



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ'ün bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Tanju Oktay Yaşar (İmza)

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat Karauz (İmza)

Tez Başlığı: Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 02/05/2019

Mezuniyet Tarihi : 30/05/2019

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ
Öğrenci Numarası	20128519110
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ
Tez Başlığı	Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu
Turnitin Ödev Numarası	

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin olarak,/...../..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç %

alıntılar dahil % 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

- () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;
Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.
- () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;
Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)
Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ

İÇİNDEKİLER

TABLolar LİSTESİ	i
KISALTMALAR	ii
ÖZET	iv
SUMMARY	v
ÖNSÖZ	vi
GİRİŞ	2

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE, TEDAVİ KAVRAMI, UNSURLARI ve ÇEŞİTLERİ

1.1 Tıbbi Müdahale Kavramı.....	2
1.1.1 Genel Olarak.....	2
1.1.2 Tıbbi Müdahale Kavramının Unsurları	5
1.1.2.1 Hekim Kavramı	5
1.1.2.1.1 Tıbbi Müdahalelerde Bulunabilen Hekim Kavramı.....	7
1.1.2.1.2 Türk Vatandaşı Olma.....	8
1.1.2.1.3 Tıp Fakültesini Bitirmiş Olma	9
1.1.2.1.4 Tabip Odasına Kayıtlı Bulunmak	9
1.1.2.1.5 Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Hali Bulunmamak.....	9
1.1.2.1.6 Tedavi Amacına Yönelik Olma	10
1.2 Tıbbi Müdahalenin Çeşitleri.....	11
1.2.1 Genel Olarak.....	11
1.2.2 Tıp Alanında Yaygın Bir Uygulamaya Kavuşmuş Olup Olmamaları Göre Tıbbi Müdahaleler	11
1.2.2.1 Geleneksel (Klasik) Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler.....	11
1.2.2.2 Yeni Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler	12
1.2.2.2.1 Tedavi Amaçlı Deneysel Uygulamalar	12
1.2.2.2.2 Araştırma Amaçlı Tıbbi Deneyleler	13
1.2.3 Uygulanış Tarzına Göre Yapılan Tıbbi Müdahaleler	14
1.2.3.1 Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler	14

1.2.3.2 Beden Bütünlüğüne Dokunmamakla Birlikte Bedeni veya Ruhi Sağlığa Yönelik Tıbbi Müdahaleler	14
1.3 Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Şartları	15
1.3.1 Tıp Mesleğini İcra Yetkisinin Varlığı	16
1.3.1.1 Mesleği İcra Yetkisi.....	16
1.3.1.1.1 Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisi.....	16
1.3.1.1.1.1 Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olma.....	16
1.3.1.1.1.2 Belirli Tıp Dalları Bakımından Uzman Olma	17
1.3.1.1.1.3 Şekli Şartlar	18
1.3.1.2 Yardım ve Müdahalenin Tıp Bilimi ve Mesleğine Uygun Olması	19
1.3.1.2.1 Genel Olarak	19
1.3.1.2.2 Tıbbi Gerekliliğin/Endikasyonun Varlığı	19
1.3.1.2.3 Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimi ve Mesleğine Uygun İcrası	20
1.3.1.2.3.1 Müdahalenin Tıp Bilimi ve Standardına Uygunluğu.....	20
1.3.1.2.3.2 Tıbbi Tekniklerle İlgili Standardın Uygulanması.....	21
1.3.2 Tıbbi Müdahalenin Bilgilendirilmiş Rızaya Dayanması	22
1.3.2.1 Genel Olarak Rızanın Aranması, Kanuni Dayanakları ve Tarihçe	22
1.3.2.1.1 Tarihçe	22
1.3.2.1.2 Genel Olarak Rızanın Aranması ve Kanuni Dayanakları	23
1.3.2.2 Rızaya Dayalı Müdahaleler Bakımından Rızanın Şartları	24
1.3.2.2.1 Rıza Açıklama Ehliyetinin Varlığı.....	24
1.3.2.2.1.1 Genel Olarak.....	24
1.3.2.2.1.2 Küçüklerin Rıza Açıklama Ehliyeti.....	24
1.3.2.2.1.3 Küçüğün Tedavisine Velinin Rıza Göstermemesi.....	25
1.3.2.2.2 Rızanın Konusunun Hukuka ve Ahlaka Uygun Bulunması.....	26
1.3.2.2.3 İrade Açıklaması	26
1.3.2.2.4 Bilgilendirmenin Şekli ve İspat Yükü.....	30
1.3.2.2.5 Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ve Sonuçları	32
1.3.2.2.6 Bilgilendirme Yükümlülüğünün İstisnaları	34
1.3.2.2.6.1 Acil Tıbbi Müdahaleler	34
1.3.2.2.6.2 Bilgilendirmenin Tedaviyi Olumsuz Etkilemesi	35
1.3.2.2.6.3 Bilgilendirme Hakkından Vazgeçme.....	36
1.3.2.2.6.4 Hastanın Bilgisinin Bulunması.....	37
1.3.2.2.6.5 Bilgilendirmenin Gereksiz veya Uygulanamaz Hale Gelmesi	37
1.3.3. Varsayılan Rıza Kavramı.....	37
1.3.4 Rıza Aranmayan Tıbbi Yardım ve Müdahaleler	38

