamayacaktır; ancak tıbbi müdahaleye rıza nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar

kapsamında değerlendirilmekte olup, nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ayırt etme gücü bulunan hastaların bizzat kendisi, bulunmayanların ise yasal temsilcisinin rıza göstermesi mümkündür(Şenocak, 2001, s:73). Bu bakımdan tam ehliyetsizlerde rıza hastanın yasal temsilcisi tarafından verilmektedir.

Hastanın kısıtlanmasını gerektirir yeterli sebep mevcut olmamakla birlikte, korunması adına hastaya yasal temsilci atandığı ve hastanın sınırlı ehliyetli olduğu hallerde ise, atanan yasal temsilcinin görüşünün alınması gereken hususlar TMK md.429'da sınırlı sayıda belirtilmiş olup, tıbbi müdahaleye rıza bu kapsamda olmadığından sınırlı ehliyetli hastanın rıza açıklaması geçerli kabul edilecektir.

Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz küçük ve kısıtlıların rıza göstermesi ise tartışmalıdır. TMK md. 16'da *"Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir."* denmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcinin muvafakatine gerek olmadan rıza gösterebilmeleri gerekmektedir(Şenocak, 1998, s:38).

Ancak TŞSİDK md.70'te *"...hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar."*, HHY md.24'te *"Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır."* ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26'da *"...Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır."* denmektedir.Anılan düzenlemeler ile sınırlı ehliyetsiz küçük ve kısıtlılarda rıza açıklayacak olanın yasal temsilcileri olacağı hüküm altına alınmıştır.

Küçüğün tıbbi müdahaleye rızasında bazı tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde yasal temsilcinin görüşünün esas olduğu, küçüğün rızasının bağlayıcılığı

olmadığı ve rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunun kabulüyle ayırt etme gücüne sahip küçüğün de tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır(Hakeri, 2013, s:164-168; Şenocak, 2001, s:72-79)

İlk görüşte; TŞSİDK 70. Md, HHY 24. md, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26. maddede açıklandığı üzere; rıza için asıl geçerliliğin yasal temsilcinin izni olduğu, küçüğün sadece görüşüne başvurulacağı ancak bu görüşün rıza açısından bağlayıcı olmadığı savunulmaktadır(Hakeri, 2013, s:164-165; Şenocak, 2001, s:74).

İkinci görüşte; rıza açıklamasının TMK 16 kapsamında kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve bu nedenle ayırt etme gücü bulunan küçüğün müdahaleye rızasının yeterli olacağı savunulmaktadır(Hakeri, 2013, s:165). Küçük hastanın ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tespit edecektir. Belirtmek gerekir ki TMK md.13'te düzenlenen ayırt etme gücü ile md.14'te düzenlenen fiil ehliyeti birbirinden farklı kavramlar olup; küçük hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterebiliyor olması hastanın yasal temsilcisi olmadan sözleşme yapabileceği anlamına gelmemekte, sözleşme yine ya yasal temsilci tarafından üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yapılmakta ya da küçük hasta ile yapılan sözleşmeye yasal temsilci izin vermektedir(Şenocak, 2001, s:76-77). Ayrıca yasal temsilcinin TBK md.505gereğince hekime talimat verme ve TBK md.512 gereğince başka bir hekime başvurma hakkı bulunmaktadır(Şenocak, 2001, s:77).

Üçüncü görüşte ise, yasal temsilcinin rızasının yanında küçüğün de rızasının alınması gerektiği yönündedir(Hakeri, 2013, s:165). Küçüğün korunması düşüncesinden hareketle, özellikle küçüğün vücut bütünlüğünü ilgilendiren, özel riskleri bulunan müdahalelerde ayırt etme gücü bulunan küçüğün yanında temsilcisinin rızasının alınması gerektiği söylenmektedir(Şenocak, 2001, s:75).

Küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurularak tıbbi sürece yaşı, olgunluğu gibi etkenler de dikkate alınarak dahil edilmesi gerekmektedir. Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde *"İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır."* denilerek küçük hastanın sürece dahil edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aynı husus HHY'nin 24. maddesinde *"Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır."* ibaresiyle küçüğün sürece dahil edilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Küçüğün yaşı konusundaki genel görüşe göre 15 yaşını doldurmuş hastaların sürece dahil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir(Hakeri, 2013, s:165).

Küçüğün yasal temsilcisinin müdahaleye rıza göstermediği durumlarda ise HHY md 24 ve TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26'ya göre müdahalenin küçük için gerekli olduğu düşünülüyorsa TMK md.346 *"Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."* ve TMK md.487 *"Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür."* hükümleri gereğince küçüğün korunması adına hekimin savcılığa başvurulması ve hakim kararı ile müdahalenin gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Acil durumlarda ise hekimin müdahalesinin küçüğün yararı söz konusu olduğu için zorunluluk hali kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu husus TŞSTİDK md.70 ve HHY md.24'te de belirtilmiştir.

1.3.5.2.3.Rızanın Şekli

HHY md 28’de “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.*” gereğince rızanın herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak bazı düzenlemeler ile rızanın yazılı olması gereken durumlar bulunmaktadır.

TŞSİDK md.70 “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*” hükmünden dolayı büyük cerrahi müdahalelerde hastanın yazılı rızası aranmaktadır. Özellikle hastaya anestezi altında uygulanacak bütün müdahalelerde yazılı rıza alınması gereklidir.

Yine Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesi “*Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.*” hükmü gereğince rızanın yazılı alınması aranmaktadır.

Yazılı rızanın arandığı bir diğer özel durum ise, HHY'nin altıncı bölümünde düzenlenen tıbbi araştırmalardır. HHY md. 32’de tıbbi araştırmaların rızaya bağlı olduğu ve 34. madde “*Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir. Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.*” hükmü ile bu rızanın yazılı olması gerektiği belirtilmiştir.

Özel hastane işleticisi ve hekim tarafından yasal zorunluluklara uygun olarak yazılı olarak alınacak rızanın nasıl olması gerektiği HHY md.26’da belirtilmiştir.

Madde hükmüne göre; "Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir." Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay bu rıza formlarını matbu form olarak değerlendirerek somut durumu yansıtmadığını ve hastanın aydınlatılmış rızasını yansıtmadığını kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay 3. HD. 2015/1871 E., 2016/1669 K. ve 11.02.2016 tarihli kararında; "Dosyada mevcut "izin ve bilgilendirme" formlarında; işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda, genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Davacı tarafından istenilen sonucun meydana gelmediği ortadadır, bu sonuca dair ayrıntılı uyarı, somut açıklama, onam formlarında yoktur, bu formların imzalatılması davalının uyarı görevini özel olarak yaptığı anlamını taşımaz, hastanın olası risk ve komplikasyonlar hususunda somut ve yeterli biçimde aydınlatıldığıının mevcut belgelerle ispatlanamadığı hususu sabittir." diyerek bu hususu belirtmiştir.

Hastanın rızasını serbestçe baskı, hile ve tehdit altında kalmadan açıklaması gerekmektedir(Yenerer Çakmut, 2003, s:195).Rıza açıklaması açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Hastanın rıza gösterdiği durumdan anlaşılabiliriyorsa zımni rızadan bahsedilir; ameliyat önerilen hastanın hastaneye yatması, ameliyat salonuna gitmesi,

kan tahlili istenen hastanın kolunu uzatması, röntgen istenen hastanın röntgen laboratuvarına gitmesi zımni rıza olarak kabul edilmektedir(Hakeri, 2013, s:161).

1.3.5.2.4.Varsayılan Rıza

Hastanın rızasının alınmadığı; müdahalenin ivedilikle gerçekleştirilmesi gereken acil, bilincinin kapalı, küçük veya kısıtlı olduğu ve yasal temsilcisinin bulunmadığı, bulaşıcı hastalıklar nedeniyle ilgili uygulanacak zorunlu tedbirlere ilişkin durumlarda ya da müdahaleden önce rızası alınmış olmasına rağmen alınan rızanın dışında acil müdahaleyi gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde(Gülel, 2018, s:169; Özbilen, 2013, s:s:99-124) varsayılan rızadan ve bu varsayılan rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilmektedir(Gülel, 2018, s:169; Şatır, 2015, 65).

Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. Maddesinde *“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”* hükmü yer almaktadır. Yine Amsterdam Bildirgesi'nin 3.3. maddesinde *"Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir."* ifadesine yer verilmiştir. HHY 24. maddede *“...Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir. Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı*

değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur...” bu husus yer almaktadır.

Varsayılan rızada endikasyonun bulunduğu, acil ve hastanın gerçek iradesinin alınamadığı durumlarda hastanın üstün yararı göz önünde bulundurularak müdahale gerçekleştirildiğinden müdahale hukuka aykırı olmaktan çıkmaktadır(Özbilen, 2013, s:99-124). Hekim, varsayılan rızadan hareketle müdahalede bulunurken hastanın somut özelliklerini ve önceki açıklamalarını dikkate almalıdır. Belirtmek gerekir ki hastanın rızası alınmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahalenin hastanın hayatını kaybetmemesi ya da en azından sağlığına kavuşabilmesi adına gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir(Özbilen, 2013, s:107). Aksi takdirde müdahale hukuka aykırı sayılacak olup; özel hastane işleticisinin ve hekimin hem cezai hem hukuki sorumluluğu doğacaktır.

1.3.6.Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hekim, tedavisini üstlendiği hastasına ait tüm bilgi ve belgeleri kayda geçirme yükümlülüğü altındadır(Ayan, 1991, s:95; Şatır, 2015, s:53).TBK md. 508 “*Vekil, vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür.*” hükmü gereğince özel hastane işleticisinin ve hekimin hastasına gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye ilişkin hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca TŞSTİDK md.72, ÖHT md.29, ÖHY'nin "tıbbi kayıt ve arşiv, faturalandırma ve hastaya verilecek belgeler başlığı altındaki" 48, 49 ve 50. maddelerinde özel hastanelerin kayıt tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kanun hükmünden hareketle kayıt tutma yükümlülüğünün amacı genel olarak tıbbi delillerin güvence altına alınması ve

tedavinin emniyet içinde yürütülmesini sağlayarak hekimin sorumluluğuyla ilgili hesap vermesidir(Hakeri, 2013, s:225).

Hasta kayıtlarında hastaya dair her türlü bilgi, belge ve görüşün yer alması beklenmemekle birlikte, içerisinde hastanın özellikleri, öyküsü, şikayetleri, teşhis ve tedaviye ilişkin evrak, bu kapsamda yapılan müdahaleler, röntgen, tahlil sonuçları ve tedaviye ilişkin sonuçların yer alması gerekmektedir(Hatırnaz Erol, 2007, s:76-77). Bu kayıtlar sayesinde hasta teşhisi ve kendisine uygulanan tedavi hakkında bilgi sahibi olacak ve hastalığına ilişkin bir başka hastane ve hekime başvurması halinde kayıtlar sayesinde görüş alabilecektir(Gözpınar Karan, 2015, s:90-91).

Hastanın HHY md. 16 "*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.*" ve md. 17 "*Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hal'e getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar.*" hükümleri kapsamında kendisine uygulanan teşhis ve tedaviye ilişkin her türlü belgeyi isteme hakkı vardır. Nitekim ÖHT md.37 ve ÖHY md. 52 gereğince özel hastane işleticisi talep halinde belgeleri hastaya vermekle yükümlüdür. Özel hastane işleticisi bu kayıtları ÖHY md.49 gereğince; en az 20 yıl saklamakla yükümlüdür.

Kayıt tutma yükümlülüğü hastanın takibinin daha iyi yapılabilmesi için önemli olduğu kadar ispat yükü açısından hayati öneme sahiptir. Her ne kadar tıbbi kayıtların tutulması hastanın korunması amacıyla düzenlenmiş bir yükümlülük olsa da, hem özel hastane işleticisini hem de hastayı korumasını sağlamakta olup; söz

konusu kayıtlar delil niteliğine haiz olduğundan hastane bünyesinde saklanması malpraktis iddiası ile karşılaşılması halinde özel hastane işleticisinin ve hekimin kusuru olmadığını ispatlamaya da yardımcı olacaktır. Özellikle yargıya yansıyan tıbbi malpraktis iddialarında tıbbi evrak ve aydınlatılmış onam formlarının saklanması kusur tayini için büyük önem arz etmektedir.

Yargıtay 13. HD 2004/12088 E., 2005/1728 K. ve 07.02.2005 tarihli *"Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile, davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* şeklindeki kararı ile tıbbi belgelerin eksik veya hatalı tutulmasından hekimi sorumlu tutmuştur. Yine 13. HD 2013/29954 E., 2013/31221 K. sayılı kararında hastaya ilişkin hastane kayıtlarının tutulmasında hastanenin sorumlu olduğuna karar vermiştir(Şatır, 2015, s:54-55).

Kayıt tutma yükümlülüğünün asıl olarak hastanenin sorumluluğunda olduğunun ve hekimi bu konuda denetleme yükümlülüğünün de yine hastane üstüne bırakıldığının kabulü gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.2019 tarihli ve 2015/6926 sayılı enjeksiyon nöropatisine ilişkin kararında; *"...Somut olayda enjeksiyon yapılmasından sonra başvurusunun bacağına dosyadan*

anlaşılamayan bir oranda sakatlık meydana geldiği hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Başvurucunun açtığı tam yargı davasında ATK tarafından derece mahkemesine sunulan bilirkişi raporunda tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış uygulandığına dair kayıt bulunmadığı belirtilmiş, enjeksiyonun doğru bölgeye uygulanması durumlarında da nöropatinin gelişebileceği ve nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olduğu ifade edilmiştir. Raporda ayrıca olay tarihinde kişiye ait muayene bulgularının bulunmaması nedeniyle hekimin eylemi yönünden yorum yapılamadığı bildirilmiştir (bkz. s 16). Derece mahkemesince bu rapora istinaden başvurucunun sol bacağının sakat kalmasında idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğunun saptanamadığı sonucuna ulaşılarak tazminat istemi reddedilmiştir.

Olayda derece mahkemesinin kararına dayanak aldığı bilirkişi raporunda başvurucuya ilişkin muayene bulgularının olmaması nedeniyle hekimin sorumluluğu hakkında değerlendirme yapılmadığı ifade edilmiştir. Başvurucunun enjeksiyon yapılmasından sonra bacağında uyuşma ve ağrı başladığını derhâl sağlık ocağının hekimine ilettiği görülmektedir. Ancak hekim tarafından enjeksiyonun yapılış tekniğinin doğruluğunun tespit edilmediği ve buna dair herhangi bir kayıt tutulmadığı anlaşılmaktadır. ATK raporunda muayene bulgularının kayıt altına alınmamış olması nedeniyle hekimin eylemi yönünden yorum yapılamadığı bildirilmiştir. Başvurucunun uyuşma şikâyeti üzerine müracaat ettiği sağlık kuruluşunda başvurucuyu muayene eden doktorun sorumluluklarını yerine getirip getirmediğinin tespitinin derece mahkemesinde görülen davanın seyri bakımından önem taşıdığı açıktır. Esasen davanın reddedilmesinde muayene bulgularının derece mahkemesine sunulmamış olmasının önemli bir etkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda muayene bulgularının sunulamamasının başvuru aleyhine sonuç doğurmuş olmasının etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü açısından değerlendirilmesi gerekir.

