



T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK FAKÜLTESİ HUKUK BÖLÜMÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Konusu
HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hazırlayan
Bahu KILIÇ GÜNEŞ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

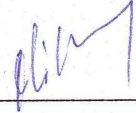
İstanbul, 2014

T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Hekimin Hukuki Sorumluluğu

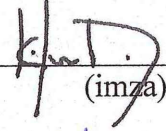
ONAY:

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR
(danışman)



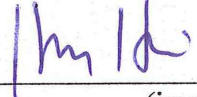
(imza)

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR
(Asıl üye)



(imza)

Prof. Dr. Hakan HAKERİ
(Asıl üye)



(imza)

TEZ ONAY TARİHİ : 24.03.2014

TEZ ÖZETİ

Tezimin birinci bölümünde Tıp Hukuku alanında temel kavramlar tek tek sayılmış ve tüm kavramların tanımı verilmiştir. Hekimin hukuki sorumluluğunun tespiti için öncelikle sağlık alanında hangi kavramların kullanıldığını ve bu kavramların tanımı ve uygulama alanlarının öncelikle bilinmesi gerekmektedir.

İkinci bölümde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin tanımı, unsurları ve sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler açıklanmıştır. Kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine dair farklı görüşlerin mevcut olduğu ve bu nedenle uyuşmazlıkların çözümünde sorunlar yaşandığı açıktır. Yargıtay' ın da bir çok kararında kabul ettiği gibi; doktrinde çoğunluk görüşü, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğudur.

Üçüncü ve son bölümde ise hekimin sözleşmeden, haksız fiilden doğan ve ilaç sarfiyatından, sahte ve taklit ilaç kullanılmasından kaynaklanan sorumluluğu, sorumsuzluk anlaşması ve sorumluluğun sonuçları olan maddi ve manevi tazminat konuları ile zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası ele alınmıştır.

THESIS SUMMARY

In the first part of my thesis, in the field of Medical Law the whole concept of basic concepts and definitions of the individual numbers are given. For determining the legal responsibility of the doctor, primarily the concepts which are used in the healthcare field and field of application of this concept and definition of priorities should be known.

In the second part, definition of the contract between doctor and patient, components and opinions regarding the legal nature of the contract are disclosed. About the medical contract which is specific (*sui generis*) contract, there are different opinions about the legal nature and therefore it is clear that there were problems in the settlement of disputes. Supreme Court 's decision acknowledged as one of the many; The majority opinion in the doctrine, the contract between doctor and patient is that the power of attorney agreement.

In the third and final section, contractual, tortious and resulting from drug consumption, counterfeit and fake drugs use responsibility of the doctor, irresponsibility agreement and pecuniary and non-pecuniary damages subjects that is the result of the responsibility and the mandatory insurance of liability are covered.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	1
GİRİŞ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. Hasta Hakları.....	3
A. Kişilik Hakkı.....	7
B. Yaşama ve Sağlık Hakkı.....	9
II. Sağlık Personeli Kavramı.....	16
III. Hekim Hakları.....	18
IV. Sağlık Hizmeti ve Bu Hizmette Hekimin Rolü ve Yükümlülükleri.....	20
V. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis).....	31
VI. Komplikasyon Kavramı.....	32
VII. Endikasyon Kavramı.....	35

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı.....	37
B. UNSURLARI.....	39
1. Taraflar.....	39

2. Tarafların Anlaşması.....	42
3. Tıbbi Amaçlı Müdahale.....	45
4. Ücret.....	47

II. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler

A. Genel olarak.....	48
B. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....	49
1. Vekalet Sözleşmesi.....	49
2. Hizmet (İş) Sözleşmesi.....	52
3. İstisna (Eser) Sözleşmesi.....	54
4. Sui Generis – Kendine özgü sözleşme.....	56
C. Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuksal Durum	
1. Özel Hastane Olması Halinde.....	57
2. Kamu Hastanesi Olması Halinde.....	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak.....	67
B. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu.....	71
1. Sözleşmenin Geçerliliği.....	71
2. Sözleşmenin İhlali.....	72
3. Kusur.....	72
a) Kast.....	74
b) İhmal.....	74

c) Meslek Kusuru.....	76
4. Zarar.....	78
5. İlliyet Bağı.....	79
 C. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu	
1. Hukuka Aykırılık ve Kusur.....	81
2. Zarar.....	81
3. İlliyet Bağı.....	82
 D. Hekimin İlaç Sarfıyatından, Sahte ve Taklit İlaç Kullanılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	83
 E. Sorumsuzluk Anlaşması.....	86
 II. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI	
A. Genel Olarak.....	88
B. Maddi Tazminat.....	90
1. Genel Olarak.....	90
2. Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası.....	92
C. Manevi Tazminat.....	101
 SONUÇ.....	104
KAYNAKÇA.....	106

KISALTMALAR

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
RG.	: Resmi Gazete
E.	: Esas
K.	: Karar
WHO	: World Health Organization
DST	: Dünya Sağlık Örgütü
KHK.	: Kanun hükmünde kararname
m.	: Madde
bkz.	: Bakınız
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
MK	: Medeni Kanun
BK	: Borçlar Kanunu
CD.	: Ceza Dairesi
HD.	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
vd.	: Ve devamı
TYİUT	: Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği

GİRİŞ

Tezimin birinci bölümünde Tıp Hukuku alanında temel kavramlar tek tek sayılmış ve tüm kavramların tanımı verilmiştir. Hekimin hukuki sorumluluğunun tespiti için öncelikle sağlık alanında hangi kavramların kullanıldığını ve bu kavramların tanımı ve uygulama alanlarının öncelikle bilinmesi gerekmektedir. Bu kavramlardan hasta hakkının ve sağlık hakkının aynı başlık altında değerlendirilmesinin sebebi, bu kavramların zamanla değişik anlamlar edinmesi veya konu unsurlarının bazen birbiriyle örtüşür duruma gelmesidir¹.

İkinci bölümde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin tanımı, unsurları ve sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin görüşler açıklanmıştır. Kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine dair farklı görüşlerin mevcut olduğu ve bu nedenle uyuşmazlıkların çözümünde sorunlar yaşandığı açıktır. Yargıtay' ın da bir çok kararında kabul ettiği gibi; doktrinde çoğunluk görüşü, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğudur. Oysa hekim ile hasta arasındaki sözleşme kendine özgü bir sözleşme olup; bu yönde bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Üçüncü ve son bölümde ise hekimin sözleşmeden, haksız fiilden doğan ve ilaç sarfiyatından, sahte ve taklit ilaç kullanılmasından kaynaklanan sorumluluğu, sorumsuzluk anlaşması ve sorumluluğun sonuçları olan maddi ve manevi tazminat konuları ile zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası ele alınmıştır. Hekim ile hasta arasında açık veya zımni rıza ile sözleşmenin varlığı durumunda zarar meydana gelmesinde akdi sorumluluktan bahsettiğimiz gibi, ayrıca hastanın bilincinin kapalı olması, acil müdahaleler halinde de hekimin hastayı iyileştirmek ve hatta hayata döndürmek için yaptığı müdahaleler sonucunda hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğundan söz ediyoruz. Hekimlik sözleşmesinde diğer sözleşmelerden farklı olarak ihmalin derecesinin ağır veya hafif olması fark etmeksizin hiçbir şekilde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı hukuk sistemimizde kabul edilmektedir. Sorumluluğun sonuçlarına gelince; hasta zarar gördüğünde hem maddi hem manevi tazminat talep edebilecektir. Hastanın ölümü halinde bakıma muhtaç ihtiyaç sahibi yakınlarının da destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği ve tazminata hükmedildiği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.

¹ ERDEM, s.122.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. Hasta Hakları

Hasta haklarına geçmeden önce, hak kavramını tanımlamamız gerekir. Buna göre; “hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanıyan menfaattir².” Hasta hakları, esas olarak temel insan haklarının ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanması anlamına gelmektedir³. Devlet ve özel sektör eliyle sunulan sağlık hizmetine konu olan hasta haklarını, ayrıca Anayasa’da⁴ düzenlenmiş insan haklarının sağlık alanına uygulanması olarak da tanımlayabiliriz⁵.

Sağlık sisteminin gelişen teknoloji ile karmaşıklaşması ve hasta üzerinde yapılan müdahalelerin artması dolayısıyla hastaların sağlık kurumları ve sağlık personeli karşısında korunması ve bilgilendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle hasta hakları konusundaki etik düzenlemelerin yanında hukuksal düzenlemelere de ihtiyaç duyulmuştur⁶.

Hasta haklarının tarihsel gelişimine baktığımızda ulusal bir beyanname olmasına rağmen hasta hakları konusunda genel değerlere yer vermesi bakımından önemli bir belge olan Amerikan Hastane Birliği’ nin 1972 yılında yayınlanan Hasta Hakları Beyannamesi (A Patient’s Bill of Rights) yer almaktadır⁷. Bu beyannamede, hasta hakları ile ilgili olarak gizlilik, bilgilendirme, aydınlatılmış onam, hastaların eşit ve insancıl tedavi edilmeleri gibi çok kapsamlı bir düzenleme yapılmamıştır⁸. Dünya Hekimler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan “Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi” hasta hakları konusunu daha geniş ve kapsamlı olarak işleyen

² OĞUZMAN/BARLAS, s.91.

³ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.180.

⁴ RG., 20.10.1982, 17844.

⁵ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.36.

⁶ İPEKYÜZ YAVUZ, s.10.

⁷ ERMAN, s.64; HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.207.

⁸ ERMAN, s.64.

ilk kaynaklardandır. Bu bildirgeye göre;

- Hastanın hekimi özgürce seçme hakkı vardır. Hekimi seçme hakkı, sağlık sisteminin işleyişi içinde, hastanın insan olarak onur ve saygınlığına değer veren, güvendiği ve inandığı bir hekime ulaşabilme hakkı olarak anlaşılmalıdır⁹.

- Hasta hiçbir baskı altında kalmadan özgürce karar verebilen hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir.

- Hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkı vardır.

- Hastanın hekiminden, kendisi ile ilgili tıbbi veya özel bilgileri gizlemesini talep hakkı vardır.

- Hastanın onurlu bir şekilde ölme hakkı vardır.

- Hastanın uygun bir dini temsilcinin yardımı da dahil olmak üzere ruhi ve manevi teselliyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir¹⁰.

1994 yılında Amsterdam’da Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu tarafından “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” hazırlanmıştır. 1995 yılında ise Dünya Hekimler Birliği, Endonezya’ nın Bali kentinde toplanarak, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi üzerinde çalışmıştır¹¹. Bildirgenin gözden geçirildikten sonraki son hali şu şekildedir:

1- Hasta, hekimini seçme özgürlüğüne sahiptir.

2- Hasta, hiçbir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir.

3- Hastanın, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkı vardır. Türk hukukunda hastanın tedaviyi ret hakkı, yönetmelikle

⁹ SÜTLAŞ, s.75.

¹⁰ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.209.

¹¹ HATUN, s.50.

düzenlenmiş bir konudur¹². Bu konuda Türkiye’ de 1998 tarihinde yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’ nin¹³ 25. maddesine göre; *“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”* hükmü getirilmiştir.

- 4- Hasta, hekimden, tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir.
- 5- Her hastanın onurlu bir şekilde ölme hakkı vardır. Ayrıca hastanın sağlığını geri kazanmasının imkansız olduğu zamanlarda, ölene kadar geçecek süre içinde yaşanan sıkıntı ve acıların azaltılması, hekimin vazgeçilmez görevleri arasındadır¹⁴.
- 6- Hasta, uygun bir dini temsilcinin yardımı da dahil olmak üzere, ruhi ve manevi teselli kabul veya reddetme hakkına sahiptir.

Hasta hakları Türkiye’de 1980’li yılların sonlarında tartışılmaya başlanmıştır¹⁵. Hasta hakları konusundaki araştırmalar ve gelişmeler sonucunda yukarıda bir hükmünü belirttiğimiz, hasta haklarını düzenleyen 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği yayınlanmıştır. Hekimin karşısında bilgisiz ve dolayısıyla güçsüz konumda olan hasta haklarının daha iyi korunması ve hasta haklarının ihlallerinin aza indirgenmesi ve sona ermesi için daha kapsamlı düzenlenmiş olan bir kanuna ihtiyaç bulunmaktadır.

Bir araştırmaya göre hemşirelerin %75,8’inin, hekimlerin %42,9’unun hasta haklarını bilmediği ortaya çıkmıştır. Ayrıca hastaların %52,9’una yapılacak tedavi ile ilgili bilgi verilmediği, %50’sinin ise aydınlatılmış rıza alınmaksızın ameliyat edildiği tespit edilmiştir¹⁶.

¹² ERMAN, s.153.

¹³ RG. 01.08.1998, 23420.

¹⁴ SÜTLAŞ, s.98.

¹⁵ SERT, s.89.

¹⁶ KARAKAYA, s.115.

Hekimlerin hastaya uyguladığı tedavilerde ve ameliyatlarda her zaman hastanın sağlığı ön planda olmalıdır. Hasta hakları da bunu gerektirmektedir. Örneğin, bir hekimin hastaya uygulayacağı ameliyat ilk ise; yapılacak cerrahi operasyon, yeni cerraha tecrübe kazandırma maksatlı olmamalıdır. Böylelikle hastaya her zaman tecrübeli bir cerrahın standardı sağlanmalıdır. Eğer hekimin ilk cerrahi operasyonu söz konusu ise; ameliyat gözetim altında yapılmalıdır. Yani uzman bir hekimin her an ameliyata müdahale edebilecek ve gerekli olduğu zaman da ameliyatı bizzat üstlenecek durumda olması gerekmektedir¹⁷.

Anayasa ile korunan insanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçme konusunda tartışmalara sebep olmaktadır. Bir görüşe göre; hastanın her türlü aydınlatmadan kayıtsız şartsız vazgeçmesi geçerli olmamalıdır¹⁸. Zira hastanın belirli bir bilgilendirme düzeyine gelmeden daha fazla aydınlatılmamayı seçmesi mantıken olanaklı olmadığı savunulmaktadır¹⁹.

Hastanın aydınlatmadan vazgeçme hakkı, Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 20. maddesinde *“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.”* ve Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 27. maddesinde *“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.”* ifadeleriyle düzenlenmiştir. Bu durumda, hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesi, hukuka ya da ahlaka aykırı olmadığı sürece, geçerlidir²⁰.

¹⁷ HAKERİ, s. 614.

¹⁸ ERMAN, s.117.

¹⁹ ERMAN, s.117.

²⁰ HAKERİ, s.336.

A. Kişilik Hakkı

Hukuk karşısında birey, kendi kişiliğine bağlı somut bir temel hakkın sahibidir; bu somut temel hak da kişilik hakkıdır²¹. Kişilik hakkı, malvarlığı dışında kalan, yani değeri para ile ölçülemeyen ve kişinin daha çok manevi dünyasına ilişkin haklar olan şahıs varlığı haklarının başında gelir²². Kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, onuru ve saygınlığı gibi varlıkların bütünü kişiliğini oluşturur. Türk Medeni Kanunu’nun²³ 24. Maddesinde kişilik hakkı düzenlenmiştir. Yasa koyucu, kişisel varlıkları tek tek sayarak kişilik hakları konusundaki gelişmelerin önünü tıkamak istememiştir²⁴. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin bir kararında²⁵ kişisel varlıklar; “Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar” olarak belirtilmiştir. Yine aynı dairenin başka bir kararında²⁶; “Kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşünce uğraşısı, onur ve ünü, saygınlığı gibi varlıkların bütünü kişiliğini oluşturur.” ifadesi kullanılmıştır.

Kişilik hakları sadece özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında da önemli çalışmalara konu olmuştur. Uluslararası hukukun ve uluslararası anlaşmalarla kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır. Böylece 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, 1948 tarihli Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesi, 22 Kasım 1960 tarihli İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi, 16 Aralık 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 12 Ağustos 1949 tarihli

²¹ SAVCI, s.6.

²² OĞUZMAN/BARLAS, s.104-105.

²³ RG. 08.12.2001, 24607.

²⁴ İPEKYÜZ YAVUZ, s.6.

²⁵ 19.01.1978 tarihli, 2925 E., 544 K. sayılı kararı.

²⁶ 06.06.1972 tarihli, 14724 E., 5389 K. sayılı kararı.

Cenevre Sözleşmeleri başta olmak üzere kişi haklarını koruyucu hükümlere yer verilmiştir²⁷.

Kişilik hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 25. Maddesindeki düzenlemede de yer aldığı gibi; mutlak haklardan olup herkese karşı ileri sürülebilen, kişiye sıkı sıkıya bağlı şahıs varlığı haklarından²⁸. Kişilik hakkı, karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, vazgeçilemez ve miras bırakan tarafından kabul edilmekçe de mirasçılara geçmez²⁹.

Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki hak, kişilik hakkını oluşturmaktadır. Medeni Kanunu'nun 23. ve 25. Maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun³⁰ 56. maddesinde kişinin hayatına ve vücut bütünlüğüne yapılan maddi ve manevi saldırılara karşı yaptırımlar düzenlenmiştir. Kişinin rızası olmadan vücut tamlığına yapılan her müdahale, kişinin yararına dahi olsa; hukuka aykırıdır³¹. Görülmektedir ki; kişilik hakkı, insan hayatı, vücut bütünlüğünü ve dolayısıyla kamu düzenini ilgilendirdiğinden diğer mutlak haklardan farklı olarak kişinin rızası, her türlü müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkaramamaktadır. Medeni Kanunu' nun 23/2. maddesinde belirtildiği gibi; bir hak üzerinde tasarrufta bulunmakla o haktan bütünüyle vazgeçmek arasında fark bulunmaktadır³². Rızanın, müdahalede hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilesi için ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması³³ ve sağlık hukuku mevzuatındaki düzenlemelere paralel olarak hastayı, yapılacak müdahalenin nitelikleri, alternatifleri, yapılmazsa ne gibi risklerin ve tehlikelerin vuku bulabileceği ile ilgili bilgilendirme sonrasında alınması gerekmektedir.

²⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ARPACI, s.97 vd.

²⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s.96.

²⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s.96; TMK.m.25: “.....Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.”; OĞUZMAN/BARLAS, s.105.

³⁰ RG. 04.02.2011, 27836.

³¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.96; HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.182.

³² ERMAN, s.125.

³³ DURAL/ÖĞÜZ, s.96.

B. Yaşama ve Sağlık Hakkı

Kişilik hakkı, bireyin “beden bütünlüğünün” korunması ve devamı için istencinin temel ayrıcalığını meydana getirmekle birlikte beden bütünlüğü de, kendisinden ayrılmaz bir şekilde “yaşam hakkı” denilen kavramı oluşturur³⁴.

Sağlık hakkının ilk düzenlendiği belge, Birleşmiş Milletler’ in uzmanlık birimlerinden biri olan Dünya Sağlık Örgütü’ nün (World Health Organization (WHO)) 1946 tarihli Anayasası’dır³⁵.

Sağlık, Dünya Sağlık Örgütü kuruluş yasasında yer alan tanıma göre; sağlık, sadece hastalık ve sakatlık halinin olmayışı değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik halidir³⁶. Tanımda yer alan “hastalık halinin” ne anlama geldiğini üç farklı açıdan ele alırsak; “ilk olarak tıp bilimi açısından hastalık, vücuttaki çeşitli organlara ilişkin ölçülebilen, objektif bazı belirti ve bulgularla tanımlanabilen bozukluklar, doku ve hücrelerde yapı ve fonksiyon yönünden normal olmayan değişikliklerin³⁷ ortaya çıkardığı durum anlamına gelir. İkinci olarak, birey açısından hastalık, subjektif bir durum olup; bedende ya da ruhsal durumdaki olağan dışı değişiklik ve hisleri, rahatsızlıkları ifade eder. Son olarak hastalık, kendisini hasta hisseden ya da hekim tarafından hastalık tanısı konulmuş olan kişiden beklenen davranış biçimidir”³⁸. Her bireyin sağlıklı olma, sağlıklı yaşama hakkı var olup; bu hak Anayasamız tarafından da güvence altına

³⁴ SAVCI, s.7.

³⁵ ERTAN, s.13-14. Anayasadaki başlangıç bölümünün ilk iki paragrafına göre; “Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir.

Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.”

³⁶ HAYRAN, s.3; BEKTAŞ, s.341; KURUCA, s.22; BOSTANCI, s.24; YEREBAKAN, s.14.

³⁷ DEMİRBİLEK, s.5.

³⁸ HAYRAN, s.4.

alınmış; bu hakkın gereklerinin gerek toplum gerekse de devlet tarafından yerine getirilmesi gerekliliği³⁹ Anayasamızda düzenlenmiştir.

Sağlık, tıp bilimi açısından bireyde bedensel belirtiler bulunmayan ve tıp bilgisine sahip hekimler tarafından klinik bulgular tespit edilmeyen ve biyolojik teoriler ışığında fizyopsikolojik denge durumuna sahip olma şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁰. Bu tanımda toplumun ve çevrenin sağlık üzerindeki etkisinden bahsedilmediğinden eksiklerin olduğu kabul edilerek sağlığın sadece bireylerin hastalık ve sakatlıklarının olmayışı değil, aynı zamanda fiziksel, ruhsal, sosyal, ekonomik ve kültürel yönlerden tam bir uyum, denge ve iyilik içinde bulunma hali olarak tanımlanması daha uygun bulunmuştur⁴¹.

Sağlıklı kişi, bedensel ve ruhsal faaliyetlerini engelleyecek organik veya fonksiyonel bozuklukları olmayan kişi; sağlık hakkı ise, insanların sahip oldukları ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve siyasi nitelikli temel hakların başında yer almakta⁴² olup; kişinin toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi, toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴³.

Uluslararası boyutuyla sağlık hakkının özünün ne olduğuna dair öncelikle 1978 tarihli Alma-Ata Konferansında alınan rapor önem taşımaktadır. Bu raporda sağlık bakımının asgari olarak hangi unsurları içermesi gerektiği sayılmıştır⁴⁴. Dünya Sağlık Örgütü'nün sağlık hakkının özünün belirlenmesine yönelik bir diğer girişimi ise “Herkes için Sağlık (Health for All)” kampanyası olup; bu kampanya kapsamında birinci basamak sağlık bakımına dair temel unsurlar tekrar gözden geçirilmiş ve standartlar yenilenmiştir⁴⁵.

³⁹ SÜTLAŞ, s.32.

⁴⁰ DEMİRBİLEK, s.6.

⁴¹ DEMİRBİLEK, s.6; DEMİRBİLEK, Sosyal Güvenlik, s.143; DAĞ, s.28. Sağlık ve hastalık birbirlerinin zıttı olmayıp, sağlıklı olmak, hasta olmamaktan farklı anlam taşımaktadır.

⁴² DEMİRBİLEK, s.9.

⁴³ DAĞ, s.29; DEMİRBİLEK, Sosyal Güvenlik, s.146; OKUR, Sosyal Güvenlik, s.1289; KURUCA, s.23; BOSTANCI, s.25.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için ERTAN, s.118.

⁴⁵ ERTAN, s.118-119. Bu temel unsurlar; temel sağlık bakımına ve ilk derece sevk tesislerine kolay erişim, güvenli içme suyu ve sanitasyon (1. Hıfzısıhha; 2. Sağlık teşkilatı; 3. Umumi sıhhati koruma tedbirleri. Bkz:

Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanımla birlikte bugün gelinen noktada sağlık hakkı, yalnızca sağlığın bozulması sonucu ulaşılacak hizmetler ya da ürünleri kapsayan tıbbi bakım ve sağlık bakımını değil; bunun yanında sağlığın korunması için gerekli koşulları da kapsamaktadır⁴⁶.

Yaşama hakkından bahsedebilmemiz için “güvenlik içinde yaşama hakkı”nın sağlanması gerekir⁴⁷. Güvenlik içinde yaşama hakkının da sağlanması için yaşam, bedenine sahip olma hakkı, özel yaşam özgürlüğü, güvenlik hakkı gibi unsur ve hakların gerektiği gibi korunması ve sağlanması gerekir ki; söz konusu haklardan insanları faydalandırmak imkanı doğsun⁴⁸.

İnsanın doğumla başlayıp ölümle sona eren hayatında, diğer temel haklarını kullanabilmesi ve kişisel değerlerinin varlığı için, hayatta kalması ve sağlıklı olması temel şartlardandır.

Türk Hukukunda bir canlının ne zaman kişilik kazanacağı Medeni Kanunu’nun 8. maddesinin 28. maddeye yapılan atıfla düzenlenmiş olup; bu düzenlemeye göre; her insanın hak ehliyetine sahip olduğu an, yani kişiliğin başlangıcı sayılan an, tam ve sağ doğum anı olup, bu durum ceninin insan sayılması, yani hukuken kişilik kazanması için öngörölmüş bir şarttır⁴⁹. Yaşama ve sağlık hakkı, mutlak hak olarak düzenlenmesi ve kişiyi kişiye rağmen koruma ilkesi gereğince; kişinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahaleye rıza göstermesi yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğunu göstermez. Örneğin; kişinin kendi rızası olsa dahi kendi hayatına son verilmesi mümkün değildir. Çünkü hukukumuzda kişinin yaşama hakkı kendisine rağmen korunmakta ve koruma altında tutulmaktadır. “Her ne kadar bir kimsenin hayatına son verebileceği, intihar edebileceği, hatta intihara teşebbüs ettiği takdirde cezalandırılmayacağı doğru ise de bu esastan, intihar etmek isteyen kimsenin sözü geçen hareketi başkasına da yaptırabileceği ve böylece bir kimseyi, istek üzerine öldüren kişinin

<http://www.tipterimlerisozlugu.com/sanitation.html?x=0&y=0> Erişim tarihi:19.03.2014), yeterli beslenme, çocuklara yaygın bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırma, bulaşıcı hastalıklarla mücadele, temel ilaçların herkes için elverişli olmasıdır.

⁴⁶ ERTAN, s.15.

⁴⁷ SERT, s.48.

⁴⁸ SERT, s.48.

⁴⁹ ÇANKAYA IŞIK, s.170.

fiilinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucu çıkarılamaz”⁵⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. Maddesinde de; “Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.” hükmü ile ülkemizde ötanazi yasaklanmıştır⁵¹. Yaşam hakkı; kişilikten ayrılmaz, çözülmez, vazgeçmeye konu edilmez bir haktır⁵².

Yaşam hakkı, “insanın öldürülmezliği” hakkı ile yani “beden bütünlüğüne dokunulamazlık” kuramı ile özetlenebilir⁵³. Yaşama hakkının sağlanması için vücut bütünlüğünün de korunması gerekmektedir. Anayasamızın 17. Maddesinde vücut bütünlüğünün korunması açısından düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre; “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Kişi üzerinde yapılacak müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için; tıp biliminin kurallarına uygun tedavi ve iyileştirici maksatlı olması ve müdahaleye verilecek rızanın da ahlaka, adaba ve kamu düzenine uygun olması gerekmektedir. Aksi halde verilecek rıza ancak, daha sonra Medeni Kanun’ un 25. ve diğer ilgili hükümleri uyarınca açılacak tazminat davasında hükmedilecek tazminatta indirim sebebi sayılabilmektedir⁵⁴.

Bireyin yaşama hakkından vazgeçemeyeceği Anayasamızın 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*”

⁵⁰ ERMAN, s.126.

⁵¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.83/3: Belli bir yükümlülüğün ihmalî ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.

⁵² SAVCI, s.35.

⁵³ SAVCI, s.14.-15. Beden bütünlüğüne dokunulamazlık kuramı; toplumun, bir üçüncü kişinin, yani bir başkasının , hatta insanın kendisinin bile bireyin yaşamını ortadan kaldırmasının kabul edilmemesi olarak tanımlanmaktadır.

⁵⁴ Borçlar Kanunu m.52: Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

Maddeden de anlaşıldığı gibi; yaşam hakkı kişiye kendine zarar verme, kendi varlığını zedeleme, yaşamını tehlikeye sokma hakkını vermez⁵⁵. Örneğin açlık grevinin⁵⁶ ölüm sonucunu doğurmadan önce kişiye kalıcı zararlar verme tehlikesi baş gösterirse, açlık grevi eylemi bundan sonra meşruiyetini kaybedecektir. Yaşama hakkının vazgeçilemezliği, ölme hakkının tanınmaması ve insanın sadece bireysel bir değer olarak değil aynı zamanda içinde yaşadığı toplumda kamusal bir değer olarak kabul edilmesi sebeplerinden dolayı bireyin yaşama hakkı üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır⁵⁷.