1.3.4.1 Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler.....	38
1.3.4.2 Tutukevi ve İnfaz Kurumlarındaki Yardım ve Müdahaleler	40
1.3.4.3 Açlık Grevinde Tıbbi Müdahaleler	41
1.3.4.4 Acil Hallerde Tıbbi Müdahaleler	41
1.3.4.5 Kamu Sağlığının Korunması Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	42
1.3.4.6 Kısıtlılara veya Toplum İçin Tehlikeli Akıl Hastalarına ve Diğerlerine Yönelik Tıbbi Müdahaleler.....	43
1.3.4.7 Küçükler Hakkında Koruyucu Tedavi Tedbiri Uygulamaları	44
1.3.5 Bilgilendirilmiş Rızanın Hukuki Sonuçları	45
1.3.5.1 Bilgilendirilmiş Rızanın Kapsamı ve Tıbbi Girişim Sınırları	45
1.3.5.2 Ameliyatın Genişletilmesi ve Rıza	45

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ KUSUR, TIBBİ HATALAR, TÜRLERİ ve İNCELENMESİ

2.1 Tıbbi Kusur ve Malpraktis Kavramları	48
2.1.1 Kavram ve İstatistikler.....	48
2.1.2 Tıbbi Hatanın Belirlenmesiyle İlgili Temel Esaslar	53
2.2 Tıbbi Kusurun Ortaya Çıkış Biçimleri ve Sorumluluk Halleri.....	54
2.2.1 Tıbbi Hataların Kasten İcra Edilmesi	54
2.2.2 Tıbbi Hataların Taksirle Meydana Gelmesi	55
2.2.3 Tıbbi Yardımın Yapılmaması veya Geciktirilmesi Nedeniyle Sorumluluğun Değerlendirilmesi	56
2.3 Tıbbi Hataların Türleri.....	58
2.4 Türlerine Göre Tıbbi Hataların İncelenmesi	60
2.4.1 Sağlık Hizmetine İlişkin Tıbbi Hatalar.....	60
2.4.1.1 Bilgilendirme/Aydınlatma Hatası	60
2.4.1.2 Teşhis/Tanı Hatası	61
2.4.1.3 Tedavi Hataları	62
2.4.1.3.1 Kavram ve Genel Olarak Tedavi Hataları.....	62
2.4.1.3.2 Yanlış Tedavi Yönteminin Seçilmesi	63
2.4.1.3.3 Tedavi Sürecinde Uygulama Hataları	64
2.4.1.3.4 Ameliyatlarda Uygulama Hataları	65
2.4.1.3.5 Tedavi Sırasında Uzman Görüşüne Başvurulmaması.....	66
2.4.1.3.6 Tedaviyi Üstlenme Kusuru	66