Tıbbi müdahale sonucunda vücutta sakatlık ya da maddi ve manevi varlığı zedeleyen diğer rahatsızlıkların meydana geldiği vakılarda müdahalenin tıp biliminin güncel ve genel kabul gören kurallarına uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti büyük ölçüde teşhis ve tedavi sürecindeki kayıtların

incelenmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu nedenle bu kayıtların tutulması, saklanması ve gerektiğinde yargısal mercilere ibraz edilmesi büyük önem taşımaktadır. Teşhis ve tedavi sürecindeki verilerin kaydedilmesi ve makul bir süre saklanması sorumluluğu, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık kuruluşuna aittir.

Hasta kayıt dosyasında yer alması gereken bir bilgi veya belgenin hasta dosyasının tutulması veya saklanması hususunda sağlık kuruluşunca gereken özenin gösterilmemesi sonucu yargı mercilerine ibraz edilmediği ve bu sebeple sağlık kuruluşunun tıbbi sorumluluklarına uygun davranıp davranmadığının değerlendirilemediği hâllerde bu durum, somut olayın özel koşulları haklı kılmadıkça başvuru aleyhine yorumlanmamalıdır. Zira bu konuda başvuru sahipleri sağlık kuruluşuna nazaran oldukça zayıf konumda yer almakta ve başvuru sahiplerinin açacağı bir davadaki başarı şansı çoğunlukla davalı taraf olan sağlık kuruluşunun bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla sağlık kuruluşunun elinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmamış olmasının başvuru aleyhine yorumlanması başvuru açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturmaktadır.

Olayda uyuşma şikâyeti üzerine başvuru sahibi muayene eden doktorun sorumluluğunun tespitinde önem taşıdığı açık olan muayene bulgularının kayıt altına alınıp alınmadığı derece mahkemesince araştırılmamış ve gereken kayıtların tutulmamasının doktorun ve sağlık kuruluşunun sorumluluğuna ne yönde etki edeceği değerlendirilmemiştir.

Derece mahkemesinin hasta dosyasının tutulması yükümlülüğünün sağlık kuruluşuna ait olduğu hususunu gözetmeden muayene bulgularının bulunmaması nedeniyle hekim hakkında değerlendirme yapamayacağını ifade eden ATK'nın raporunu esas alarak idarenin sorumluluğunun ispatlanamadığı hükmüne varması, başvuru sahibi davalı idareye karşı dezavantajlı bir konuma düşürmüştür. Bu durumda derece mahkemesince yapılan incelemenin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğüne uygun nitelikte bir inceleme olduğu söylenemez.

Sonuç olarak başvuruya uygulanan enjeksiyonun yapılış tekniği bakımından hatalı olup olmadığı konusunda somut bulgulara dayalı yeterli bir

gerekçe derece mahkemesince ortaya konulamadığı, başvuruçunun iddialarının yeterli bir şekilde tartışılıp karşılanmadığı, dolayısıyla kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin gereklerinin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.” diyerek kayıt tutma yükümlülüğünün hastanenin sorumluluğunda olduğuna ve kayıtların eksik veya incelenmeye elverişli tutulmamasının hastanın aleyhine sonuç doğurmasının kabul edilebilir olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu karar hastanelerin kayıt tutma yükümlülüğü altında olduklarının kabulü yönünden isabetli olmakla beraber; enjeksiyon uygulamasının sağ/sol kalçanın dörde bölünerek üst dışa yapıldığı düşünüldüğünde bu ibarenin enjeksiyonun yanlış veya doğru yapıldığının tespiti için yeterli olup olmayacağı tartışmaya açık bir konudur.

1.3.7.Sır Saklama Yükümlülüğü

Sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanan bir diğer yükümlülük sır saklama yükümlülüğüdür. Özel hastane işleticisinin ve hekimin, hastayla ilgili edindiği bilgileri, sırları gizli tutup üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır. Sır saklama yükümlülüğünün temelini AY md.17 ve 20/1 ve TMK md. 24'te belirtildiği üzere hastanın kişilik haklarının korunması oluşturmaktadır. Aynı zamanda TDN md.4'te, HHY md.21 ve 23'te, ÖHY md.66'da, TTB Meslek Eğiti Kuralları md.9'da ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesinde sır saklama yükümlülüğünün dayanakları bulunmaktadır. Bu kapsamda sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde özel hastane işleticisinin ihlalden doğan zararı tazmin yükümlülüğü olmakla birlikte, bu durum kişilik haklarına da saldırı niteliğinde olduğundan hastanenin ceza sorumluluğu da gündeme gelmektedir. TCK md. 136 "(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır." ve nitelikli hallerin açıklandığı md.137/b'de belirtilen "belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak

suretiyle" işlenmiş olacağı için özel hastane işleticisinin yükümlülüğünü ihlali halinde ağırlaştırılmış ceza sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu noktada hasta sırrından ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Sır, "varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey"(<https://sozluk.gov.tr/>) olarak tanımlanmaktadır. Hastanın menfaati olan her şey sır olarak değerlendirilmektedir(Ayan, 1991, s:99). Sır, sadece belirli ve sınırlı kişi tarafından bilinen, açıklanması durumunda hasta açısından anlaşılabilen ve gerekçelendirilebilen, hastanın korunması gereken durumu(Hakeri, 2013, s:232-233) olarak da tanımlanmaktadır.

Hekimin mesleğini icra edebilmesi amacı ve gizlilik şartı ile hastası hakkında edindiği bilgiler sır olarak nitelendirilmektedir(Büyükay, 2004, s:386). HHY'nin mahremiyete saygı gösterilmesi yan başlıklı 21. maddesi ve bilgilerin gizli tutulması yan başlıklı 23. maddesinde de sır saklama yükümlülüğünün çerçevesi çizilmiştir. Sadakat yükümlülüğünün bir parçası olan sır saklama yükümlülüğü geniş yorumlanarak hastanın sadece tıbbi durumuna ilişkin değil, kişisel, ailevi, mesleki ve mali durumlarını kapsayacak şekilde kabul edilmelidir(Ayan, 1991, s:98; Hakeri, 2013, s:233 ve Törenli Çakıroğlu, 2010, s:171, "N. Sarp, "Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Lefke Avrupa Üniversitesi, 17-18 Mayıs 2010 II Sağlık Hukuku Sempozyumu, s.10.").

Hekimin hastası hakkında edindiği her bilgi sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemekle birlikte; eğer hasta hekimden herkesçe bilinebilecek bir durumunun dahi gizli kalmasını talep etmişse de bu durum da sır saklama yükümlülüğü kapsamında sayılacaktır(Büyükay, 2004, s:387). HHY 21. maddede de belirtildiği üzere hastanın tedavi süreci sonlansa ve dahi hasta vefat etse de hekimin sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır.

Ancak hekimin sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı bazı durumlar bulunmakla bunlar: hastanın rızasının, zorunluluk halinin, acil bir durumun bulunduğu, yetkili mercii emri veyahut kanun emrinin yerine getirildiği haller olarak kabul edilmektedir(Büyükcay, 2004, s:388; Hakeri, 2013, s:233; Şatır, 2015, s:56-57; Törenli Çakıroğlu, 2010, s:174 ve Yılmaz, 2017, s:73-77).

Ceza ve borçlar hukuku bakımından bir fiilin hukuka uygunluk şartlarından en önemlisi kişinin rızasının bulunmasıdır. Doğal olarak hastanın hakkındaki bilgilerin açıklanmasına rıza gösterdiği durumlarda özel hastane işleticisinin ve hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak hasta rızasının TMK 23 doğrultusunda hukuka ve ahlaka aykırı olacak şekilde hastanın kişilik hakkını sınırlandırmaması gerekmektedir. Rıza gösterme ehliyeti bulunan hastalar açısından gösterilen rıza geçerlidir ve sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Küçükün sırlarının ise yasal temsilcisine açıklanması konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Kanaatimizce, küçük hastanın hekime olan güveni ve sürecin yönetimi açısından açıkça rıza göstermediği hallerde yasal temsilcisine sırların açıklanması ihlal kapsamında değerlendirilmelidir.

Son zamanlarda sayıları artan tıbbi malpraktis iddiasıyla özel hastane işleticisi ve hekimin yargılandığı bir davada hasta hakkındaki bilgilerin açıklanması zorunluluk hali olarak kabul edilmekte ve yükümlülüğün ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Ancak davanın esasına etkisi olmayan hasta sırlarının açıklanması halinde sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu md.57'de “*Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi - sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari),*

dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması ve kuduz" şeklinde belirtilen genel halk sağlığı açısından tehlike yaratabilecek bazı bulaşıcı hastalık veya enfeksiyonların ilgili makamlara bildirilmesi bir zorunluluk olduğu gibi kanun emrinin yerine getirilmesini teşkil etmektedir. UHK md.58'de, 57. maddede belirtilen vakalardan herhangi biri ile karşılaşılması halinde 24 saat içerisinde Sağlık Müdürlüğü, polis veya jandarmaya vakanın bildirilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yine ÖHT md. 40 "*Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir.*" hükmü ile özel hastane işleticisinin vakayı bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Her ne kadar kanunda HIV+ vakalar yer almamaktaysa da, Sağlık Bakanlığı'nın 3765 sayılı ve 07.10.1985 tarihli onayı ile HIV+ ihbarı zorunlu hastalıklar arasına eklenmiştir(Erçeltik, 2011, s:95, "Hakeri, s.459; Başpınar, (Meslek Sırrı), s.594."). HIV+ vakaların üçüncü kişilerin sağlığı için risk teşkil etmesi sebebiyle, durumun ilgili yerlere veya doğrudan üçüncü kişiye bildirilmesi bir zorunluluk hali sayılmakta ve sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmemektedir(Büyükay, 2004, s:390).

TCK md.280'de düzenlenen "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" yan başlıklı madde gereğince; hekimin mesleğini icra ederken bir suçun işlendiğine dair belirti ile karşılaşması halinde bu durumu ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün bir istisnası olup ihbar yükümlülüğünün ihlal ettiği takdirde cezai sorumluluğu doğmaktadır.ÖHT md.32'de ise "*Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar Güvenlik makamlarına derhal bildirilir.*" şeklinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiş; ancak TCK 280'den farklı olarak bildirim yükümlülüğü hekime değil, özel hastane mesul müdürüne yüklenmiştir(Erçeltik, 2011, s:96, "Deryal, (Hasta Sırrının Korunması), s.80").

Sır saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası olan yetkili mercii emrinin yerine getirilmesinde hekimin hastası ile ilgili bir davada tanıklık yapması ele alınmaktadır. Tanıklık vatandaşlık görevi olup, mahkeme tarafından çağrıldığında tanıklık etmek zorunludur. Ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 46. maddesi: *"b) Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler."* gereğince hekimler meslek icrası sebebiyle hastaları ve hasta yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler ile ilgili tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler. Belirtmek gerekir ki anılan kanunun 2. fıkrasında ilgili hastanın tanıklığa rıza göstermesi durumunda hekimin tanıklıktan çekinemeyeceğine hükmolunmuştur. Yine HMK'nın sır nedeniyle tanıklıktan çekinme yan başlıklı 249.maddesinde hekimlerin ilgili hastanın rıza göstermesi durumunda tanıklıktan çekinemeyeceklerine hükmolunmuştur.

Tanıklığa ilişkin hükümler bilirkişilik açısından da uygulanmaktadır. CMK'nın 70. maddesi "Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Bilirkişi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir." gereğince hekimin bilirkişilikten çekinme hakkı mevcuttur.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğini ispat külfeti hastaya aittir(Hatırnaz Erol, 2007, s.80). Sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlardan birinin bulunmaması ve hastanın kişilik hakları ihlal edilerek özel bilgilerinin açıklanması halinde özel hastane işleticisi sorumlu olacaktır.

2. GEREÇ ve YÖNTEM

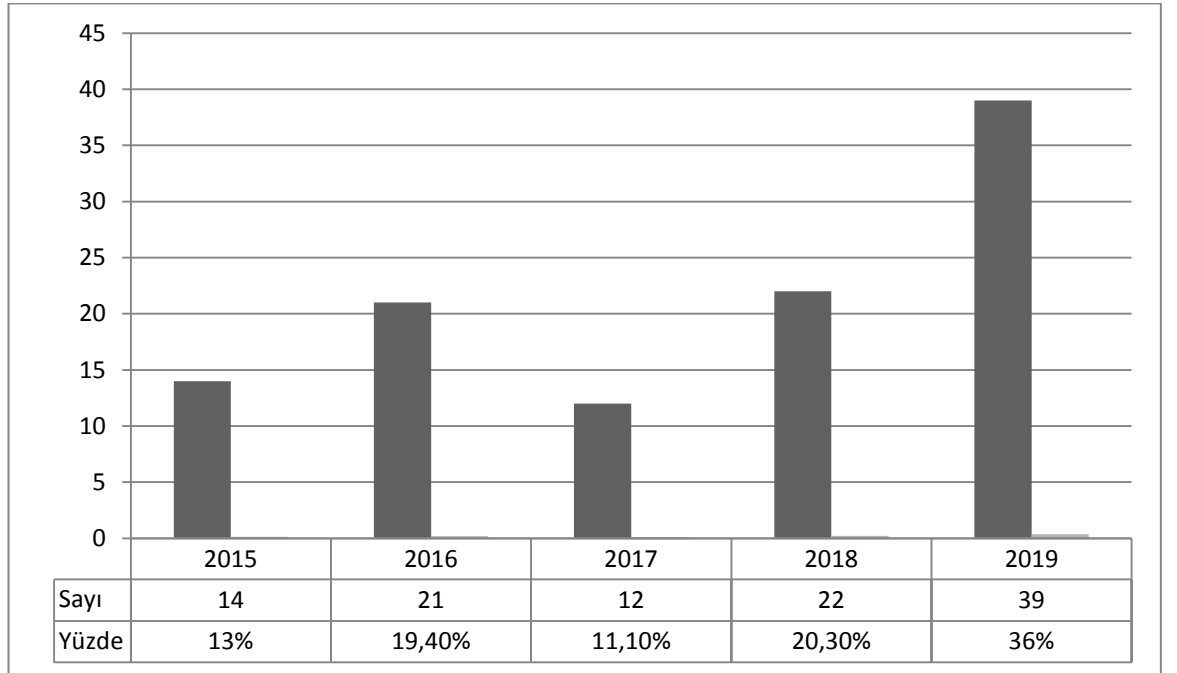
Çalışmamızda; Sinerji Hukuk Yazılımlarının ve Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı'nın internet siteleri üzerinden "hastane sorumluluğu", "hekim sorumluluğu", "özen yükümlülüğü", "aydınlatılmış onam" ve "aydınlatma yükümlülüğü" gibi anahtar kelimelerin aratılması sonucunda elde edilen Yargıtay kararlarına yer verilmiştir. Söz konusu kararlar içerisinde yer alan eski tarihli Yargıtay kararlarına ilgili konusunda yer verilmekle beraber, bulguların değerlendirilmesinde sınırlamaya gidilerek son beş yılı kapsayacak şekilde 2015-2019 yılları arasındaki kararlar ele alınmıştır. Her ne kadar son 5 yıllık süreçteki tıbbi malpraktis dava sayıları çalışmamızda yer verilenden daha fazlaysa da, mevzuat programlarından sadece Sinerji Hukuk Yazılımları ve Yargıtay Başkanlığı'nın internet sitelerinin verileri ve tez başlığımız dikkate alınarak, davalı konumunda özel hastane işleticisinin bulunduğu kararlar değerlendirme kapsamına alındığından kararlar ve dolayısıyla çalışmamız sınırlıdır.