Kişinin kendi sağlığı ve vücudu üzerinde söz sahibi olma hakkının en somut tezahürü kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusudur⁵⁸. Hekimin tıbbi müdahalesi söz konusu amaçlarla birlikte müdahale yapılacak kişinin aydınlatılması ve aydınlatılan kişinin yapılacak müdahaleye rızası ile birlikte tıbbi standartlara uygun şekilde yapılması halinde, müdahale hukuka aykırılık teşkil etmez ve kişilik hakkına saldırı niteliği ortadan kalkar⁵⁹.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında⁶⁰ “*tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir.*” ifadesi ile hastanın rızasını almanın gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Yapılan

⁵⁵ KILIÇ, S., s.91.

⁵⁶ Açlık grevleri ile ilgili hastanın menfaatinin ön planda tutulması açısından hekimlere yol gösterici ilk belge 1975 yılında yayımlanan Tokyo Bildirgesi'dir. Daha sonra daha da açıklayıcı olan Dünya Tabipler Birliği tarafından hazırlanan Malta Bildirgesi yayımlanmıştır. Bu kapsamlı bildirgeyi Türk Tabipler Birliği de kabul etmiş ve 1998 yılında kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 36. maddesindeki “*Hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.*” ifadesi ile insanın kişiliğini ve iradesini, menfaatini ön planda tutmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz: KILIÇ, S., s.96-100.

⁵⁷ KILIÇ, S., s.92.

⁵⁸ ERTAN, s.151.

⁵⁹ DURAL, s.98; ERTAN, s.151.

⁶⁰ 07.03.1977 tarihli, 6296 E., 548 K. sayılı kararı.

müdahale kişiliğin tahribine değil, idamesine yönelik olmalıdır⁶¹.

Kişinin aydınlatılması, muayene sonucu konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin seçimi, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin hasta için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanma şekli ve ilaçtan kaynaklanan yan tesirler, kendisinin önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda, hastalığın yaratacağı sonuçlar konularındadır. Aydınlatmanın önemi, hastanın rızasının alınmasında ortaya çıkar. Hastanın rızasının geçerliliği, hastaya doğru aydınlatma yapılmış olmasına bağlıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliğindeki düzenlemede⁶² :

“Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir”. ifadesiyle rızanın maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradeye dayanılarak alınması, gereği hükme bağlanmıştır⁶³.

Hasta rızasını, kural olarak tıbbi müdahaleden önce veya en geç tıbbi müdahale sırasında açıklamalıdır. Sonradan verilen rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını yani cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Ancak özel hukuk bakımından tazminat sorumluluğu olmaz. Çünkü, hukuka aykırılığın sonucu Ceza Hukuku’nda “Devletin cezalandırma hakkı”nın kullanılması⁶⁴; Özel Hukuk’ta ise “zararın tazmini”dir⁶⁵.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’ un⁶⁶ m.70’ de açıkça düzenlendiği gibi; kişinin müdahaleye vereceği rızasından önce kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin doğru, eksiksiz ve tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan kişinin anlayacağı şekilde

⁶¹ ZEVKLİLER, s.117.

⁶² HHY m.34/I.

⁶³ KOCASAKAL, s.212.

⁶⁴ KOCASAKAL, s.212-213.

⁶⁵ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.149; BAYRAKTAR, s. 142.

⁶⁶ RG. 14.04.1928, 863.

bilgilendirilmesi gerekir. Aydınlatma, hasta tarafından verilecek rızanın ön şartıdır. Bu durumda hastanın bu konuda bir talebi beklenmemeli ve uygulanacak tıbbi ameliyeye ilişkin aydınlatma gerçekleştirilmelidir.⁶⁷ Bu düzenleme, Anayasamız tarafından da güvence altına alınmış olan “kendi geleceğinin bizzat tayin hakkının” sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁶⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliğindeki ve Medeni Kanundaki hükümlere göre; tedavi ve koruma amacı olmayan sadece tıbbın gelişmesine yardımcı olacak denemeler hasta üzerinde yazılı rızası olmadan uygulanamaz⁶⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği’ nin 34. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.*”

İnsanların bulunduğu ve bir hak ilişkisinin söz konusu olduğu her yerde egemenlik söz konusu olup; hak kavramı ancak egemenlikle birlikte anılmalıdır⁷⁰. Hasta – hekim arasındaki ilişkide de hekimin, hastaya karşı kesin bir egemenliği olduğundan bahisle işte bu egemenlik ilişkisi nedeniyle sağlık alanında özel olarak “hasta hakları” bir kurallar dizisi halinde düzenlenmiştir⁷¹.

Amsterdam’ da 28-30 Mart 1994 tarihinde ilan edilen Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nde “herkesin hastalıklarının önlenmesi sağlık bakımı için yeterli ölçüde çaba gösterilerek sağlığının korunması ve kendisi için edinilebilir en yüksek sağlık seviyesine kavuşma hakkına sahip olduğunu ifade eder. Ayrıca herkesin kadın ve erkek olarak bakım ve sağlığının geliştirilmesi çalışmalarını içeren, sağlık ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yeterli sağlık bakımı alma hakkına sahip olduğunu ve sağlık hizmetlerinin herkes için eşit ulaşılabilirlikte ve sürekli olması”, gerektiğini düzenler.

⁶⁷ YILMAZ, B., s.171.

⁶⁸ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.185.

⁶⁹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.12 vd; BAYRAKTAR, s.162; AŞÇIOĞLU, Doktorlar s.56.

⁷⁰ SÜTLAŞ, s.35.

⁷¹ SÜTLAŞ, s.36.

II. Sağlık Personeli Kavramı

Sağlık meslek mensupları ve sağlık teknisyen ve teknikerleri 1219 sayılı TŞSTİDK' nın ek 13. Maddesinde tek tek sayılmıştır. Kanunda düzenlenmiş olan sağlık personeli hastaların tedavi hizmetlerinde ve hastalıkları koruyucu hizmetlerde görev aldıklarından özenli ve dikkatli davranmaları gerekmektedir.

Sağlık mesleğinin diploması veya meslek belgesi olan kişiler tarafından icra edilmesi gerekliliği ve yetkisiz kişilere uygulanacak yaptırım; “Diploması veya meslek belgesi olmadan bu maddede tanımlanan meslek mensuplarının yetkisinde olan bir işi yapan veya bu unvanı takınanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü ile 1219 sayılı kanunun ek 13. Maddenin son fıkrasında belirtilmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin bir kararında⁷², “*diplomasız olarak dış hekimliği mesleğine ilişkin muayene veya müdahale yapmak*” suçundan sanığın mahkumiyetine hükmolunmasına karar verilmiştir.

Sağlık sektöründeki gelişmelere katkıda bulunmak ve sağlık hizmetinin ilerlemesi için sağlık insan gücünün planlanması gerekir. Sağlık insan gücünün planlaması; toplumun kısa, orta ve uzun vadede ortaya çıkacak gereksinimlerin öngörülerek, coğrafi, ekonomik ve sosyo-kültürel özellikler ile maliyet/etkin sağlık hizmeti sunumu arasındaki oran dikkate alınarak sağlık hizmeti sunacak insan gücünün planlanması, istihdamı ve yönetimi olarak ifade edilebilir⁷³.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinin (c) bendinde sağlık personeli teriminin “Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri” ifade ettiği belirtilmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre ise; tıp mevzuatında yer alan sağlık personeli tanımlarında

⁷² 09.03.2009 tarihli, 2006/5937 E., 2009/2246 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

⁷³ KURUCA, s.337; ERİĞÜÇ, s.201.

sağlık sektöründe çalışan herkesin, örneğin ambulans şoförü veya temizlik görevlisi, sağlık personeli olarak anlaşılmasının yanlış olduğu ve bu nedenle sağlık personelinin “insanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, ruhen, bedenlen ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler” olarak tanımlanması daha doğru olacaktır⁷⁴.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’nun⁷⁵ 4. maddesinde⁷⁶ belirtildiği gibi; hemşireler, bireyin tıbbi ihtiyaçlarını karşılayan ve hekim tarafından acil haller dışında verilen tedavileri uygulayan, denetleyen sağlık meslek mensuplarıdır. Ayrıca Hemşirelik Yönetmeliği’nin⁷⁷ 4. Maddesinin (b) ve (c) bentlerinde de hemşire, bireyin muhtemel veya mevcut sağlık sorununa yönelik olarak, hemşirelik hizmetleri çerçevesinde bakıma en uygun yaklaşımı belirlemeyi mümkün kılan durum değerlendirmesini yapan hemşirelik mesleğini icra etmeye yetkili sağlık personeli olarak tanımlanmıştır.

Hekimler ve diğer sağlık mesleği mensuplarının tedavi sırasındaki hatalı uygulamalarından doğan sorumlulukları ceza sorumluluğu, hukuki sorumluluk (tazminat) ve disiplin sorumluluğu olmak üzere üç başlık altında toplamak mümkündür⁷⁸. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu’ nun⁷⁹ 30. ve 38. maddesi uyarınca Haysiyet Divanına, disiplin cezası verme yetkisi tanınmış olup; bu kanunda yazılı disiplin cezaları sadece hekimler açısından geçerlidir⁸⁰. Diğer sağlık mesleği mensupları için uygulanacak disiplin cezalarına ilişkin bir kanun henüz mevcut değildir⁸¹. Bu konuyla ilgili Sağlık Meslek Mensupları Birliği Kanun Tasarısı Taslağı⁸² hazırlanmış olup; bu tasarının kanunlaşması durumunda meslek odaları

⁷⁴ HAKERİ, s.116.

⁷⁵ RG. 02.03.1954, 8647.

⁷⁶ Hemşirelik Kanun’ un 4. Maddesi, 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 02.05.2007, 26510) ile değiştirilmiştir.

⁷⁷ RG. 08.03.2010, 27515.

⁷⁸ ÖZKAYA, s.182.

⁷⁹ RG. 31.01.1953, 8323.

⁸⁰ ÖZKAYA, s.182.

⁸¹ ÖZKAYA, s.183.

⁸² www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb_kanunu.doc Erişim tarihi:28.07.2013. Ayrıca tasarıya ilişkin bilgi

tarafından diğer sağlık meslek mensuplarına uyarma, kınama, para cezası, meslekten geçici ve sürekli alıkonulma cezaları verilebilecektir⁸³.

III. Hekim Hakları

Hekim, genel anlamda hastanın sağlığı kavuşması amacıyla tıbbi müdahalede bulunan, hukuk düzeninde kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişiyi ifade eder. Temelde dokunulmaz olan insan vücudu, hekimin çalışma alanını oluşturduğundan, hekimlik mesleği diğer mesleklerle göre oldukça ağır riskler barındıran bir meslektir⁸⁴.

Hekim haklarından bahsetmeden önce bir hekimin kanunen hekimlik mesleğini icra edebilmesi için hangi şartların bulunması gerektiğini açıklamak yararlı olacaktır.

Bir hekimin hukuk düzeni tarafından tıbbi müdahale yetkisi bulunması için gerekli şartlar, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununda ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununda düzenlenmiştir⁸⁵. Buna göre bir hekimin tıp mesleğini icra edebilmesi için taşıması gereken şartlar şunlardır:

- Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak⁸⁶

için bkz: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=103735 Erişim tarihi: 19.03.2014.

⁸³ ÖZKAYA, s.183.

⁸⁴ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.84.

⁸⁵ İPEKYÜZ YAVUZ, s.17.

⁸⁶ **TŞSTİDK. Madde 1 – (Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 m.):** Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır. Ayrıca **TŞSTİDK.m.2.**’ de diplomanın ayrıca Sağlık Bakanlığı’na tasdik ve tescil edilmesi sonucunda bir hekimin hekimlik mesleğini icraya hak ve yetki kazanmış olması hüküm altına alınmıştır. Yabancı hekimlerin Türkiye’de hekimlik yapabilmesi için **TŞSTİDK.m.4**’te; “Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli hekimlerin Türkiye’de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapımlarına izin verilir. Bu şartlara

- Tabip odasına kayıtlı olmak⁸⁷
- Hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel halinin bulunmaması⁸⁸

Tıp mevzuatında yer alan hükümlerdeki bu şartları haiz olan hekimin yaptığı tıbbi girişimler hukuka uygun olmaktadır. Hekim, tanı, tedavi ve iyileştirme amacıyla seçeceği yöntemi belirlemekte özgürdür. Hekimlik mesleğinin icrasının temelinde bulunan “tedavi özgürlüğü”, Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Esasen tedavi gereğinin bulunup bulunmadığı konusunda karar verecek olanın hekim olması, hekimin vicdanıyla çelişen

uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

⁸⁷ **TTBK. Madde 7 – (Değişik: 8/1/1985 - 3144/5 m.) (Değişik: 7/6/1985 - 3224/51 m.)** “Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler.” Madde hükmünden anlaşıldığı üzere; serbest olarak hekimlik mesleğini icra etmeyenlerin ve herhangi bir sebeple hekimlik mesleğini yerine getirmeyenlerin tabipler odasına üye olma zorunlulukları bulunmamaktadır.

⁸⁸ Hekimin geçici olarak mesleğini icra edemeyeceği haller, TTBK.m.39/I. Fıkra (c) bendinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre hekimlik mesleğini mevzuata uygun olarak yerine getirmeyen hekime Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslek icrasından men cezası verilmektedir. Aynı maddenin (d) bendinde ise; Bir mıntakada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o mıntakada çalışmaktan men cezası verilmektedir. Aynı kanunun 40. Maddesinde hekimin itiraz hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme göre; Haysiyet divanları tarafından verilen disiplin cezaları aleyhine, kararın üyeye tebliğinden itibaren 15 gün içinde yazılı olarak itiraz edilebilir. İtiraz dilekçesi, karar aleyhindeki belgelere dayanan savunma ile birlikte ve imza karşılığında (Yüksek Haysiyet Divanına gönderilmek üzere) Oda İdare Heyeti Başkanlığına verilir. Müddeti içinde itiraz edilmeyen disiplin cezalarından, yazılı ihtar ve para cezaları kesinleşir ve derhal tatbik edilir. TTBK.m.49: Memur olsun, serbest olsun Yüksek Haysiyet Divanı kararı ile geçici olarak sanat icrasından men edilen azalar, hiçbir suretle sanatlarını icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerler de kapatılır.

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

metotların veya belirli bir ilaç tedavisinin uygulanmasına zorlanamaması ve kendisi için uygun görünen teşhis veya tedavi metodunu seçmenin daima hekimin işi olması mesleki özerklik olarak da adlandırılan hekimin tedavi özgürlüğünün üç unsuru olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Bu özgürlük, onun bilgi ve deneyimiyle, gelişen tıp bilimini ne kadar yakından izlediği ile ilgili ve sınırlıdır⁹⁰.

Hekimler, diğer meslek gruplarında olduğu gibi maddi çıkarları için grev hakkını veya günümüzde yaşanan hekim saldırılarını protesto etmek amacıyla gösteri yapma hakkını kullanabilirler mi? Hasta – Hekim ilişkisinde güven ilkesinin esas olduğu ve bu ilişkinin özen gösterme borcuna dayalı bir ilişki olduğundan bahsetmiştik. Bu durumda yaşam hakkının diğer haklardan ayrıcalıklı kutsal ve korunması gereken bir hak olması sebebiyle de hekimin hastasına müdahalede bulunmaması daha acil bir durumda bulunan hastasına müdahalede bulunmak zorunda kalması, hastalanması veya kişisel ciddi bir aciliyet ve benzeri nedenlerle gerekçelendirmesi anlayışla karşılanırsa dahi, hekimlerin grev ve gösteri hakkını kullanması için hekimlik mesleğini icra etmemeleri aynı anlayışla karşılanmamaktadır⁹¹.

Toplumun, hekimlerin bireylerin sağlığını korumak, hayatta kalmalarını sağlamak üzere hizmet etme ideali ile hekimlik mesleğini icra ettiklerine dair kanaati grevci hekim tipi ile çelişmektedir⁹². Bu nedenle de birçok tıp etikçisi, hekimlerin greve gitmesi yerine, yükün hasta yerine işletenin üzerine yıkılacağı alternatif yöntemlerin benimsenmesini önermişlerdir⁹³.

IV. Sağlık Hizmeti ve Bu Hizmette Hekimin Rolü ve Yükümlülükleri

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un⁹⁴ 2. maddesinin 3.

⁸⁹ HAKERİ, s.133.

⁹⁰ SÜTLAŞ, s.43.

⁹¹ NAMAL, s.132.

⁹² NAMAL, s.133.

⁹³ NAMAL, s.145.

⁹⁴ RG. 12.01.1961, 10705.

fikrasına göre; “İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.” Kanundaki tanımdan hareketle, sağlık hizmetinden bahsedebilmek için; kişiyi normal yaşamdan alıkoyan bedensel veya ruhsal bir hastalık, sakatlık veya arıza hali, kişiyi bu durumlardan kurtarmak için kullanılan tıbbi ilaç, araç, gereç ve teknik araçlar, bu hizmetlerin yetkili tıp elemanlarınca, yetkili tıbbi mekanlarda kullanılması olmak üzere üç unsura ihtiyaç olduğunu söyleyebiliriz⁹⁵.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan bir tanıma göre sağlık hizmetleri, belirli sağlık kuruluşlarında, değişik sağlık personelinin faydalanılarak, toplumun ihtiyaç ve taleplerine göre değişen amaçları gerçekleştirmek ve böylece bireylerin ve toplumun sağlık bakımını her türlü koruyucu ve tedavi edici etkinliklerle sağlamak üzere ülke çapında örgütlenmiş kalıcı bir yapıdır⁹⁶.

Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 20.12.2001 tarihli, 8597 sayılı “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge” nin 4/B maddesinde sağlık hizmetleri, “insan sağlığına zarar veren çeşitli etmenlerin yok edilmesi ve toplumun bu etmenlerin etkilerinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedensel ve ruhsal yetenekleri azalmış olanların rehabilite edilmesi için yapılan hizmetler” olarak tanımlanmıştır⁹⁷. Başka bir tanıma göre; sağlık hizmetleri, kişilerin ve toplumların sağlıklarını korumak, hastalandıklarında tedavilerini yapmak, tam olarak iyileşmeyip sakat kalanların başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmelerini sağlamak ve toplumların sağlık düzeylerini yükseltmek için yapılan planlı çalışmaların tümüne verilen addır⁹⁸.

Sağlık hizmetinin niteliğine göre; teorik açıdan sağlık hizmetlerini “koruyucu”, “tedavi edici” ve “rehabilite edici” olarak sınıflandırmak mümkündür⁹⁹. Toplumdaki bireylerin hasta

⁹⁵ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.665-666, BOSTANCI, s.48.

⁹⁶ DEMİRBİLEK, s.52.

⁹⁷ KURUCA, s.48.

⁹⁸ DAĞ, s.30; DEVEBAKAN, s.52.

⁹⁹ DEMİRBİLEK, s.54; KURUCA, s.31.

olmalarını önlemek ve erken dönemde hastalıklarını teşhis etmek için yapılan çalışmalara “koruyucu sağlık hizmetleri” adı verilirken; tıbbi bakım hizmetleri de denilen “tedavi edici sağlık hizmetleri” çoğunlukla muayene ve tedaviden oluşan bir diğer sağlık hizmetidir¹⁰⁰. Koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerine rağmen sakat kalan ve iş gücünü kaybedenler için kişiyi tekrar üretici duruma getirerek, örneğin; tedavi sonucu, özellikle protez takılmışsa, bunu kullanma eğitimi verilerek başkalarına bağımlı olmaktan kurtarma amacını taşıyan “rehabilite edici” sağlık hizmetinden bahsetmemiz mümkündür¹⁰¹.

Sağlık hizmetini diğer hizmetlerden ayıran dört özellikten bahsedecek olursak; birinci özelliği belirsiz, ertelenemez ve öngörülemez olması¹⁰², ikinci özelliği hizmetlerin kamusal yanının ağır basması¹⁰³, üçüncü özelliği sunulan hizmetlerin alternatifinin olmaması, dördüncü özelliği ise sunulan hizmetlerin teknolojik, sosyolojik kültürel değişimlere bağlı olarak değişkenlik göstermesidir¹⁰⁴.

Sağlık hizmetinin önemi ve bu hizmette hekimin büyük rolünün olduğu kuşkusuzdur. Sağlık hizmetinin aksamadan görülmesi ve ilerlemesi hasta – hekim arasında sağlıklı bir iletişimin varlığı ile sağlanır. Ayrıca ekonomistler ve sağlık yöneticileri arasında da rahatlıkla iletişim kurulabilecek ortak bir dil gerekir¹⁰⁵. Çünkü sağlık hizmetine olan talepte artış yaşanırken bu hizmeti sunmak için gerekli olan bina, araç-gereç, insan gücü, para, zaman, teknoloji, bilgi ve tecrübe gibi kaynaklar kısıtlı kaldığından bu kısıtlı kaynakların en verimli şekilde kullanılması böyle bir sağlıklı iletişimi gerektirir¹⁰⁶.

Sağlık hizmetinin verimli bir şekilde ilerlemesi için sağlık sektöründe çağdaş yönetim anlayışı ve ilkelerinin de benimsenmesi gerekir¹⁰⁷. Sağlık hizmetlerinin verimi ve kalitesi; bir

¹⁰⁰ DEMİRBİLEK, s.54-57.

¹⁰¹ BOSTANCI, s.53.

¹⁰² DAĞ, s.31.

¹⁰³ DAĞ, s.32.

¹⁰⁴ OKUR, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, s.94-95-96; KURUCA, s.47-48.

¹⁰⁵ UZ, s.65.

¹⁰⁶ UZ, s.65.

¹⁰⁷ HAYRAN, Sağlık Hizmetlerinin Yönetimi, s.114.

görüŖe göre “kullanılan kaynakların ve yapılan faaliyetlerin spesifik bir göstergesi” olarak tanımlanırken; diğeri bir görüşe göre ise “gereken kaynakların verimli bir şekilde dağıtılması ve kullanılması, hizmetin etkili bir biçimde verilmesi, gerek kaynak dağılımında gerekse hedef kitlenin hizmetlere ulaşımında hakkaniyete özen gösterilmesi ve hizmet sunumu sırasında ve sonrasında hizmeti kullananların memnuniyetinin sağlanması” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁸.

Ülkemizde hekimlerin uyması gereken kuralları belirleyen en eski metin, 1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir¹⁰⁹. Sağlık hizmeti çok hızlı gelişen bir alan olduğu için yalnızca teknolojik açıdan değil kurumsal açıdan da önemli değişimlere uğramıştır¹¹⁰. Bu değişim başta sağlığın tanımında değişiklik olarak kendini göstermiştir. TDN’ nin hazırlandığı dönemde sağlığın tanımı, “hastalığın olmaması” şeklinde yapılırken, günümüzde sağlığın tanımı “fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali” olarak yapılmaktadır¹¹¹.

Hekimin öncelikli görevi ve meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi gerektiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’ nın 5. maddesinde düzenlenmiştir¹¹². Bu maddeye göre; *“Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.”*

Hekimin özen ve sadakat borcu¹¹³, mesleğin icrasında öğrenilen hastaya ait sırların gizli

¹⁰⁸ HAYRAN/UZ, s.163; DEMİRBİLEK, s.62.

¹⁰⁹ RG. 19.02.1960, 10436.

¹¹⁰ VATANOĞLU, s.19.

¹¹¹ VATANOĞLU, s.19.

¹¹² AKYILDIZ/ÖZKAN, s.85.

¹¹³ Türk Borçlar Kanunu madde 506’ya göre; “Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”

tutulması borcunu da içerir¹¹⁴. Hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmasa dahi eğer hekimin hastasının sırlarını ifşa etmesi, hastanın kişilik hakkını ihlal etmesine sebep olmuşsa bu durumda MK.m.24-25 ve BK.m.58 haksız fiil hükümleri uyarınca hekimin haksız fiilinden dolayı sorumluluğu söz konusu olur.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 23. maddesinde ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde düzenlenmiş olup; hastanın rızası, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda¹¹⁵ ve Türk Ceza Kanunu'nda¹¹⁶ yer alan hükümlerde yer alan hususlar dışında hekimin hastasının sırlarını ifşa etmemesi sorumluluğunu doğurur¹¹⁷.

Hekim, hastası üzerinde hastalığın teşhisini koyduktan sonra, belirlediği hastalığın tedavisi için en uygun yöntemi¹¹⁸ seçmek durumundadır. Hekim, aynı başarıyı daha az riskle

¹¹⁴ BUDAK, s.545-546.

¹¹⁵ RG. 06.05.1930, 1489. **Madde 57** – Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı 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 tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

Madde 58 – İcrayı sanat eder her tabip 57 nci maddede zikredilen vakaları kati veya muhtemel teşhis vaz'ını mütaakıp ilk 24 saat zarfında sıhhiye dairesine, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı takdirde polis veya jandarma karakoluna hastanın isim ve adresiyle beraber tahriren veya şifâhen haber verir. Polis ve jandarma daireleri ittila hasıl eyledikleri bu vakaları hiç vakit kaybetmeden alakadar makamlara bildireceklerdir.

Madde 59 – Sari hastalıkların haber verilmesini kolaylaştırmak üzere Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince hazırlanıp arzu eden tabiplere tevzi edilecek ihbarnameler postalarca meccanen naklolunur.

Madde 60 – 57 nci maddede yazılan hastalıklara uğrayan birisinin ikametgahı değiştiğini, hastalığı haber vermekle mükellef olanlar öğrendikleri takdirde bu nakli ihbara mecburdurlar.

¹¹⁶ RG. 12.10.2004, 52611. **Madde 280-** Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: BUDAK, s.546-554.

¹¹⁸ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.66. En uygun yöntem, “hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla yöntem” olarak tanımlanmıştır.

temin etmeye elverişli tanınmış (geleneksel) bir yöntem mevcut iken, daha fazla riskli olan yeni bir yöntemi seçmemelidir¹¹⁹. Hekimin mesleki özerkliğinin gerektirdiği tedaviyi seçme özgürlüğü gereğince; yeni tedavi yöntemi daha riskli ama başarı şansı da o oranda yüksek bir yöntem ise; hekim, hastaya yeni yöntemin daha fazla risk taşıdığını içeren kapsamlı bir aydınlatma yapması şartıyla, bu yeni yöntemi de seçebilecektir¹²⁰. Bu husus, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 10. maddesinde¹²¹ düzenlenmiştir.

Hastanın tıbbi müdahaleye verdiği rızanın geçerli olabilmesi için yapılacak tedavi, tedavinin sonuçları, tedavi edilmezse neler olabileceği, yapılan tedavinin alternatifleri konularında aydınlatılması gerekmektedir. Bu gereklilik hekimin aydınlatma yükümlülüğünü oluşturmakla birlikte aynı zamanda hekimlik mesleğinin bir gereği olarak hekim için görev niteliğindedir. Bu görevi yerine getirmeyen hekimin yaptığı tıbbi müdahaleye verilen rızanın geçersiz olacağı ve ceza sorumluluğuna yol açabileceği göz önüne alındığında, aydınlatma konusunun hekim için, bir yükümlülük olarak kabulü gerekmektedir¹²². Hekimin hastasını bilgilendirmesi hususu, cezaevlerindeki sağlık politikasının, ulusal sağlık politikasıyla uyum içinde olması ve sağlık uygulamalarının genel kamuda yararlanılanlarla karşılaştırılabilir şartlarda olması gerektiğinden; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı No. R(98)7 - Bakanlar Komitesi'nin Üye Ülkelere Ahlaki ve Örgütsel Açından Cezaevlerinde Sağlık ile İlgili Tavsiye Kararı'nda da vurgulanmıştır¹²³.

Aydınlatılmış onam, hastanın hekime olan güvenini ve hastanın söz konusu tanı veya tedavi girişimine uyumunu artırır ve hasta memnuniyetini elde etmeye yardımcı olur¹²⁴.