2.4.1.3.7 Tedavi Sonrası Hizmetlere İlişkin Hatalar.....	67
2.4.2 Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar	68
2.4.2.1 Sağlık Kurumunun Organizasyonuna İlişkin Hatalar.....	68
2.4.2.2 Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar	71
2.4.2.3 Mekanik Arızalar	73
2.4.2.4 Tedaviyle İlgili Olmayan Personel Kusurları	73
2.4.3 Tedaviden Kaçınma veya Tedaviyi Geciktirme	74
2.5 Komplikasyonlar ve Hekimlerin Sorumluluğu.....	76
2.5.1 Kavram	76
2.5.2 Komplikasyonun Sorumluluğa Etkisi.....	78
2.5.3 Komplikasyon-Tıbbi Kusur Ayrımı	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ YARDIM VE MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK ve TAZMİNAT SORUMLULUĞU

3.1 Bağımsız Çalışan Hekimin Sorumluluğu	83
3.1.1 Sorumluluğun Hukuki Niteliği	83
3.1.1.1 Genel Olarak Sorumluluk İlişkisi	83
3.1.1.2 Kavramlar Hakkında Açıklama	84
3.1.2 Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	84
3.1.2.1 Tedavi (Vekâlet) Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	84
3.1.2.1.1 Genel Olarak	84
3.1.2.1.2 Tedavi Sözleşmesinin Kuruluşu	85
3.1.2.1.3 Tedavi Sözleşmesinin Unsurları	85
3.1.2.1.4 Tedavi Sözleşmesinin Sona Ermesi	87
3.1.2.1.5 Tedavi Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Sorumluluk.....	88
3.1.2.1.6 Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastaya Karşı Yükümlülükleri.....	89
3.1.2.1.6.1 Teşhis Koyma ve Tedavi Etme Yükümlülüğü.....	89
3.1.2.1.6.2 Hastayı Aydınlatma ve Tedavi İçin Rızasını Alma Yükümlülüğü	91
3.1.2.1.6.3 Hastaya Sadakat Yükümlülüğü	93
3.1.2.1.6.4 Özen Yükümlülüğü	94
3.1.2.1.6.5 Kayıt Tutma Yükümlülüğü.....	96
3.1.2.1.6.6 Sır Saklama Yükümlülüğü.....	98
3.1.2.1.6.7 Reçete Yazma Yükümlülüğü.....	100
3.1.2.1.6.8 Bilimsel Olmayan Yöntemleri Uygulamama Yükümlülüğü	101

3.1.2.2 Tıbbi Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk	102
3.1.2.2.1 Genel Olarak Eser Sözleşmesi	102
3.1.2.2.2 Eser Sözleşmesinin Unsurları	103
3.1.2.2.3 Tarafların Hak ve Borçları	104
3.1.2.2.4 Tıbbi Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi	107
3.1.2.2.5 Eserin Ayıplı Olması Nedeniyle Sorumluluk	108
3.1.2.3 Vekâletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluk	110
3.1.2.4 Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluk	111
3.1.2.5 Sorumluluktan Kurtulma Anlaşması	113
3.2 Özel Hastanede Hizmet Veren Hekimin Sorumluluğu.....	115
3.2.1 Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Hekimin Sorumluluğu.....	116
3.2.1.1 Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	116
3.2.1.2 Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	117
3.2.2 Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Hekimin Sorumluluğu.....	118
3.3 Kamu Hastanesinde Çalışan Hekimin Sorumluluğu	118
3.2 Tıbbi Müdahale Sonrası Uygulama Hatası Nedeniyle Doğan Tazminat Sorumluluğu	120
3.2.1 Tazminat Türleri	120
3.2.1.1 Maddi Tazminat.....	120
3.2.1.2 Manevi Tazminat	121
3.2.2 Hastanın Kusurunun Tazminata Etkisi	122
3.2.3 İspat	122
3.2.4 Zamanaşımı	124
SONUÇ	126
KAYNAKÇA.....	129
ÖZGEÇMİŞ	142

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1.	52
Tablo 2.	53
Tablo 3.	59



KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
dn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMEK	: Hekim Meslek Etiği Kuralları
K	: Karar Numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
Mah.	: Mahkeme
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
Ort.	: Ortalama
Öğr.	: Öğretim
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: Sayfa
Std.	: Standart
T	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Uyg.	: Uygulama
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve devamı
Yrg.	: Yargıtay



ÖZET

Hekim, mesleğini ifa ederken, özen ve dikkatle hareket etmelidir. Bu yükümlülüğün ihlali, telafisi güç zararların doğmasına neden olabilir. Tezin birinci bölümünde, tıbbi müdahale ve tedavi kavramı ile unsurları tek tek açıklanmış, tıbbi müdahalenin çeşitleri değerlendirilmiştir. Tıbbi müdahale, kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğünü ve sağlığını ihlal etmektedir. Bu ihlalin hukuka uygunluk sayılabilmesi için gerekli olan şartlar da yine bu bölümde ele alınmıştır.