Bulguların toplanmasında; kararların yıllara göre dağılımı, özel hastane işleticisinin tek başına veya müteselsil sorumlu olduğu durumlar, hekimle hastanenin birlikte davalı olarak bulunduğu durumlar, dosyalarda davalı hekim sayısı, hekimlerin uzmanlık alanı, hastaların şikayet nedenleri, kararların hangi mahkemeler tarafından verildiği, Yerel Mahkeme ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının türleri, Yargıtay kararlarının dağılımı, bozma kararlarının hangi taraf lehine olarak verildiği, Yargıtay bozma gerekçeleri, dosyalardaki rapor sayıları, raporların nereden alındığı dikkate alınacak başlıklar olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda bulguların özellikleri çeşitli şekil ve çizelgeler eşliğinde incelenmiştir.

3. BULGULAR

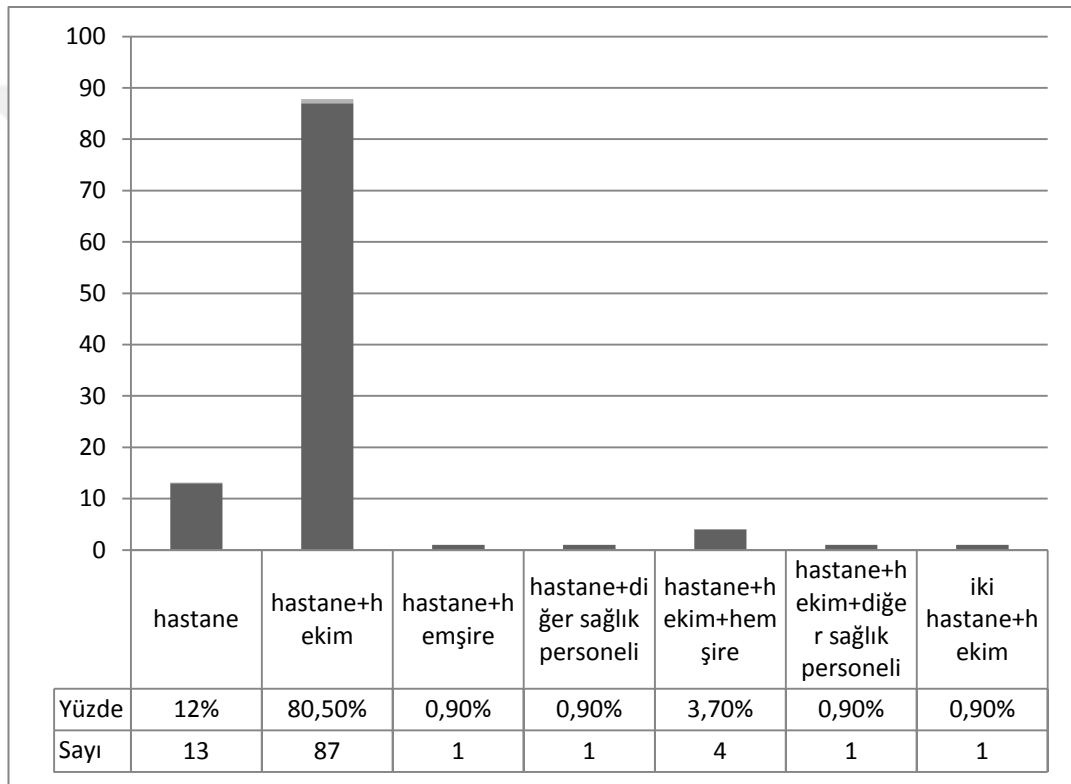
Çalışmamızda; karar tarihi 2015 yılı ile 2019 yılları arasında erişim sağladığımız Yargıtay kararları arasından çalışmamız kapsamında belirlemiş olduğumuz unsurları barındıran 108 karar değerlendirmeye alınmıştır. Çalışmamızda; özel hastanelerin hukuki sorumluluğu irdelendiğinden, Yargıtay kararlarında öncelikli unsur, özel hastane işleticisinin davalı olarak tazminat sorumluluğunun gündeme geldiği davalar olarak belirlenmiştir.

Tıbbi malpraktis iddiası ile hasta veya hasta yakınları tarafından hekime karşı açılan tazminat davalarında ciddi bir artış gözlemlenmekle, hekim ile beraber özel hastane işleticisine de sorumluluğun yöneltildiği davalarda da son yıllarda artış olduğu tespit edilmiştir. En fazla davaya 39 dava ile 2019 yılında rastlanmaktadır. Olgularımızın yıllara göre dağılımı Şekil 3.1’de verilmiştir.



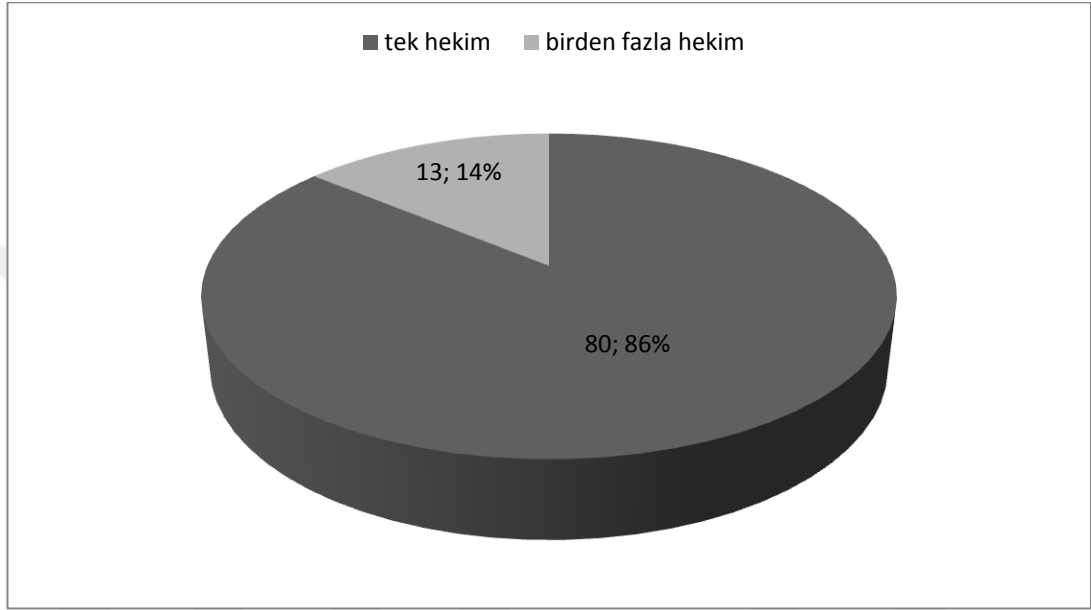
Şekil 3.1: Olguların yıllara göre dağılımı.

Çalışmamızın ön şartı olarak özel hastane işleticisinin yer aldığı davalar belirlenmiştir. Özel hastane işleticisinin tek başına davalı olduğu 13 dava bulunmaktadır. Müşterek ve müteselsil sorumluluğun bulunduğu hallerde; hekim, hemşire ve diğer personel ile birlikte çeşitli durumlarda davalı olduğu davalar bulunmakla beraber, 87 dava ile birlikte sorumlu oldukları belirtilerek en fazla hastane ve hekime birlikte yöneltilmiştir. Özel hastane işleticisinin tek başına ya da müteselsil sorumlu olduğu belirtilen davaların dağılımı Şekil 3.2’de verilmiştir.



Şekil 3.2: Özel hastane işleticisinin tek başına ya da müteselsil sorumlu olduğu belirtilen davaların dağılımı.

Hekim sorumluluğunun söz konusu olduğu toplam 93 dava dosyası incelendiğinde; tıbbi müdahalelerin %86'sının tek hekim tarafından gerçekleştirildiği, %14'ünün ise birden fazla hekim tarafından gerçekleştirildiği tespit edilmiştir (Şekil 3.3).



Şekil 3.3: Davalarda yer alan hekim sayısı.

Tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren hekimlerin branşları incelendiğinde ise en fazla davanın kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına karşı açıldığı görülmüştür. Kadın doğum uzmanını 14'er dava ile genel cerrahi ve plastik cerrahinin izlediği tespit edilmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın güncel yaklaşımı ile enjeksiyon nöropatisine ilişkin davaların arttığı ve enjeksiyona bağlı olarak 6 davanın bulunduğu tespit edilmiştir. Çalışmamızda enjeksiyon işlemleri hekim talimatı ile hemşire tarafından gerçekleştirildiğinden ayrı bir başlık altında verilmiştir. Vakaların uzmanlık alanlarına göre dağılımı Çizelge 3.1'de belirtilmiştir.

	Vaka Sayısı	%
Kadın Hastalıkları ve Doğum	27	23,68
Genel Cerrahi	14	12,28
Plastik Cerrahi	14	12,28
Göz	7	6,14
KBB	5	4,38
Ortopedi	5	4,38
Beyin Cerrahi	5	4,38
Acil***	3	2,63
Üroloji	2	1,75
Anestezi	3	2,63
Kalp ve Damar	2	1,75
Kardiyoloji	4	3,50
Çocuk	5	4,38
Çocuk Kardiyoloji	1	0,87
Cildiye	2	1,75
Radyasyon Onkolojisi	1	0,87
Göğüs Cerrahisi	1	0,87
Diş Hekimi	6	5,26
Enjeksiyon*	6	5,26
Sünnet**	1	0,87
Toplam	114	99,91

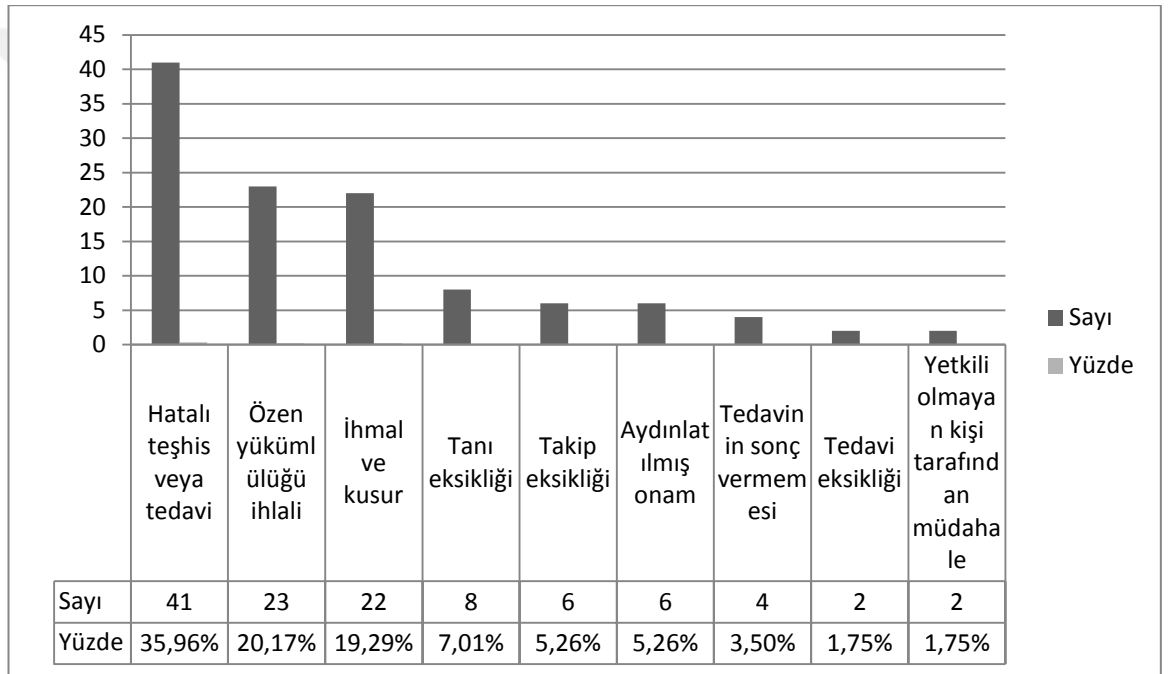
Çizelge 3.1: Vakaların uzmanlık alanlarına göre dağılımı.

* Enjeksiyon vakalarına acil başvuruları üzerine ve ameliyat sonrası yapılan enjeksiyon vakaları dahildir.

** Sünnet operasyonunu gerçekleştiren hekimin uzmanlık alanı belirtilmemiştir.

*** Acil servis başvurularında hekimlerin acil servis uzmanı veya pratisyen hekim olduğu hususu belirtilmemiştir.

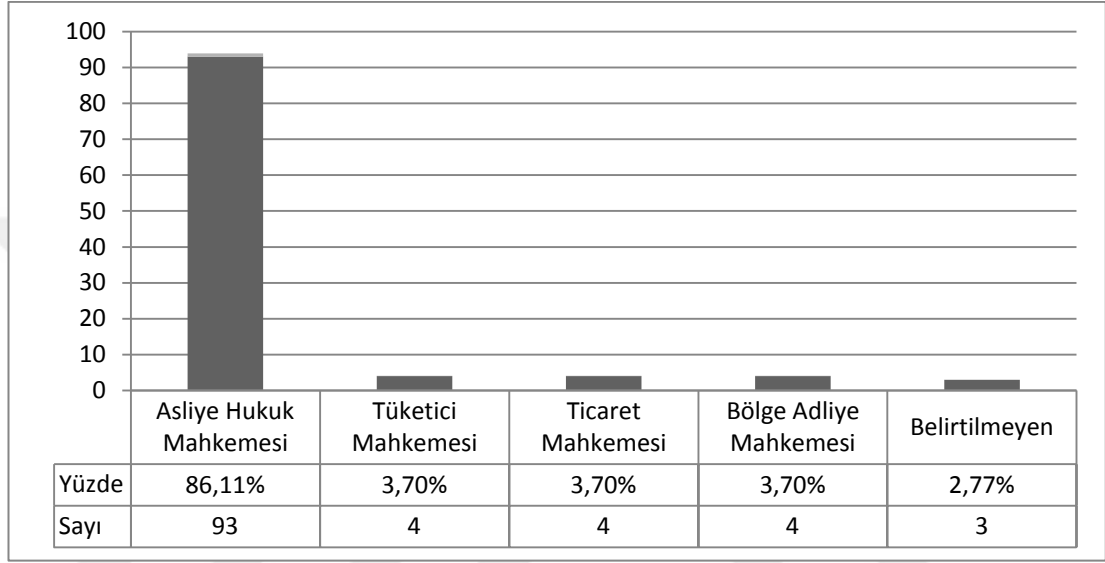
Hastaların hekimleri ve hastaneye karşı yönelttikleri tıbbi malpraktis davalarında şikayet sebepleri incelenmiş ve bu bulgulara şikayet sebebi olarak en çok hatalı teşhis ve tedavi yapıldığı iddiasına dayanılmıştır. Yakın tarihli Yargıtay kararlarında aydınlatılmış onam kavramının üstünde çok durulmasına rağmen; doğrudan aydınlatılmış onamın şikayet konusu yapıldığı 1 dosya bulunmakta, diğer dosyalarda ise aydınlatılmış onam ve özen yükümlülüğünün şikayet sebebi olarak yer aldığı 5 dosya olmak üzere hastalar tarafından aydınlatılmış onamın şikayet konusu yapıldığı toplam 6 dosya bulunmaktadır(Şekil 3.4).