¹¹⁹ AYAN, s.66.

¹²⁰ AYAN, s.66-67; ÖZTÜRKLER, s.96-97.

¹²¹ Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediği, 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.”

¹²² ERMAN, s.101.

¹²³ ÜNVER/İÇEL, s.105-106-107; Karar, Bakanlar Komitesi tarafından 8 Nisan 1998 tarihinde Bakan Temsilcileri'nin 627. Oturumunda kabul edilmiştir.

¹²⁴ ÖZASLAN, s.49.

Kavramın önemine binaen Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları arasında 26. maddede aydınlatma yükümlülüğü yer almıştır. Bu düzenlemeye 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 aydınlatır¹²⁵.

Aydınlatmanın kapsamı bazı hallerde sınırlandırılabilir. Aydınlatma nedeniyle oluşacak zarar, hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ihlaline göre daha fazla ise hasta yararına aydınlatmanın kapsamı sınırlanabilir¹²⁶. Türk hukukunda bu husus, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin m.14/2. fıkrasında¹²⁷ yer alan ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde¹²⁸ yer alan düzenlemelerde ifade edilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinin 1. fıkrasında, “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.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümden anlaşıldığı gibi; hasta tedaviyi reddetse dahi hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastaya bu reddin sonuçlarının tam

¹²⁵ HANCI, s.96.

¹²⁶ SERT, s.230. Örneğin; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde aydınlatma borcu ortadan kalkabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan halden kasıt, hastanın hayatının riske girecek olması veya ağır bir zarar tehlikesinin varlığıdır; DURDU, s.81; HANCI, s.96-97.

¹²⁷ “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 akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

¹²⁸ “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.”

olarak ve başarıyla açıklanması sonrasında sona ermektedir¹²⁹.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 70. maddesinde ifade edildiği üzere, tıbbi müdahaleden önce hastasının rızasını almamak, özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir¹³⁰. Hastanın rızası bulunmayan durumlarda yapılan tıbbi müdahale ile müessir fiilin olduğu kabul edildiği takdirde, hekim, ancak müdahalenin niteliği gereği müessir fiil ağırlığında bir eylem işlememiş olması durumunda TŞSTİDK.m.70' de düzenlenen kabahat gereği cezalandırılabilecektir¹³¹. Rıza, açık veya zımni olarak yapılır. Sözlü, yazılı veya işaretle dahi rızanın verilebilmesi mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliği' nin m.28/I' deki düzenlemede; “mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında” rızanın şekle bağlı olmadığı ilkesi benimsenmiştir. Zımni rızaya; “sessiz kalarak, yapılacak ameliyatı kabullenen; böylece bir tıbbi müdahaleye razı olduğunu belirten ve protokol defterine ameliyat konusunu yazdırarak, bunun için gerekli ücreti ödeyen, kan tahlili yapılmasını isteyen ve kan vermek için kolunu uzatan, röntgen çekirtmek için ilgili birime giden hastanın rızasını” örnek olarak gösterebiliriz¹³².

TŞSTİDK.m.70' de küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterme yetkisi yasal temsilcidedir. Bu hükmün, Medeni Kanunu'nun 16. maddesi¹³³ ile birlikte değerlendirilerek yasal temsilci ile temyiz kudretini haiz küçüğün rızalarının birlikte aranması gerektiği yönünde yorumlanması daha doğru olacaktır¹³⁴.

¹²⁹ ERMAN, s.115.

¹³⁰ ERMAN, s.42; 1219 sayılı TŞSTİDK m.70: Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.

¹³¹ ERMAN, s.42.

¹³² HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.146-147.

¹³³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 16: Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.

¹³⁴ ERMAN, s.87.

Velayet ve vesayet altındaki hastalardan nasıl rıza alınacağına ilişkin düzenlemelerden bahsettik. Peki kanuni temsilci veya vasi tarafından rıza verilmediği veya verilemediği hallerde ne olacaktır? Bu soruya cevap veren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir:

“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Bu hüküm ile velayet ve vesayet altındaki bir insanın sağlığı ve yaşamı söz konusu olduğunda, yasal temsilcinin velayet ve vesayet altındaki insanın ileriki gelişimini sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü dikkate alınmıştır¹³⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin aynı maddesinin 7. fıkrasında ise; *“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.”* hükmü yer almaktadır.

Söz konusu hükümden önce gerçek rızanın alınmasının mümkün olmadığı acil vakalar ve ameliyatın genişletilmesi durumlarında varsayılan rızaya dayanılarak tıbbi müdahale yapılabilirdi. “Hasta, böyle bir durumda bulunmasaydı, bu müdahaleye zaten rıza gösterirdi” düşüncesiyle kabul edilen varsayılan rıza, müdahaleyi hukuka uygun hale getirir¹³⁶. Bu husus, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde¹³⁷ düzenlenmiştir¹³⁸. Hekim, hastanın

¹³⁵ ERMAN, s.89.

¹³⁶ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.148.

¹³⁷ Sözleşme; RG. 09.12.2003, 25311; 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.

iradesini varsayarken yanlış değerlendirme riski altında bulunduğunun bilinci içinde davranmalı ve bu riski ortadan kaldıracak vicdani davranışlarda bulunarak gerçek iradeyi araştırmalıdır ki; varsayılan rıza, hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilsin¹³⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan bu yeni hüküm ile rıza şartının hükümde sayılan hallerde aranmaması hali düzenlenmiştir.

Tıp Hukukunda hekime güvenin tam olarak oluşturulması ve özen yükümlülüğünün tam olarak ifa edilebilmesi ve zararlı neticelerin en aza indirgenmesi veya zararlı neticelerin ortadan kalkması için hekimler ile diğer sağlık çalışanlarının birincil ve ikincil sorumluluk alanlarının tespit edilmesi ve bu alanların ne zaman yer değiştireceği probleminin net bir biçimde ortaya konması gerekir¹⁴⁰. Birincil sorumluluk alanından anlaşılan; faaliyeti yürüten sağlık çalışanına iş paylaşımı çerçevesinde verilen asli görevdir¹⁴¹. İkincil sorumluluk alanı ise; faaliyeti yürüten sağlık çalışanının, iş paylaşımında tali olarak yüklendiği görevlerdir¹⁴².

Hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan zorunluluk hali, “başka türlü davranmak imkanı olmadığından ve daha yüksek bir değeri korumak için, hukuka aykırı eylem (suç veya haksız fiil) işlemek durumunda kalan kimsenin hukuken sorumlu tutulmasını önleyen bir müesseseye verilen addır”¹⁴³. Zorunluluk hali, bir başka tanıma göre ise; “bir kişinin, kendisinin veya başkasının şahıs varlığı veya malvarlığı değerlerine yönelik derhal meydana gelecek bir

¹³⁸ Madde 8 : Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir. Madde 9: Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.

¹³⁹ ERMAN, s.152.

¹⁴⁰ ALTUNDERE, s.106.

¹⁴¹ ALTUNDERE, s.108. “Örneğin; hekimin hastayı muayene etmesi, tıbbi müdahaleyi bizzat kendisinin yürütmesi hekimin birincil sorumluluğudur.”

¹⁴² ALTUNDERE, s.108. “Örneğin; hekimin birlikte çalıştığı hemşiresinin görevini kendisinden beklenen özen ve ihtimamla yerine getirip getirmediğini veya ameliyathanenin uygun koşulları taşıyıp taşımadığını gözetmesi ikincil sorumluluk alanına girer.”

¹⁴³ HAKERİ, s.271. BK.m.63/2' ye göre; “...zorunluluk hallerinde fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” Ayrıca TCK.m.25/2' ye göre; “gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korumak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

tehlikeyi defetmek için tehlikeyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin mallarına zarar vermesidir”¹⁴⁴. Tıp hukukunda zorunluluk halinin uygulandığı en klasik örnek, annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeniyle, annenin ceninin alınmasından başka bir yöntemle kurtarılması imkanı bulunmamasından dolayı anne karnındaki ceninin alınmasıdır¹⁴⁵. Bu gibi durumlarda, tıbbi müdahalede bulunan hekim veya diğer sağlık personelinin cezai ve hukuki bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Zorunluluk halinin özel olarak düzenlendiği kanunlar da bulunmaktadır. Örneğin; cezaevlerindeki hükümlü ve tutukluların açlık grevlerine hekimin ve diğer sağlık personelinin müdahale etmesinin bir zorunluluk olduğu, grev sürecinde kendi uzmanlık alanı ile ilgili olan bir konuda yardıma ihtiyacı olan veya hayati tehlikesi olan bir kişiye yardım etmeyen hekim veya diğer sağlık personeli 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’ un¹⁴⁶ 82. maddesi gereğince suç işlemiş olur¹⁴⁷. Ayrıca Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’ un¹⁴⁸ 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; “bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu¹⁴⁹ gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir”¹⁵⁰.

Hekimin kayıt tutma yükümlülüğü ile tedaviyi sürdürme yükümlülüğünün asli yükümlülükler olduğu ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde de hastanın zarar görmesi sonucunda idari, hukuki ve cezai sorumluluğun söz konusu olacağı göz ardı edilmemelidir¹⁵¹.

¹⁴⁴ AYAN, Borçlar, s.221.

¹⁴⁵ HAKERİ, s.272.

¹⁴⁶ RG. 29.12.2004, 25685.

¹⁴⁷ KILIÇ, s.148-151.

¹⁴⁸ RG: 27.05.1983, 18059.

¹⁴⁹ Hadım etme olarak da ifade edilen kastrasyon, cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Bkz. AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.27.

¹⁵⁰ Bu hükmün, hukukun evrensel ilkelerine, tıp hukukunun genel ilkelerine ve Anayasa’ya aykırı bulan görüş için bkz. HAKERİ, s.273.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için; ÇETİN, s.39-40.

V. Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)

Kötü ifa; borçlunun borç ilişkisinden doğan edimini ifa ederken tam ve doğru olarak ifa etmemesi yani ifa edilen edimin nitelik yönünden kötü, eksik veya ayıplı olmasıdır¹⁵². Malpraktis ise gereği gibi ifa etmemenin bir alt dalı olan kötü ifanın tıptaki görünümüdür¹⁵³.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide edimin kötü ifa edilmesi, hekimliğin kötü uygulanması (malpraktis) olarak karşımıza çıkar. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları¹⁵⁴, nın 13. maddesinde hekimliğin kötü uygulanması (malpractice) başlığı altında hatalı tıbbi uygulama (malpraktis) “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi” olarak tanımlanmıştır. Dünya Tabipler Birliği tarafından malpraktis; “Hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁵. Malpraktis, hatalı teşhis, hatalı tedavi veya hatalı müdahaleden dolayı hastaya zarar vermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁵⁶.

Biyo-tıp Sözleşmesinin¹⁵⁷ 4. maddesine göre; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 11. maddesi uyarınca da; “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.” Hekimin birincil görevi, hastalıkları önlemek ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insan yaşamını ve sağlığını korumaktır. Ayrıca hekimin tıbbi müdahalede bulunurken hastanın onurunu da gözetme yükümlülüğü birincil görevleri arasındadır¹⁵⁸.

¹⁵² SARITAŞ, s.96, OĞUZMAN/ÖZ, s.306.

¹⁵³ HATIRNAZ EROL, Özel Hastane, s.204.

¹⁵⁴ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31. Erişim tarihi:27.08.2013.

¹⁵⁵ ÇETİN, s.31.

¹⁵⁶ GÜLŞEN, s.45; SARITAŞ, s.97.

¹⁵⁷ RG. 09.12.2003, 25311.

¹⁵⁸ Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.5.

Hekimin mesleki gerekliliklerinin ne olduğu ne kanunda, ne yönetmelikte ne de meslek kuralları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay kararlarının çoğunda belirtildiği gibi; hekimin “özen yükümlülüğü” gerekliliğinden bahsedilmiştir. Her olay için münferit şekilde, kararlarda özen yükümlülüklerinin neler olduğu somutlaştırılmıştır¹⁵⁹. Bilimin ve teknolojinin hızla değişime ve gelişime uğradığı günümüzde “tıbbi standart” kavramı da dinamik bir oluşu ve gelişimi ifade etmektedir. Bu yüzden hekimin, uygulayacağı tıbbi müdahalede tıbbi standardı belirlemesinde müdahalede bulunduğu zamanı esas alması gerekmektedir¹⁶⁰.

Hatalı tıbbi uygulama, hekimin yaptığı tıbbi müdahalede tıbbin gereklerine uymayarak tıbbi standardı yerine getirmemesi yani özen yükümlülüğünü ihlal ederek bir zarara yol açması sonucunda ortaya çıkan bir durumdur. Hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, hastalığın teşhisinde açık hata, yanlış tedavi yönteminin seçimi ve müdahale sonrasında hastanın bakımında ve tedavisinde kusurlu ve özensiz davranma şeklinde ortaya çıkar.

Hekimin hatalı tıbbi uygulamaya mahal vermemesi için, öncelikle tedavide uygulayacağı yöntemi, tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarını esas olarak, seçmesi gerekir. Hekimin hatalı tıbbi uygulamaya yol açmadan tedavi amacına ulaşması için, gerekli olan ve denenerek ispatlanmış, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade eden tıbbi standardı yakalaması gerekir¹⁶¹.

Hatalı tıbbi uygulama, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir.” Hekimin tıbbi hatasının müdahale öncesinde, müdahale sırasında ve müdahale sonrasında incelenmesi gerekir.

VI. Komplikasyon Kavramı

Hekimin tıbbi müdahalesinden ortaya çıkan zarar, tıp biliminin bugün ulaştığı bilimsel ve

¹⁵⁹ HAKERİ, s.544.

¹⁶⁰ HAKERİ, s.544-545.

¹⁶¹ HAKERİ, s.545.

teknik düzeyi, uygulamanın yapıldığı ortamın şartları, uygulamayı yapanın eğitim düzeyi, uzmanlık durumu¹⁶² göz önüne alındığında, aynı ortam şartlarında, aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özen gösterildiği halde uygulamanın bir sonucu ise hekimin sorumluluğundan bahsedilemez¹⁶³. İşte bu durumda “izin verilen risk” olarak ifade edilen komplikasyon var demektir.

Komplikasyon, hastaya fayda sağlayacak bir uygulamanın, öngörülebilir ama alınan bütün önlemlere rağmen önlenemeyen bazı risklere katlanılarak, hastanın aydınlatılması ve rızası ile müdahalenin gerçekleştirilmesi sırasında veya sonrasında oluşabilen istenmeyen riskli durumlardır¹⁶⁴. Hasta yapılacak olan tıbbi müdahaleler konusunda aydınlatılırken, ortaya çıkabilecek komplikasyonlar açısından da bilgilendirilmelidir; aksi halde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk söz konusu olur¹⁶⁵.

İzin verilen riskten bahsedebilmek için taksirli davranılmaması ve özensiz davranışın yol açabileceği riskleri önleyici, asgariye indirici davranılması, buna rağmen riskler doğduğunda zarar ve tehlike neticesini mümkün olduğunca yapılacak müdahaleyi izale etmek için gerekli ve teknik güvenlik normlarının zorunlu kıldığı önlemlerin alınması gerekmektedir¹⁶⁶. Dolayısıyla hekimin özensiz ve dikkatsiz tıbbi müdahalesi söz konusu olduğundan izin verilen risk kuramından yararlanamayacağı; hekimin hatalı tıbbi uygulaması sorumluluğuna yol açacaktır.

Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu olarak sebep olduğu hatalı tıbbi uygulamadan dolayıcıdır. Buna karşılık hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan, gerekli özen gösterilse dahi kaçınılmaz olan birtakım istenmeyen etkiler, komplikasyonlar halinde veya hukuki anlamda izin verilen risk olarak ifade edilen durumlarda, hekim sorumlu tutulamaz¹⁶⁷. Komplikasyonu, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleştirilen müdahalede eğer istenmeyen sonuç gerçekleşir ise bunda hekimin veya diğer sağlık personelinin

¹⁶² SARITAŞ, s.97.

¹⁶³ GÜLŞEN, s.45.

¹⁶⁴ SAVAŞ, s.290.

¹⁶⁵ ÇETİN, s.33.

¹⁶⁶ SAVAŞ, s.272.

¹⁶⁷ YAVUZ, F., s.100; HAKERİ, s.567.

sorumlu tutulmadığı durum olarak tanımlayabiliriz¹⁶⁸.

Bir tıbbi müdahalede, doğru tanı ve uygun tedavi ile birlikte, gösterilen tüm dikkat ve özene rağmen, hastada herhangi bir komplikasyon gelişmiş ve bu komplikasyona; hekim tarafından, doğru şekilde müdahale edilmiş, gerekli tedavi uygulanmış olmasına rağmen, hastada bir zarar meydana gelmişse, bu zarardan dolayı artık hekim ya da hastane için sorumluluk söz konusu olmayacaktır¹⁶⁹.

Hekimlik mesleğinin gereği olarak, yapılan her türlü medikal ve cerrahi müdahale birtakım riskler barındırmaktadır. İşte bu risklerin, istenmeyen sonuçların yaşanmaması için de tedbir almış olmak; mesela ameliyat esnasında gerekli araç-gereci bulundurmak, gerektiğinde konsültasyon istemek ve gerekli müdahaleleri yapmak gerekir. Aksi takdirde komplikasyon olan bir sonuç kusur haline dönüşebilir¹⁷⁰.

Teşhis hatasının ne gibi durumlarda ortaya çıkabileceği tahdidi olarak belirlenmemiştir. Bir hastalık vuku bulduğunda o hastalığın semptomlarının her zaman açık olmaması dolayısıyla sonradan konulan teşhisin yanlış olduğu ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlar, doğrudan hekimin teşhis hatası yaptığı anlamına gelmez. Bulguların yanlış yorumlanması ancak temel bir hatanın varlığı halinde, çok açık bir hastalık belirtisinin tanınmaması halinde veya yanlış teşhisin temel kontrol tetkiklerinin yapılmamasına dayanması halinde, özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmelidir¹⁷¹. Hekimin tıbben gerekli tetkikleri yaptığı, gerekli tedbirlere başvurduğu veya diğer uzman meslektaşlarına danıştığı hallerde, konulan teşhis savunulabilir ise artık hekimin teşhis hatasından dolayısıyla da hatalı tıbbi uygulamadan bahsedilemeyecektir¹⁷².

Tıbben gerekli olan bir müdahaleyi modern tıbbın yöntemlerine, hekimlik mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak hareket eden hekimin kusurundan söz edilemeyeceği gibi; komplikasyon neticesinde ortaya çıkan zarardan dolayı hekimin hukuki

¹⁶⁸ YAVUZ, F., s.100.

¹⁶⁹ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.287.

¹⁷⁰ YAVUZ, F., s.100-102.

¹⁷¹ HAKERİ, s.567.

¹⁷² HAKERİ, s.567.

sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği açıkça Yargıtay kararlarında dile getirilmiştir¹⁷³.

VII. Endikasyon Kavramı

Endikasyon konusu, TDN' nin 13. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre; *“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.”* Paralel bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede tıbbi müdahale amacının neleri içermesi gerektiği, *“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.”* şeklinde ifade edilmiştir. Endikasyon, yani tıbbi gereklilik olmaksızın gerçekleştirilen her tıbbi müdahale, başta Anayasa' nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan, kişi dokunulmazlığı hükmü olmak üzere, Sağlık Hukuku mevzuatı çerçevesinde bir çok düzenlemeye aykırılık teşkil edeceğinden, hukuki, idari ve cezai sorumluluğu gerektirecektir¹⁷⁴.

Endikasyonun sadece “tıbbi endikasyon” olması gerekmediği sosyal ve psikolojik gerekliliklerin de tıbbi gereklilik olarak yani endikasyon olarak kabulü, bugün kabul edilmektedir¹⁷⁵. Doktrinde tıbbi olmayan ve fakat sosyal veya psikolojik endikasyon bulunan tıbbi müdahalelerde dolaylı tedavi amacının bulunduğu ifade edilmekte olup; bu nedenle bunun gibi müdahalelerin tıbbi müdahale sayılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin esasların uygulanması

¹⁷³ İlgili Yargıtay kararlarından bir örnek; Yargıtay 2. CD., 20.11.1991 tarihli 10834 E., 11895 K. sayılı karardır. Bkz: KILIÇ, s.152.

¹⁷⁴ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.286.

¹⁷⁵ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.286-287. “Örneğin; estetik operasyonların amacı genellikle hastanın kendisini daha güzel ya da estetik yönden kusursuz hale getirme irade ve istemi yönünde gelişmekte, bunun dışında tıbben şifa bulmaya yönelik bir uygulama olarak karşımıza çıkmamaktadır.” HAKERİ, s.429-435. Örneğin; erkek çocukların sünnet edilmesinde de sosyal endikasyon vardır. Ayrıca estetik müdahale ile ulaşılmak istenen amaç ve müdahale ile göze alınan tehlike aynı derecede olmalı; tehlikenin ulaşılmak istenen amaçtan daha büyük olmaması gerekir. Bu noktada Hakeri, sadece güzelleşmek amaçlı yapılan estetik müdahalelerin, endikasyonsuz tıbbi müdahale olmasından dolayı, ancak bu konuda yasal bir düzenleme ile olanak sağlanırsa hukuka uygun olarak kabul edebileceğini savunmuştur.

gerektiği savunulmuştur¹⁷⁶.

Hekimin uyguladığı tıbbi müdahalede endikasyonun bulunmaması bizi doğrudan müdahalenin hukuka aykırı olduğu sonucuna götürmez. Hekim, mesleki özerkliği uyarınca; hastanın rızasıyla, sosyal değeri yargılarına¹⁷⁷, genel adap ve etiğe aykırı olmayan tedbirler alabilir¹⁷⁸. Bu noktada rızanın ve endikasyonun hekimin tıbbi müdahalesinde hukuka uygunluk şartları arasında ayrı ayrı değeriendirilmesi gerektiğini önemle vurgulamakta yarar vardır. Her bir hukuka uygunluk şartının uygulanan tıbbi müdahale sırasında mevcut olması gerekir¹⁷⁹. Örneğin; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararında¹⁸⁰ özetle; “....*Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbî müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü, rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir değimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz.*” ifadesiyle hekimin tıbbi müdahalede bulunurken hukuka uygunluk nedenlerinin her birinin ayrı ayrı değeriendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.

¹⁷⁶ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.9; HAKERİ, s.429-430.

¹⁷⁷ Örneğin; kalıcı sağlık zararlarına yol açan denemeler veya deneyler: Parmağın kesilmesi gibi. HAKERİ, s.431.

¹⁷⁸ HAKERİ, s.431.

¹⁷⁹ HAKERİ, s.433.

¹⁸⁰ 07.03.1977 tarihli, 1976/6297 E., 1977/2541 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Çeşitli sözleşme tiplerinin kanunla düzenlenmesi birçok nedene dayanmaktadır. Bir sözleşme tipinin kanun tarafından düzenlenmesi tarihi sebeplerle açıklanabilir¹⁸¹. İkinci olarak bir sözleşme tipinin kanunda düzenlenen hükümleri, tarafların yeterli açıklıkta olmayan ve eksik kalan sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırır¹⁸². Üçüncü olarak da devletin gerek kamu düzenini sağlama, gerekse tüketicinin korunması amacıyla, sözleşmelerle ilgili emredici hükümler düzenlediği görülmektedir¹⁸³. Sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik bakımdan diğer taraftan daha zayıf ve korunmaya muhtaç olduğu hallerde emredici hükümler düzenlendiği görülmektedir¹⁸⁴. Örneğin; tüketicinin satıcı karşısındaki zayıflığı ve korunmaya muhtaç görünmesi sebebiyle devlet, tüketici ile satıcı arasındaki özel borç ilişkisine müdahale edebilmektedir.

Gerek 818 sayılı Eski Borçlar Kanunumuzda¹⁸⁵ da gerekse 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunumuzda hekim ile hasta arasındaki ilişkiye dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu husus da hekim ile hasta arasındaki ilişkinin ne tür bir ilişki olduğuna dair görüş ayrılıklarına ve belirsizliklere yol açmaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine dair görüşleri ikinci kısımda tartışacağız. Söz konusu görüş ayrılıklarının ortak noktası, genelde hekim ile hasta arasındaki

¹⁸¹ YAVUZ, Borçlar, s.1.

¹⁸² YAVUZ, Borçlar, s.1-2.

¹⁸³ YAVUZ, Borçlar, s.2.

¹⁸⁴ YAVUZ, Borçlar, s.2.

¹⁸⁵ RG. 08.05.1926, 366.

ilişkinin sözleşme niteliği taşıdığı yönündedir. Hekimin başladığı tedaviyi haklı sebep olmaksızın bırakamaması, yarıda kesememesi, tedavi sonucunda ücrete hak kazanması, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşme niteliği taşıdığı konusunda ipuçları içermektedir¹⁸⁶.

Hekim, hekimlik mesleğini icra ederken genelde hastası ile anlaşarak tıbbi müdahalede bulunur; bu durum da aralarındaki ilişkinin akdi ilişki olduğunun belirtisidir¹⁸⁷. Nitekim acil müdahale hallerinde hastanın bilincinin açık olmaması ve hayati tehlikenin söz konusu olması durumunda hekimin hastayı aydınlatarak ondan tıbbi müdahale için rıza alabilmesi mümkün değildir. İşte bu gibi durumlarda hekimin hasta ile anlaşarak tedavi edimini yerine getirmemesi sebebiyle aralarında sözleşmesel bir ilişki kurulamamış olur. Hekimin acil müdahale halinde hastaya verdiği zarardan doğan sorumluluğu BK.m.49' a göre haksız fiil sorumluluğudur.

Genel olarak kabul edildiği gibi; hekim ile hasta arasındaki ilişki sözleşmesel bir ilişki olup; sözleşmenin konusunu, hekimin hastasını öncelikle bilgilendirerek yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda aydınlatması, tıbbi standartlara uygun olarak muayene ile özenli ve dikkatli davranarak teşhis koyması ve tedavi etmesi oluşturur. Teşhis (tanı), hekimin hasta üzerinde birtakım araştırma ve incelemeler sonucunda elde ettiği bulguları değerlendirerek hastada ne tür bir hastalığın olduğuna karar vermesi; tedavi ise hastalığın teşhisi konduktan sonra söz konusu teşhise uygun olarak hekim tarafından tıbbi standartlar çerçevesinde tıbbi yöntemler kullanılarak hastalığın iyileştirilmesi için yapılan fiil olarak tanımlanabilir¹⁸⁸. Başka bir tanıma göre ise “teşhis ve tedavi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hasta veya kanuni temsilci arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbi teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan, belli bir ücret ödemeyi üstlendiği rızai bir sözleşmedir”¹⁸⁹.

Hekimin sözleşme ile borçlandığı edimleri ihlal etmesi halinde ise sözleşmesel

¹⁸⁶ BAYRAKTAR, s.33.

¹⁸⁷ REİSOĞLU, s.3.

¹⁸⁸ ÖZDEMİR, s.29.

¹⁸⁹ ÖZDEMİR, s.51.

sorumluluğu söz konusu olur¹⁹⁰.

B. Unsurları

1. Taraflar

Hekimlik sözleşmesinin tarafları hekim ve hastadır. Hekim genel anlamda modern toplum hayatında hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme (ve tıbbi müdahalelerde bulunabilme) yetkisi tanınmış kişiler olarak tanımlanır¹⁹¹. Başka bir tanıma göre ise; “doktor, tıp fakültesini bitirmiş, pratisyen veya uzman, insan sağlığıyla uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen kişidir”¹⁹².

Hekimin hekimlik mesleğini hukuken yürütmeye ehil olması için gereken şartlar 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanun’ unda düzenlenmiştir¹⁹³.

Hasta kavramı, kanun ve yönetmeliklerde tanımlanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasına göre; hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir. Aynı tanımlama Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısında da “sağlık personelinin tıbbi hizmetine ihtiyaç duyan kişi” olarak belirtilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nde (2005) “hasta kişi” halk sağlığı riski oluşturabilecek bir fiziksel rahatsızlıktan muzdarip olan veya bundan etkilenmiş olan birey olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamalardan hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan ve halk sağlığı riski oluşturabilecek fiziksel bir rahatsızlıktan muzdarip veya bundan etkilenmiş olan kişi olarak tanımlanması mümkündür.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin geçerli olarak kurulması için hekimin de hastanın da fiil ehliyetinin (hukuki işlem yapma ehliyetinin) bulunması gerekir. Fiil ehliyetinin bulunduğu

¹⁹⁰ BAYRAKTAR, s.34.