İkinci bölümde, tıbbi kusur ve tıbbi kusurun ortaya çıkış biçimleri ile genel olarak tıbbi hataların türleri incelenmiştir. Yine aynı bölümde, komplikasyon kavramı açıklanmış ve komplikasyon durumunda, hekimin hangi şartlarda sorumluluktan kurtulabileceği, hangi hallerde hekimin sorumlu tutulabileceği konuları ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin, hangi hallerde tedavi (vekâlet) veya tıbbi eser sözleşmesi olduğu, hekimin müdahalesinin hangi durumlarda vekâletsiz iş görme ve haksız fiil sayıldığı haller incelenmiştir. Hekimin özel hastanede çalışması halinde, özel hastane işleticisinin ve hekimin sorumluluğunun tespiti açısından tam hastaneye kabul ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi değerlendirilmiş olup, kamu hastanesinde çalışması halinde sorumluluğun kimde olduğu belirlenmiştir. Son olarak da tıbbi müdahale sonrası uygulama hatası nedeni ile doğan tazminat sorumluluğu, ispat ve zamanaşımı konuları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Hekim, Tıbbi Müdahale, Uygulama Hataları, Tıbbi Hatalar Nedeniyle Sorumluluk, Hukuki Sorumluluk.

SUMMARY

LEGAL RESPONSIBILITY OF PHYSICIAN FROM MEDICAL INTERVENTION

The physician, should act with care while performing his profession. Violation of this obligation may result in damaging damages. In the first part of the thesis, the elements of medical intervention and treatment are explained one by one and the types of medical intervention are evaluated. Medical intervention, one of the most important personality values of life, body integrity and health violates. The necessary conditions for the compliance of this violation with the law are also discussed in this section.

In the second part, the types of medical defects and the occurrence of medical defects and the types of medical errors in general were examined. In the same section, the concept of complication is explained and in the case of complications, the conditions under which the physician can be freed from responsibility and in which cases the physician can be held accountable are discussed.

In the third part, the legal nature of the relationship between the physician and the patient and the conditions of treatment (power of attorney) or medical works contract, the situations in which the physician's intervention is regarded as unreasonable and tort and the cases are considered. In the event that the physician works in a private hospital, a full admission and admission hospital admission contract was valuated for the purpose of determining the responsibility of the private hospital operator and the physician, who has responsibility in public hospital. Lastly, the issues of indemnity, proof and time limitation arising due to application error after medical intervention were discussed.

Keywords: The Physician, Medical Intervention, Application Errors, Liability for Medical Errors, Legal Liability.

ÖNSÖZ

Tedavi olmak amacı ile kurulan ilişkilerin ve ortaya çıkan sonuçların hukuki değerlendirilmesinin geçmişi ülkemizde çok eskiye dayanmamakla birlikte, özellikle son yıllarda bu alanda yoğunlaşan çalışmalar dikkat çekmektedir. Ancak bu çalışmalar genelde maddi hukuk ve ceza hukuku temelli olup, tıp hukuku alanında medeni usul hukuku bağlantılı pek fazla çalışma gerçekleşmemiştir. Çalışmamızda hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu ele alınıp bu alandaki eksikliğin kapatılması hedeflenmektedir.

Bu düşüncelerle hazırlamış olduğum “Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu” başlıklı çalışmamda, bilgi ve tecrübelerinden her zaman yararlandığım, konumun belirlenmesinde ve devamında hiçbir şekilde yardımlarını ve tavsiyelerini esirgemen, çok değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Selin Sert Sütçü’ye çok teşekkür ederim.