Şekil 3.4: Hekim ve hastanenin şikayet sebepleri.

*Birden fazla şikayet sebebinin konu edildiği dosyaların bulunması sebebi ile toplam sayı dava sayısından fazla bulunmuştur.

Dava dosyalarının Yargıtay'daki sonuçlarını incelemeden önce ilk derece ve bölge adliye mahkemesinde dağılımları incelenmiştir. Davalara bakan ilk derece mahkemeleri arasında Asliye Hukuk Mahkemeleri %86,11 ile en çok karşımıza çıkan mahkemedir. Yargıtay'a intikal eden Bölge Adliye Mahkemesi dosyası ise, istinaf uygulamasının 20.07.2016 tarihinde başlamasından ötürü 4 vaka (%3,70) ile sınırlı sayıdadır (Şekil 3.5).



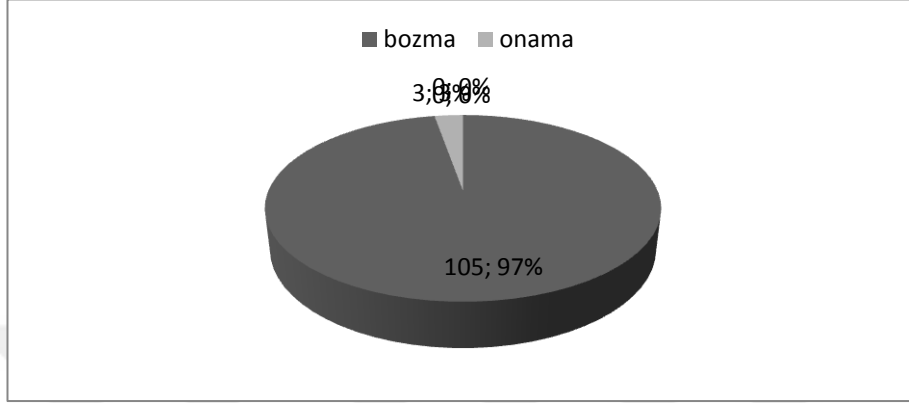
Şekil 3.5: Dava dosyalarının ilk derece ve bölge adliye mahkemesinde dağılımları.

İlk derece mahkemesi kararlarının %80,76'sı davanın reddi yönünde olup, red kararlarından 1 tanesi görevsizlik nedeni ile usulden red kararıdır. Yine ilk derece mahkemesi kararlarında sadece 1 tane kabul kararı bulunduğu tespit edilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında ise eşit olarak kısmen kabul, kısmen red ve red kararları verilmiştir (Çizelge 3.2).

	İlk Derece Mahkemesi		Bölge Adliye Mahkemesi	
	Sayı	%	Sayı	%
Red	84	80,76	2	50
Kısmen Kabul	19	18,26	2	50
Kısmen Red				
Kabul	1	0,96	-	-
Toplam	104	99,98	4	100

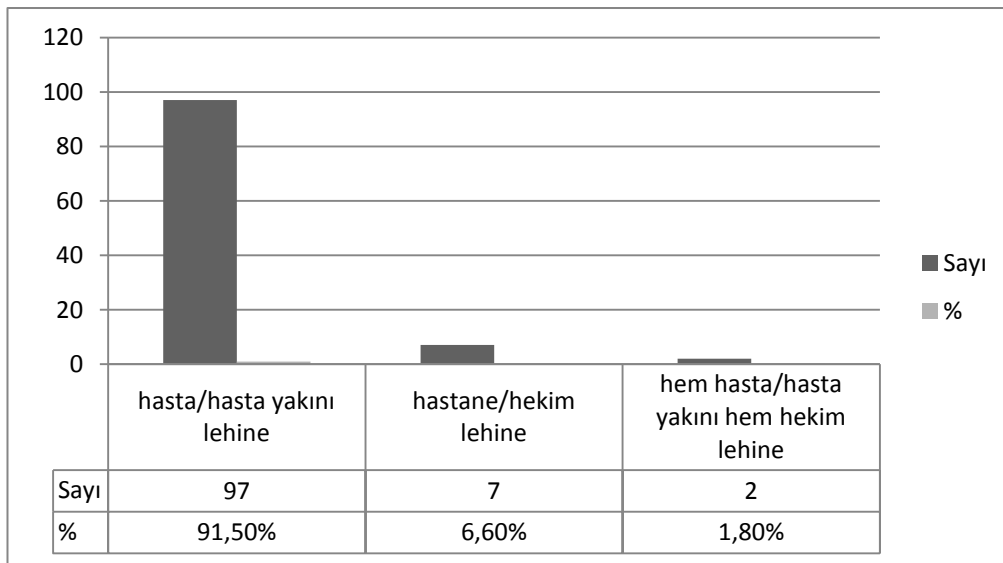
Çizelge 3.2: İlk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının türleri.

Yargıtay ise, çalışma kapsamına alınan kararlarının %97'si yönünden bozma, %3'ü yönünden onama kararı vermiştir. Onama kararlarının verildiği dava dosyaları incelendiğinde, dosyaların Bölge Adliye Mahkemelerine ait olduğu tespit edilmiştir (Şekil 3.6).



Şekil 3.6: Yargıtay kararlarının dağılımı.

Yargıtay kararlarının, genellikle hasta ve hasta yakını lehine bozulduğu gözlemlenmiştir. Bu veriler incelenirken öncelikle 1 tanesi kararın Anayasa ve HMK'ya aykırı olduğu ve 1 tanesi de ilk derece mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile bozulan 2 karar bu kapsam dışında bırakılarak hesaplama yapılmıştır. Dolayısıyla 106 karar bu kapsama alınmıştır. Kararların %91,5'i hasta ve hasta yakını lehine, %6,6'sı ise hekim lehine olacak şekilde bozulmuştur (Şekil 3.7).



Şekil 3.7: Yargıtay kararlarının bozulma durumu.

Yargıtay'ın kararlarının bozma gerekçesine Çizelge 3.3'te verilmiş olup; çoğunlukla eksik incelemeye dayanmaktadır. Bozma kararlarının %49,52'sinde bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz görüldüğü belirtilmiştir. Tıbbi müdahalenin "özen yükümlülüğüne uygun olup olmadığı, tıp biliminin kural ve gereklerine uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve tıbbi müdahalenin özelliğine göre değişen durumların" yeniden bilirkişi raporu ile açıklattırılması istenmiştir. Son yıllardaki yaklaşımla beraber, aydınlatma ve rıza yükümlülüğünün eksik ve yetersiz görülmesi Yargıtay kararlarında gözlemlenen ikinci sıradaki bozma gerekçesi haline gelmiştir.

Bozma Gerekçesi	Sayı	%
Bilirkişi raporları eksik/yetersiz	52	49,52
Aydınlatma ya da rıza formu eksik/yetersiz	22	20,95
Bilirkişi raporları çelişkili	10	9,52
Somut olaya uygun miktarda tazminata hükmedilmeli/tazminat miktarı az	5	4,76
Hekime kusur atfı yok	3	2,85
Rıza formunun celp edilmesi gerekir	2	1,90
Bilirkişi raporunda ilgili uzman bulunmuyor	2	1,90
Estetik açıdan hastanın beklentisi karşılanmadığından kusurlu olduğunun kabulü gerekir	2	1,90
Ceza yargılamasında kusur verilmemesi hukuk hakimini bağlamaz	2	1,90
Karar Anayasa'ya ve HMK'ya aykırı olarak gerekçesiz yazılmıştır	1	0,95
Görevsizlik kararı veren mahkeme görevlidir	1	0,95
Tedavi yöntemindeki kusur oranı dikkate alınarak tazminat hesaplanması yanlıştır	1	0,95
Hastadaki deformite tedaviden kaynaklanmadığından tedavi gideri talebinin reddi gerekir	1	0,95
Bilirkişi raporlarında verilen kusurun dikkate alınması gerekir	1	0,95
Toplam	105	99,95

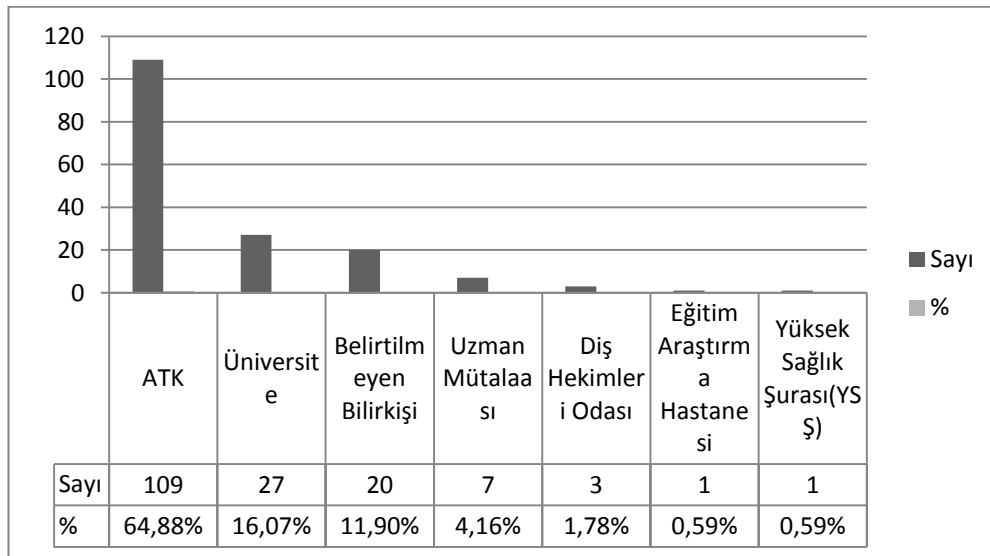
Çizelge 3.3: Yargıtay'ın bozma nedenlerinin dağılımı.

Kararlarda bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz olması, ilgili uzmanın bulunmaması ve raporlar arasındaki çelişki sebebi ile %60,94 bozma gerekçesi bilirkişi raporlarına dayandırıldığından, dava dosyalarında kaç rapor olduğu ve raporların nereden alındığı incelenmiştir. Buna göre dava dosyalarının 101'inde rapor alındığı tespit edilmiş, 7 tanesinde ise rapora ilişkin bilgi verilmemiştir. Genel olarak dosyalarda tek bilirkişi raporu bulunmakla beraber, 4 tane raporun bulunduğu 2 dosya da bulunmaktadır (Çizelge 3.4).

Rapor Sayısı	Sayı	%
Bir	53	49,07
İki	31	28,70
Üç	15	13,88
Dört	2	1,85
Belirtilmemiş	7	6,48
Toplam	108	99,98

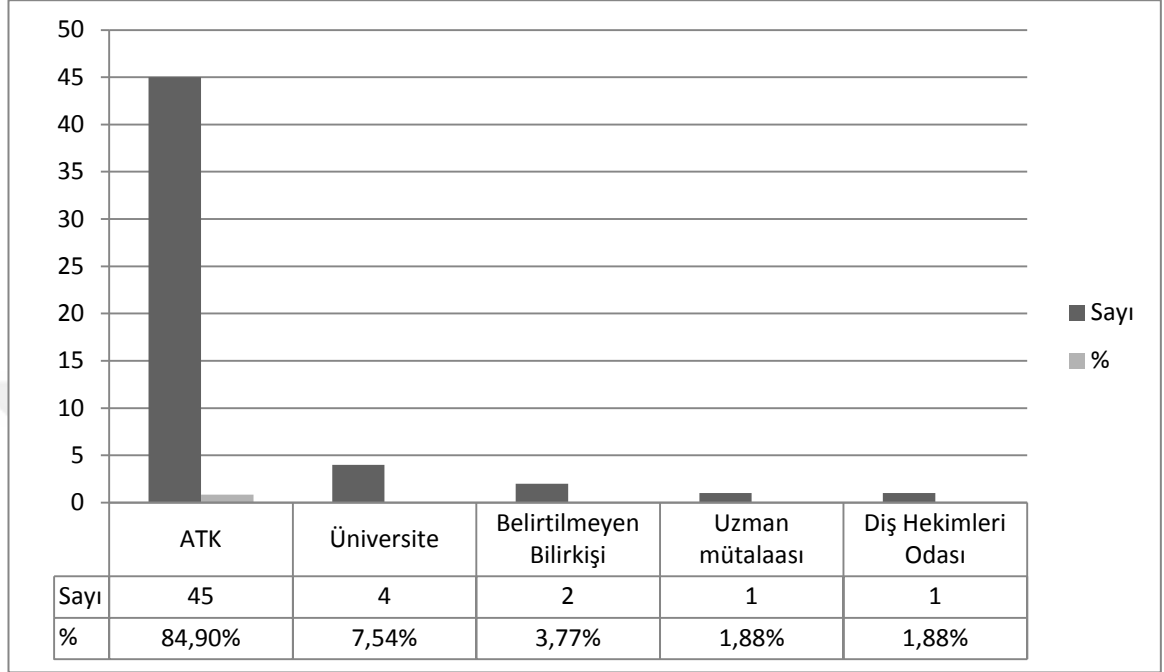
Çizelge 3.4: Dosyalardaki bilirkişi raporu sayısı.

Raporların hesaplanmasında sadece kusur raporları dikkate alınmış, maluliyet ve hesaplama ile ilişkin raporlar kapsam dışı bırakılmıştır. Toplam 168 rapor bulunduğu tespit edilmiştir. Raporların 109 tanesi Adli Tıp Kurumu'ndan(ATK) alınmıştır. ATK raporlarını üniversitelerden alınan raporlar izlemektedir (Şekil 3.8).



Şekil 3.8: Bilirkişi raporlarının alındığı yere göre dağılımı.

İlk derece mahkemelerince en çok ATK'dan rapor aldırıldığı görülmektedir. Yine tek raporun bulunduğu 53 dosyada tercihin genellikle ATK olduğu tespit edilmiştir (Şekil 3.9).



Şekil 3.9: Tek bilirkişi raporu bulunan dosyalardaki raporun alındığı yere göre dağılımı.

Birden fazla rapor alınan 48 dosyada, hangi kurumlardan birlikte rapor aldırıldığı incelendiğinde ise neredeyse dosyaların tamamında ATK raporu olduğu gözlemlenmiştir. Birlikte rapor aldırılan kurumlar arasında ilk sırada %35,41 ile ATK ve Üniversiteler yer almaktadır (Çizelge 3.5).