¹⁹¹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.5; HAKERİ, s.35.

¹⁹² AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atma, s.1; HAKERİ, s.35.

¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: s.6-7.

haller Medeni Kanunu'nun 10-14. maddelerinde¹⁹⁴ düzenlenmiştir. Kişi, ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsizdir; ayırt etme gücüne sahip olm

akla birlikte küçük veya kısıtlı ise sınırlı ehliyetsizdir¹⁹⁵.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide ehliyet konusu, hastanın tıbbi müdahaleden önce vereceği rıza açısından önemlidir. Zira hekimin, hekimlik mesleğini icra etmede hukuken gerekli şartları ihtiva etmekle hekimlik mesleğine ehil olduğunu yukarıda işlemiştik¹⁹⁶. Önemle üzerine durulan ve tartışılan husus, hastanın rıza verme esnasındaki fiil ehliyetidir.

Fiil ehliyeti, kişinin, kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi ya da yeni hukuki durumlar yaratabilmesidir. Medeni Hukukun genel ehliyet düzenlemelerine paralel olarak rıza beyanında bulunabilmek için de fiil ehliyeti¹⁹⁷ aranmakta, sınırlı ehliyetsizler için de bazı istisnalar¹⁹⁸ dışında kanunu temsilcilerinin muvafakati istenmektedir¹⁹⁹.

Yaşama hakkının üstün niteliği ve ağır tıbbi müdahalelerin önemine binaen 1219 sayılı Kanunu' nun 71. maddesinde önemli cerrahi müdahaleler için kanuni temsilcinin rızasının alınması zorunlu tutulmuştur. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların korunması amacıyla konulan bu hüküm, yerinde bir düzenlemedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin rıza ehliyeti bulunmadığından, bu kişilerin yakınlarından rıza alınır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin hangi yakınlarından rıza alınması gerektiği hususunda 2238 sayılı Organ ve

¹⁹⁴ **Madde 10** - Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. **Madde 14**-Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.

¹⁹⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s.59; AYAN s.57.

¹⁹⁶ Bkz: s.6-7.

¹⁹⁷ MK.10 : Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.

¹⁹⁸ **1219 sayılı Kanun m.70:**Veli veya vasi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir. **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.7:** Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlara bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir.

¹⁹⁹ GOJAYEVA, s. 36.

Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu' un²⁰⁰ 14. maddesindeki sıralama esas alınabilir²⁰¹. Bu sıralama; ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınıdır.

Alman Hukukuna göre; bilme ve isteme yeteneğinin değerlendirilmesi için belirleyici olan şey, münferit olaydaki eylem olup; özel hukuktaki sözleşme yeteneği veya ceza hukukundaki kusur yeteneği değildir²⁰². Türk Hukukunda da “rıza yeteneği (ehliyeti)” olarak ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır; nitekim rızaya ehliyet, Medeni Kanunumuzdaki “fiil ehliyeti” olarak dikkate alınmaktadır.

Rızaya ehliyet konusunda temyiz kudretine sahip olan ve olmayan hastalar bakımından ayırım yapmak gerekmektedir. Buna göre; ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz hastalar adına her durumda kanuni temsilcilerinin rıza beyanında bulunabileceği mutlak ve muhakkaktır. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı kimseler ile on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin, Medeni Kanunumuzda düzenlenmiş olan istisna²⁰³ nedeniyle doğrudan tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmelidirler²⁰⁴. Bu hususta mevzuatta çelişkiler mevcuttur. Hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi tarafından izin alınmasının gerekliliğini düzenleyen 1219 sayılı Kanunu' un 70. ve Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesinin 1. fıkrası karşısında Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 24. maddesinin 2. fıkrasındaki *“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.”* düzenlemesi, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların rızasının önemine vurgu yapılmıştır. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan

²⁰⁰ RG., 03.06.1979, 16655.

²⁰¹ HAKERİ, s.358.

²⁰² TAG, s.202.

²⁰³ MK. m.16/I : Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

²⁰⁴ GOJAYEVA, s. 36.

Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. bendinde, tıbbi müdahaleye verilecek rızada küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğine dair düzenleme ile de hukukumuzda tıbbi müdahalede verilecek rızada küçüğün iradesinin önem taşıdığı anlaşılmaktadır²⁰⁵.

2. Tarafların Anlaşması

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur²⁰⁶. Hekimlik sözleşmesinin esaslı noktaları; hekimin tedavi etme edimini, daha geniş kapsamda tıbbi müdahalede bulunması konusunda hastasını bilgilendirmesi ve hastanın da gerek teşhis, gerek tedavinin nasıl olacağı, tedavi olmadığı takdirde nelerle karşılaşabileceği gerekse de tedavi sonrasında oluşacak durumlar ve yapılması gerekenler ile ilgili aydınlatılmasından sonra, rızasının alınması hususlarıdır. Hekimlik sözleşmesinde ücretin teamülden olduğu kabul edildiğinden ücretin miktarının belirlenmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez²⁰⁷.

Borçlar Kanunu 1. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” hükmünden anlaşılabileceği gibi; taraflar irade beyanlarını açıkça ifade etmeseler de örtülü olarak sözleşmenin kurulmasına dair irade anlaşılıyorsa taraflar arasında sözleşme kurulmuş sayılır. Hekimlik sözleşmesinde de hastanın davranışları bir sözleşme yapılması anlamında değerlendirilebiliyorsa, açık irade beyanı olmamasına rağmen sözleşme yapılmış sayılabilir. Hekimin de hastayı kabul ettiği anda taraflar arasında sözleşme kurulmuş olur²⁰⁸. Hekim hastayı kabul ettiğini açıkça söylemese dahi, öneri hemen reddedilmedikçe BK. m. 6 ve BK.m.503 hükümleri kapsamında hekimin resmi sıfatı ve hekimlik mesleğinin mahiyeti

²⁰⁵ HAKERİ, s.362-363.

²⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.411.

²⁰⁷ BK.m.502/III: Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

²⁰⁸ **Tıbbi Hizmetlerin Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı (Malpraktis Kanun Tasarısı) m.14/I:** Tıbbi hizmet ilişkisi, hastanın, tıbbi hizmetine ihtiyaç duyduğu sağlık personeline müracaatı üzerine, sağlık personelinin görev ve yetkileri çerçevesinde hastayı kabulü ile veya kabul etmeye mecbur olduğu hallerde hastayı görmesi ile başlar.

gereğince sözleşme kurulmuş sayılır²⁰⁹. Yargıtay 9. HD. bir kararında²¹⁰ “Doktor, meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta, muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi ilişki kurulmuş olur” ifadeleriyle doktrindeki görüşlere paralel bir açıklama getirmiştir. Hasta, hekimin karşısına geçip hastalık öyküsü (anamnez)²¹¹ vermeye, hekim de bu anamnezi dinlemeye başladığından itibaren aralarında bir sözleşme imzalandığı varsayılır²¹².

Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi, hekimlik mesleğinin özellikli bir hizmet olmasından dolayı sınırlandırılmıştır. Malpraktis Kanun Tasarısının²¹³ 14. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlenmede mesleklerini serbest olarak icra eden sağlık personelinin acil durumlar dışında başvuran her hastayı kabul etmek zorunda olmadığı ifade edilmiştir. Bu özgürlük, özel sağlık kuruluşunda çalışan hekim için geçerliken; kamu hekimi için geçerli değildir²¹⁴. Acil durumlar dışında dahi olsa; kamu görevlisi olması sebebiyle kamu hekimi, hastaya bakmakla yükümlüdür. Nitekim, hekim bakımından haklı görülebilecek nedenlerin bulunması ve hastanın başka bir hekime başvurması mümkün olması halinde kamu hekiminin tıbbi müdahale yapmasını zorlamak söz konusu olamaz. Bu konuda Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine dayalı olarak “Çalışan Güvenliğinin Sağlanması” konulu bir genelge yayınlamıştır²¹⁵. Söz konusu genelgenin 6. maddesine göre; hizmetin sunumu sırasında şiddete uğrayan sağlık çalışanı, hizmetten çekilme hakkını kullanabilmektedir²¹⁶.

²⁰⁹ EREN, s.237.

²¹⁰ 18.11.1991 tarihli, 8375 E., 14336 K. sayılı kararı.

²¹¹ Anamnez, “Bir hastalığın semptomlarının ve olaylarının kaydedilmesi” olarak tanımlanmaktadır. <http://www.saglikterimleri.com/135-anamnez-nedir.html>. Erişim Tarihi: 27.08.2013.

²¹² ÇETİN, s.32.

²¹³ Tıbbi Hizmetlerin Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı olarak meclise sunulan bu tasarı, kanunlaşmamıştır.

²¹⁴ HAKERİ, s.106.

²¹⁵ HAKERİ, s.109.

²¹⁶ Bu konudaki eleştiriler ve ayrıntılı bilgi için bkz: HAKERİ, s.109-110.

Hekimin tedaviyi seçme özgürlüğü, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' nın 25. maddesinde²¹⁷ ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin hekimin tedavi seçme özgürlüğünü düzenleyen 6. maddesinde düzenlenmiştir.

Hekim – hasta arasında akdedilen sözleşmedeki tarafların anlaşması hususu, diğer sözleşmelerden farklı olarak önemle üzerinde durulması gereken bir konudur. Çünkü hekim karşısında güçsüz, bilgisiz durumda olan hasta ile hekim arasında, doğru bir iletişim²¹⁸ olması gerekir ki; doğru tanı koyma ve böylelikle doğru tedaviyi uygulama mümkün olabilsin²¹⁹.

Hekimliğin Hipokrat ilkesi olarak “Önce zarar verme” (Prima non nocere) ilkesi gereği; hekimin hastasına gerçekleştireceği tıbbi müdahalelerde hastasının acılarını dindirmesi, onu iyileştirmesi için uygulayacağı tıbbi bilgi ve becerilerinden önce hastası ile iyi bir iletişim kurması gerekir²²⁰. Katılımcı hekimlik modelinde benimsenmiş olduğu üzere; hekim, sadece hastalığın tedavisi ile değil ayrıca hastalığın yol açtığı olumsuz duygu ve düşünceleri, endişeleri, sosyal sorunları hastası ile kurduğu doğru ve karşılıklı iletişimle bertaraf edebilmelidir²²¹.

Hekim ile hasta arasındaki iletişim, hekimlerin maddi çıkarları için grev hakkını kullanmalarında zedelenmektedir. Bu nedenle tıp etiği platformunda birtakım tıp etikçileri, hekimlerin greve gitmesi yerine, yükün hasta yerine hastane işletenlerinin üzerine yıkılacağı alternatif yöntemlerin benimsenmesini önermişlerdir²²².

²¹⁷ “Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”

²¹⁸ “İletişim en az iki kişi arasında bazı simgeler kullanılarak gerçekleşen, karşılıklı bilgi, düşünce, duygu ve görüş alışverişidir.” BİLGEL, s.107.

²¹⁹ BİLGEL, s.107.

²²⁰ BİLGEL, s.107; ÖZLÜ, s.22.

²²¹ ÖZLÜ, s.24-25.

²²² NAMAL, s.145.

3. Tıbbi Amaçlı Müdahale

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin konusunun tıbbi müdahale olması; yani hekimin hastanın vücut bütünlüğüne müdahalesinin tıbbi nitelik taşıması, yani hekimin hastasını tedavi ederken tıp biliminin kabul ettiği kurallar çerçevesinde hareket etmesi gerekir²²³. Tıbbi müdahalenin hekim eliyle hekim tarafından yapılmış olması, müdahalenin tanı, tedavi veya iyileştirme amacıyla yapılması²²⁴ ve hekimin Hipokrat ilkesi olarak kabul edilen “önce zarar verme” ilkesi ile tıbbi müdahalede bulunması gerekir²²⁵.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olan her türlü faaliyeti ifade eder²²⁶. Daha genel bir tanımla; tıbbi müdahale, hekimin hastayı sağlığına kavuşturma adına yaptığı her türlü işlem ve tıbbi müdahaledir²²⁷. Bir başka tanıma göre ise; “tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahut rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan bir çeşit faaliyettir²²⁸.”

Tıbbi müdahalenin tıbbi nitelik vasfını ihtiva etmesi için öncelikle yapılan müdahalenin tıp mesleğini icraya ehil bir kimse tarafından yapıp yapılmadığı araştırılmalıdır. Yetkili kimselerin kimler olduğu 1219 sayılı Kanun²²⁹ ile Malpraktis Kanun Tasarısında²³⁰ sayılmıştır.

²²³ SARITAŞ, s.19.

²²⁴ SARITAŞ, s.18.

²²⁵ SÜTLAŞ, s.42.

²²⁶ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.5.

²²⁷ SÜTLAŞ, s.42-43.

²²⁸ YENERER ÇAKMUT, s.4; HAKERİ, s.36-37.

²²⁹ 1219 sayılı TŞSTİDK’ da 1.,2.,3. maddelerde hekimler, 29. maddede diş hekimleri, 29-30. maddelerde dişçiler, 47. maddede ebeler, 3. maddede sağlık memurları, 58. maddede sünnetçiler, 68. maddede hastabakıcı hemşireler,

Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sayılmış olan resmi sığfata sahip sağılık personelinin sadece resmi sıfatlarının bulunması tıbbi müdahalede bulunmaları için yeterli değıildir. Ayrıca sayılan tıbbi personelin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olması gerekir ki; yetkili olma şartları kanunda özel olarak düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahale amacının tıbbi nitelik kazanabilmesi için ikinci koşul, müdahalenin tedavi amacını taşıması gerekliliğıdir. Hekim, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini hızlandırmak, hastalığın ortaya çıkmaması için gerekli tedbirleri almak, hastalığın sebep olduğı ağırıları, ısırapları hafifletmek veya ortadan kaldırmak amacıyla tıbbi müdahalede bulunmalıdır²³¹.

Tedavi amacının kapsamının da açıklığı kavuşturulması gerekir. Hekimin tıbbi müdahalesindeki tedavi amacının kapsamına kişinin yaşamı, sağılığı, vücut tamlığı ve cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal problemlerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi amaçlarına hizmet eder nitelikte müdahaleler girmektedir²³². Hekimin tıbbi müdahalesi teşhis, tedavi ve önleme amaçlarının yanında, nüfus planlaması amacını da taşıyabilir²³³.

Teşhis, kişide fiziksel veya ruhsal bozuklukların bulunup bulunmadığının araştırılması, eğer bulunuyorsa ne olduğunun tıbbi olarak tespit edilmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahaleyi²³⁴; tedavi, hekimin koymuş olduğı teşhis sonucunda tespit ettiğı fiziksel veya ruhsal bozuklukların

yetkili tıbbi personel olarak tahdidi olarak sayılmıştır.

²³⁰ Malpraktis Kanun Tasarısı madde 2'de de hekim, diş hekim, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, fizyoterapist, diyetisyen, sağılık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş teknisyeni, hemşire, ebe çocuk gelişimci, protezci, optisyen, tıbbi personel olarak sayılmıştır.

²³¹ BAYRAKTAR, s.149.

²³² ÇİLİNGİROĞLU, s.18.

²³³ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun Madde 2: Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.

Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağılamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliğı önleyici tedbirlerle sağılanır.

Gebeliğın sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.

²³⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s.8.

ve bunların beraberinde getirdiği tehlike ve ıstırapların hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması amacına yönelik tıbbi müdahaleyi²³⁵; koruma, kişinin sağlığına, vücut bütünlüğüne, yaşamına zarar vermesi muhtemel olan bazı tehlikelerden kişileri uzak tutmak, hastalıkların meydana gelmesini önlemek amacıyla yapılan tıbbi müdahaleyi²³⁶; nüfus planlaması ise fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmalarını ifade eder.

Hukuka uygun tıbbi müdahalede aranması gereken şartlardan biri de yapılacak tıbbi müdahalede endikasyonun gerekliliğidir. Endikasyon konusunu ilk bölümde ayrıntılı olarak işledik²³⁷.

4. Ücret

Hekim ile hasta arasında düzenlenen sözleşmenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluk görüşü ve Yargıtay kararları, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu nedenle vekalet sözleşmesi hükümlerini dikkate aldığımızda; Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesini düzenleyen 502. maddesine göre; "Sözleşme veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır." Yani ücret sözleşmeye dahil değilse (sözleşmenin açık kuralı veya güven kuramına göre yapılacak yorumda sözleşmeye dahil sayılan teamül yoksa), ücret söz konusu olmayabilir²³⁸.

Meslek icabı gerçekleştirilen vekalet edimlerinde, iş görmelerde dahi, ücret alınmaması, mesela hastanın ücretsiz tedavisi, bir dava vekaletinin vekalet ücreti alınmaksızın üstlenilmesi işin niteliğini değiştirmez²³⁹. Hekimlik sözleşmesinin vekalet niteliğinde bir sözleşme olarak kabulü halinde ücret sözleşmenin zorunlu unsuru değildir. BK.m.502/3. fıkra uyarınca; hekimlik sözleşmesindeki iş görmede ücret teamüldendir. Ücretin tespitinde tabip odalarının hazırladıkları asgari ücret tarifeleri göz önünde tutulur.

²³⁵ BAYRAKTAR, s.149.

²³⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s.18.

²³⁷ Bkz. s.35,36.

²³⁸ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.391.

²³⁹ TANDOĞAN, s.365.

Hekim ile hasta arasında yapılan sözleşmede ücret kararlaştırılabilir. Eğer ücret kararlaştırılmamışsa; hakim ücreti tespit ederken tabip odaları tarafından hazırlanmış olan asgari ücret tarifelerini göz önünde bulundurur veya yapılan işin önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, harcanan emeği ve zamanı, üstlenilen sorumluluğu ve benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde bulundurarak uygun bir ücrete hükmeder²⁴⁰. Nitekim hekim ile hasta arasındaki ilişkinin güven esasına dayanması dolayısıyla, ücret konusu tarafların anlaşması gerektiği bir unsur olması ve aralarındaki sözleşmede belirleyici bir koşul olmaması gerekir.

II. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler

A. Genel olarak

Hastanın teşhis ve tedavisi ile ilgili sözleşme; hekimlik sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi veya hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Hekim ile hasta arasında imzalanan sözleşme, her iki tarafın birbirine karşı asli edim yüklenmesi olarak tanımlanan, tam iki tarafa borç yükleyen, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim borcu ile alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi olarak tanımlanan ani edimli ve iş görme ilişkisi içeren bir sözleşmedir²⁴¹.

Hekimin tıp ilminin öngördüğü şekilde ve tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleştirdiği teşhis ve tedavi edimi belli bir sonucu üstlenmeyen, sadece belli iş görme ilişkisini içeren bir edimdir.

Hekim ile hasta arasında veya hastane ile hasta arasında akdedilen sözleşmenin konusu, kişilik hakkı içinde yer alan temel değerlerden sağlık ve vücut bütünlüğü ile ilgili müdahaleler olduğu için, diğer iş görme ilişkisi içeren sözleşmelere göre daha özenli ve dikkatli davranmayı

²⁴⁰ TANDOĞAN, s.367.

²⁴¹ ÖZDEMİR, s.72-74.

gerektirir²⁴².

B. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. Vekalet Sözleşmesi

Vekalet Sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 502-514 maddelerinde düzenlenmiştir. Kanundaki tanıma göre; "Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir."

Vekalet sözleşmesinin konusunu kanundaki tanımda da belirtildiği gibi; bir iş görme teşkil eder. Sözleşmedeki anlaşma, iş görmenin zaman kısıtlamasına tabii olmaksızın, sonucun değil de yapılan işin özenli ve gereklerine uygun olarak yapılmasının taahhüt edildiği ve tarafların birbirine bağlı olmaksızın açık ya da örtülü olarak iş görme veya işlem yapma konusunda yaptıkları anlaşmadır²⁴³. Bu unsurlar vekalet sözleşmesinin varlığı için gereklidir. Fakat ücret konusu ilgili kanun hükmünde belirtildiği gibi; kurucu unsurlardan değildir²⁴⁴.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet nitelikli bir sözleşme olduğu görüşü çoğunluktadır²⁴⁵. Bu görüşte olan yazarlar, hekimin tıbbi müdahale yapma borcu ile belli bir iş görmeyi borçlandığı ve hastanın da teamülden dolayı hekime ücret ödediğini, hekimin sonucu değil de yapılan tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak dikkatli ve özenli yapılmasını taahhüt ettiği ve son olarak hekimin hastanın emir ve talimatları ile borcunu yerine getirmediği için hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğunu savunmuşlardır. Özellikle hekim ile hasta arasındaki sözleşmede tedavi sonucunun garanti edilmemesi, hekimin kusuru bulunmaksızın başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahalelerin başarılı olmamasının riskinin hekime ait olmaması hekimlik sözleşmesinin vekalet akdi niteliğini taşıdığına dair

²⁴² HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.45.

²⁴³ ZEVLİLİLER, s.169; TANDOĞAN, s.364.

²⁴⁴ BK.m.502/3. fıkra: Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

²⁴⁵ EKŞİ, s.39.

görüşlerin çoğalmasına sebep olmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin iki kararında²⁴⁶ *“Vekalet sözleşmesinin kapsamı sözleşmeyle açıkça belirtilmemişse, ilişkin bulunduğu işin niteliğine göre kapsamının tayini gerekir.”* ifadeleri ile, hekim ile hasta arasındaki sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın birçok kararında açıkça hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü savunulmuştur. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında²⁴⁷ *“Mesleki bir iş gören; doktor olan vekilin ona güvenen müvekkilin titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermelidir.”* ifadesiyle, hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir²⁴⁸. Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında²⁴⁹ *“Dava, koltuk altındaki kütlenin alınması amacıyla davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sırasında kütlenin alınmasıyla birlikte sinirlerin de kesilmesi sonucu sol kolun felç olması nedenine dayanan maddi-manevi tazminat davasıdır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet aktidir. Vekil, vekalet görevine konu iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekil (BK m. 390/2) işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan dahi sorumludur (BK m. 321/1) O nedenle vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir.”* açıklamasıyla, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu görüşü savunulmuştur. Vekilin özen borcunun hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler vardır²⁵⁰.

Eğer hastanın bilinci açık değilse ve acil müdahale gerektiren bir durum söz konusu ise

²⁴⁶ 06.05.1997 tarihli, 1949 E., 3990 K. sayılı ve 03.02.1986 tarihli, 1985/7835 E., 1986/500 K. sayılı kararları.

²⁴⁷ 04.03.1994 tarihli, 8557 E., 2138 K. sayılı kararı.

²⁴⁸ Kararın eleştirisi için bkz. ORHUNÖZ, s.154-159.

²⁴⁹ 15.10.2002 tarihli, 7925 E.,10687 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

²⁵⁰ GÜMÜŞ, s.130 vd.

ne yapılacaktır? Bu durumda hastanın aydınlatılıp rızası alınamayacağı için hekimin hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapması halinde hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşmenin varlığından söz edemeyeceğiz. Hekim bu gibi durumlarda hastanın varsayılan rızasına dayanarak tıbbi müdahaleyi yapmaktadır. Bu tıbbi müdahale de vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir²⁵¹. Hekim, hastanın iradesine dayanmaksızın ancak, hastanın menfaatine ve onun yasaklamasına aykırı olmaksızın müdahalede bulunacağından, hukuka uygun vekaletsiz iş görme söz konusu olacaktır²⁵². Hekimin böyle bir durumla karşılaştığında tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²⁵³ düzenlenmiştir. Eğer hekim söz konusu şartlar altında tıbbi müdahale yapmaktan kaçınır, borcunu ihlal ederse ve bu nedenle hastanın zarar görmesine sebebiyet verirse; BK. m. 58 uyarınca haksız fiilden sorumlu olacaktır²⁵⁴.

Hekim, hasta ile akdedilen sözleşmede hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, işverenin yani hastasının emir ve talimatlarına bağlı olarak yükümlülükleri ifa etmese de; teşhis ve tedavide karar verme özgürlüğünü kullanırken tıp biliminin kuralları ile sadakat ve özen yükümlülükleriyle bağlı olduğu için nisbi bağımsızlık içinde hareket etmektedir. İşte vekalet sözleşmesi ile hizmet sözleşmesini birbirinden ayıran nisbi bağımsızlık unsuru nedeniyle hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesinden ziyade vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁵⁵.

Borçlar Kanunu' nun 512. maddesi incelendiğinde vekalet hükümlerinin uygulanmasında hasta bakımından sakıncalı sonuçlar doğabileceği görülmektedir. Söz konusu hükme göre; vekaletten azil ve istifa her zaman mümkündür. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin güven esasına dayanması sebebiyle, tedavinin devamı sırasında herhangi bir hukuki sebep

²⁵¹ REİSOĞLU, s.13; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.45. Mesela; hekim ile geçirdiği ağır bir trafik kazası sonucu şuurunu kaybetmiş bir şekilde hekimin önüne getirilen hasta arasındaki ilişki, vekaletsiz iş görme olarak kabul edilebilir.

²⁵² SARITAŞ, s.44.

²⁵³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3: Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.

²⁵⁴ AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atma, s.62.

²⁵⁵ EKŞİ, s.39.

göstermeksizin tedavinin sonlandırılması hasta için sakıncalı sonuçlar doğurabileceği²⁵⁶ gibi, hekim ile hasta arasında ilişkinin doğasına aykırı bir durum da oluşturacaktır. Bu nedenle vekalet sözleşmesinin, hekim ile hasta arasındaki sözleşme açısından birebir örtüşmediğini savunan görüşler mevcuttur. Hekimin tedavi seçme özgürlüğü çerçevesinde hastayı reddetme hakkı, Sağlık mevzuatımızda yer almaktadır²⁵⁷. Bu düzenlemelere göre; acil haller dışında ve hekim bakımından haklı görülebilecek nedenlerin bulunması ve hastanın başka bir hekime başvurması mümkün olması halinde hekimin hastayı reddetme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla vekaletten her zaman azlin ve istifanın mümkün olmasını düzenleyen BK.m.512 hükmü karşısında, hekimin hastayı reddetme hakkının sınırlı olarak kullanımını düzenleyen sağlık mevzuatındaki özel hükümlerin uygulanması ile bu sakınca giderilmektedir.

2. Hizmet (İş) Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393/I. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu hükme göre; hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu madde kapsamında hizmet sözleşmesinin unsurları; bir hizmet ediminin bulunması, bu edimin belirli veya belirli olmayan bir süre içinde taahhüt edilmiş olması, bu hizmetin karşılığı olarak bir ücretin ödenmesi ve bu konularda tarafların anlaşmasıdır.

Hizmet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırıcı temel ve zorunlu unsur, işçinin işverene bağımlı olarak edimini yerine getirme unsurudur²⁵⁸. Bağımlılık unsuru olarak nitelendirilen bu unsur, bir işçinin işini işverenin direktifine uygun biçimde görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi anlamına gelir²⁵⁹. Bağımlılık unsurunun hizmet sözleşmesinde ayırıcı unsur olduğu, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararında²⁶⁰ "*Baskın olan bilimsel ve yargısal*

²⁵⁶ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.61.

²⁵⁷ Bkz. s.44.

²⁵⁸ ZEVKLİLER, s.148; REİSOĞLU, s.12.

²⁵⁹ ZEVKLİLER, s.308.

²⁶⁰ 27.02.1984 tarihli, 1132 E., 1166 K. sayılı kararı.

görüşlere göre zaman ve bağımlılık unsurları hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleridir.” ifadesiyle açıklanmıştır. Aynı kararda bağımlılık, “her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık” olarak tanımlanmıştır.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi, hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarından dolayı yanlış olacaktır. Zira hekim, hastasını belirli veya belirli olmayan bir süre içinde tedavi etmeyi değil, belli ya da belli olmayan bir zamana bağlı olmaksızın serbestçe tedavi etmeyi borçlanmaktadır. Ayrıca hekim tıbbi müdahaleyi hastasının direktif ve talimatlarına bağlı olmaksızın, mesleğinin gerektirdiği şekilde yerine getirmektedir²⁶¹. Burada önemle belirtilmelidir ki; belirli ya da belirsiz bir zaman sürecinde çalışmasını özel bir hastaneye tahsis edip, hastaneye gelerek hastaları muayene ve tedavi edimini üstlenen, hekimlik meslek kuralları dışında hastane idaresinin emir ve talimatları ile bağlı olan hekim ile hastane arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesidir²⁶². Nitekim hastaneye gelen hastalar ile hekim arasında bir hizmet sözleşmesi mevcut değildir.