Birlikte Bulunma	Sayı	%
ATK+Üniversite	17	35,41
ATK+ATK(farklı kurul veya genel kurul)	11	22,91
ATK+Belirtilmeyen Bilirkişi	7	14,58
ATK+Uzman Mütalaası	4	8,33
Belirtilmeyen Bilirkişi+Belirtilmeyen Bilirkişi	2	4,16
ATK+Diş Hekimleri Odası	1	2,08
ATK+Eğitim Araştırma Hastanesi	1	2,08
Üniversite+Belirtilmeyen Bilirkişi	1	2,08
ATK+Üniversite+YSS	1	2,08
ATK+Üniversite+Uzman Mütalaası	1	2,08
ATK+Belirtilmeyen Bilirkişi+Uzman Mütalaası	1	2,08
ATK+Üniversite+Belirtilmeyen Bilirkişi+Diş Hekimleri Odası	1	2,08
Toplam	48	99,95

Çizelge 3.5: Birden fazla rapor alınan dosyaların kurumlara göre dağılımı.

4. TARTIŞMA

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de sağlık kurum ve kuruluşlarına ve sağlık çalışanlarına yöneltilen tıbbi malpraktis ile ilgili davalarda son yıllarda ciddi bir artış gözlemlenmektedir. Amerika'da ve ülkemiz dahil birçok Avrupa ülkesinde nüfus artış oranlarının üstünde tıbbi malpraktis iddialarının arttığı bilinmektedir. Tıbbi malpraktis iddialarında bu artış genel olarak hasta ve hasta yakınlarının sağlık sisteminden ve dolayısıyla sağlık çalışanlarından beklentilerinin artmış olması, hasta/hasta yakınları ve hekim/hastane arasında yaşanan iletişim eksikliği, ülkelerde izlenen sağlık politikaları, yazılı, görsel ve özellikle sosyal medyanın konunun üzerine tek taraflı ve fazlaca gitmesi ve buna bağlı olarak toplum hassasiyetinin artması, bazı avukatların sağlık hukukuna ilişkin özellikle tıbbi malpraktis davalarını özel ilgi ve çalışma alanı olarak belirlemeleri ve hasta/hasta yakınları ve avukatların parasal beklentilerini üst düzeyde karşılayan davalardan olması sebep olarak gösterilebilir(Hakeri, 2013, s:21.).

Yargıtay'da karara bağlanan dava dosyaları incelendiğinde; 2010'lu yılları başından itibaren artış grafiği gözlemlenmektedir. Belirtmek gerekir ki yapılan düzenlemeler ile 20.07.2016 tarihinden itibaren Bölge Adliye Mahkemeleri'ne yapılacak istinaf başvuru yolu hukukumuzda kazandırılmıştır. Dava dosyaları incelendiğinde Yargıtay'da karara bağlanan dava sayısının en düşük 2017 yılında olduğu gözlemlenmektedir. Karar sayılarındaki bu düşüşün istinaf uygulamasından kaynaklandığı düşünülebilir. Şeker'in (Şeker, 2019, s:40) çalışması incelendiğinde; 2016'da 15 dosya karara bağlanmışken, düzenlemeden sonra 2017'de 7 dosyanın karara bağlandığı görülmektedir. Ancak 2018 ve 2019 verilerine baktığımızda , söz konusu düzenlemeye rağmen, Yargıtay dava dosyalarında azalma değil, artış gözlemlenmiştir. Çalışmamızda da karara bağlanan dava dosyalarının 2017'den sonra düzenli olarak arttığı ve en çok kararın 39 karar ile 2019 yılında verildiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki tezimizde özel hastanelerin hukuki sorumluluğu incelendiği için, kararların değerlendirilmesinde ön koşul olarak özel hastanelerin yer alması unsuru belirlenmiş ve özel hastane ve özel hastane ile beraber sağlık çalışanların birlikte davalı olduğu dosyalar çalışma kapsamına alınmıştır. Bu doğrultuda sadece hekimin yer aldığı dosyalara yer verilmemiştir. Özel hastanelere yöneltilen sorumluluk yine son yıllarda artış göstermekteyse de, hekim sorumluluğuna göre sınırlı sayıdadır. Hasta/hasta yakınları tarafından açılan davalar daha çok hekime yöneltilmektedir. Nitekim 2018 yılında yapılan bir çalışmaya göre; (Kırtıçoğlu, 2018, s:44) Yargıtay'ın karar verme yılları incelendiğinde, 2015 yılında 113, 2016 yılında 116 ve 2017 yılında 45 dosya tespit edilmiştir. Çalışmalarımızın kıyaslaması yapıldığında ön sınırlama konulmadan değerlendirmeye alınan tıbbi malpraktis iddialarının daha fazla olduğu, hastane sorumluluğuna daha az hekim sorumluluğuna ise daha çok başvurulduğu görülmektedir. Yine özel hastane işleticisinin sorumluluğu incelendiğinde; hastanenin tek başına sorumlu olduğu dosya sayısı sınırlı sayıda olup; genellikle özel hastane işleticisi ve hekim sorumluluğuna birlikte yer verilmiştir.

Hekimlerin uzmanlık alanlarına bakıldığında; en çok kadın doğum ve hastalıkları, genel cerrahi ve plastik cerrahi uzmanı hekimlerin şikayet edildiği görülmektedir. Kırtıçoğlu'nun çalışmasında; çalışmamıza benzer olarak en çok şikayet edilen hekimlerin kadın doğum uzmanı olanlar olduğu görülmekle beraber, çalışmamızdan farklı olarak Kırtıçoğlu'nun çalışmasında plastik cerrahi uzmanı hekimlerin şikayet edilme yüzdesi %4 iken, bizim çalışmamızda %12,28 olarak bulunmuştur (Kırtıçoğlu, 2018, s:36). Söz konusu durumun; Kırtıçoğlu'nun çalışmasının 2010-2017 yılı arasındaki kararları kapsamından ve estetik müdahalelerin son yıllarda daha yaygın ve çok gerçekleştirilmesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Nitekim çalışmamıza benzer olarak 2006-2019 arasında yapılan Şeker'in çalışmasında, %17,1 ile en çok plastik cerrahi uzmanı hekimin şikayet edildiği görülmüştür (Şeker, 2019, s:41). Acil servis hekimlerinin şikayet edilmesi bakımından da Kırtıçoğlu ile çalışmamız arasında farklılıklar bulunmakta; bizim çalışmamızda acil servis hekimlerinin şikayet yüzdesi %2,63 ise

de, Kırtıçoğlu'nun çalışmasında kadın doğum ve hastalıkları uzmanı hekimden sonra en çok şikayet edilen ikinci alan olarak %20,1 ile acil servis hekimleri yer almaktadır (Kırtıçoğlu, 2018, s:36). Bu durumun ise, Kırtıçoğlu'nun çalışmasında ön sınırlama getirilmeden tüm sağlık çalışanları ve kurumlarının dahil olduğu tıbbi malpraktise ilişkin hukuk ve ceza dosyalarına yer verilmişken, çalışmamızın ön sınırı olarak özel hastanelerin yer aldığı hukuk davalarının belirlenmiş olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bu durum özel hastanelerde belirli uzmanlık alanları daha yoğun yer almakla birlikte acil servis hizmetlerinin Kamu hastanelerine oranla daha düşük olmasından kaynaklanıyor olmalıdır.

Hekim ve hastanenin hukuki sorumluluğu birbirine benzer şekilde; sözleşme öncesi, sözleşmesel, haksız fiil ve vekaletsiz iş görmeye dayanmaktadır. Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki genellikle sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır (Er, 2019, s:75; Erçeltik, 2011, s:116 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:26.). Özel hastanede yatırılarak veya ayakta tedaviye bağlı olarak hasta ile hastane arasındaki sözleşme ilişkisinin değişkenlik gösterdiği(Doğan M, 2015, s:23) ve ayakta tedavi halinde hasta ile hastane arasında vekalet sözleşmesinin kurulduğu söylenirken; hastanın muayene, gözlem veya tedavi amacıyla hastaneye yatışının yapıldığı durumlarda ise aradaki ilişki hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır (Ayan, 1991, s:133; Doğan M, 2015, s:23 ve Özdemir, 2004, s:84.) Doktrinde yataklı tedavi kurumları ve ayakta tedavin hizmetinin verildiği kuruluşların hepsini kapsayacak şekilde aradaki sözleşmeyi teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak adlandıran yazarlar(Özdemir, 2004, s:51) bulunmaktaysa da, bizim de katıldığımız genel kabul gören görüşe göre sözleşmenin hastaneye kabul sözleşmesi olduğu yönündedir.

Hastanenin sorumluluğu; hekim, hasta ve hastanenin sözleşmesel ilişkisine göre değişmekte ve sözleşme de tedaviyi yürüten hekimin ve hastanenin rolüne göre çeşitlenmektedir(Doğan M, 2015, s:25). Tıbbi malpraktis iddiasında öncelikle ortayı konması gereken hangi sözleşme türünün uygulama alanı bulacağı ve kimin sözleşmesel sorumluluğuna gidileceği hususudur. Hastaneye kabul sözleşmeleri

olarak adlandırılan bu sözleşmeler, taraflarını özel hastane ile hastanın oluşturduğu ve edimin hastanın yatırılarak teşhis, tedavi ve bakımının sağlanması olan sözleşmelerdir(Ayan, 1991, s:131-133; Erçeltik, 2011, s:116; Demir, 2010, s:150-153; Doğan C, 2014, s:180; Durak, 2014, s:148; Gözpınar Karan, 2015, s:35-36; ve Hatırnaz Erol, 2007, s:25-26). Hastaneye kabul sözleşmeleri, Yargıtay kararlarında pek fazla yer almamakla beraber, tam hastaneye kabul ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır(Ayan, 1991, s:134). Tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastanenin tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğüne ilave olarak yedirme, içirme, barındırma ve hastane bakımından doğan tüm yükümlülükleri yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır(Ayan, 1991, s:133; Er, 2019, s:76.). Hastanın teşhis ve tedavisinden kaynaklanan sorumluluk hastaneye ait olup, hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır (Ülker, 2017, s:37.). Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise, hastane ve hekimle ayrı ayrı akdedilen iki farklı sözleşme bulunmaktadır(Ayan, 1991, s:137; Er, 2019, s:76 ve Gözpınar Karan, s:50.). Sözleşmeler kapsamında hastane hastanın yedirme, içirme ve bakımından sorumlu iken, hekim ise teşhis ve tedavisinden sorumludur. Tam hastaneye kabul sözleşmelerinde hekim ifa yardımcısı konumundayken, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde teşhis ve tedavinin doğrudan ifa yükümlüsüdür. Dolayısıyla tam hastaneye kabul sözleşmelerinde hastane hekim kusuru nedeni ile adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olmakla beraber, doğrudan hekim sorumluluğu söz konusu olmayıp, hekimin sözleşmesel sorumluluğuna değil, koşulları olduğu takdirde haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise hekim ve hastane arasında istihdam ilişkisi olup olmadığına bakılmaksızın, hekim teşhis ve tedaviden, hastane ise yedirme, içirme, bakım gibi hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmalıdır. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde taraflardan birine kusur yüklenmesi doğrudan diğer tarafı da sorumlu yapmayacaktır. Hekime teşhis ve tedavide kusur atfedilmesi halinde, hastane kendi yükümlülüklerini gereği gibi ifa ettiği takdirde hastanenin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ancak Yargıtay kararlarında bu ayırım pek yapılmadan sorumluluğa hükmedilmektedir. Aradaki sözleşmenin tam hastaneye kabul mü yoksa bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi mi olduğunun tespiti yapılmamaktadır. Hasta, hekim ve hastane tarafından sözleşmenin kuruluş şekli dikkate alınmadan birlikte

sözleşmesel sorumluluğun olduğu yönünde karar verilmektedir. Dava dosyaları incelendiğinde, dosyaların çoğunluğunun hastaneye tam kabul sözleşmesi şeklinde akdedilen sözleşmelerden oluştuğu, sınırlı sayıda bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olduğu görülmektedir. Buna rağmen Yargıtay, hastaneye kabul sözleşmelerinden bahsetmeden, hasta ile hekim arasında kurulmuş bir sözleşme olmamasına rağmen, hekimin hastaya karşı vekalet sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu tutulmasına hükmetmektedir.

Yargıtay 4 HD. 2003/1529 E., 2003/11279 K. ve 07.10.2003 tarihli kararında: *"davacı ile davalı arasında yapılan görüşme sonunda, davacı anılan davalının önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryenle doğum davalı tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekalet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisinde kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekaleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket doktorla birlikte sorumludur."* diyerek bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olduğu, hekim tarafından hastaneye getirilen hastanın zarar görmesi halinde, hekim ile hastanenin birlikte sorumlu olacağına hükmetmiştir. Söz konusu ilişkide bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi mevcut olup, hastanenin teşhis ve tedaviden sorumlu olmayacağı açıktır. Yine hekim hastanenin çalışanı konumunda olmadığından adam çalıştırmanın sorumluluğuna da gidilemeyecektir. Yargıtay 13 HD. 2002/12696 E., 2002/13931 K. ve 24.12.2002 tarihli kararında ise; *"Toplanan delillerden davacıların yatanları M. N.'ın davalılardan Dr. Z. H. E.'un muayenehanesinde muayene olduğu, anılan doktor tarafından ameliyata karar verildiği, bu ameliyatın diğer davalı şirkete ait hastanede gerçekleştirildiği, davalı şirketin diğer davalı doktorun BK. 55. maddesinin öngördüğü anlamda istihdam edeni olmadığı, bu nedenle anılan*

şirketin istihdam eden sıfatı ile sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla birlikte..." diyerek aralarında istihdam ilişkisi bulunmayan hekim ile özel hastane işleticisinin beraber davalı olduğu dosyada, hekimin kendi hastasına yapacağı tıbbi müdahale yönünden, özel hastanenin imkanlarından yararlanılsa dahi meydana gelen zarardan özel hastanenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Ancak hastanenin sorumluluğu sadece istihdam edenin sorumluluğu ile sınırlı değildir. Hastaneye kabul sözleşmeleri teşhis ve tedavi yanında birtakım yan yükümlülükleri de içermektedir. Nitekim bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde her ne kadar teşhis ve tedaviden hastane sorumlu değilse de, yedirme, içirme, bakım gibi hizmetlerden sorumludur. Bu sebeple bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi söz konusu olduğunda taraf edimlerinin ayrı ayrı ifasında kusur incelemesi yapılması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında hasta ve hastane arasındaki sözleşme, türü belirtilmeden genel olarak vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Söz konusu yaklaşım hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak hastaneye kabul sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Hastaneye kabul sözleşmelerine TBK'da açıkça yer verilmediğinden(Er, 2019, s:77), bu sözleşme tipinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, sui generis bir sözleşme ve karma sözleşme olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur(Ayan, 1991, s:140; Hatırnaz Erol, 2007, s:28-39.).Yargıtay ise 13 HD. 16/10766 E., 19/10896 K. ve 06.11.2019 tarihli "*Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md)(TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.*" şeklindeki kararı ile aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesine dayandığı görüşünü benimsemiştir. Ancak hastanenin, teşhis ve tedavi yükümlülüğünün yanı sıra, hastayı barındırma, yedirme, içirme ve hastane bakımı gibi hizmetleri sağlama yükümlülüğü de bulunduğundan,

hastaneye kabul sözleşmesi birden fazla yükümlülük içermekte ve bu yükümlülüklerin birden fazla sözleşmenin unsurlarını taşımaktadır(Gözpınar Karan, 2015, s:44-45). Doktrinde (Demir, 2010, s:155; Durak, 2014, s:152; Gözpınar Karan, 2015, s:43 ve Hatırnaz Erol, 2007, s:39.) ; hastaneye kabul sözleşmeleri kapsamında hastaya oda verildiğinden kira, ilaç, tıbbi malzeme ve gıda sağlama açısından satım, tedavi yönünden vekalet ve genel hastane bakımına ilişkin hizmetler bakımından hizmet sözleşmesinin unsurlarını barındırdığı ve karma kombine sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği söylenmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; hastaneye kabul sözleşmesinin bir dizi edimi bünyesinde barındırdığı gözetilerek, karma kombine sözleşme kabul edilmesi ve hizmet, satım, kira ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanma alanı bulması gerekmektedir.

Yargıtay, tıbbi müdahaleleri genel olarak vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirmekteyse de, belirli bir sonuca yönelik olarak gerçekleştirilen estetik ameliyatlara, protez ve köprü yapımı gibi müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay 3. HD. 2015/12079 E., 2015/19759 K. ve 07.12.2015 tarihli kararına *"Davaya dayanak yapılan maddi olgu, yüz gerdirme estetik ameliyatı yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında TBK.nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır."* diyerek bu hususu belirtmiştir. Müdahale belirli bir sonuca yönelik olarak gerçekleştirilmiş olsa dahi, sonucun garanti edilmesi, mesleğin doğası, tıbbın öngörülemezliği, hasta özellikleri dikkate alındığında makul değildir. Doktrinde; estetik amaçlarla yapılan tıbbi müdahaleler de dahil olmak üzere, tıbbi müdahalenin asıl amacının tedavi olduğu ve sonucun her halükarda garanti edilemeyeceğinden bahisle bu müdahalelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır(Özay, 2006, s:42-45). Gerçekten de müdahalenin salt estetik amaç ile yapılmış olması müdahalenin komplikasyonlarını veya olası risklerini ortadan kaldırmamaktadır. Septum deviasyonu ameliyatı ile estetik burun ameliyatı arasında fark bulunmamakta, her iki ameliyatta da hastanın ve hastalığın durumu gibi

hekimin elinde olmayan birçok faktör etkili olmaktadır. Her iki ameliyatın da başarısızlıkla sonuçlanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim hekimlik mesleği doğası gereği sonucun garanti edilmesi mümkün değildir. TDN ve şifa garantisi yasağı dikkate alındığında zaten hekimden sonucun garanti etmesini beklemek mümkün değildir. Hekimi, öngörülenden ve yüklenebileceğinden daha fazla sorumluluk altına sokmak anlamına gelmektedir. Kanaatimizce; eser sözleşmesi yaklaşımının bırakılarak, tüm tıbbi müdahalelerin vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda hasta/hasta yakınlarının şikayet sebepleri incelendiğinde, 41 dosya (%35,96) ile teşhis veya tedavinin hatalı olduğundan bahisle davaların açıldığı görülmektedir. Hatalı teşhis veya tedavi sebebini 23 dosya (%20,17) ile özen yükümlülüğünü ihlal ve 22 dosya-(%19,29) ile ihmal ve kusur izlemektedir. Kırtışoğlu'nun çalışmasında, hastaların şikayet nedenlerinin %44,6 ile en çok tedavi eksikliği/hatasından ve %39,9 ile ilgisizlik/özensizlikten kaynaklandığı görülmektedir(Kırtışoğlu, 2018, s:38). Kırtışoğlu'nun çalışmasında, tanı eksikliği/hatası %6,9 ve hatalı tanı ve tedavi %2,2 olarak belirtilmişse de; çalışmalar arasındaki farklılık, bizim çalışmamızda hata ve eksiklik birbirinden ayrı değerlendirilerek hatalı teşhis ve tedavi, tedavi eksikliği, tanı eksikliği olarak ayrı ayrı başlıklara yer verilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu ayırım yapılmadan eksiklik/hata birlikte değerlendirildiği takdirde, elde ettiğimiz sonuçların Kırtışoğlu'nun çalışması ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Hasta ve/veya yakınlarının şikayet sebeplerinin incelendiği çalışmalarda; şikayetlerin yarısından fazlasının temelinde hasta hekim ilişkisindeki iletişim eksikliğinin yer aldığı tespit edilmiştir. müdahale sonucunda ortaya çıkan zarar hekim hatasından değil de, komplikasyondan da kaynaklansa dahi, doğru ve etkili iletişim kurulamadığından hasta/hasta yakınlarında hekim hatasının örtülmek için hastanın geçirildiği, yeterince ilgi gösterilmediği, ilgisiz, özensiz davranıldığı izleniminin oluşturulduğu görülmektedir.

Hastaların bu şikayetlerini değerlendiren Yerel Mahkeme davalarının %80,76'sında hekimin ve hastanenin kusurlu olmadığına kanaat getirerek davanın reddi yönünde karar vermiştir. Red kararları incelendiğinde, dosyalar kapsamında genellikle ATK'dan olmak üzere en az 1 bilirkişi raporunun bulunduğu, bilirkişi raporu ile hekime veya hastaneye kusur atfedilmediği ve Yerel Mahkemenin de bu bilirkişi raporuna dayanarak davaları reddettiği tespit edilmiştir. Kararlar esastan red kararı olmakla, 1 tanesi görevsizlik nedeni ile usulden red kararıdır. Yerel Mahkemenin hastanın taleplerini kabul ettiği sadece 1 dosya bulunmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi ise 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçtiği için 4 dosya ile sınırlı kalmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında ise eşit olarak 2 kısmen kabul ve 2 red kararı verildiği görülmektedir.

Yerel Mahkemeler arasında Asliye Hukuk, Tüketici, Ticaret Mahkemelerinin yer aldığı görülmekte ve %86,11 ile en çok karşımıza Asliye Hukuk Mahkemeleri çıkmaktadır. Her ne kadar dava dosyalarının görüldüğü Yerel Mahkemelerin yer aldığı davaların ağırlıklı olarak Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yargılamasının yapıldığı görülmekteyse de, söz konusu durum Asliye Hukuk Mahkemelerinin genel mahkeme sıfatıyla davalara bakmasından kaynaklanıyor olabilir. Ancak Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına ve arada ilişki vekalet sözleşmesi ilişkisi olmakla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun md 3/1- K, L ve md 73/1 gereği tıbbi malpraktis nedeni ile görülecek davalarda Tüketici Mahkemeleri görevlidir.

Yargıtay'ın, Yerel ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları yönünden %97 bozma, %3' ise onama kararı verdiği görülmektedir. Yargıtay onama kararlarının, Bölge Adliye Mahkemelerine kararların onanması şeklinde olduğu tespit edilmiştir. Yargıtay bozma kararları incelendiği %91,5 hasta lehine bozulduğu, Yerel Mahkemenin red kararlarının kaldırıldığı görülmektedir.

Yargıtay tarafından son yıllarda en çok üstünde durulan ve bozma sebepleri arasında yer alan bilirkişi raporunun yetersiz görülmesinden sonra ikinci sırada yer alan, aydınlatılmış onam kavramı aslında hastalar tarafından doğrudan şikayet konusu edilmemektedir. 22 dosyada aydınlatma ya da rızanın yetersiz olduğundan bahisle Yerel Mahkeme kararı bozulmuşsa da, hasta/hasta yakınlarının şikayet sebebi olarak aydınlatılmış onama dayandığı toplam 6 dosya bulunmakta ve bu dosyaların 5 tanesinde aydınlatılmış onam ve özen yükümlülüğünün ihlaline beraber dayanılmışken, doğrudan aydınlatılmış onama dayanılan sadece 1 dosya bulunmaktadır. Sayılardaki bu uyumsuz durum, dava dosyaları kapsamında alınan raporlar ile hekime tıbben kusur atfedilmeyince hasta/hasta yakınları ve vekillerinin sonradan Yargıtay'ın yaklaşımını dikkate alarak, hekimin aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden kusurlu olduğunu iddia etmelerinden kaynaklanmaktadır.

İşbu davalar basit yargılama usulüne tabi olup; HMK'nın 317 maddesinin 3. fıkrasına göre tarafların replik/düplik verme olanakları bulunmamaktadır. HMK'nın 319. maddesi gereğince, dava dilekçesinin verilmesi ile iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlamaktadır. Dolayısıyla aydınlatma veya rızaya ilişkin herhangi bir ihlale yer verilmeden; davacı tarafça dava dilekçesinde hekimin hatalı teşhis veya tedavi gerçekleştirmesine dayanılarak zararın tazmini talebinde bulunulan davalarda, davacının dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine dayanmasına madde hükmü gereğince itibar edilmemesi gerekmektedir. Dava dilekçesinde dayanılmayan vakıanın yasağa takıldığından sonradan iddia edilmesi mümkün olmayıp, inceleme konusu yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Hastanenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden biri, tıbbi malpraktis iddialarında Yargıtay'ın son yıllardaki yaklaşımı ile önemi artan aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğüdür. Aydınlatmanın temelinde hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sağlanması ile hekim tarafından hastaya verilecek bilgiler doğrultusunda

hastanın tıbbi müdahaleye serbest iradesi ile karar verebilmesinin sağlanması düşüncesi yer almaktadır(Ayan, 1991, s.71). Hekimin hastayı veya kanuni temsilcisini gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin; biçimi, türü, acilliği, riskleri, yan etkileri ve müdahale edilmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel sonuçları konusunda aydınlatması gerekmektedir. Aydınlatma mümkün oldukça tıbbi terimlere yer verilmeden(Erman, 2003, s:104-105), hastanın eğitim düzeyi, zeka seviyesi ve hastalıkları sebebi ile edindiği tecrübeler dikkate alınarak bulundurulurarak gerçekleştirilmelidir(Şenocak, 1998, s:50). Aydınlatma hekim tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olup, yükümlülüğünü ifasında herhangi bir şekil şartı bulunmamakta, aydınlatma sözlü veya yazılı olarak gerçekleştirilebilmektedir. Hukukumuzdaki mevcut düzenlemelerde yazılılık şartı aydınlatma yönünden değil, rıza yönünden aranmaktadır.

Aydınlatma, geçerli bir rıza için ön koşul olup(Hakeri, 2013, s:159); Yargıtay 4. HD. 1976/6297 E., 1977/2541 K. ve 07.03.1977 tarihli kararında *"Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarıyla ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır."* denilerek bu husus belirtilmiştir. Rıza, kişinin tıbbi müdahaleyi bilgilendirildikten sonra serbest iradesiyle kabul etmesini ifade etmektedir.

Aydınlatma gibi rıza için de herhangi bir şekil şartı bulunmayıp; hukukumuzda belirtilen istisnai durumlar dışında sözlü olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. TŞSİDK md.70 *"Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır."* hükmü gereğince büyük cerrahi müdahalelerde ve organ ve doku nakli ile tıbbi araştırmalar ile ilgili olarak alınacak rızanın yazılı olması aranmaktadır. Hukukumuzda rızanın yazılı olması gerektiği yönünde başkaca bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay 13. HD. 2016/23372 E., 2019/12469

K. ve 12.12.2019 tarihli enjeksiyon nöropatisine ilişkin kararında: *"ortaya çıkan hasarın komplikasyon olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Mahkemece, davacıların yapılan enjektör öncesi, enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ve davacıların bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına ilişkin aydınlatılmış onam düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılarak, aydınlatılmış onamın alındığına dair ispat külfetinin davalı üzerinde olduğu da gözetilerek, hasıl olacak sonucu göre bir karar verilmesi gerekirken."* denilerek enjeksiyon işlemi için hastanın yazılı onamının alınması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın son yıllarda enjeksiyon nöropatisine ilişkin verdiği kararların hukukumuzda dayanağı bulunmamaktadır. Enjeksiyon uygulamasının hastaya zorla, rızası hilafına yapılması mümkün değildir. Rıza açıklaması zımnen de gerçekleştirilebileceği gibi, hastanın iğne için kolunu uzatması veya kalçasını açması müdahaleye rıza gösterdiği anlamına gelmektedir(Hakeri, 2013, s:161). Kanaatimizce; daha önce enjeksiyon yaptırmış veya düzenli aralıklarla kalçasından enjeksiyon yaptıran hastanın, müdahaleye ilişkin yeterli bilgi ve tecrübe sahibi olduğunun kabulü ile her enjeksiyon işlemi öncesinde aydınlatılmasına da gerek yoktur. Belirtmek gerekir ki aydınlatmanın herhangi bir şekil şartı bulunmamakta, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Hukukumuzda aydınlatılmış onamdan bahsedilen; Hasta Hakları yönetmeliği md.7, 15, 31, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.14, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.26 ve Biyotıp Sözleşmesi md.5'te aydınlatma yani bilgilendirmenin yazılı olarak yapılmasına yönelik bir ibare bulunmamaktadır. Aksine HHY md. 18'de *"Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir."* hükmü yer almaktadır. TŞSTİDK 70. maddesinde *"Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır."* belirtildiği üzere yazılılık unsuru sadece büyük cerrahi operasyonlar için aranmaktadır. Karara konu enjeksiyon gibi tıbbi müdahalelerde ise yazılılık unsurunun kanunda yeri olmadığı gibi, Sağlık Bakanlığı tarafından "Enjeksiyon Uygulamaları Hakkında" yayınlanan 10.06.2019 tarih 14500235-401.99-872 sayılı genelge ile "enjeksiyon uygulamalarında hastaların sözel olarak bilgilendirilmesinin yeterli olduğu" tebliğ edilmiştir. Bakanlık genelgesinde de belirtildiği üzere,

enjeksiyon uygulaması kanunda öngörülen yazılılık şartlarından olmayıp, sözel aydınlatma yapılması yeterlidir. Aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından yerine getirildiğinin her türlü delil ile ispatlanması mümkündür. Nitekim aydınlatılmış onamın yazılı olması ispat yönünden aranmakta olup, yükümlülüğün yerine getirildiği hastane ve hekim üzerindedir. Ancak yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen; Yargıtay'ın enjeksiyon ile ilgili aydınlatmanın ispatı için onam formu araması hastane ve hekimin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmektedir.