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği Alman Hukuku’na²⁶³ ve İslam Hukuku’na göre hizmet sözleşmesidir. Hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin hasta ile hekim arasında akdedilen hukuki bir sözleşme ile gerçekleşmesi bakımından hekim ile hasta arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi olarak ele alınmış; hekim de kendisinden belli bir hizmet görmesi istenen esnaf ve sanatkar statüsünde görülmüştür²⁶⁴.

Doktrinde hizmet sözleşmesinin belli veya belirli olmayan süreyle iş görme unsurundan dolayı, aile hekimliğinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre; aile hekimi, sağlık problemleriyle ilgilendiği aileye belirli veya belirsiz süre içinde hizmet sunduğundan, aile hekimi ile aile arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğu savunulmaktadır²⁶⁵.

²⁶¹ BAYRAKTAR, s.35; BELGESAY, s.76.

²⁶² SARITAŞ, s.34-35.

²⁶³ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.52; EKŞİ, s.32.

²⁶⁴ EKŞİ, s.32.

²⁶⁵ REİSOĞLU, s.12.

Hizmet sözleşmesinin kanundaki tanımında belirtildiği gibi; zorunlu unsuru sadece sözleşmenin süre ile sınırlı olması değil, ayrıca bağımlılık unsurunun da olmasıdır²⁶⁶. Bu durumda aile hekiminin de ailenin direktif ve talimatlarıyla tedavi edimini yerine getirmeyeceği açık olduğundan, yani aile hekimi ile aile arasındaki sözleşmede bağımlılık unsurundan bahsedilemeyeceğinden, aile hekimi ile aile arasında tedavi edimini içeren sözleşmenin hizmet sözleşmesi olmadığı kanaatindeyiz.

3. İstisna (Eser) Sözleşmesi

Borçlar Kanunu' nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinin konusu, ne hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli veya belirsiz sürede işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak bir iş görmesi²⁶⁷ ne de vekalet sözleşmesinde olduğu gibi iş sahibi lehine iş görmeyi konu edinmesidir. Eser sözleşmesi, bir eserin ortaya çıkarılmasını ve bunun karşılığında da ücret ödenmesi hususlarını konu edinmektedir²⁶⁸. Yargıtay 10. HD. bir kararında²⁶⁹ “İstisna akdinde bir eserin ücret karşılığında yaratılması durumu söz konusudur. Bu akitte ücretin tespitinde eser göz önünde bulundurulur.” ifadesi ile ücret unsurunun eser sözleşmesinde ne denli önemli olduğuna açıklık getirilmiştir.

Eser kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda açık değildir. Bazı yazarlar, insanın emek ürünü olan ve bir bütünlük arz eden, iktisadi değeri bulunan her ürünün, maddi nitelikte olsun veya olmasın eser olarak kabul edilebileceği, görüşündedir²⁷⁰. Yani geçici veya maddi nitelikte olmasa da belli bir şekilde ve bütün teşkil etmeyecek şekilde ortaya çıkan insan emeği

²⁶⁶ ZEVKLİLER, s.148; TANDOĞAN, s.37.

²⁶⁷ Yargıtay 15. HD., 14.03.1997 tarihli, E. 460, K. 1360 kararında “Eser sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişki işçi – işveren arasındaki ilişkiden farklıdır. Yüklenici iş sahibine bağlı olarak ve ondan talimat alarak iş yapmaz. Kararlaştırılan süre içinde eseri yapmak ve bitirmekle yükümlüdür” ifadesi ile eser sözleşmesinin hizmet sözleşmesindeki gibi bağımlılık unsuru içermediğini açıklamıştır.

²⁶⁸ YAVUZ, Borçlar, s.449; ZEVKLİLER, s.321; TANDOĞAN, s.1; AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atma, s.34.

²⁶⁹ 14.03.1995 tarihli, 2008 E., 2571 K. Sayılı kararı.

²⁷⁰ TANDOĞAN, s.1; YAVUZ, Borçlar, s.450.

ürünü olan şeyler eser olarak kabul edilmemektedir. Önemli olan insan emeği ürünü olan çalışmanın tek bir görüntü olarak ortaya çıkan ve bütünlük arz eden bir çalışma olmasıdır. Örneğin, belli bir süre için bir gayrimenkulün iadesi, eğitim ve öğretim, bir şirketin muhasebesinin devamlı olarak tutulması gibi çalışmalar belli bir şekilde ortaya çıkan ve tek bir görüntü olarak ortaya çıkan sonuçlar olmadığı için eser olarak nitelendirilmemektedir²⁷¹.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bir kararında²⁷² “ses ve saz sanatkarlarına konser vermek için menfaat karşılığı aracılık eden, onlara sanatlarını icra için organizatörlük yapan kişinin bu çabalarının” eser niteliğinde olduğunu kabul etmekle, eser niteliğinde bir örnek verilmiştir.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken hastasının emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın ve edim karşılığında ücrete hak kazanması ile bir an için hasta ile arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak kabulü mümkün ise de, eser sözleşmesinin mahiyeti gereği sonucun taahhüt edilmesinden ve hekimin faaliyetinin tek bir görüntü olarak ortaya çıkan ve bütünlük teşkil etmeyen faaliyet olmasından dolayı, bu nitelendirmenin uygun olmadığı kabul edilmektedir²⁷³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında²⁷⁴ tümörün alınmasına ilişkin ameliyatın istisna akdinin değil, vekalet akdinin konusu olduğu kabul edilmiştir.

Hekimin tedavi amacı taşımayan, sadece estetik müdahale içeren, örneğin estetik burun ameliyatları gibi tıbbi müdahalelerinin eser sözleşmesindeki kanuni tanıma uygun olarak eser olarak kabulü ve sonucun taahhüt edildiğinin kabulü ile hekim ile hasta arasındaki bu müdahaleleri içeren sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde olanlar mevcuttur. Bu görüşü savunanlar, yapılan estetik içerikli müdahalelerde sonucun taahhüt edildiği ve bu nedenle estetik müdahale yapılan hastanın hakkını korumak gerektiğinden yola çıkılarak bu gibi müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler²⁷⁵. Yargıtay da estetik amaçlı ameliyatların hekimin estetik görünüm hususunda belli bir sonuç taahhüt etmesi halinde, taraflar arasındaki

²⁷¹ TANDOĞAN, s.6.

²⁷² 05.03.1981 tarihli, 725 E., 889 K. sayılı kararı.

²⁷³ REİSOĞLU, s.12; TANDOĞAN, s.5; DURDU, s.78.

²⁷⁴ 06.07.1964 tarihli, 37 E., 40 K. sayılı kararı.

²⁷⁵ EKŞİ, s.36; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.55; ÇETİN, s.32.

ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir²⁷⁶.

Hekimin estetik amaçlı tıbbi müdahalesi her ne kadar doğrudan tedavi amacını taşııyorsa da hastaya yapılacak estetik müdahale, hastanın ruhsal açıdan rahatlatılması sonucuna ulaşması nedeniyle kanaatimizce bu gibi müdahalelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin kabulü mümkün değildir.

Hekimin hastayı tedavisi ve estetik müdahalelerin başarıyla sonuçlanması tıbbi müdahalenin mahiyeti gereği ve çoğu zaman da hekimin elinde olmayan nedenlere bağlı olduğundan, hekim ile hasta arasındaki sözleşmede tıbbi müdahaleler, mahiyeti gereği sonucun taahhüt edilmesine elverişli değildir²⁷⁷.

İstisna sözleşmesinde sonuç mahiyeti bakımından objektif olarak taahhüt etmeye elverişlilik bulunması ve tarafların tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmelerinin mümkün olmaması sebepleriyle hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin istisna sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği açıktır²⁷⁸.

4. Sui Generis – Kendine Özgü Sözleşme

“Sui generis” kavramı, kendine özgü, nevi şahsına münhasır, alışılmış türlere girmeyen özel durum olarak tanımlanmaktadır²⁷⁹.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, unsurları kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan sözleşmelerdir²⁸⁰. Bu sözleşmeler, iyi niyet kurallarına ve uygulamada yaygın olan teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanırlar. Bu

²⁷⁶ Yargıtay 13. HD. 05.04.1993 tarihli, 131 E., 2741 K. sayılı ve 15. HD. 03.11.1999 tarihli, 4007 E., 3868 K. sayılı kararlarında estetik amaçlı yapılan cerrahi müdahaleler istisna akdi olarak kabul edilmiştir.

²⁷⁷ İPEKYÜZ YAVUZ, s.64; ÖZDEMİR, s.80.

²⁷⁸ EKŞİ, s.36.

²⁷⁹ YILMAZ, s.631.

²⁸⁰ ZEVKLİLER, s.11; TANDOĞAN, s.13; YAVUZ, Borçlar, s.12.

sözleşmelere, kanunda düzenlenmiş nitelikleri izin verdiği ölçüde benzeyen sözleşmelere uygulanan kanun hükümleri uygulanır. Eğer çıkan bir uyuşmazlıkta çözüm, Borçlar Özel Hükümler bölümünde bulunan sözleşmelerde bulunmaz ise Borçlar Hukuku Genel Hükümler bölümündeki düzenlemelere de başvurulur. Nitekim kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin hukuki ihtilafların çözüm yolları genelde mahkeme içtihatlarıyla tespit edilmiş adet hukukunda bulunur. Bu vesileyle hakim, MK.m.1 uyarınca kendisi hukuk yaratma yoluyla ihtilafları çözebilir²⁸¹.

Doktrinde, mahkeme içtihatları ve Yargıtay kararlarında çoğunluk hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliklerinin ve mahiyetinin aynı olması gerekçesiyle vekalet sözleşmesi olduğunu savunsa da; azınlıkta kalan görüşe katılarak hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olan ve kendine özgü yapısı ve kendine has özellikler taşıyan su-i generis bir sözleşme olduğu görüşünü savunuyoruz. Zira hekimin tedavi ediminin önemli bir hizmet olması dolayısıyla Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmesi gereken bir sözleşme olması gerekir.

Borçlar Kanunumuzda hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşmenin ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olması nedeniyle; şu an için oluşabilecek uyuşmazlıklarda hekimin tedavi edimini içeren sözleşmenin iş görme sözleşmesi olması nedeniyle²⁸² BK.m.502/2’ deki *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.”* hükmü kapsamında vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması en doğru çözüm olmaktadır.

C. Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuksal Durum

1. Özel Hastane Olması Halinde

Devletin sağlık alanında yetersiz kalması ve istenilen tıbbi standartlarda verimliliği

²⁸¹ YAVUZ, Borçlar, s.12-13.

²⁸² HAKERİ, s.519.

sağlayamaması özel sektörün sağlık alanında yer almasını zorunlu kılmıştır²⁸³. Özel hastane, “kamu hizmeti ve yönetimi dışında yer alan, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık yurdu” olarak tanımlanmıştır²⁸⁴.

Özel sektörün sağlık alanında hizmeti; özel muayenehaneler, poliklinikler, tıp merkezleri gibi ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarında²⁸⁵ ve gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan, alanlarında uzmanlaşmış özel hastaneler²⁸⁶ gibi yataklı teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarında verilmektedir²⁸⁷. Hangi hastanelerin özel hastane statüsünde olduğu 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununda²⁸⁸; özel hastanelerin çalışma esasları da Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde²⁸⁹ düzenlenmiştir.

Özel hastanelerin özel şirketlerden ayrımı hususunda “umuma hizmet sunma” ölçüsünün göz önünde bulundurulması gerektiğini Hususi Hastaneler Kanunu’nun 2. maddesinde görmekteyiz²⁹⁰. Bu maddeye göre; “Kendi kanunlarına ve nizamname ve şartnamelerine 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 kanun ve nizamname ve talimatnamelerine göre yapılır.”

²⁸³ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.33.

²⁸⁴ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.128.

²⁸⁵ Çalışma usul ve esasları, 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazete’de yürürlüğe giren Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

²⁸⁶ Çalışma usul ve esasları, 13.01.1983 tarih ve 17927 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yürürlüğe giren Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

²⁸⁷ ÖZDEMİR, s.52-53; HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.33.

²⁸⁸ RG., 05.06.1933, 2419. **Madde 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. Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlıdır.

²⁸⁹ RG., 13.01.1983, 17927.

²⁹⁰ ÖZDEMİR, s.62.

Özel hastanelere, kamu kurum ve kuruluşu şeklinde kurulan, fakat kuruluş kanunlarında özerk oldukları belirtilen kurum ve kuruluşlara ait hastaneler de dahildir. Örnek olarak Sosyal Sigorta Hastaneleri ve diğer Sosyal Sigortalar Kurumu özel hukuk hükümlerine tabidir²⁹¹.

Özel hastanenin yükümlülükleri arasında hastanın tedavisi ile birlikte tıbbi yardım ve hastanenin bakım yükümlülükleri de vardır²⁹².

Hasta eğer özel hastaneye başvurmuşsa; hastane ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmuş olur ve sözleşmenin tarafları sadece hastane ile hastadır. Teşhis ve tedavi edimini yerine getiren hekim, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte hastaneye tedavi hizmetini sunan BK.m.116 kapsamında ifa yardımcısı durumundadır²⁹³. Hastane ile hasta arasındaki bu sözleşmesel ilişkiye de “hastaneye kabul sözleşmesi”²⁹⁴ veya “teşhis ve tedavi sözleşmesi”²⁹⁵ adı verilmektedir.

Bazı yazarlarca hastaneye kabul sözleşmesi, bazı yazarlarca teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşme, Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş atipik bir sözleşme türüdür. Sözleşmenin asli ediminin tedavi edimi olmasından dolayı sadece vekalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması, BK.m.512’ de düzenlenen “vekaletten azil ve istifanın her zaman mümkün olması” hükmü karşısında hasta bakımından sakıncalı durumlar ortaya çıkaracağından hastaneye kabul sözleşmesinin “barındırma, kira, eser, vekalet, hizmet, satım sözleşmeleri gibi sözleşme tiplerine ilişkin unsurları içinde barındırmasından karma sözleşme tiplerinden kombine bir sözleşme olduğunun kabulü”²⁹⁶ yerinde olacaktır. Dolayısıyla özel hastane ile hasta arasında oluşan herhangi bir ihtilafta zararı meydana getiren eylemin hangi sözleşme tipine uygun olduğu bulunduktan sonra, bu sözleşme hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyasen

²⁹¹ ÖZDEMİR, s.52.

²⁹² HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.35.

²⁹³ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.34; HAKERİ, s.523.

²⁹⁴ HAKERİ, s. 523.

²⁹⁵ ÖZDEMİR, s.51.

²⁹⁶ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.59-60.

uygulanarak²⁹⁷ çözüme ulaşılacaktır.

Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk, kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimdedir. Ayrıca hastanenin de gözetim ve denetim yükümlülükleri gereği, araç-gerecin ve ameliyat, tedavi imkanlarının sağlandığı yerin hastane olması sebebiyle hastanenin de sorumluluğu söz konusu olur²⁹⁸.

Devletin özel hastaneleri denetim ve gözetim yükümlülükleri dışında, özel hastanede gerçekleşen tıbbi müdahaleden doğan zarardan sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Denetim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu' nun²⁹⁹ 78. maddesinin son fıkrasında “Kurum, bu Kanunda belirtilen görevleriyle ilgili olarak sağlık hizmeti sunucularının yürüttüğü hizmet ve işlemleri kontrol yetkisine sahiptir. Kurum, bu yetkisini görevlendirdiği personeli vasıtasıyla veya kamu kurumları ve özel kurumlardan hizmet satın almak suretiyle kullanabilir.” şeklindedir. Kanunda yer alan “Kurum” dan Sosyal Güvenlik Kurumu' nu anlamamız gerektiği aynı kanunun 3. maddesinin tanımlar başlığı altında açıklanmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu, devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamak, sigortalıyı çalışmaktan ve üretmekten alıkoyan engelleri ortadan kaldırmak amacıyla kurduğu bir kurumdur³⁰⁰. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nda³⁰¹ kurumun amacı ve diğer ilgili hususlar düzenlenmiştir.

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun mülkiyetinde olan sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığı'na devri ve tüzel kişiliğinin son bulmasından sonra, yerine kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık hizmeti sunacak tesisleri kalmamış olduğundan Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalılar için gerekli sağlık hizmetini resmi ve özel kuruluşlardan satın almaktadır³⁰². Sosyal Güvenlik

²⁹⁷ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.58.

²⁹⁸ HAKERİ, s.523-524: Ceza hukuku açısından şahsi sorumluluk ilkesi gereği; oluşan zararda tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim veya yardımcı sağlık personeli sorumludur.

²⁹⁹ RG., 16.06.2006, 26200.

³⁰⁰ OKUR, Çalışma, s.2172.

³⁰¹ RG: 20.05.2006, 26173.

³⁰² SÖZER, s.40.

Kurumuna 5510 sayılı Kanun ile verilen ilgili işveren, sağlık hizmet sunucusu ve diğer gerçek ve tüzel kişilerin defter, belge ve bilgilerine ulaşma ve denetleme yetkileri gibi geniş yetkilerin bizzat Kurum tarafından kullanılması gerektiği ve fakat bu konuda Kurumun başka Kurum ve kişileri hizmet satın alma suretiyle yetkilendirmesinin sakıncalı olduğuna dair görüşler mevcuttur³⁰³.

Özel Hastane ile hekim arasında hizmet akdi ilişkisi olmasa dahi, tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zarardan yine hastane sorumlu olur; çünkü hasta ile hekim arasında teşhis ve tedavi ile doğrudan doğruya vekaleten kurulan ilişkinin yanında ayrıca hastane, hastanın başvurusu ile hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin istenen biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını taahhüt etmiş ve vekaleten kabul etmiş durumdadır. Bu durumda meydana gelen zarar hekimin tıbbi hatasından dolayı ortaya çıksa da hekimle birlikte hastane de sorumlu olur³⁰⁴. Belirtmek gerekir ki; bu durumda hasta ile hekim arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut olmadığından hekimin sorumluluğuna BK.m.58 uyarınca haksız fiil hükümleri ile gidilecektir.

Özel Hastane ile hekim arasında hizmet akdi ilişkisi varsa; hastanenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁰⁵.

Tedavi hizmetinin sunulduğu özel sağlık kurumunun tıbbi donanım ve yönetimiyle ilgili yükümlülüklerin yanında önemli olan tüm unsurların düzenleyici ve sorumlusunun her koşulda yine de hekim olduğuna dair görüşü³⁰⁶ savunmamakla birlikte böyle bir görüşün kabulü halinde,

³⁰³ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.778.

³⁰⁴ HAKERİ, s.529.

³⁰⁵ BK.m.66: Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

³⁰⁶ SÜTLAŞ, s.45.

hekimlerin kendilerine sorumluluk yükleneceği endişesiyle hiçbir tıbbi müdahaleye yanaşmaması gibi sakıncalı sonuçlar doğuracağı düşünülmelidir. Hekimin hastane yönetimi ve donanımından kaynaklanan aksaklıkları özen ve dikkatle bertaraf etmesi mümkün ise, tabiidir ki özen yükümlülüğünün ihlali ile hekim yine de sorumlu olacaktır. Fakat bertaraf imkanının olmaması hususu da göz önünde bulundurulmalı ve her hastane donanımı aksaklıklarında sadece hekimin sorumluluğuna gidilmemesi, hastanenin hastane yönetiminden kaynaklanan aksaklıklardan kusurlu olduğu kabul edilerek hem hastane yönetiminin hem de hekimin sorumluluğuna gidilmelidir³⁰⁷. Aksi takdirde hastane yönetiminin organizasyon aksaklıklar için gerekli tedbirlerin alınmaması ve aksaklıkların devam etmesi gibi sakıncalı sonuçlar meydana gelir.

Hastane yönetiminin, hastane donanımdan kaynaklanan aksaklıkları gidermesi konusunda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde *“Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.”* hükmü yer almaktadır. Düzenleme, özel ve kamu hastanesi ayrımı olmaksızın tüm sağlık kurumlarının hastaların güvenliğini sağlama ve organizasyon yükümlülükleri olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda hastane yönetiminin özenli ve dikkatli davranarak organizasyonu hasta haklarını ihlal etmeyecek şekilde doğru bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Örneğin; *“hastane yönetimi, hekimlerin branşı itibarıyla hastaya ayırması gereken süreyi göz önünde bulundurarak, görevlendirme yapması gerekir”*³⁰⁸. Bu görevlendirmenin dengesiz ve yanlış yapılması halinde tabiidir ki; hekimin gerekli tıbbi standardı sağlayamadığından tıbbi uygulama hatası yaptığını ve bu nedenle kusurlu olmadığının kabulüne cevaz vermez. Böyle bir durumda tıbbi uygulama hatası sonucunda meydana gelen zarardan hem hastane hem de hekim sorumlu olur³⁰⁹.

Hastane yönetiminin gerekli tıbbi teknik ve elektronik donanımı sağlaması gerektiğini ve gerekli donanımın sağlanmaması sonucunda hastanın uğradığı zarardan sorumlu olduğunu kabul

³⁰⁷ HAKERİ, s.605.

³⁰⁸ HAKERİ, s.598-599.

³⁰⁹ HAKERİ, s.598.

eden kararlardan Danıştay 1. Daire' nin 17.02.2011 tarihli, 2011/300 K. sayılı kararını³¹⁰ gösterebiliriz. Bu kararda, hastanenin tıbbi ve teknolojik ihtiyaçlarının ilgili birimlerin talepleri doğrultusunda döner sermaye kaynaklarından karşılandığı, bu hususta da Hastane yönetiminin sorumlu olduğu, Hastane ameliyathanesinde ihtiyaç duyulan söz konusu teknik ve elektronik donanımın karşılanması yönünde Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğüne yapılmış herhangi bir talep de bulunmadığı, bu nedenlerle de başhekim ve başhekim yardımcısının sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

2. Kamu Hastanesi Olması Halinde

Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküller olarak tanımlanmaktadır³¹¹. Özel hastanelerden farklı olarak, kamu hastanelerinin, kazanç elde etme gibi hedefleri bulunmamakta olup; kamu yararına hizmet etme amacı da tek başına bir hastanenin kamu hastanesi olduğunu göstermez. Zira özel hastaneler de toplum sağlığının korunması amacıyla faaliyetler yürütmektedirler. Dolayısıyla bir hastane, kamu yararına hizmet amacını taşıması yanında devlet veya diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından kurulup işletilmesi gerekmektedir ki; kamu hastanesi olarak adlandırılabilsin³¹².

Kamu hastanesine başvuran hasta ile hastane arasındaki ilişki, özel hastane – hasta arasındaki sözleşmesel ilişkiden farklı olarak, hastanın kamu hizmetinden yararlandığı idare hukuku ilişkisidir³¹³. Bu sebeptendir ki; kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler sonucunda meydana gelen zarardan sorumlulukta, idare hukuku esasları uygulanır. Nitekim meydana gelen zararda ihlal unsurunun idari işlem veya idari eylem ayırımına göre dava açma yöntemi farklılaşmaktadır. Buna göre³¹⁴;

³¹⁰ www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

³¹¹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.171.

³¹² AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.171.

³¹³ HAKERİ, s.524-525.

³¹⁴ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.78.

- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısıyla ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı veya iptal davası ve davaları birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası da açabileceklerdir.

- 2577 sayılı İYUK' nun 13. maddesi uyarınca; zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi veya manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarları ayrı ayrı belirtilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süre içerisinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda dava açıldığında husumetin kime yöneltildiği gerektiği konusuna örnek olarak, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararını³¹⁵ verebiliriz. Bu kararda özetle, *“Davaya konu edilen olayda O... Üniversitesi'nde uzman hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalı M.A.'nın, görevini yerine getirmediği ileri sürülerek tazminat isteminde bulunulmuştur. Davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalı M.A.'ya husumet yönetilemez.”* şeklinde karar verilmiştir³¹⁶.

Anayasamıza göre de; idarenin eylemlerinden idare sorumlu olup; meydana gelen zarar sonucunda açılacak dava da idare aleyhine açılmalıdır. İşte bu durumda İdare Hukuku kurallarında da yer aldığı gibi; idarenin hizmet kusuru söz konusu olur. Hizmet kusuru, idarenin herhangi bir kamu hizmeti kurmasında, yürütmesinde veya işletmesinde meydana gelen

³¹⁵ 05.03.2012 tarihli, 2012/1980 E., 3331 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

³¹⁶ KARŞI OY : “Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idare işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen maddi olgulardan davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığına anlaşıldığı karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılması gerekir. Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları ve Hukuk Genel Kurulu'nun 15/11/2000 gün ve E:2001/4-1650; 2000/1690, 26/09/2001 gün ve E: 2001/4-595 K:2001/643, 29/03/2006 gün ve E.2006/4-86 K:2006/111; 17/10/2007 gün ve E:2007/4-640 K.2007/725; 31/10/2007 gün ve E:2007/4-800 K:2007/797; 20/02/2008 gün ve 2008/4-156 K:2008/140 sayılı ilamlarında aynı ilkenin benimsenmiş olmasına göre davanın husumet nedeniyle reddi gerektiği şeklinde çoğunluğun bozma nedenine katılmıyorum.”

kusurdur³¹⁷. Hizmet kusurunun varlığı halinde zararın giderilmesi için idare aleyhine dava açılması gerekmektedir. Fakat Danıştay yerleşik içtihatlarında, idarenin sorumluluğuna gidilmesi için ağır ihmalin söz konusu olması gerektiğini kabul etmiştir³¹⁸. Yargıtay’ın özel kurumdaki hekimlerin meydana gelen zararda hafif ihmalden dahi sorumlu olacağına dair kararlarına karşılık idarenin hizmet kusuru ile meydana gelen zararda sorumluluk için hekimlik mesleğinin ağır risk taşıdığı gerekçesiyle ağır ihmal şartının aranması hakkaniyete ve adalete aykırı düşmektedir³¹⁹.

İdare, üçüncü kişilere ödediği tazminatı, kusurlu olan hekime rücu edebilmektedir. İdarenin hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle Sağlık Bakanlığının tazminat ödemeye mahkum edildiği bir davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce verilen kararda³²⁰ “*Adli Tıp Kurumu raporunda acil müdahaleye karar vermeyen hekimin yani davalının özensizliği belirtilmektedir. Şu durumda davalı sorumlu tutulmalıdır.*” ifadeleriyle davacı idarenin ödediği tazminatın davalı hekimden rucüen tahsiline karar verilmiştir.

Kamu hastanesinde kamu görevlisi hekim veya diğer sağlık personelinin tıbbi müdahaleyi yerine getirirken özensiz ve dikkatsiz kusurlu eyleminde, kamu görevlisinin şahsi kusuru söz konusu olur. Bu durumda kamu görevlisi aleyhine BK.m.49 hükmü uyarınca haksız fiile ilişkin dava açılır³²¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir içtihadında³²² “*İlişki ister kamusal, ister sözleşmesel kabul edilsin her iki durumda da davalı doktorun görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusurunun somut olayda ağır bastığı sonucuna varılmaktadır. Benzer nitelikteki birçok davada olduğu gibi Hukuk Genel Kurulu’nun 15.11.2000 tarih ve 2000/4-1650-2000/1690 s. kararında da aynı ilke benimsenmiş; hatta husumet ehliyetinin varlığı yanında salt kişisel kusura dayanılarak dava açılmış olması dahi adli yargı yerinin görevli kabul*

³¹⁷ SARITAŞ, s.128; HAKERİ, s.525.

³¹⁸ SARITAŞ, s.128. Örnek Danıştay kararı: Danıştay 10. Daire 04.06.2011 tarihli 1999/4912 E., 2001/2042 K. sayılı kararı.

³¹⁹ HAKERİ, s.530.

³²⁰ 25.11.2004 tarihli, 2004/5153 E.,13368 K. sayılı kararı. www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

³²¹ SARITAŞ, s.129.

³²² 26.09.2001 tarihli, 4-595 E., 643 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

edilmesi için yeterli bulunmuştur. Mahkemece davalı doktorun eyleminin görevinden ayrılabilir bir eylem olmadığı, bu sebeple hakkında dava açılmayacağı, husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen direnme kararı usul ve kanuna aykırıdır.” kararı ile doktorun şahsi kusuru nedeniyle, yargılamanın, adli yargının görevi olduğu görüşü savunulmuştur. Şahsi kusur, “bizzat kamu görevlisinin kusuru olarak veya görevle ilişkili olmayan veya dolaylı biçimde görevle ilişkili olan kusur” olarak tanımlanabilir³²³.

Hekimin sorumluluğunun yanında hastane idaresinin de hastanın menfaatlerini gözeterek hareket etmesi ve insan sağlığının önemini kavrayan sorumluluk bilinci ile olanakları iyileştirici tedbirler alması gerekmektedir.

³²³ HAKERİ, s.525.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

I. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Türk tıbbi deontoloji tarihi açısından, hekimin sorumluluğu dini inanışlara ve dönemlere göre değişiklik göstermiştir. İslam'dan önce Şamanizm etkiliyken, İslam'dan sonra Şariat Hukuku hekimin sorumluluğunu incelemede belirleyici olmuştur. Osmanlı döneminde hekimler usta-çırak şeklinde yetişmişler; Kur'an-ı Kerim ve sünnetin belirlediği hukuk kurallarının yanında padişahlar tarafından çıkarılan Kanunnamelerle boşluklar doldurulmuştur³²⁴. Günümüzde ise hekim sorumluluğu çeşitli kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenmiştir. Günümüzdeki düzenlemelerden en eski ve en önemli olanı 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' dur.

19. yüzyıla kadar hekimlerin sorumsuzluğu kabul edilmekteyken 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyılın başlarında hukukun güncelleştirilmesi, hekimin hareketlerinin çoğunlukla eleştirilmesi, irdelenmesi sonucunda, hastalığın tedavi edilmemesi, tedavi yüzünden acı çekilmesi, zorla aşı yapılması gibi tıbbi müdahalelerin olağan basit neticelerinden dahi hekimlerin sorumluluğuna gidilmeye başlanmıştır³²⁵. Önceleri hekimin sorumluluğunda kusur şartı aranırken, teknoloji ve bilimin gelişmesi, istihdamın önem kazanması ve artması ile fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı hekimin sorumluluğunda yeterli kabul edilmiş olup; hekimin kusuru bulunmasa dahi, yardımcı şahsın verdiği zararlardan hekimin sorumlu olacağı kabul edilmiştir³²⁶.

Hasta – hekim arasındaki hukuki ilişkinin güven esasına dayanması ve hekimlik mesleğinin kişi vücut bütünlüğü ile ilgili ehemmiyetli bir meslek olması sebepleriyle hekimin

³²⁴ SARITAŞ, s.6.

³²⁵ BAYRAKTAR, Yeni TCK, s.52-53.

³²⁶ SARITAŞ, s.6.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde de belirtilen özen, sadakat ve hastasının sırlarını ifşa etmeme yükümlülüklerine uyması ve bu yükümlülükler doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir³²⁷.

Hastanın başvurduğu tüm sağlık kurumları da hastalığın teşhis ve tedavisinde özen, sadakat yükümlülükleri ile hareket etmelidir³²⁸. Hastanın hekime değil de hastaneye başvurması durumunda hekim, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifası kendisine bırakılan kişi, yani BK.m.116 kapsamında ifa yardımcısıdır. Hastanın hekimin hukuka aykırı fiilinden zarar görmesi halinde BK.m.112 uyarınca sözleşmenin ihlali hükümlerinin yanında hastane işleticisi aleyhine BK.m.116 gereğince dava açabilmesi mümkündür.

Hekimin hukuka aykırı eylemi, BK.m.49 uyarınca haksız fiil niteliği taşıdığı durumlarda da, hastanın hastane işleticisi aleyhine BK.m.66' ya göre dava açması söz konusu olabilir.

Hastanın başvurduğu sağlık kurumunda tedavisini üstlenen birden fazla sağlık mensubu olduğunda, kusur durumu her bir sağlık mensubuna göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşen bir ameliyatta sakatlanma veya ölüm meydana gelirse; ameliyata katılan herkes kusuruna göre sorumlu olur. Örneğin; ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın, mağdurun dosyasını incelemeyen sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı ve dolayısıyla diğer gözün de zorunlu olarak alınması sonucunda mağdurun iki gözünün kör olduğu olayda; her iki hekimin de

³²⁷ **Madde 2** – Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.

Madde 3 – Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.

Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.

Madde 4 – Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

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

³²⁸ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.151.

kusurlu ve özensiz tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumlulukları oluşacaktır³²⁹.

Hayati tehlike söz konusu olduğunda, “Özel Ambulans Servisleri Yönetmeliği³³⁰” uyarınca ambulans gönderilmesi, ambulansın hastayı hastaneye taşıması, hastanenin hastayı kabul etmesi ve hayati tehlike şüphesini protokol defterine kaydetmesi, yasal bir zorunluluk olup; hastanın bilincinin yerinde olmadığı durumlarda yakınları, yapılacak işlemlerden herhangi birine rıza göstermez ise, bu durum yazılı olarak tespit edilmelidir³³¹.

Hastane acil servisine getirilen hayati tehlike şüphesi bulunan hastayı hastanenin boş yatak bulunmaması, hastanın para verecek gücü olmaması ve benzeri gerekçelerle kabul etmemesi, hastaneye hukuki sorumluluk yükler³³². Boş yatak bulunmaması veya hastanın hastalığının teşhisi için ileri tetkik gerektirmesi durumlarında hastanenin sorumluluğun doğmaması için; hastane stabilizasyon³³³ sağlamalı, hastanın gönderileceği merkezle görüşülerek uygunluğu teyit edilmeli, daha sonra hastanın yaşam desteği, gerekli sağlık personelinin refakati gibi gerekli tedbirler alınarak hasta başka bir sağlık kurumuna sevk edilmelidir³³⁴.

Hastanın hastaneye başvurması durumunda hekimle sözleşmesel bir ilişki olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin ihlali dolayısıyla hekime başvuramayacağı söz konusu ise de, hekimin hukuka aykırı her eylemi hastanın kişilik haklarına zarar verdiği için, hasta, BK.m.49 kapsamında hekimin haksız fiilinden dolayı hekim aleyhine dava açabilecektir.

Hekim, bilgisini, uzmanlığını ve yeteneğini aşan durumlarda, hastası ile arasında hizmet akdindeki gibi bir işçi bağımlılığı olmamasından dolayı, hastanın tedavi istemini reddederek

³²⁹ GÜLŞEN, s.58-59. Her iki hekimin TCK.m. 22 uyarınca ayrıca cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır.

³³⁰ RG. 17.01.1993, 21468.

³³¹ ÖZŞAHİN, s.330.

³³² ÖZŞAHİN, s.330.

³³³ <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=stabilization&x=68&y=21> stabilization: 1- Oynamaz hale getirme; tespit etme; sta-bilizasyon. 2- Bozulmayacak duruma getirme; değişme göstermeyecek nitelik kazandırma. Ayrıca **stabilization procedure**: Hareketli eklemi sabit hale getirme; bu amaçla yapılan ameliyat; stabilizasyon prosedürü Erişim tarihi:28.07.2013.

³³⁴ ÖZŞAHİN, s.330.

hastayı uzman başka bir hekime ya da gerekli donanıma sahip başka bir hastaneye sevk etmelidir³³⁵. Hekimin özen yükümlülüğü de bunu gerektirir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği muhtelif durumlarda vekalet sözleşmesi, vekaletsiz iş görme, eser sözleşmesi olarak ortaya çıksa da, her halde BK.m.506 vd. vekalet hükümlerinde yer aldığı gibi; vekilin özen ve sadakat borcu, edimin ifası sırasında öğrenilen müvekkile ait sırların gizli tutulması borcunu da içerir³³⁶. Hekimin teşhis ve tedavi edimini yerine getirirken hastasına ait sırları saklama yükümlülüğü vardır ve yükümlülüğün ihlali ile hastanın kişilik hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Bu durumda MK.m.24 – 25 ve BK.m.58 hükümleri gereğince hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır³³⁷.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi³³⁸ ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde³³⁹ düzenlenmiştir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü; hastanın rızası, bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi zorunluluğu ve hekimlik mesleğinin icrası sırasında öğrenilen bilginin suça ilişkin olması hallerinde ortadan kalkar³⁴⁰.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü hastanın mahremiyet hakkına yönelik bir korumadır.

³³⁵ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.297.

³³⁶ BUDAK, s.545.

³³⁷ BUDAK, s.546.

³³⁸ **Madde 4** – Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

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

³³⁹ **Madde 23**- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

³⁴⁰ Hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için: BUDAK, s.547-548.

Medeni Hukukumuzda temyiz kudretini haiz küçük ve kısıtlılar, sınırlı ehliyetsizler grubundadır ve bu nedenle bu bireylerin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 79. maddesinde düzenlendiği üzere; yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi zorunludur. İşte bu düzenlemenin Lizbon Bildirgesi 2. madde 5.b³⁴¹ düzenlenmesine paralel bir yaklaşımla kaleme alınması ve hastanın mahremiyet hakkının ihlaline neden olabilecek durumlardan kaçınılması gerektiği kanaatindeyiz³⁴².

Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 21. maddesinde düzenlenen hastanın mahremiyetine saygı hakkı, hem hastaya ait bilgilerin gizliliğinin hem de hastanın bedensel mahremiyetinin sağlanmasını kapsar³⁴³.

B. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

1. Sözleşmenin Geçerliliği

Hekim ile hasta arasında geçerli şekilde sözleşme kurulmuş olması halinde; tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması ve bundan dolayı hastanın zarar görmesi durumunda hekimin sorumluluğu sözleşmeye dayanır. Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğunu ispat külfeti hastaya aittir³⁴⁴. Sözleşmenin ihlal edildiğini de, ihlali iddia eden ve zarar gören taraf olan, hastanın ispat etmesi gerekir³⁴⁵.

³⁴¹ “Eğer yasal olarak ehliyetsiz hasta doğru kararlar verebiliyorsa onun kararları kabul edilmelidir ve hasta resmi vekilinin bilgilenmesini yasaklayabilir.”

³⁴² SERT, s.133.

³⁴³ SERT, s.142.

³⁴⁴ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.63.

³⁴⁵ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.63; HAKERİ, s.638-640; BK.m.112 uyarınca hekimin kusurlu olduğu varsayıldığından hastanın kusuru ispatlaması gerekmektedir. Bu durumda hekimin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Hasta karşısında hekimin daha elverişli konumda olmasından dolayı bazı durumlarda ispat yükü yer değiştirmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: HAKERİ, s.639-640.

Hekimin sözleşme ile borçlandığı edimlerden en az birini yerine getirmediği durumda, mesela tıbbi müdahalede bulunacak hastasını yeteri kadar aydınlatmaması, hastanın zarar görmesi sonucunda hekimin sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

2. Sözleşmenin İhlali

Borçlar Kanunu'nun borcun ifa edilmemesine ilişkin 112. maddesinde “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” ifadesi yer almaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede sözleşmeye aykırılık, hekimin sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerden en az birini ihlal etmiş olması halinde ortaya çıkar. Taraflar arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilen her aykırı tutum sözleşmeye aykırılık teşkil eder³⁴⁶. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede de hekimin hastasının doğrudan vücut bütünlüğüne veya dolaylı olarak ruhsal sağlığına yönelik her haksız müdahale, hukuka aykırı kabul edilir.

Hasta haklarını insan haklarının sağlık alanındaki yansıması olarak kabul etmeli, hasta haklarına gerekli ehemmiyetin gösterilmesi ve hekimin hatalı tıbbi uygulamasındaki en önemli sorunun hekimin hastasına karşı ilgisiz davranışları olduğundan bu durumun özenle tespit edilmesi gereklidir³⁴⁷.

3. Kusur

Kusur kavramını “benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi³⁴⁸” olarak tanımlayabiliriz. Sorumluluk hukukunda kusur, hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen, hoş görülme

³⁴⁶ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.64.

³⁴⁷ KÖK, s. 64-65.

³⁴⁸ EREN, s.552.

davranış biçimidir³⁴⁹.

Ortalama davranış biçiminin tanımlanmasında var olan teoriler objektif ve subjektif olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif teoriye göre ortalama davranış biçiminde benzer şartlar altında aynı sosyal grup içerisinde yaşayan makul ve objektif bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fıkri gücü esastır³⁵⁰. Subjektif teoride ise, kişinin zarara yol açan davranışı sergilerken içinde bulunduğu psikolojik durumu, kişisel durumu, şahsına özgü yetenekleri, yetiştirme şartları, eğitim ve öğrenim düzeyi, fiziki gücü, mesleki becerileri ve buna benzer şahsi özellikleri esas alınır³⁵¹.

Kusurun ayrıca objektif ve subjektif yönleri bulunmaktadır. Objektif yön, kişinin zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli tedbirleri almaması ve özen göstermemesidir³⁵². Subjektif yön ise zarara sebebiyet veren fiilin kişiye isnat edilip edilememesi ile ilgili olup; kişinin zarardan sorumlu olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ile ilgilidir³⁵³.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede hekimin sorumluluğuna hekim tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi ile birlikte kusuru varsa gidilir. Hekimin kusuru tanı ve tedavi aşamasında ortaya çıkar. Tanı aşamasında kusur olarak nitelendirilebilecek bir husus, özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar olarak eksik araştırma sonucu gerekli konsültasyonların hekim tarafından talep edilmemiş olmasıdır³⁵⁴. Tanıda bir yanlışlık olmamasına rağmen tedavi aşamasında tedavi yöntemi kusurlu olabileceği gibi yöntemin uygulanışı sırasında da kusur söz konusu olabilir. İşte böyle bir durumda hekimin tedavi kusurundan bahsedilir³⁵⁵.

³⁴⁹ TANDOĞAN, s.45; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.100; EREN, s.551.

³⁵⁰ EREN, s.553.

³⁵¹ EREN, s.553.

³⁵² AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.101.

³⁵³ İPEKYÜZ YAVUZ, s.131.

³⁵⁴ ÇETİN, s.38.

³⁵⁵ ÇETİN, s.39.

Kusur, ‘kast’ ve ‘ihmal’ olarak karşımıza çıkar. Konumuz hekimin hasta ile arasındaki sözleşmedeki kusuru olduğundan burada ayrıca hekimin ‘meslek kusuru’ ndan bahsetmemiz gerekir.

a) Kast

Kast, hukuka aykırı sonucun borçlu tarafından bilerek istenmesine denir³⁵⁶. Kastın doğrudan ve dolaylı kast olmak üzere iki çeşidi vardır. Doğrudan kast, borçlunun meydana gelen sonucu doğrudan istemesi ve kabul etmesi; dolaylı kast, meydana gelen sonucu istememekle birlikte öngörüp göze almasıdır³⁵⁷.

Hekimin kasıtlı davranışlarına, yüksek tedavi ücreti elde etmek amacıyla bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulaması; tedavi süresini uzatması; hiç gerekli olmadığı halde ücret elde etmek amacıyla hastaya cerrahi müdahalede bulunması; hasmı olduğu için veya bir başkasının isteği ile hastayı zehirlmesi örnek olarak gösterilebilir³⁵⁸. Bu örnekler hekimin doğrudan kasıt saikiyle hareket etmesidir. Hekim dolaylı kasıt saikiyle de hastasına zarar verebilir. Örneğin; hekimin, hiç denenmemiş yeni bir tedavi yönteminin hasta üzerinde oluşabilecek yan etkilerini öngördüğü halde bunu göze almasında veya yeni tedavi yöntemleri bulmak amacıyla yapılan tıbbi deneylerde ortaya çıkacak olumsuz sonuçları göze almasında dolaylı kast ile hareket edildiğinden bahsedilebilir.

Hekimin sorumluluğunda, kasttan ziyade, ihmali davranışlar söz konusu olmaktadır.

b) İhmal

İhmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesi ile birlikte hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için gerekli olan dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde ortaya çıkar³⁵⁹. “Kusurun

³⁵⁶ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.101; AYAN, Borçlar, s.226; EREN, s.557.

³⁵⁷ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.102; AYAN, Borçlar, s.227; EREN, s.558.

³⁵⁸ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.102.

³⁵⁹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.102; AYAN, Borçlar, s.227; EREN, s.558.

belirlenmesinde sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için, kural olarak şu yol izlenmelidir; öncelikle zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış ve çalışmalar; daha sonra da olay içinde, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin gerçekleşen davranış ve tutumu (gerektiğinde bütün ayrıntılarıyla birlikte) tespit edilmelidir. Olması gerekenle gerçekleşen davranış ve tutum arasında bir fark varsa işte o zaman bir kusurun varlığından söz edilebilecektir. Kuşkusuz bir irade eksikliği şeklinde ortaya çıkan kusurun belirlenmesinde objektif ölçüler esas alınmalıdır. Başka bir anlatımla kusur (olayın özelliğinden kaynaklanabilecek istisnalar aynı kalmak üzere) objektifleştirilmelidir. Bu da aynı işi yapan orta düzeyde normal bir kişinin yapması gereken ve beklenen davranışına eşdeğerdedir.” ifadesi ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin bir kararında³⁶⁰, ihmali davranışın nasıl tespit edilmesi gerektiği açıklanmıştır.

İhmali davranış, orta seviyede, aklı başında makul bir kişinin somut olayın hal ve şartlarına göre alması gerekli zorunlu tedbirlere, harcadacağı emeğe, göstereceği dikkat ve özene göre değerlendirilir³⁶¹. Ortalama davranış tipi, somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu durumda hekimin sorumluluğunda ihmalin belirlenmesindeki ölçüt, hekimin mensup olduğu uzmanlık içerisinde yer alan ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında gösterdiği davranıştır³⁶². Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin bir kararında³⁶³, “*Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimamdan ibarettir.*” ifadesi ile ihmalin belirlenmesindeki ölçü belirlenmiştir.

Kastta olduğu gibi hekimin hukuka aykırı sonucu bizzat öngörmüş olmasından farklı olarak ihmalde, zarar verici sonucun hekim tarafından objektif olarak öngörülmesi yeterlidir³⁶⁴. Hekimden, bir olay karşısında en bilgili, en becerili, en özenli meslektaşının göstereceği

³⁶⁰ 24.09.1984 tarihli, 6027 E., 6856 K. sayılı kararı.

³⁶¹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.102; EREN, s.558.

³⁶² AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.102.

³⁶³ 14.10.1974 tarihli, 2637 E., 2492 K. sayılı kararı.

³⁶⁴ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.103; EREN, s.560.

performans değil; aynı koşullarda, aynı uzmanlık alanındaki ortalama bir meslektaşının göstereceği performans beklenmektedir³⁶⁵. Hekim, ortalama performansın altında bir davranışta bulunur ve hasta zarar görür ise; bu durumda hekimin kusurlu davranmış olduğu kabul edilmektedir. İhmalin değerlendirilmesinde özenin ölçüsü konusuna Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında³⁶⁶ “....Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. 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 tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada 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 işgören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” ifadesi ile açıklık getirilmiştir³⁶⁷.

İhmal, ağırlık derecesine göre hafif ve ağır olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, aynı hal ve şartlar altında bulunan makul her insanın alması gereken en basit önlemlerin alınmamış olmasını; hafif ihmal ise ancak dikkatli ve uzman kişilerin göstereceği özenin gösterilmemiş olmasını ifade eder³⁶⁸. Hekimin sorumluluğunda hekimin hem hafif hem ağır ihmali, sorumluluğu sözleşmesel olsun veya sözleşme dışı olsun fark etmeden hekimin sorumluluğunu gerektirir. İhmalin ağır veya hafif olması, tazminatın hesaplanmasında önem arz eder³⁶⁹.

c) Meslek Kusuru

Hekimin sağlık hizmetindeki önemli rolü ve verdiği sağlık hizmetinin önemi hekimin

³⁶⁵ ÇETİN, s.33.

³⁶⁶ 04.03.1994 tarihli, 8557 E., 2138 K. sayılı kararı.

³⁶⁷ <http://www.kararevi.com/karars/109747#.UoNIQfm-3lM> Erişim tarihi:13.11.2013.

³⁶⁸ EREN, s.562.

³⁶⁹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.103.

sorumluluğundaki kusurun ‘kast’ ve ‘ihmal’ dışında ayrıca ‘meslek kusuru’ ile de irdelenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Meslek kusuru kavramı hiçbir hukuk ve sağlık mevzuatında izah edilmemiştir. Nitekim kanunlaşmamış Malpraktis Kanun Tasarısı’nda meslek kusuru kavramından bahsedilmiştir.

Tasarının 1. maddesinde kanunun amacının sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sebebiyle oluşan zararlarla ilgili sorumluluğa ilişkin usul ve esaslar ile bu zararları önleyici ve sağlık hizmetlerini geliştirici mekanizmaları düzenlemek olduğu hükme bağlanmıştır. Tasarının 3. maddesine göre; standart tıbbi uygulama, bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbi uygulama kurallarına uygun olarak yapılan işlemleri; bilgi ve beceri eksikliği ise, standart tıbbi uygulamalarda mesleki bilgi veya el becerisi ile donatılmamışlık hali olarak tanımlanmaktadır.

Tasarıdaki düzenlemeden anlaşılacağı üzere hekimin meslek kusurunu, hekimin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği ile gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden yanlış ve eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hiç tedavi uygulamaması ile oluşan ve zarar meydana getiren bir durum olarak tanımlayabiliriz.

Devlet hastanesinde devlet memuru olarak görev yapan hekimin herhangi bir yaralama veya ölüm gibi zararlı neticeye yol açmaksızın hastayı muayene etmeme, muayeneden kaçınma gibi hekimlik mesleği ile bağdaşmayan davranışları, ayrıca Yargıtay tarafından meslek kusuru olarak nitelendirilmiştir³⁷⁰. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin bir kararında “...doktor olan sanığın olayda görevinin gereklerine aykırı bir davranışının bulunup bulunmadığının tespiti açısından Yüksek Sağlık Şurasının görüşü sorularak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeyle görevi savsama suçundan açılan davada beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” denilmiştir³⁷¹.

³⁷⁰ GÖKCAN, s. 76-77.

³⁷¹ GÖKCAN, s.77.

Kast, ihmal ve görev kusuru niteliğinde oluşan kusurun varlığının saptanmasında “bilirkişi” yardımı ile uzman görüş alınacaktır; zira hukukçunun teknik bir konu olan tıp mesleğindeki terimlere aşina olmadığı açıktır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile kusurun saptanmasında sadece mahkemenin tespit ettiği bilirkişi sistemi ile yetinilmemiş; taraflara uzman görüşü alma ve gerektiğinde kendi uzmanını mahkemede dinletme, çapraz sorgu sistemi ile açıklama yaptırma hakkı da verilmiştir³⁷².

4. Zarar

Hekimin sorumluluğundan bahsedebilmemiz için sözleşmenin ihlal edilmesinin yanında ayrıca hastanın da zarara uğraması gerekir. Hekimin sözleşmenin ihlalinin sonucunda hasta ya maddi zarara ya da manevi zarara uğramış olabilir.

Maddi zarar, zarar görenin malvarlığında meydana gelen istenmeden ortaya çıkan bir azalmadır. Zarar, malvarlığının fiilen azalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, malvarlığının artması gerekirken artmaması, kazanç kaybı, kardan mahrumiyet şekillerinde de ortaya çıkabilir³⁷³. Örneğin; hekimin ihmali nedeniyle yeni bir ameliyat gerekliliği ortaya çıkarsa hastanın malvarlığında fiilen bir azalma meydana geleceğinden buradaki zarar maddi zarardır. Kazanç kaybı veya kardan mahrumiyete örnek olarak hekimin, yüzünü kullanarak para kazanan bir hastasının (mesela aktör, aktris veya spiker) yüzünde yaptığı bir operasyon ile yüzünde, yaptığı işi etkileyecek derecede yara izi bırakmış olması o hastanın yeni çalışmalara katılamayacağından dolayı bu çalışmalardan elde etmeyi beklediği kazanç kaybı olarak gösterebiliriz.

Manevi zarar, malvarlığıyla ilişkisiz olarak zarar görenin kişilik hakkında yapılan saldırı sebebiyle iç dünyasında yaşadığı acı, elem ve ıstırap sonucunda ruhsal dengesinin bozulması ve yaşama sevincini kaybetmesidir³⁷⁴. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hekimin hastanın vücut

³⁷² ÇETİN, s.34.

³⁷³ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.110.

³⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.145; EREN, s.499; ZEVKLİLER, s.502; REİSOĞLU, s.10.

bütünlüğüne yaptığı tıbbi müdahale, hastanın kişilik hakkını ihlal ederse hastanın manevi zarara uğradığı kabul edilebilir.

Zarara uğrayan hasta, zarar gördüğünü iddia ettiği için bu durumda ispat külfeti zarar gören hastadadır. Fakat hastanın hekim karşısındaki durumunun zayıflığından ve zararın ispatının güçlüğü dolayısıyla hastanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koyması yeterli olabilmektedir³⁷⁵.

5. İlliyet bağı

Hekimin hasta ile yapılan sözleşmede yükümlülüklerine aykırı hareketi ile sorumlu tutulması mümkün değildir. Hekimin sorumluluğundan bahsedebilmemiz için sözleşme ile yüklendiği özen yükümlülüğüne aykırı icrai veya ihmali hareketi ile meydana gelen yaralama veya ölüm neticesi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir³⁷⁶. İlliyet bağından anlamamız gereken “uygun illiyet bağı” olmalıdır. Zira meydana gelen zararlı neticeden dolayı neticede yer alan tüm kişileri zararı gidermekle yükümlü kabul etmek hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmaz. Bu durumda sadece olağan yaşam deneyimi ve eşyanın doğası gereği, meydana gelecek sonucu doğurabilecek her eylem, hukuken sorumluluk doğuran eylem ve zararın uygun nedeni olarak kabul edilir³⁷⁷.

Hekimin sorumluluğunda nedensellik bağından anlaşılması gereken, hekimin sözleşme ile yükümlendiği yükümlülüklerine uymuş olması halinde de hastanın hayatı kurtarılmayacak idiyse, nedensellik bağının yokluğundan dolayı, hekimin sorumlu olmadığı kabul edilir. Ayrıca özen yükümlülüğü konusunun, insan hayatı olması sebebiyle, hekimin özen yükümlülüğünün ihlali durumunda diğer yükümlülüklerin ihlalinden farklı olması, dolayısıyla nedensellik bağı açısından da farklı düşünmek gerekir. Buna göre; hekim özen yükümlülüğüne uygun hareket etse dahi hasta ölecek olsa bile eğer hasta ihlalden dolayı daha fazla acı çekmiş ise bunun da cezasız

³⁷⁵ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.110.

³⁷⁶ HAKERİ, s.724-725; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.111.

³⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.502-509.

kalmaması gerektiğinden, hekimin sorumluluğuna bu durumda gidilebilmelidir. Hekimin tedavi ile hastalığı iyileştirme yükümlülüğünün yanında acıları dindirme yükümlülüğü bunu gerektirir³⁷⁸.

Hekimin hatalı davranışının normal bir hastada zararlı olmayacağı veya büyük bir zarara yol açmayacağı hallerde, hastanın normal olmayan bünyesi veya aşırı hassasiyeti bulunması nedeniyle somut olayda ağır zarara sebebiyet vermesi durumunda, illiyet bağının tespiti önem arz eder³⁷⁹. Böyle bir olayda, genel hayat tecrübelerine göre bu türden bir zarar ihtimali hesaba katılabileceği için, hekimin davranışı ile zarar arasında illiyet bağı var sayılır; fakat hem hekimin davranışı hem de hastanın hassas bünyesi zarara yol açtığı için, sebeplerin yarışması ilkesi gereğince olay çözümlenir³⁸⁰.