Enjeksiyon nöropatisi kararında belirtildiği üzere; Yargıtay hastanın komplikasyonlar açısından aydınlatılmasını beklemekte, komplikasyon aydınlatılmasının yapılmamasını ise tıbbi kusur olarak saymaktadır. Hekimin gerçekleşme olasılığı bulunan komplikasyonları hastasına anlatmak yükümlülüğü olmakla birlikte, Yargıtay kararlarında komplikasyon aydınlatmasının hangi sınıra kadar yapılacağı belirtilmemektedir. Bu sınırın takdiri hekime bırakıldığı takdirde, meydana gelmesini somut olayın özelliklerine göre, olası görmeyen hekimin komplikasyon aydınlatmasının yerine getirilmediğinden ötürü sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Ancak Yargıtay bu konuda uygulanabilir bir ölçüt sağlamaktan uzak, komplikasyon aydınlatmasını hekim aleyhine geniş yorumlayarak belirsiz hale getirmektedir. Sözleşmesel yükümlülüklerin bir anlamda genişletilmesi anlamına gelen bu durum uygulamada hekimlerin kusursuz sorumluluğuna doğru evrilmektedir. Bu noktada hekimlerin de defansif tıbbı eğilimleri başlamakta ve sağlık hizmetinin sunumunda aksaklıklar görülmektedir.

Yine Yargıtay'ın aydınlatılmış onam ile ilgili verdiği kararlarında; aydınlatma veya rızanın eksik olup olmadığı hususlarında bilirkişi raporu alınması gerektiğini hükme bağladığı görülmektedir. Ancak söz konusu yaklaşım kanaatimizce doğru değildir. HMK'nın 266. maddesinde bilirkişiye başvurulacak haller düzenlenmiş olup; madde hükmü gereğince; "mahkeme tarafından çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişiye başvurulabilecektir." Aynı maddenin devamında; "*Ancak*

genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez." denmektedir. Anılan madde gereğince hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacaktır. Aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğü, hastanelerin ve hekimlerin hukuksal yükümlülüklerinden biri olup; özel uzmanlığı gerektirecek tıbbi bir yönü bulunmamaktadır. Hekimlerden aydınlatmaya ilişkin hukuki yorum yapmalarının beklenmesi yersiz ve geçersizdir. HMK 33 gereğince hakim hukuku re'sen uygulamakla yükümlüdür. Aydınlatma ve rızanın gereği gibi ifası hakkında ekstra bir rapor alınmasına gerek olmadan, hakimın karar vermesi gerekmektedir. Nitekim dosya üzerinden hakim incelemesi ile bu husus karara bağlanabileceken, rapor alınmadığı gerekçesi ile dosyaların bozulması yargılamaya yenilik katmayacağı gibi, sadece süreci uzatacaktır.

Yargıtay, sadece aydınlatılmış onam ile ilgili olanlarda değil, çoğu dava dosyalarında bilirkişi raporlarının soyut, yetersiz ve açıklayıcı olmadığı gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararlarını bozmaktadır. Tablo 4'te dava dosyaları kapsamında alınan bilirkişi raporları incelendiğinde; 108 dosyadan 101'inde rapor alındığı, 7'sinde ise rapora ilişkin ibareye yer verilmediği görülmektedir. Yine Tablo 4'te dosyalarda kaç rapor olduğu gösterilmiş olup; 53 dosyada 1, 31 dosyada 2, 15 dosyada ise 3 tıbbi kusur raporu bulunmaktadır. Birden fazla raporun olduğu dosyalarda ikinci ve üçüncü raporlar genellikle itiraz üzerine alınmış raporlardır. Dört raporun bulunduğu 2 dosya dahi bulunmaktadır.

Yargıtay, bilirkişi raporunun yetersiz olduğuna dayanarak bozduğu kararlarında, yeniden alınacak bilirkişi raporlarının genellikle üniversitelerin tıp fakültesinden seçilecek dava konusu branşta uzmanların yer aldığı 3 kişilik bilirkişi heyetinden alınması gerektiğini belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki söz konusu durum neredeyse her dosya kapsamında en az 1 ATK raporunun bulunması ve yeni bir görüş alınacak mercie olan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Yerel Mahkemelerce

genellikle ATK ilgili ihtisas kurulları ve genel kurulundan rapor aldırılmıştır. Tüm dosyaların toplamına bakıldığından %64,88 - 109 dosyada ATK görüşüne başvurulmuştur. ATK'ya başvuruların bu denli çok olmasında, ilk derece ve üst derece mahkemelerinin tıbbi malpraktis uygulamasında ATK'yı son karar mercii olarak değerlendirmesinin etkili olduğunu düşünmekteyiz. Yargıtay kararlarında değinildiği kadarı ile bilirkişi raporları incelendiğinde, raporların şikayet ve savunmalara açıklık getirdiği, tıp bilimi gereğince olayın açıklandığı ve tıbben kusur varsa neden kusurlu olduğu, yok ise neden kusursuz olduğunun yazıldığı görülmüştür. Raporların yetersiz olduğundan bahisle Yerel Mahkeme kararlarının bozulmasını hekim ve hastane aleyhine bir tutum olarak yorumlamaktayız.

Hastanın kendi geleceğine karar verme hakkı kapsamında önem arz eden ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunda en çok sorun aydınlatılmış onam noktasında çıkmaktadır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü son yıllarda önemi daha çok anlaşılmış gelişmekte olan bir kavram olup; hastanın kendi geleceğine karar verme hakkı bakımından son derece önemlidir. İspatı hastane ve hekim üzerinde olmakla; yeterince bilgilendirmenin yapılmadığı hastanın rızası geçersiz olacağından hekimin müdahalesi hukuka aykırı olacak ve bundan kusuruyla sorumlu olacaklardır. Yüksek Mahkeme kararlarında aydınlatmanın hangi sınıra kadar yapılacağı belirtilmemekte ve uygulamada bu durum hekimlerin kusursuz sorumluluğuna doğru evrilmektedir. Bu noktada hekimlerin de defansif tıbbi eğilimleri başlamakta ve sağlık hizmetinin sunumunda aksaklıklar görülmektedir.

Tıbbi malpraktis iddia ve davaların tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de giderek arttığı görülmektedir. Davalar ile talep edilen tazminatlar hekim kazançlarının çok üstündedir. Nitekim bu doğrultuda hekimlerin başvurabilecekleri mesleki sorumluluk sigortaları bulunmaktadır. 5947 Sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile TŞSTİDK'a eklenen 12. madde ile hekimlerin mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmaları 30.07.2010 tarihinden itibaren zorunlu kılınmıştır.

Maddeye göre kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile özel kurum ve kuruluşlarda çalışan hekimler arasında ayrım yapılmadan, kendi özel muayenesinde de olsa çalışan her hekim için sigorta zorunlu kılınmıştır. Halihazırda her hekimin mesleki sorumluluk sigortası yaptırması zorunluysa da, ihmalen yaptırılmayan durumlarla karşılaşılabilinmektedir. Hastanenin bu konuda hekimleri denetlemesi hem hekim hem hastane lehine olacaktır. Her ne kadar hekimlerin mesleki sigortaları zorunluysa da, özel hastaneler için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak hastane sorumluluğunun gitgide arttığı dikkate alındığında hastanelerin ihtiyari sigortaya başvurmaları mali durumlarını korumaları açısından önemlidir.

Dava sayıları giderek artmaktaysa da kurum ve kuruluşların ve özellikle en çok davanın yöneltildiği hekimlerin sorumluluklarının hukuki ve cezai boyutuna ilişkin bilgileri sınırlıdır. Sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık çalışanlarının kendilerini koruyabilmek için hukuki düzenleme ve yaklaşımlar hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Hastane ve hekimlerin kendilerini korumak adına tıp ve hukuk biliminin gereklerine göre davranmaları, aslında hastanın da korunmasını sağlayacak, zarar görmesini azaltacaktır. Bu bağlamda dava sürecinde hukuki danışmanlık alınması ne kadar önemliyse, önleyici tedbir olarak düşünülerek herhangi bir şikayetin henüz söz konusu olmadığı durumlarda hukuki danışmanlık almak bir o kadar önemlidir. Özel hastane işleticisi ve hekimler başta olmak üzere hukuki eğitimlerin verilmesi faydalı olacaktır. Belirtmek gerekir ki hukuki eğitimlerin yanında, iletişim becerileri üzerine eğitimlerin de verilmesi sürecin yönetimine katkısı büyük olacaktır. Eğitimler, hastane ve hekimler düzenlemelere uygun olarak yükümlülüklerini yerine nasıl getirmeleri gerektikleri ve bu şekilde dava açılmasının önüne geçilebileceği konusunda katkı sağlayacaktır.

Ağırlıklı olarak hekimlerin hastalarla olan iletişim eksikliğinden kaynaklanan ve hasta ve hasta yakınlarında kendilerine yeterli hizmet sunulmadığı, gerektiği gibi ilgilenilmediği veya hekimin kusurunun bulunduğu izlenimini yaratan yeterli ilgilinin çalışma koşulları sebebiyle gösterilemiyor oluşudur. Hekim ve hasta

memnuniyeti için izlenmesi gereken yol, sağlık mesleği mensuplarının çalışma koşullarının iyileştirilmesi yönünde olduğu sürece ilişkinin iki tarafı için de daha kaliteli bir süreç yaşanacağı aşıkardır.



5. SONUÇ ve ÖNERİLER

Çalışmamızda; özel hastane ve tıbbi müdahale kavramları açıklanmış, özel hastanelerin hukuki sorumluluğunun dayanakları incelenerek, yükümlülüklerine yer verilmiştir. Özel hastanelerin hasta ile akdettikleri sözleşmelere yönelik pek karar bulunmadığından, bu konu doktrin görüşü ile açıklanmaya çalışılmıştır. Sözleşmesel yükümlülükleri kapsamında ise doktrin görüşü yanında Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir. Eski tarihli Yargıtay kararlarına çalışmamız içerisinde sıklıkla yer verilmişse de, Yargıtay'ın güncel yaklaşımının ortaya konabilmesi adına 2015-2019 yılları arasındaki 108 karar değerlendirmeye alınmıştır.

Kararlara bakıldığında sayıların giderek artarak 39 dosya ile en çok kararın 2019 yılında verildiği görülmüştür. Hastanenin tek başına sorumluluğunun sınırlı sayıda olduğu, sağlık çalışanları ile birlikte sorumluluğu yoluna daha çok başvurulduğu ve %80,5 ile en çok hekim ile birlikte sorumlu olduğu görülmüştür. Şikayet edilen hekimlerin uzmanlık alanlarının en çok; kadın doğum ve hastalıkları, genel cerrahi ve plastik cerrahi olduğu ve şikayet sebeplerinin ise %35,96 ile hatalı teşhis tedavi, %20,17 ile özen yükümlülüğünün ihlali, %19,29 ile ihmali ve kusur olduğu tespit edilmiştir. Yerel Mahkeme tarafından %80,76 ile davaların reddedildiği görülmüşse de, Yargıtay 104 Yerel Mahkeme 1 Bölge Adliye Mahkemesi kararını bozmuştur. Yargıtay bozma sebepleri ise %49,52 - 52 dosya ile en çok bilirkişi raporunun eksik/yetersiz olmasına ve %20,95 - 22 dosya ile aydınlatma ya da rıza formunun eksik/yetersiz olmasına dayandırılmıştır.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken asli görev; hastanın sağlığını korumak, zarar vermeden, tıp biliminin gereğini yerine getirmektir. Yaşanan ilerlemeler ile birlikte insanların kişilik değerlerinin korunması gerekmekte ve müdahaleler tıbbi etik ilkeler göz önünde bulundurularak ve kişinin vücut bütünlüğüne saygı gösterilerek gerçekleştirilmelidir.

Tıbbi etik ilkeler ve hasta hakları göz önünde bulundurulduğunda, aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün bir külfet olarak görülmekten çıkarılmalıdır. Hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü bizzat ve olması gerektiği şekli ile yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu durum hekim-hasta arasındaki güven ilişkisine de katkı sağlayacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı noktasında sorunlar yaşandığı için; hasta aydınlatılırken hekimin yanında hemşire veya diğer hastane çalışanı bir tanığın bulundurulması dava sürecinde önemli olacaktır. Yine hastanın açıkça rızasının olduğu hallerde ve bu durum video kaydında da belirtilmek suretiyle, hastaya aydınlatmanın yapıldığı anların kayıt altına alınması da ispata yarayacaktır.

Matbu rıza formları Yargıtay tarafından aydınlatmanın yapıldığını ispatlamaya yeter görülmediğinden; hekimin kendi el yazısıyla hastası hakkında spesifik notlar alınması, rıza formunu kişiselleştirerek matbu olmaktan çıkaracaktır.

Hasta kayıtları ispat açısından önem arz etmektedir. Hastanın özellikleri, öyküsü, şikayetleri, teşhis ve tedaviye ilişkin evrak, bu kapsamda yapılan müdahaleler, röntgen, tahlil sonuçları ve tedaviye ilişkin sonuçların kayıt altına alınması gerekmektedir. Rıza formlarının da hastane bünyesinde tutulması gerekmektedir. Bu kayıtlar delil niteliğine haiz olduğundan eksiksiz, özenli ve açıklayıcı şekilde tutulmalıdır.

Özel hastane işleticisi, çalışanlarını denetlemekle yükümlüdür. Hekimlerin aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği, kayıtların usulüne uygun tutulup tutulmadığı hastane tarafından denetlenmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.2019 tarihli ve 2015/6926 sayılı enjeksiyon nöropatisine ilişkin kararında; kayıt tutma yükümlülüğünün asıl olarak hastanenin sorumluluğunda olduğu ve

hekim bu konuda denetleme yükümlülüğünün de yine hastane üstüne bırakıldığı belirtilmiştir. Denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen hastanenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kapsamda rutin olarak hastane içi denetimlerin yapılması gerekmektedir.

Enjeksiyon nöropatisine ilişkin her ne kadar yazılı rıza alınmasının gerekli olmadığı yönünde Bakanlık genelgesi yayınlanmışsa da, Yargıtay yaklaşımı göz önünde bulundurularak, enjeksiyona ilişkin rıza formlarının kullanılmaya başlanması mümkündür. Ancak hastaya aydınlatmanın yapılırken hekim yanında hastane çalışanının bulundurulması ve hasta kayıtlarına aydınlatmanın yapıldığına ilişkin not düşülmesi ispata yarar.

Hastaların şikayet sebepleri incelendiğinde, genellikle hekimin kendilerine karşı ilgisiz ve özensiz davrandığından bahisle hareket edildiği görülmektedir. Bu durumun ortadan kaldırılması adına, hastaya ayrılan sürenin arttırılması gerekmektedir. Yine hasta memnuniyeti için etkili iletişim konusunda hekimlere eğitim verilmesi gerekmektedir.

Özel hastaneden alınan sağlık hizmetinden hastaların beklentisi daha yüksektir. Hasta memnuniyeti için, hekim ve diğer sağlık çalışanlarının çalışma koşullarının iyileştirilmesi gerekmektedir.

Zorunlu Mesleki Sorumluluk Sigortası kapsamında hekimlerin sigorta yaptırması zorunludur. Hastane hekimlerinin sigortalarının her yıl düzenli olarak yapıldığını denetlemelidir. Ayrıca tazminat miktarları göz önünde bulundurulduğunda hastanenin kendini korumak adına sigorta yaptırması gerekmektedir.