Uygun olmayan nedenlerin hekimin sorumluluğunu gerektirmediğini ifade etmiştik. Ayrıca illiyet bağının kesilmesi halinde de hekimin sorumluluğundan bahsedilemez. İlliyet bağının kesilmesine neden olan haller; beklenmedik olay(mücbir sebep), üçüncü kişinin kusuru veya eylemi ve mağdurun kusuru veya eylemi olmak üzere üç tanedir³⁸¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir içtihadında³⁸², “...zarar görenin müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet verme hali, illiyet bağına tümüyle kesecek nitelikte ise, ancak bu durum manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak ağırlık ve yoğunlukta kabul edilebilecektir.” ifadesi ile mağdurun kusuru veya eyleminin illiyet bağının tümüyle kesilmesinin nedenlerinden biri olduğu açıklanmıştır³⁸³.

Hastanın yükümlülüklerine uymaması zararlı neticeden hastane ve hekimle birlikte sorumlu olmasına yol açar. Örneğin; hastanın gerekli bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde doğacak zarara kusuru oranında katılmasını gerektirir³⁸⁴.

³⁷⁸ HAKERİ, s.725.

³⁷⁹ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.112.

³⁸⁰ AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.112.

³⁸¹ EREN, s.539; OĞUZMAN/ÖZ, s.504-507.

³⁸² 17.02.2010 tarihli, 4-47 E., 74 K. sayılı kararı.

³⁸³ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?e=4008> Erişim tarihi:13.11.2013.

³⁸⁴ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.240. “Ayrıca gerekli bilgileri vermenin hastanın veya kanuni

C. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

1. Hukuka Aykırılık ve Kusur

Haksız fiillerden doğan borç ilişkileri, Borçlar Kanunu' nun 49. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir³⁸⁵. Hekimin sorumluluğu açısından da, eğer hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmuyor ise; hekimin hastasının vücut bütünlüğüne veya kişisel haklarına saldırı niteliğindeki kusurlu ve hukuka aykırı fiilleri, haksız fiil teşkil etmektedir. Bu durumda hekimin haksız fiilden sorumlu olması gerekir.

Hekimin haksız fiilden sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı hareketinde kusurlu davranması gerekir. Hekim eğer hastasına kusurlu ve hukuka veya ahlaka aykırı bir fiille zarar vermiş ise, vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğü olduğu, Borçlar Kanunu'nda açıkça dile getirilmiştir.

2. Zarar

Hekimin sorumluluğundan bahsedebilmemiz için, hekimin kusurlu ve hukuka aykırı fiili ile, tıbbi müdahalede bulunduğu hastasının vücut bütünlüğünde ya da ruhsal sağlığında maddi veya manevi zarar meydana getirmiş olmalıdır.

Borçlar Kanunu' nun 49. maddesi uyarınca zarar veren her türlü zararı gidermekle mükelleftir. Ayrıca Borçlar Kanunu' nun 50. maddesinde düzenlendiği gibi; zararın ve zarar verenin kusurunun ispatı zarar görene aittir. Zarar gören hasta, eğer haksız fiile dayalı talepte bulunuyor ise; hukuka aykırılığı, nedensellik bağı ve zararı ispatla mükelleftir. Sözleşmeye dayalı taleplerden farklı olarak hasta, hekimin kusurunu da ispat etmesi gerekmektedir. Fakat

temsilcisinin bilgi düzeyiyle orantılı olması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.”

³⁸⁵ **MADDE 49-** Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

hekimin meslek kurallarına aykırı davranması, kusurun varlığı konusunda da bir karine teşkil ettiğinden, hastanın hekimin meslek kurallarına aykırı davrandığını ispatlaması yeterli olmaktadır³⁸⁶.

3. İlliyet Bağı

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunda olduğu gibi; hekimin haksız fiillinden dolayı sorumlu olabilmesi için de, hukuka aykırı ve kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir³⁸⁷. İlliyet bağı mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya eylemi, zarar görenin kusuru veya eylemi ile kesilmiş olursa hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Hekimin sorumluluğunda nasıl meydana gelen zarar, zarar verenin kusuru zarar gören hasta tarafından ispatlanması gerekiyorsa; zarar verici fiil ile meydana gelen zararlı netice arasındaki uygun illiyet bağını da yine hasta ispatlaması gerekir³⁸⁸. Hekimin hukuka aykırı ve kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının mevcut olduğu kuvvetle muhtemel ise bu hususun ispatı yeterli sayılacaktır³⁸⁹.

Hekimin sorumluluğun tespitinde, özellikle illiyet bağının iyice araştırılması ve kusurun belirlenmesi için raporların açıklayıcı olması gerekir. Bu yönde, Yargıtay 4. HD. kararı³⁹⁰ açıklayıcı olmuştur. Kararda “....dava konusu olay etraflıca incelenerek davalının kusurlu olup olmadığı kesin olarak belirlenmeli, bunun için, somut olayın özelliği itibariyle davalının tıp biliminin gerektirdiği konularda gerekli özeni gösterip göstermediği, diğer bir anlatımla, somut olaya göre bilimin öngördüğü biçimde hareket edip etmediği saptanmalıdır. O halde, dosyadaki tüm veriler gönderilip bunlar değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Kurumundan, gerekirse Üst Kuruldan doyurucu bir rapor alınmalıdır.” ifadeleriyle hekimin sorumluluğun tespitinde

³⁸⁶ HAKERİ, s.638. İspat külfetinin bazı durumlarda ters çevrildiğine dair bilgi için bkz: HAKERİ, s.639-640.

³⁸⁷ REİSOĞLU, s.9; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.118.

³⁸⁸ REİSOĞLU, s.9; BELGESAY, s.129.

³⁸⁹ REİSOĞLU, s.9; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.118.

³⁹⁰ 06.05.2003 tarih, 2003/307 E., 5910 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

çelişkilerden uzak bir inceleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Hekimin sorumluluğunun tespitinde, mahkemelerin karara esas aldıkları raporların açıklayıcı olması gerektiğinin önemini vurgulayan kararlara bir örnek de, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararını³⁹¹ gösterebiliriz. Bu kararda da Yargıtay'ın raporların ayrıntılı ve çelişkilerden uzak olması gerektiğine ilişkin görüşü; “....anılan rapor, hastaya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu raporu dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, hastanın gerek davalı hastanede gerekse sonradan götürüldüğü diğer hastanelerde yapılan ameliyat ve tedavilerine ilişkin tüm bilgiler, ameliyat ve tabela kağıtları, varsa çekilen filmler, sonografik inceleme raporları, epikriz ve Adli Tıp Raporu birlikte gönderilip, üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak, genel cerrahi konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıların murisine uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktora atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorun az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” ifadeleriyle açıklanmıştır.

D. Hekimin İlaç Sarfiyatından, Sahte ve Taklit İlaç Kullanılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu

Sağlık sektöründeki sorunlardan biri de ilaç tüketimi ile ilgilidir. İlaç, sadece insanı bir hastalıktan korumaya ya da hastalığa yakalanmış bir kimsenin hastalığını teşhis etmeye ya da onu iyileştirmeye veya bir ameliyatın yapılmasını kolaylaştırmaya yarayan her çeşit madde şeklinde tanımlanabilir³⁹².

³⁹¹ 18.03.2008 tarihli, 2007/14545 E., 2008/3803 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

³⁹² YENERER ÇAKMUT, Taklit İlaç, s.126-150.

Ülkemizde abartılı ilaç reklamlarının sebep olduğu gereksiz ilaç sarfiyatının olduğu kuşkusuzdur. İlaç sarfiyatının da sağlıklı insanların vücut dengesini bozması muhtemeldir. Mintzes, “Zaten sağlıklıysanız ilaçtan fayda görme ihtimaliniz çok daha azdır. Tüm nüfusu düşündüğünüzde ilaç tedavisi ile yol açtığınız zararın, faydadan çok daha fazla olması endişesi doğar” demektedir³⁹³. Mintzes’ in araştırmasına göre; yüksek kolesterol, yüksek tansiyon, depresyon gibi sağlık problemleri için önerilen ilaç reklamları, birçok insanı doktor muayenelerine yönlendirdiği ve bazı doktorların etkisinden emin olmasalar da reklamı yapılan ilacı yazdıkları kanıtlanmıştır³⁹⁴. İlaçlar ve diğer tedavi yöntemlerinin zararları ve yararları ile ilgili kaliteli belgelere ulaşmak, artık kolaylaşmış olsa da; hastalıklarla ilgili aynı durum söz konusu değildir. Bu nedenle hastalıkları tanımlamanın yeni yollarına ve insanları hastalıklarla başa çıkma seçenekleri konusunda eğitmeye acil ihtiyaç vardır³⁹⁵.

İlaç sarfiyatı yanında insan sağlığını tehdit eden sahte ve taklit ilaç uygulamalarının engellenmesi gerekmektedir. Sahte ilaç, Dünya Sağlık Örgütü tarafından “Bir ilacın kasten veya taksirle içeriği gerçeğe aykırı üretilen ilaç sahte ilaçtır. İlaç da jeneriği de sahte olabileceği gibi, etki maddesi bulunmayacağı gibi farklı içeriğe sahip de olabilir, gerçeğe uygun veya gerçeğinden daha az etki maddesini içermesine karşılık gerçeğe aykırı paketlenmiş de olabilir.” şeklinde tanımlanmıştır³⁹⁶. Taklit ilaç ise; orijinal ürünün koruma süresi tamamlanmadan, piyasaya sürülen ve orijinal ilaçla aynı etkiye sahip bulunan ürünler olarak tanımlanır³⁹⁷. Sahte ve taklit ilaç üretimi, dağıtımı yasa dışı bir faaliyet olup; bu faaliyet içerisinde bulunanlara idari, hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanır.

Türkiye’ nin taraf olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ nin birçok hükmünde sahte ve taklit ilaç hususunda taraf ülkelerin önlem alması gerektiği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 3. maddesine göre; taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları

³⁹³ MOYNIHAN/CASSELLS, s.116.

³⁹⁴ MOYNIHAN/CASSELLS, s.116.

³⁹⁵ MOYNIHAN/CASSELLS, s.200.

³⁹⁶ ÜNVER, s.162.

³⁹⁷ YAVUZ, Sahte ve Taklit İlaç, s.250.

göz önüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır. Aynı sözleşmenin 4. maddesine göre ise; araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nda³⁹⁸ sahte ilaç hususunda ne tür yaptırımlar uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. İdari para cezalarının yanında Türk Ceza Kanunu'nda da³⁹⁹ yaptırımlar öngörülmüştür. Sahte veya taklit ilaç kullanımının olduğu

³⁹⁸ RG. 26.05.1928, 898. **Madde 10** – Müsaadesi istihsal olunarak ticarete çıkarılan yerli müstahzarların safiyetinden ve formülüne muvafık olarak imal edilip edilmemesinden amili ve memaliki ecnebiyeden ithal edilenler için ithal müsaadesi talepnamesi vermiş olan vekilleri mesul olup lüzum görüldükçe ve bedeli tesviye olunmak üzere laalettayin alınacak numunelerin tahlili suretiyle Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti daimi bir murakabe icra eder.

Madde 18 – (Değişik: 23/1/2008-5728/42 m.)

10 uncu maddede yazılı tahlil neticesinde, müstahzarların terkinde bulunan maddelerin saf olmadığı veya ruhsat almak için verilmiş olan formüle uymadığı veya müstahzarın tedavi vasıflarını azaltacak veya kaybedecek surette imal edilmiş olduğu anlaşılırsa, fiil suç oluşturmadığı takdirde, ruhsat sahibi ve müstahzarların bu şekilde imal edildiğini bilerek satan, satışa arzeden veya sattıranlara bin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir; ayrıca, ruhsatname geri alınır.

Madde 19 – (Değişik: 23/1/2008-5728/43 m.)

Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu suretle imal edilen müstahzarları bilerek satan, satışa arzeden veya sattıranlara, müstahzar imaline salahiyet sahibi oldukları takdirde, beşyüz Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar; müstahzar imaline salahiyet sahibi olmadıkları takdirde, binbeşyüz Türk Lirasından yirmibin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu müstahzarlar kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmayan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde 18 inci maddede yazılı ceza tatbik olunur.

Memleket dışında yapılmış müstahzarları ruhsatsız olarak ticaret amacıyla ithal etmek veya bunların özelliklerini bilerek satmak veya satışa arz etmek veya sattırmak kaçakçılıktır. Bu fıkra yazılı suçları işleyenler hakkında Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Madde 20 – (Değişik: 23/1/2008-5728/44 m.)

18 ve 19 uncu maddelerde mezkûr ahval hariç olmak üzere bu Kanun ahkâmına muhalif hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezalarına ve diğer idarî yaptırımlara mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

³⁹⁹ Türk Ceza Kanunu'nun sahte ilaçla ilgili bu düzenlemesi ile ilgili eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz. ÜNVER, s.63-82.

TCK. m. 186- (1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Bu suçun, resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

durumlarda; taraflar arasında ilaçların edinilmesine ilişkin herhangi bir sözleşme ilişkisinin varlığı söz konusu ise; TBK. m. 112 ve devamı maddeleri uyarınca sorumluluktan bahsedilecektir. Eğer bir akit dışı sorumluluk var ise; TBK. m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir⁴⁰⁰.

E. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumluluk anlaşması, bir sözleşmede borçlunun veya borçlunun yardımcı şahsının kusurundan sorumlu olmayacağına dair taraflarca imzalanan anlaşmadır. Fakat Borçlar Kanunu'nun 115. ve 116 maddelerinde sorumsuzluk anlaşmasının kayıtsız şartsız kabul edilmediği belirtilmektedir.

BK.'nın 115. maddesinin 1. fıkrasına göre; borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür. Kanundan anladığımız; borçlunun hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşmalar geçerlidir. Nitekim bu hüküm de aynı maddenin 3. fıkrası ile sınırlandırılmıştır. Sınırlayıcı bu hükümde; "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." ifadesi yer almaktadır. Demek oluyor ki; hekimlik sözleşmesi uzmanlığı gerektiren bir hizmet olduğuna göre; hekimin hem hafif hem de ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür⁴⁰¹.

TCK. m. 187- (1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.

(2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

⁴⁰⁰ YAVUZ, Sahte ve Taklit İlaç, s.255-263. Hekimin hiçbir etki ve talimat altında kalmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmesi neticesinde, hastasına yazacağı ilacı da serbestçe seçmesi durumu ortaya çıkar; lakin bu serbestlik, keyfilik anlamına gelmemekte; hekimin yazdığı ilacın endikasyonlarını, kontrendikasyonlarını, yan etkilerini ve dozajını çok iyi bilerek ve ilacın hastası ile uyumlu olduğuna kanaat getirerek hareket etmesi gerekmektedir.

⁴⁰¹ Eski 818 sayılı BK.m.99 hükmünde uzmanlığı gerektiren hizmetlerde borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumsuz olacağına ilişkin yapılan anlaşmaların geçerliliği hakim takdir hakkına bırakılmıştı. Bu dönemde iki

Borçlar Kanunu' nun 116. maddesinde ise, borçlunun sözleşme edimini yardımcı şahıslarla birlikte yerine getirmesi halinde, yardımcı şahısların fiilinden dolayı sorumlu olup olmayacağı hususu düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre; “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 zararları gidermekle yükümlüdür.” Bu hükümden hareketle hekimin tıbbi müdahalede bulunurken, yanında bulunan ve yardımcı şahıs olarak çalıştırdığı sağlık personelinin meydana getirdiği zarardan, sorumlu olduğunu anlıyoruz.

BK. m. 116/2. fıkrada yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluğun önceden yapılan anlaşma ile tamamen veya kısmen kaldırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde hafif ve ağır kusur ayrımı yapılmamış olup; önceden yapılan anlaşma ile sorumluluğun tamamen veya kısmen kaldırılacağı düzenlenmiş olmakla sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Fakat 115. maddede olduğu gibi; uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Hekimlik mesleğinin uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir hizmet olması sebebiyle, hekimin yardımcı şahıslarının fiillerinden sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan her türlü anlaşma kesin hükümsüzdür. Aksinin kabulü hukuka ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktı⁴⁰².

görüş mevcuttu. Bir görüşe göre; hekimin ağır kusurundan dolayı yapılan sorumsuzluk anlaşmaları geçerli kabul edilebilirdi. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise; hekimliğin güven esasına dayalı bir hizmet olması sebebiyle hekimin ağır kusurundan da sorumlu olmayacağına dair anlaşmaların hükümsüz olması gerektiği yönündedir. Görüşler için detaylı bilgi: AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.119-120; HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.275-277.

Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bu tartışmalar son bulmuştur. Hekimin ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar kesin hükümsüzdür.

⁴⁰²Yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluğu düzenleyen eski 818 sayılı BK. m. 100 hükmünde yardımcı şahsın hafif ihmalinden borçlunun sorumlu olmayacağına dair anlaşmanın yapılabileceği belirtiliyordu. BK.m.99 hükmüne getirilen eleştiriler burada da getirilmiş olup; yardımcı şahsın hafif ihmalinden doğan sorumluluğun yine hekim tarafından üstlenilmesi gerektiği yönünde görüş baskın görüş olmuştur.

II. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı' nın 26. maddesinde sağlık personeli ile hasta arasındaki ilişkide, tıbbi kötü uygulamadan dolayı zarar meydana geldiğinde hukuki sorumluluk doğacağı, yanlış uygulamayı bilerek gerekli tedbirleri almayan ve idareye bildirim yapmayan sağlık personeli ve amir konumundaki kimselerin doğacak sonuçtan kusurları ölçüsünde birlikte sorumlu olacakları, BK.m.116/3. fıkradaki düzenlemeye paralel olarak da hekimin hukuki sorumluluğunun kendisine yardımcı olan diğer sağlık personelinin hizmetlerini de kapsayacağı düzenlenmiştir.

Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı' nın altıncı bölümünde hasta lehine zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası hükümleri düzenlenmiştir. Tasarının 32. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Sağlık personeli ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları, tıbbi kötü uygulama sebebi ile verebilecekleri zararı karşılamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.”

Tasarı aşamasında kalmış olan Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı ile zorunlu mesleki sigorta düzenlemesi yapılamamışsa da, Sağlık Bakanlığı tarafından, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara dair Tebliğ (2010/1)⁴⁰³ ile hekimler ve diğer tüm sağlık personeli için zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi, son bölümde Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası başlığı altında yer almaktadır.

Borçlar Kanunu' nun 114. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır. Böylelikle hekimin özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucunda ister hasta ile arasında sözleşmesel bir ilişki olsun,

⁴⁰³ RG, 21.07.2010, 27648.

ister sözleşme olmasın; haksız fiil hükümleri gereğince hastasına vermiş olduğu manevi veya maddi zararlardan dolayı tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken kendisine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmezse; taksirinden dolayı manevi ve maddi tazminat sorumluluğunun yanında, ceza sorumluluğu da söz konusu olacaktır⁴⁰⁴. Örneğin birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleşen bir ameliyatta sakatlama ya da ölüm meydana gelirse, ameliyata katılan herkesin kusuruna göre sorumlu olduğuna ilişkin Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin kararından⁴⁰⁵ bahsedebiliriz. Bu karara göre; ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeyen, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözün de zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün kör olduğu olayda; her iki hekimin taksirle yaralama suçundan dolayı cezai sorumluluğu oluşacaktır⁴⁰⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki; hekimin uyguladığı tıbbi müdahale, gerekli özen yükümlülüğüne ve tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleşmiş olsa dahi, komplikasyon ortaya çıkmış ve hasta zarar görmüş olsa, hekimin komplikasyon konusunda daha önceden hastasını aydınlatmış ve komplikasyon oluştuğunda gerekli tüm tıbbi müdahaleleri özenle yerine getirmiş olması hallerinde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴⁰⁷.

Hekimin veya diğer sağlık personelinin hatalı tıbbi müdahalesi ile hastanın ölümü halinde hastanın bakımına muhtaç kişilerin korunması açısından destekten yoksun kalma tazminatı müessesesi hukuk sistemimizde yer almaktadır. Sadece Türk Hukuku'nda değil İsviçre Hukuku'nda da destekten yoksun kalma tazminatı kabul edilmiştir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ AYDIN, M., s.114.

⁴⁰⁵ 24.04.1996 tarihli, 4493 E./4682 K. sayılı kararı.

⁴⁰⁶ GÜLŞEN, s.59.

⁴⁰⁷ AYDIN, M., s.115.

⁴⁰⁸ Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin yayınlanmamış 04.06.1963 tarihli kararında; hekimin yanlış teşhisi, hastanın ölümü, geride kalan koca ve iki çocuk için ayrı ayrı destekten yoksun kaldıkları için manevi tazminata hükmedilmiştir. İPEKYÜZ YAVUZ, s.148'den aynen aktarılmıştır.

Destekten yoksun kalma ve bedensel zararlarla ilgili 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan ve fakat 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan yeni düzenlemeye göre: *“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, kararında⁴⁰⁹ *“....Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerlerinin BK`nın 55. maddesi de gözetilerek rücuya tabi kısmının hesaplanan tazminattan tenzili gerekir. Mahkemece 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre Kurum tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerlerinin BK`nın 55. maddesi de gözetilerek rücuya tabi kısmının hesaplanan tazminattan tenzili gerekirken tüm peşin sermaye değerinin tenzili doğru değildir.*

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönüne alınmadan yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” ifadeleri ile BK`nın 55. maddesini uygulamıştır.

B. Maddi Tazminat

1. Genel Olarak

Maddi zarar, hasta ve yakınlarının, hekimin hatalı tıbbi uygulaması sebebiyle bedensel kaybı, sağlığına yeniden kavuşması amacıyla yaptığı harcamalar ve hastanın sağlığını yitirmesinden doğan mevcut kayıplar ile geleceğe yönelik muhtemel harcamalarla kazanç

⁴⁰⁹ 19.09.2013 tarihli, 2013/14711 E.; 16202 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:19.03.2014.

kayıplarını içermektedir⁴¹⁰.

Hekimin tıbbi kötü uygulama ile verdiği zarardan dolayı hastanın bedensel bütünlüğü zarar görebilir veya ölebilir. Bu iki durumda maddi zararın neleri içereceği Borçlar Kanunu' nun 53.⁴¹¹ ve 54.⁴¹² maddelerinde düzenlenmiştir. Zararın ispatı BK.m.50' ye göre; zarar gören hastaya aittir. Fakat maddenin 2. fıkrasında zararın tam olarak ispatının zorluğu karşısında herhangi bir hak kaybına mahal vermemek için kanun koyucu hakime olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete göre belirleme takdir yetkisi vermiştir.

Hastanın hukuka aykırı ve kusurlu tıbbi müdahaleden sonra uğradığı maddi zararlara yeni tedavi giderleri, kusurlu tedavi yüzünden yapılması zorunlu bulunan ameliyat gideri, bedensel bütünlüğün zarar görmesi yüzünden iş yapamama durumu dolayısıyla oluşacak kazanç kaybı ve bu nedenle ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar girmektedir. Hekim bu durumda oluşacak tüm maddi zararları gidermekle yükümlüdür⁴¹³.

⁴¹⁰ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.302.

⁴¹¹ Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.
2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

⁴¹² Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

⁴¹³ BK.m.49/1. fıkra; AYAN, Hukuki Sorumluluk, s.121.

2. Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası

Sosyal güvenlik, belli sayıdaki sosyal risklerin yol açabilecekleri gelir kayıplarına ve gider artışlarına karşı bir ülkede yaşayan insanların ekonomik güvenliklerinin sağlanması olarak tanımlanmaktadır⁴¹⁴. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na hazırlanan insan hakları bildirgesi taslağında da herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin sağlığın geliştirilmesi, hastalıkların ve kazaların önlenmesi ve sağlık bakımı ve geçinme imkanını kaybedenler için tazminat sağlama ödevi öngörülmüştür⁴¹⁵.

Devletin, sağlığın geliştirilmesi ve sosyal güvenlik hakkını sağlama yükümlülükleri gereğince; Devlet tarafından hekim ve hastanelerin, hastaya vermiş oldukları zararlar ve açılan davalardaki artışlar sebebiyle, serbest, kamu ve özelde çalışan tüm hekimlere zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunlu hale getirilerek çözüme ulaşılmıştır⁴¹⁶. Zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası ile hekim, mesleki faaliyeti sonucunda verdiği zarar sonucunda ödemek zorunda kalacağı tazminatı, yaptıracığı sorumluluk sigortası aracılığıyla sigorta şirketine devredebilmektedir⁴¹⁷.

5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ un⁴¹⁸ 8. Maddesi ile 1219 sayılı Kanunu’ na ek madde eklenmiştir. 1219 sayılı Kanunu’nun ek 12. Maddesine göre; **“Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.**

⁴¹⁴ TUNCAY/EKMEKÇİ, s.3.

⁴¹⁵ ERTAN, s.157.

⁴¹⁶ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.385.

⁴¹⁷ HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk, s.385; İPEKYÜZ YAVUZ, s.150.

⁴¹⁸ RG: 30.01.2010, 27478.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.

Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir."

Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası'nın 1219 sayılı Kanun'a getirilen ek madde ile zorunlu hale getirilmesinden sonra düzenlenen tebliğ ile tarife ve talimatlar ile genel şartlar ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (Seri No:2010/1) ile azami teminat ve tazminat miktarı belirtilmiş, risk grupları tablolar halinde belirtilmiştir. Ayrıca tebliğde sigortanın kapsamı, riziko ile ilgili hükümler yer almaktadır. Son hüküm ile de tarafların sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırabileceği ifade edilmiştir.

19.07.2011 tarihli Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ ile Yayınlanan Tarife ve Talimat ile

Genel Şartlar'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ⁴¹⁹ ile 21.07.2010 tarihli tebliğde yer alan tarife ve talimatlarda, risk gruplarında ve genel şartlarda değişiklikler yapılmıştır.

Tebliğin 3. maddesine göre ise; 30.07.2011 tarihinde ilgili hükümler yürürlüğe girmiştir. Zorunlu mali sorumluluk sigortası hususunda yapılan son değişiklikler 28.08.2012 tarihinde yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (Tebliğ no: 2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ⁴²⁰ ile hüküm altına alınmıştır.

Son değişiklik ile sigortanın konusu, “Bu sigorta sözleşmesi, 1219 sayılı Kanunun Ek 12. maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009’u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur.

Sigortalının mesleki faaliyete son vermesi halinde, birinci paragraftaki teminata ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dahilindedir.” hükmü ile açıklanmıştır.

Tebliğde sigortanın, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerli olduğu ifade edilmekle; ilgili sorumluluk sigortası hükümlerinin yurt dışındaki mesleki faaliyetler açısından geçerli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur.

Teminat dışında kalan haller;

⁴¹⁹ RG:19.07.2011,27999.

⁴²⁰ RG:28.08.2012, 28395.

“a) Sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

b) Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,

c) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,

ç) İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, sigorta primine destek veren kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

d) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar,

e) Her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri.” olarak maddeler halinde sıralanmıştır.

Sigortanın ne zaman başlayıp sona ereceği; “Sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça, Türkiye saati ile öğlen saat 12.00’de başlar ve öğlen saat 12.00’de sona erer.” hükmü ile ifade edilmiştir.

Riziko, sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda gerçekleştirmiş sayılır.

Sigorta ettirenin yükümlülükleri;

a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini derhal sigortacıya bildirmek,

b) Sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmek,

c) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi, imkanları ölçüsünde zararın önlenmesi, azaltılması ve artmasının önlenmesi için gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak,

ç) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermek,

d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek,

e) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmektir.

Sigortacının yükümlülükleri ise; zararı önleme, azaltma, artmasına engel olma ve rücu haklarının korunmasına yönelik sigortalının yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından ayrı olarak tazmin etme, sigorta ettirenin istemi üzerine giderlerin karşılanması amacıyla ve sigortalının talebi üzerine, tazminat talebine ilişkin giderler için gerekli tutarı avans olarak ödemedir.

Tebliğin tazminatın ödenmesi başlıklı maddesi uyarınca; rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, özel durumlar hariç olmak üzere, hangi belgelerin istenileceği poliçe ekinde açık ve anlaşılır şekilde yer almak zorundadır.

Sigorta tazminatı, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmasından kırk beş gün sonra muaccel olur. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmişse süre işlemez.

Araştırmalar, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmasından ya da zarar

görenin doğrudan sigortacıya başvurusundan başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının en az yüzde ellisini avans olarak öder.

Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer.

Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

Tebliğde yer alan sigortalıya yardım başlıklı maddeye göre; sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yaptığı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini gözetir. Sigortacı bildirimde bulunmamışsa, sigortalı aleyhine kesinleşen tazminatı öder. Ancak, sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren on beş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınamaz.

Sigortacı, zarara sebep olan olayın ve zarar miktarının belirlenmesi amacıyla, zarar görenden bilgi isteyebilir. Zarar gören, sağlanması ihtimali bulunan ve istenilmesi haklı görülebilecek ilgili tüm belgeleri sigortacıya vermek zorundadır. Zarar görenin bu zorunluluğa uymaması hâlinde, durumun zarar görene yazılı bildirilmiş olması kaydıyla, sigortacının sorumluluğu, zorunluluk yerine getirilmiş olsaydı ödemek zorunda kalacağı miktarla sınırlıdır.

Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.

Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.

Tebliğin B.4. maddesinde ise halefiyet kuralı yer almıştır. Maddeye göre; sigortacının, ödeyeceği tazminat tutarı kadar sigortalının yerine geçeceği hükmü yer almaktadır. Zarar görenin doğrudan sigortacıya karşı dava açabileceği; “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.” ifadesi ile açıklanmıştır.

Tebliğin son hükümlerinde ise; sigorta priminin ödenmesi ve sigortacının sorumluluğunun başlaması⁴²¹, sigortalı ve sigorta ettirenin sözleşme yapıldığı sırada beyan yükümlülüğü⁴²², sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğü⁴²³, sigorta ettirenin ve

⁴²¹ Sigortacının sorumluluğu, primin ödenmesi ile başlar. Aksi kararlaştırılmadıkça, primin ödenmemesi hâlinde, poliçe teslim edilmiş olsa dahi sigortacının sorumluluğu başlamaz ve bu şart poliçeye yazılır.

⁴²² Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır. Sigortacı sigorta ettirene, cevaplaması için sorular içeren bir liste vermişse, sunulan listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin olarak sigorta ettirene hiçbir sorumluluk yüklenemez; meğerki, sigorta ettiren önemli bir hususu kötü niyetle saklamış olsun.

Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı onbeş gün içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde, sözleşmeden cayılmış kabul olunur. Önemli hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez. Ancak, bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir hususun ya da olgunun gerçek durumu sigortacı tarafından biliniyorsa, sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğunu ileri sürerek sözleşmeden cayamaz. İspat yükü sigorta ettirene aittir.

Sigortacı, cayma hakkının kullanılmasından açıkça veya zımnen vazgeçmişse veya caymaya yol açan ihlale kendisi sebebiyet vermişse ya da sorularından bazıları cevapsız bırakıldığı hâlde sözleşmeyi yapmışsa sözleşmeden cayamaz.

Cayma hâlinde, sigorta ettiren kasıtlı ise, sigortacı rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanır.

⁴²³ Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir.

sigortalının durumu⁴²⁴, tebliğ ve ihbarlar⁴²⁵, sigorta sözleşmesinin son bulması⁴²⁶, özel fesih nedenleri⁴²⁷, ticari ve mesleki sırların saklı tutulması⁴²⁸, zamanaşımı⁴²⁹ ve özel şartlar⁴³⁰ konuları yer almaktadır.

Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir. Farkın on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme feshedilmiş sayılır. Meğer ki, rizikonun artmasına, sigortacının menfaatiyle ilişkili bir husus ya da sigortacının sorumlu olduğu bir olay veya insanî bir görevin yerine getirilmesi sebep olmasın.

Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesinden önce, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal ettiğini öğrenince, birinci fıkraya göre sözleşmeyi feshetse bile, değişikliğin meydana geldiği sigorta dönemine ait prime hak kazanır.

⁴²⁴ Sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır.

⁴²⁵ Sigortalının ve sigorta ettirenin bildirimleri, sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesi yapan ya da yapılmasına aracılık eden acenteye yapılır.

Sigortacının bildirimleri de sigortalıya karşı yapılacaksa sigortalının, sigorta ettirene karşı yapılacaksa sigorta ettirenin son bildirilen adresine noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılır.

Taraflara imza karşılığı elden verilen mektup veya telgrafla yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmündedir.

Güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan ve sigortacıya, sigortalıya ve sigorta ettirene ulaştığı kanıtlanabilen bildirimler de geçerli sayılır.

⁴²⁶ Sigorta sözleşmesi; poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi, sigortacının iflası, sözleşmenin feshi ve sözleşmeden cayılma hâllerinde son bulur.

Mevzuattan kaynaklanan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin son bulması durumunda işlemeyen günlere ait prim sigorta ettirene iade olunur.

⁴²⁷ Sigorta ettiren, sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabilir.

Sigortacının, konkordato ilan etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir.

Sigorta ettiren, aciz hâline düşen veya hakkında yapılan takip semeresiz kalan sigortacıdan, taahhüdünün yerine getirileceğine ilişkin teminat isteyebilir. Bu istemden itibaren bir hafta içinde teminat verilmemiş ise sigorta ettiren sözleşmeyi feshedebilir.

⁴²⁸ Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya ve sigorta ettirene ilişkin öğreneceği sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur.

⁴²⁹ Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve sigorta tazminatına ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

⁴³⁰ Taraflar, sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırabilir.

Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası ile her ne kadar zarar gören hastanın uğradığı zararın tazmini hususunda iyileştirici önlemler alınmış olsa da; öncelikle kişilerin tıbbi müdahalelerden zarar görmemesi için hastanelerin ve hekimlerin özen yükümlülüklerine uyarak iyileştirici önlemler almaları gerekmektedir.

Mesleki sorumluluk sigortasını eleştiren görüşler mevcuttur. Zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortasındansa hasta sigortasına daha çok önem verilmesi gerektiğini düşünenler, hasta sigortasının uygulanması ile sigortanın doktorun üzerindeki ağırlığının giderilmesine katkı sağlayacağını ve böylece mesleki sorumluluk sigortasında olduğu gibi sigortanın doktorun sorumluluğunu değil, hastanın tedavi rizikosunu sigortalayacağını savunmuşlardır⁴³¹.

Zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası ile hekimler üzerinde riskli hizmetleri vermekten kaçınma ve tıbbi müdahaleleri yapmaktan çekinme gibi zararlı sonuçlara neden olacak durumlar artarak devam edebilecektir. Zira, hekimin sorumluluğunu teminat altına alması ile hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi daha da zayıflayabilir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide öncelikli olan ve önemle üzerinde durulması gereken güven ilkesi zedelenmemeli; bu yüzden hasta ile hekim arasındaki ilişkide iletişimi kuvvetlendirmeli ve bu yönde uzlaşmacı bir anlayışla sorunlar giderilmelidir.

Hekim ile hasta arasında uzlaşma sağlanarak sorunlar çözülmesini savunanlara paralel bir görüş de tazminat yerine bağışlama kavramının yer alması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlar, Tıp etiği açısından tazminat kavramı yerine bağışlama kavramının yer alması gerektiğini düşünmektedirler.⁴³².

“Tıbbi kötü uygulama sebebiyle zarara uğrayanın insan bedeni olmasından ve tazminat ödenmesinin hastayı kendini metalaştırmak ya da sistem tarafından metalaştırılmak olgusuyla yüz yüze bırakması, hastanın uğradığı zarara bir değer biçmek ya da biçilen değere razı olmak, tıp alanında uygulandığında insanın değerine ilişkin doğrudan bir iddia anlamına gelmesi

⁴³¹ <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>. Erişim tarihi:20.01.2014.

⁴³² OĞUZ, s.27-31.

sebeplerinden dolayı tazminatın para biçiminde değil, üçüncü kişilere hizmet biçiminde ödenmesi ve mağdurun bağışlamasının talep edilmesi gibi uygulamaların tıpta uygulanabilirliğine⁴³³ dikkat çekilmiştir.

C. Manevi Tazminat

Manevi zarar, hekimin yaptığı kusurlu ve hukuka aykırı tıbbi müdahale neticesinde hastanın hatalı tıbbi uygulama nedeniyle bedensel bütünlüğünün zarar görmesi ile yaşadığı sıkıntılar ve bu nedenle ruhsal durumunda meydana gelen olumsuz değişim ve kayıplar⁴³⁴ olarak ortaya çıkar. Çünkü hastanın bedensel bütünlüğünün zarar görmesi aynı zamanda kişilik hakkına da saldırı niteliği taşımaktadır.

Hastanın vücut tamlığına yapılan hukuka aykırı saldırının korunmasına ilişkin düzenleme BK. 53, 54, 55. maddelerinde; hastanın kişilik hakkının zedelenmesi halinde oluşan kişilik hakkı ihlalinin korunmasına ilişkin düzenleme MK. 24,25. ve BK. 58. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Kanundaki düzenlemelerden anladığımız gibi; manevi zarar, bir kişinin kişisel haklarında, manevi değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi, kişilik değerlerinin hukuka aykırı ihlali dolayısıyla meydana gelmiş olan objektif eksilme ve kayıpları ifade eder⁴³⁵.

Hastanın uğramış olduğu bedensel zarar ve kişisel hakkının ihlali ya da hasta ölmüş ise yakınlarının uğramış olduğu zarar sonucunda talep edilen manevi tazminat, sadece sözleşmesel ilişkiye değil; medeni hukuk ilkelerine dayanmaktadır.

Hekimin kusurlu müdahalesi sonucunda zarara uğrayan hastanın manevi zarara

⁴³³ OĞUZ, s.30.

⁴³⁴ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.318.

⁴³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.492; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.145; EREN, s.498.

uğradığının kabulü; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin kararında⁴³⁶ “*Tespit dosyasındaki ve bu dosyadaki raporlar ile İstanbul Diş Hekimleri Odası'nın 30.11.2004 günlü kararında, davacının davalı diş hekimi tarafından yapılan dişler nedeniyle acı çektiği, dişlerinde kanamalar olduğu, yapılan dişlerin estetik açıdan yetersiz olduğu, sağlık açısından bunların tümünün değiştirilmesi gerektiği bildirilmiştir. Açıklanan bulgular normal diş yapımının sonuçlarını aşar niteliktedir. Davacının dişleri zorunlu olarak ağzında tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı yönünden manevi tazminat isteme şartlarının da olduğu anlaşıldığından davacının çektiği acı ve sıkıntılar da dikkate alınarak tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun bir miktarda manevi tazminatın karar altına alınması gerekirken, manevi tazminat isteminin tümünden reddi de hatalı olmuştur. Kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.*” ifadeleriyle belirtilmiştir. Manevi tazminat miktarının mağduru zenginleştirmeye sebep olmaması kuralına Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı⁴³⁷ ile istisna getirilmiştir⁴³⁸. Söz konusu kararda, hekim kusuru ile hastanın ölmesi durumunda insan hayatının önemine binaen, manevi tazminatın kusurlu şahıslar bakımından caydırıcı, mağdur olan kişiler bakımından acıları bir nebze olsun azaltmasını sağlayan nitelikte olması gerektiğine ve bu nedenle de hükmedilen manevi tazminat miktarının yüksek oranda belirlenmesinde hiçbir hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir⁴³⁹.

“Kalıcı şekil bozukluğuna yol açan 54 yaşındaki bir adamın yüzündeki röntgen yanığı, yıllar boyu yoğun ağrıları nedeniyle ıstırap çekmesi”, “5 yaşındaki bir çocuğun kulağında duyma kaybına sebep olan hekim hatası, ameliyat, büyük ağrılar ve yıllar boyu devam eden hekim kontrolleri ve tedavileri”, “hatalı teşhis sonucunda bir veya iki çocuk daha isteyen tek çocuğu bulunan babada kısırlığa neden olması”, “hekimin özen borcunun ağır ihlali sonucunda 10 yaşındaki çocuğun cinsel organını kaybetmesi”, “49 yaşındaki bir hastaya tıbbi hata ile yapılan iğne sonucunda hastanın kısmi felce uğraması ve aydınlatma borcunun ihlali” manevi tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararlarına birkaç örnektir⁴⁴⁰.

⁴³⁶ 02.05.2008 tarihli, 2007/4244 E., 2008/2926 K. sayılı kararı; www.kazancihukuk.com Erişim tarihi:27.01.2014.

⁴³⁷ 23.06.2004 tarihli 2004/13-291 E., 370 K. sayılı kararı.

⁴³⁸ Kararın tam metni için bkz: SAVAŞ, N., s.168-175.

⁴³⁹ SAVAŞ, N., s.167.

⁴⁴⁰ İPEKYÜZ YAVUZ, s.148-149.

Manevi tazminat davası açmak için gereken şartlar şu şekildedir⁴⁴¹:

- Hastaya kusurlu sağlık hizmeti verilmiş olması,
- Hastaya sağlık hizmeti verilirken gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi,
- Kusurlu sağlık hizmeti verilmiş olması sebebiyle, hastanın manevi bütünlüğünde bozulma veya zarar meydana gelmesi,
- Kusurlu sağlık hizmeti verilmiş olması sebebiyle, hastanın kişilik haklarının zarar görmesi,
- Hastanın manevi bütünlüğünde meydana gelen zararlar kusurlu sağlık hizmeti arasında nedensellik bağının bulunması.

Bu koşullar, uygulanan tıbbi müdahalenin niteliğine göre; her muhtelif olay için arttırılabilir veya değişiklik gösterebilir⁴⁴². Koşullardan birisi gerçekleşir ise; hukuka aykırı tıbbi müdahalenin uygulanmasında sorumluluğu tespit edilen hekim, sağlık mensubu veya sağlık kurum veya kuruluşu aleyhine manevi tazminata hükmedilebilecektir⁴⁴³.

⁴⁴¹ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.318-319.

⁴⁴² AKYILDIZ/ÖZKAN, s.319.

⁴⁴³ AKYILDIZ/ÖZKAN, s.319.

SONUÇ

Hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ve Tıp Hukuku alanında ilerleme kaydedilmesi için, öncelikle hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin açıkça tespit edilmesi gerekir. Var olan kanunlara getirilecek yeni bir düzenleme ile hekimlik sözleşmesi oluşturularak uyuşmazlıklar daha çabuk ve daha net çözümlere ulaştırılmalıdır. Çünkü hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin münferit olaylara göre zorlama ile Borçlar Kanunu'ndaki diğer sözleşmelere uyum sağlanmaya çalışılması, hukuk sisteminde istikrarı ve hukuk düzenine duyulan güveni sarsmaktadır. Zira yapılacak yeni bir kanun veya Borçlar Kanunu'nda oluşturulacak, kendine özgü bir sözleşme olarak "hekimlik sözleşmesi" müessesesi, hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlıklarda daha çabuk çözüme ulaşılmasını sağlayacak ve hukuk sistemimize duyulan güveni artıracaktır.

Sağlık alanında kendine özgü bir hekimlik sözleşmesi düzenlemesinin kanunla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca sağlık alanında birçok hususta düzenlemelerin ve iyileştirmelerin yapılması gerekmektedir. Örneğin; sivil toplum yapılarının inisiyatifinin güçlendirilmesi ve etkin kılınması, meslek ilkeleri ve tıp etiğinin güvencesini oluşturmakla birlikte hekimlerin, oda, uzmanlık dernekleri gibi sivil mesleki örgütlere sahip çıkması da önem taşımaktadır⁴⁴⁴.

Türk sağlık sistemi açısından gerçekçi ve geçerli bir Genel Sağlık Sistemi kurulması için Genel Sağlık Sigortası gibi kapsamlı bir Kanun hazırlanırken Hususi Hastaneler Kanunu, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Yeşil Kart Kanunu ve Aile Hekimliği Kanunu ile uyum ve koordinasyon sağlanarak gerekli düzenlemeler yapılmalıydı⁴⁴⁵.

Hekim ile hasta arasındaki iletişimle ilgili aksaklıkların nasıl çözümleneceği, nasıl

⁴⁴⁴ KOÇ, s.81.

⁴⁴⁵ OKUR, Sosyal Güvenlik, s.1307.

yaptırımlar gündeme getirilmesi gerektiği meslek örgütüncə yani tabip odasınca planlanmalıdır. Hizmet sırasında bir hekimin kendi yetersizliği nedeniyle yol açtığı bir mağduriyet nedeniyle tüm hekimler ve hekimlik mesleği sorumlu tutulmamalı, mağduriyete yol açan hekimin eksikliği kanıtlanıp, sorumluluğunun ortaya konulması mümkün olup; bu sistemi programlaması gereken de tabii ki tabip odalarıdır⁴⁴⁶. Hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda zarara uğrayan hastanın açtığı davada da bilirkişi raporlarının olayı çözümleyici, mağduriyeti giderici olması ve illiyet bağının iyice araştırılması gerekmektedir.

Hastanelerde tüm servislerin örgütlenmesine önem verilmesi ve planlamaların doğru yapılması gerekir. Servisler arasında diğer servislere oranla daha çok öneme sahip bir servis olan acil servis örgütlenmesinin üzerinde durmak yararlı olacaktır. Acil servis, ayrı girişi olan zemin kattaki konumu ile bağımsız görüntüsü vermesine karşın, hastanenin diğer tüm birimleri ile bölgedeki sağlık, güvenlik ve sosyal hizmetlerle de yakın ilişki içerisinde⁴⁴⁷. Hastaların acil servis içerisinde izleyecekleri yol düzenlenirken, kritik hastalarla hafif vakaların ayrı alanları kullanmalarına özen gösterilmeli; hastanenin genel hasta girişi, acil hasta girişi ve personel girişinin ayrı planlanması gerekmektedir⁴⁴⁸.

Tüm sağlık mensubu ve sağlık kurum ve kuruluşlarının organize olarak çalışması ve dayanışma içinde aksaklıklara çözümler getirmeleri, savunmacı tıp hukukunun da önüne geçecektir. Hekimlerin hastaları ile sağlıklı bir iletişim kurarak, hukuk mevzuatına uygun olarak rızalarını aldıktan sonra özenli, meslek kurallarına uygun olarak uyguladıkları tıbbi müdahaleler sonucunda hekim – hasta arasındaki ilişkiler iyileşecektir. Aynı zamanda günümüzün tıbbi gelişmelerine uygun çıkarılan yeni tıp hukuku mevzuatının, hayatımızı kolaylaştırıcı etkileri yadsınamaz. Fakat, dağınık tıp hukuku mevzuatının daha düzenli hale getirilmesi ve sadece yönetmelik ve genelgelerle düzenlenen konuların da kanunlarda yer alması gerekmektedir. Hekimlerin ve hastaların haklarının ve yükümlülüklerinin neler olduğuna dair düzenlemeler bulunan daha düzenli bir tıp hukuku mevzuatının çıkarılması, kuralların daha iyi anlaşılır olması yönünden sorunların çözülmesine yardımcı olacaktır.

⁴⁴⁶ SÜTLAŞ, s.193.

⁴⁴⁷ ÖZŞAHİN, s.325.

⁴⁴⁸ ÖZŞAHİN, s.325.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Sunay/ÖZKAN, Hasan, Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, İstanbul 2012
- ALTUNDERE, Nazan, “Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.105-116, İstanbul 2012
- AŞÇIOĞLU, Çetin., Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982 (AŞÇIOĞLU, Doktorlar)
- AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993 (AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atma)
- ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993
- AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991 (AYAN, Hukuki Sorumluluk)
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Konya 2013 (AYAN, Borçlar)
- AYDIN, Erdem, Tıp Etiğine Giriş, Ankara 2001
- AYDIN, Murat, “Yüz Nakline Hukuksal Bir Bakış”, Tıp Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.101-116, İstanbul 2012

- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972
- BAYRAKTAR, Köksal, “Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.52-60, İstanbul 2007 (BAYRAKTAR, Yeni TCK)
- BEKTAŞ, Gülfer, “Hemşirelik Hizmetleri Yönetimi”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.337-358, İstanbul 1998
- BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1954
- BİLGEL, Nazan, “Hasta Hekim İletişiminde Etik”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin İşbirliği ile, s.107-116, İstanbul 2008
- BOSTANCI, Yalçın, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2007
- BUDAK, Ali Cem, “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin İşbirliği ile, s.545-556, İstanbul 2008
- ÇANKAYA IŞIK, Olcay, “İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto”, Tıp Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.161-204, İstanbul 2012

- ÇETİN, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, s.31-42, İstanbul 2006
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993
- DAĞ, Celal, “Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Seçilmiş Bazı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Analizi”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2013
- DEMİRBİLEK, Sevda, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri, İzmir 1999
- DEMİRBİLEK, Sevda, Sosyal Güvenlik Sosyolojisi, İzmir 2005 (DEMİRBİLEK, Sosyal Güvenlik)
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku - Kişiler Hukuku, C.2, İstanbul 2002
- DURDU, Hüseyin, Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, C. 1, İzmir 1986
- EKŞİ, Ahmet, “İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Tıp Hukuku Dergisi, C.1, S.2, Ekim 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.27-46, İstanbul 2012
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001
- ERTAN, İzzet Mert, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul 2012

- ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003
- GOJAYEVA, Alvina, “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl.:1 Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, s.28-69, Ankara 2009
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.71-79, İstanbul 2007
- GÜLŞEN, Recep, “Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, Tıp Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.43-68, İstanbul 2012
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nur, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2012
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013
- HANCI, İ.Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk), İzmir 1995
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992

- HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2013 (HATIRNAZ EROL, Hukuki Sorumluluk)
- HATIRNAZ EROL, Gültezer, “Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.191-220, İstanbul 2012 (HATIRNAZ EROL, Özel Hastane)
- HATUN, Şükrü, Hasta Hakları Temel Belgeler, Türk Tabipler Birliği, İstanbul 1995
- HAYRAN, Osman, “Sağlık ve Hastalık Kavramları”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.1-14, İstanbul 1998
- HAYRAN, Osman, “Sağlık Hizmetlerinin Yönetimi”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.113-146, İstanbul 1998 (HAYRAN, Sağlık Hizmetlerinin Yönetimi)
- HAYRAN, Osman/UZ, Hulki, “Sağlık Hizmetlerinde Toplam Kalite Yönetimi”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.147-174, İstanbul 1998
- İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006
- KARAKAYA, Hamiyet, “Hasta Hakları, Sağlık Çalışanları ve Etik”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik, C.4, S.3, s.114-117, İstanbul 1996
- KILIÇ, Seval, “Açlık Grevi ve Açlık Grevine Müdahale”, Tıp Hukuku Dergisi, C.1, S.2, Ekim 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.83-103, İstanbul 2012

- KILIÇ, Yeter, “İşkence ve Hekim Raporları, Tutuklu ve Hükümlünün Sağlık Hakkı, Cezaevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Bakımından Hekimin Durumu, Ceza Hukuku Açısından Konuya Bakış”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.135-156, İstanbul 2012
- KOCASAKAL, Ümit, “Tıbbi Müdahalelerde Rıza ve Aydınlatılmış Onam”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.208-217, İstanbul 2007
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s.141-180, İstanbul 1980
- KOÇ, Sermet, “İstanbul Tabip Odası’na Başvurulan Tıbbi Uygulama Hataları”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, s.70-81, İstanbul 2006
- KÖK, Ahmet Nezih, “Hekim Sorumluluğunu Tespit ve Yüksek Sağlık Şurası (YSS) Örnekleri”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.61-70, İstanbul 2007
- KURUCA, Mustafa, “Genel Sağlık Sigortası”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2012
- MOYNIHAN, R./CASSELS, A., Satılık Hastalıklar, İstanbul 2006 (Orijinal Adı: Selling Sickness; Çeviren: Gökçesu Tamer, Evren Yıldırım)

- NAMAL, Arın, “Etik Açısından Hekim Grevleri”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin İşbirliği ile, s.125-146, İstanbul 2008
- OĞUZ, Yasemin, “Tıp Etiği Açısından Tazminat Kavramı ve Bir Değer Olarak Bağışlama”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin İşbirliği ile, s.27-32, İstanbul 2008
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 10. Baskı, İstanbul 2003
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000
- OKUR, Ali Rıza, “Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/12, s.1287-1308, İstanbul 2006 (OKUR, Sosyal Güvenlik)
- OKUR, Ali Rıza, “Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’ e Armağan, C.2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.2141-2180, İstanbul 2011 (OKUR, Çalışma)
- OKUR, Ali Rıza, “Genel Sağlık Sigortası Açısından Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2009, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, s.98-118, İstanbul 2009 (OKUR, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi)
- ORHUNÖZ, Ergun, Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat, Ankara 1999

- ÖZASLAN, Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006, s.43-54, İstanbul 2006
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşme, Ankara 2004
- ÖZKAYA, Nesrin, “Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.179-190, İstanbul 2012
- ÖZLÜ, Tefik, “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim Hasta İlişkisi”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.20-29, İstanbul 2007
- ÖZŞAHİN, Ayhan, “Acil Sağlık Hizmetleri”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.315-336, İstanbul 1998
- ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003
- REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, s.1-18, İstanbul 1983
- SARITAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005

- SAVAŞ, Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.259-294, İstanbul 2012
- SAVAŞ, Nuriye, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, Orhan APAYDIN Konferans Salonu - 10/17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, s.157-178, İstanbul 2012
- SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980
- SERT, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004
- SÖZER, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013
- SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000
- TAG, Brigitte, “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik Rıza ve Etik”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2006, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, s.187-206, İstanbul 2006 (Çeviren: Yener ÜNVER)
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Ankara 1989
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14. Baskı, İstanbul 2011

- UZ, Hulki, “Sağlık Ekonomisi”, Sağlık Hizmetleri El Kitabı, s.63-90, İstanbul 1998
- ÜNVER, Yener, “Karşılaştırmalı Hukukta Sahte ve Taklit İlaçlarla İlgili Düzenlemeler”, Sahte İlaç – Taklit İlaç İdari – Cezai – Hukuki Sorumluluk ve Uygulama, Sağlık Hukuku Sempozyumu No:4, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü - 07.05.2009, s.159-177, İstanbul 2009
- ÜNVER, Yener/KAYIHAN, İçel, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı No. R(98)7 - Bakanlar Komitesi’nin Üye Ülkelere Ahlaki ve Örgütsel Açından Cezaevlerinde Sağlık ile İlgili Tavsiye Kararı”, Adli Tıp ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. İ. Hamit Hancı’ya Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 12, s.103-114, Ankara 2012
- VATANOĞLU, Elif, “Günümüzde Tıp Bilimindeki Etik İlkeler”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.’nin İşbirliği ile, s.17-26, İstanbul 2008
- YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2004 (YAVUZ, Borçlar)
- YAVUZ, Cevdet, “Sahte veya Taklit İlaç Kullanımı Sonrası Hukuki Sorumluluk”, Sahte İlaç – Taklit İlaç İdari – Cezai – Hukuki Sorumluluk ve Uygulama, Sağlık Hukuku Sempozyumu No:4, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü - 07.05.2009, s.243-263, İstanbul 2009 (YAVUZ, Sahte ve Taklit İlaç)
- YAVUZ, Fatih, “Malpraktis – Komplikasyon Ayrımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, 22-23 Eylül 2007, s.97-106, İstanbul 2007

- YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Taklit-Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası’nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar (TCK.m.186,187)”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No:2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Kampüsü-01.06.2007, s.126-150, İstanbul 2007 (YENERER ÇAKMUT, Taklit İlaç)
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Tebliğler, Temmuz 2007, s.1-31, İstanbul 2007
- YEREBAKAN, M., Özel Hastaneler Araştırması Mevcut Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2000-26, İstanbul 2000.
- YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, s.167-180, Ankara 2009
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2003
- ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler, Ankara 2001
- <http://www.tipterimlerisozlugu.com/sanitation.html?x=0&y=0>
- www.kazancihukuk.com
- www.ttb.org.tr/data/haber/agustos04/smmb_kanunu.doc
- http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=103735
- http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31

- <http://www.saglikterimleri.com/135-anamnez-nedir.html>
- <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=stabilization&x=68&y=21>
- <http://www.kararevi.com/karars/109747#.UoNlQfm-3lM>
- <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?e=4008>
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>