Hastanenin sözleşmeden doğan yükümlölüklerini yerine getirmemesi ve hekimin bu yükümlölöklere aykırı davranması halinde sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak hastanelerin ve hekimlerin yükümlölüklerine ilişkin bilgileri sınırlıdır. Bu kapsamda özel hastane işleticisi ve hekimler başta olmak üzere tüm hastane personeline hukuki eğitimlerin verilmesi gerekmektedir.

Tıbbi malpraktis iddialarında veya herhangi bir şikayetin henüz söz konusu olmadığı durumlarda hastanelerin, hekimlerinin de ulaşabileceği şekilde düzenli olarak hukuki danışmanlık alması önerilmektedir.



ÖZET

Özel Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluğu

Gelişen bilim, teknoloji, artan nüfus oranları ve ihtiyaçlar karşısında sağlık hizmeti sektöründe özel hastanelerin yer alması kaçınılmaz olmuştur. Özel hastanelerin sektördeki artışına paralel tıbbi malpraktis iddialarındaki artış dikkate alındığında özel hastanelerin hukuki sorumluluğu üstünde durulması gereken önemli bir konu haline gelmiştir. Özel hastanelerin tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğu haksız fiil, vekaletsiz iş görme ve sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Hasta ile özel hastane arasındaki ilişki genellikle sözleşme ilişkisi olup, bu sözleşme ilişkisi doktrinde hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmenin asli edimi hastanın genel olarak teşhis, tedavi ve bakımını sağlamaya yöneliktir. Bunun yanı sıra hastanenin sözleşmeden kaynaklı hastayı aydınlatma, hastanın rızasını alma, hasta kayıtlarını ve sırlarını saklama, sadakat ve özen yükümlülükleri de bulunmaktadır. Hastane, yükümlülüklerini ihlal ettiği takdirde hastanın doğan zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Çalışmamızın amacı, Yargıtay'a taşınan özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerdeki malpraktis iddiasının hangi gerekçelere dayandığının, özel hastanelerin iddialar karşısındaki hukuki konumunun ve sorumluluğun ve hangi yükümlülüklerini ihlal ettiğinin saptanarak uygulamadaki aksaklıkların giderilmesine katkı sağlamaktır. Yargıtay'a yansıyan vaka sayılarının sınırlı olması ve bu konuda az çalışma yapılmış olması nedeniyle çalışmamız bu alana ve özel hastane işleticisinin ve özel hastanede çalışan sağlık mesleği mensuplarının bilinçlenmesine katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Çalışmamız içerisinde eski tarihli Yargıtay kararlarına ilgili konusunda yer verilmekle beraber, bulguların değerlendirilmesinde sınırlamaya gidilerek son beş yılı kapsayacak şekilde 2015-2019 yılları arasındaki kararlar ele alınmış ve bu kapsamda 108 karara yer verilmiştir.

Bulgular incelendiğinde;özel hastane işleticisinin tek başına davalı olduğu dava sayısının sınırlı olduğu,%80,5 hekim ile birlikte sorumlu olduğu, hekimlerin uzmanlık alanları incelendiğinde en fazla kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının şikayet edildiği, kadın doğum uzmanını genel cerrahi ve plastik cerrahinin izlediği, hekimlerin veya hastanenin en çok hatalı teşhis ve tedavi sebebiyle şikayet edildiği, bunu özen yükümlülüğü ihlali ve ihmal ve kusur sebeplerinin izlediği, Yerel Mahkemenin davaların %80,76'sını reddettiği, Yargıtay'ın ise dosyaların %97'si yönünden bozma kararı verdiği, bozma kararları incelendiğinde; çoğunlukla eksik incelemeye dayanılarak kararların bozulduğu, bozma kararlarının %49,52'sinde bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz görüldüğü, ikinci bozma gerekçesi olarak ise %20,95 ile aydınlatma veya rıza formu eksik ve yetersiz görüldüğü, dosyaların 101'inde rapor alındığı, 7 tanesinde ise rapora ilişkin bilgiye yer verilmediği, raporların en çok ATK'dan alındığı görülmüştür.

Tıbbi malpraktis iddialarının en aza indirgenebilmesi için; özel hastane işleticisinin, hastaların özel sektörden beklentilerinin daha yüksek olduğunu da göz önünde bulundurarak yükümlölükleri yerine getirmesi, bu yükümlölüklerini aracılığıyla yerine getirdiğı sağıık çalışanlarının çalışma koşullarını ve iletişim becerilerini iyileştirmesi, dava süreçleri kadar öncesinde de hukuki danışmanlık alması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hastaneye kabul sözleşmesi, özel hastane, sözleşmesel yükümlölükler, tıbbi malpraktis, Yargıtay Kararları.



SUMMARY

The Legal Responsibility of Private Hospitals Arising from Medical Interventions.

Private hospitals are increasing their share in health sector as an inevitable consequence of developing science and technology, and increasing populations and needs. According to health ministry data, private hospitals make up almost half of hospitals in Turkey. Considering the place of private hospitals in the sector and the increase in medical malpractice claims, the legal responsibility of private hospitals has become an issue of importance. The legal responsibility of private hospitals arising from medical interventions is based on the wrongful act, acting without authority, and the contractual relationship. The relationship between the patient and the private hospital is generally a contractual relationship, which is called the hospital admission contract in the doctrine. The fundamental execution of the contract is to provide diagnosis, treatment and care of the patient in general. Besides, the hospital has other obligations emerging from the contract, such as to enlighten the patient, get the consent of the patient, keep patient records and secrets, loyalty and care. If the hospital violates its obligations, it will have to cover the harm of the patient. This study discusses legal responsibility of private hospitals arising from medical interventions from the perspective of the court of appeal on private hospitals. The purpose of our study is to contribute to the elimination of the problems in practice by determining the reasons for malpractice claim in medical interventions, which were carried out in private hospitals, and which were taken to the court of appeal; the legal position and responsibility of private hospitals against those claims; and the obligations they violate. Additionally, our study aims to contribute to the awareness of the private hospital operator and healthcare professionals working in the private hospital, since the number of cases reflected in the court of appeal is limited and few studies have been conducted on this subject.

Due to the characteristic, actuality and popularity of our study, several discussions on the subject have been mentioned as it brings some discussions with it; therefore, explanations are tried to become concrete by the decisions of the court of appeal. In the study, the court of appeal's old decisions are included in the related issues; however, in the evaluation of the findings, some limitations are made and the decisions between 2015-2019 are covered, and 108 decisions are included in total.

When the findings are examined, it has been observed that the number of cases where the private hospital operator is defendant alone is limited, in which 80.5% of the cases, the operator is responsible along with the physician. When the specialties of the physicians are examined, it has been seen that gynaecology and obstetricians are the ones who are mostly reported, followed by general and plastic surgery. It has also been determined that physicians or the hospital are mostly reported because of misdiagnosis and malpractice, followed by the violation of due diligence, and negligence and defect. Besides, it has been observed that the local court has dismissed 80.76% of the cases, and the court of

appeal has decided to reverse the decisions of 97% of the files. When the decisions of the reversal are evaluated, it is seen that the decisions are reversed because of the incomplete examination, where the 49.52% of the decisions of reversal, the expert reports are found to be incomplete and inadequate. As the reason for the second reversal, it has been seen that the clarification or consent form is incomplete or inadequate with a likelihood of 20.95%. Also, it has been determined that in 101 of the files a report is received, whereas in 7 of them there is no information about the statement, and the statements are mostly obtained from the Institution of Forensic Medicine (ATK).

In order to minimise the medical malpractice claims, the private hospital operator is required to fulfil their obligations by considering that the patients have higher expectations from the private sector and to improve the working conditions and communication skills of healthcare professionals.

Keywords: contractual obligations, court of appeal decisions hospital admission contract, medical malpractice, Private hospital.

KAYNAKLAR

- ARIKAN M (2009). Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **17**(1): 69-89.
- ASLAN S, ERDEM R (2017). Hastanelerin Tarihsel Gelişimi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, **27**:7-21.
- AYDIN E (2005). Tarihsel ve Güncel Yönden Tıp Etiği, *Erdem İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, **15**(44) :83-102.
- AYAN M (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk.
- AŞÇIOĞLU Ç (1982). Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 38-49.
- ATICI SEVİNDİK E (2006). Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları, Yüksek Lisans Tezi, Adana, 80.
- BEHNAN A, ÇEKİN N, GÜLEN KM, HİLAL A. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ders Notları, Erişim adresi: <http://balcali.cu.edu.tr/tr/detay.aspx?pageId=1480>, Erişim tarihi: 26.03.2019.
- BÜYÜKAY Y (2004): Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, **8**(1-2):383–396.
- CANBOLAT F (2009). Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, *Türkiye Barolar Birliği(TBB) Dergisi*, **80**:156-181.
- ÇAVMAK Ş, ÇAVMAK D (2017). Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Tarihsel Gelişimi ve Sağlıkta Dönüşüm Programı, *Sağlık Yönetimi Dergisi*, **1**(1):48-57.
- DEMİR, M (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **57**(3):225–252.
- DEMİR, M (2009). Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1–3 Kasım 2007, 2. Baskı, 153–160.
- DEMİR M (2010). Mehmet. Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu.
- DOĞAN C (2014). Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi), *Tıp Hukuku Dergisi*, **3**(6):177-197.

- DOĞAN M (2015). Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 16-17 Ekim 2014, 21-63.
- DURAK Y (2014). Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi, *Tıp Hukuku Dergisi*, **3**(6):147-176.
- DURAK Y (2017). Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **25**(1):239-288.
- ER Ü (2019). Sağlık Hukuku.
- ERCAN İ, KAYMAK Ü, ODYAKMAZ Z (2008). İdari Yargı, 4. Baskı, 185-187.
- ERÇELTİK E (2011). Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- ERMAN B (2003). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu.
- FİDAN N (2010). Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, **1**(3):349-362.
- GÖZPINAR KARAN G (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu.
- GÖZÜBÜYÜK AŞ (1996). Yönetmelik Yargı, 10. Baskı, 246.
- GÜLEL İ (2018). Tıbbi Müdahaleye Rıza.
- GÜNDAY M (2013). İdare Hukuku, 10. Baskı, 367-369.
- GÜNTÖRE ÖZTÜRK S (2005). Tıp ve Felsefe, 4-7.
- HAKERİ H (2009). Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 2. Baskı, 161-170.
- HAKERİ H (2013). Tıp Hukuku El Kitabı, 6. Baskı.
- HANCI H (2002). Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 17.
- HATIRNAZ EROL G (2007). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları.
- HATIRNAZ EROL G (2012). Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi, Sağlık Hukuku Makaleleri 10-17 Eylül Orhan Apaydın Konferans Salonu, 191-220.
- İNCE H, İNCE N, ÖZYILDIRIM BA, SAFRAN N (2005). Hatalı Tıbbi Uygulama ve Koruma Yolları, *İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi*, **68**(4):123-127.

- İREZ A (2013). Adli Tıp Kurumunca Görüş Bildirilen Hastaneye Başvuran Acil Vakalarda Tıbbi Uygulama Hatası İddiası Olgularının Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, İstanbul, 61.
- KATAR KARAKAŞ M, YÜZBAŞI F (2015). Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Tedavi ve Girişimlerden Ötürü Hekimin Hukuki Sorumluluğu: Hastaneden Adliyeye Uzanan Süreç, *Social and Legal Studies*, 1(1):37-49.
- KILIÇOĞLU MA (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı.
- KIRTIŞOĞLU M (2018). Yargıtay’da 2010-2017 Yılları Arasında Karara Bağlanan Hatalı Tıbbi Uygulama Malpraktis Dava Kararlarının Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Adana.
- KÖK AN (2014). Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, 187.
- KÖK AN (2019). Bilgilendirilmiş Rıza Medikal Malpraktis Konusu Olur Mu?, Tıp Hukuku, 1. Baskı, *Türkiye Klinikleri*, 45-52.
- KIZILYEL S (2009) İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı 1–3 Kasım 2007, 2. Baskı, 203–240.
- ORHUNÖZ E (2000). Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar, 4. Baskı.
- OZANOĞLU HS (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3):55-77.
- ÖZAY M (2006). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu.
- ÖZBEK ÖV (2012). Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin İddialarda Hukuksal Yaklaşım, Oftalmolijide Malpraktis; Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, 78.
- ÖZBİLEN AB (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12:99-124.
- ÖZDEMİR H (2004). Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi.
- ÖZDEMİR H (2012). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri 10-17 Eylül Orhan Apaydın Konferans Salonu, 295-312.
- ÖZDEMİR H (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1):33-80.
- ÖZPINAR B (2007). Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, 1. Baskı.
- ÖZTAN B (1970). Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, 111-116,

- ÖZTÜRKLER C (2003). Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları.
- PARLAK Ş, BÖRÜ L (2011). Alt Vekalet, *TBB Dergisi*, **96**:17-48.
- POLAT O (2005). Tıbbi Uygulama Hataları Klinik- Sosyal- Hukuksal- Etik Boyutları.
- SAVAŞ H (2009). Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları.
- SERT G (2004). Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde.
- SUBAŞI İ (2016). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü Aydınlatılmış Onam Tazminat Sorumluluğu, 1. Baskı.
- ŞATIR N (2015). Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 1. Baskı.
- ŞEKER Z (2020). Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam ile ilgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Adana.
- ŞENOCAK Z (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu.
- ŞENOCAK Z (2001): Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **50**(4):65-80.
- ŞENOCAK Z (2009). Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 2. Baskı, 241-254.
- TACİR H (2011). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1.Baskı.
- TÖRENLİ ÇAKIROĞLU M (2012). Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **12**(2):159-181.
- TUNÇER Polat (2000): Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 1. Baskı.
- TÜMER AR (2011): Aile Hekimliği Uzmanlığında Hukuki Sorumluluklar, 50.
- ÜLKER Ç (2017). Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- YAVUZ C (1993). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt2, 2. Baskı, 157.
- YENERER ÇAKMUT Ö (2003). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi.
- YENERER ÇAKMUT Ö (2009) Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk; Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam.

YILMAZ B (2017). Açıklamalı İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı.

YILMAZ IŞIK ŞB (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *TBB Dergisi*, **98**:389-410.

ZEVKLİLER A, GÖKYAYLA E (2015). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 24.02.2020.

rapor.saglik.gov.tr/istatistik/rapor/, Erişim tarihi: 20.02.2020.

<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi: 04.04.2020.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-1160>, Erişim tarihi: 24.02.2020.

www.tdk.gov.tr, Erişim tarihi: 20.02.2020.

www.wikipedia.org, Erişim tarihi: 20.02.2020.

ÖZGEÇMİŞ

I. Bireysel Bilgiler

Adı: Deniz Kardelen

Soyadı: ÇEKİN

Doğum Yeri ve Tarihi: ADANA/15.09.1995

Uyruğu: TC

Medeni Durumu: Bekar

İletişim Adresi ve Telefon: Cemalpaşa Mah. 63016 Sk. No:6 K:3/2
Seyhan/ADANA- (0322) 351 51 35

II. Eğitim

2018-2020: Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans

2013-2017: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil: İngilizce

III. Ünvanlar

2018: Avukat