Tez yazma aşamasında her daim yanımda olan, beni teşvik eden eşim Mehmet Can Karagöz’e ve ailerime çok teşekkür ederim.

GİRİŞ

İnsanoğlu, ömrünü sağlıklı bir şekilde geçirmek istese de genellikle bu isteği için pek fazla uğraş vermez. Sağlığını kaybetmeden eski sağlığına kavuşmak için hekime ya da hastaneye başvurmaz.

İnsanlar sadece sağlığını kaybedince değil, var olan sağlığını sürdürebilmek için de hekime ya da hastaneye başvurur. Böylece hekim ile yahut hastane ile hasta arasındaki ilişki kurulmuş olur.

Gelişen teknoloji, insanların bilinçlenmesi, tıp bilimin ilerlemesi, teşhis ve tedavi yöntemlerinin artması, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki boyutunu ön plana çıkarmıştır. Son yıllarda tıbbi hata nedeni ile açılan dava ve başvuru sayısının artması, bu hukuki boyutun sonucudur.

Hem hukuk hem de tıp alanında fayda sağlamak amacı ile hazırlamış olduğumuz “Hekimin tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluğu” isimli çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde, genel olarak tıbbi müdahale kavramı, unsurları ve çeşitleri tanımlanmış, hukuka uygun tıbbi müdahale için gerekli olan şartlara yer verilmiştir. İkinci bölümde, tıbbi hatalar nedeniyle sorumluluk ana başlığı altında, tedavi hataları ve sorumluluk halleri açıklanmış ve türlerine göre tıbbi hatalar incelenerek, komplikasyonun meydana gelmesi durumunda, hekimin ne şekilde sorumluluktan kurtulabileceği ya da hangi halde hekimin sorumluluğuna gidilebileceğine yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise tıbbi yardım ve müdahaleden doğan sorumluluk incelenmiş, hekimin hatalı tıbbi müdahalesi neticesinde oluşan zararların sorumluluğu nedeni ile açılacak olan dava ve başvurularda kimlerin muhatap alınacağı ve açılacak olan davaların türleri ile bu davalarda ispat ve zamanaşımı hususlarına dikkat çekilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE, TEDAVİ KAVRAMI, UNSURLARI ve ÇEŞİTLERİ

1.1 Tıbbi Müdahale Kavramı

1.1.1 Genel Olarak

Her insanın yaşamını sağlıklı bir şekilde geçirmek istemesi en doğal hakkıdır; ancak ne var ki gerek yaşam koşulları gerekse bireyin biyolojik etmenleri buna her zaman izin vermez. Kişiler sadece, hastalandıkları zaman değil; var olan sağlıklarını devam ettirmek için bağımsız çalışan bir hekime ya da bir sağlık kuruluşuna başvurabilir. Hekim yahut hastane arasındaki ilişki her zaman doğrudan bireyin başvurması ile değil acil durumlarda hekimin hastaya tıbbi müdahale uygulaması ile de kurulabilir. Hastalığını tedavi ettirmek isteyen yahut var olan sağlığını devam ettirmek isteyen bireyin başvurusu ile hastalık teşhis edilir ve kişiye uygun tedavi seçilerek uygulanır. Tıbbi müdahale, hastalığın teşhisi ve tedavi yöntemini seçmek ile sınırlı olabileceği gibi daha karışık bir ameliyat şeklinde de olabilir.

Kişiye uygulanan her tıbbi müdahale, hukuka uygun değildir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli birtakım şartlar vardır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin tanımını yapmadan önce bazı kavramları açıklamamız gerekir.

Tıp, hastalıkları ya da fiziksel ve psikolojik özürleri iyileştirmek veya önlemek amacıyla başvuru alan bir bilim dalıdır¹.

Sağlık hukuku, sağlıklı yaşam hakkı çerçevesinde, kişinin ve toplumun sağlığının korunup geliştirilebilmesi ve gelecek nesillere sağlıklı bir yaşam ortamının hazırlanıp bırakılabilmesi için, ülke kaynaklarının, toplumsal yararı maksimum seviyeye çıkaracak şekilde organize edilerek, sağlık hizmetlerinin en etkin şekilde sunulmasını², bu hakkın kullanımının engellemesinden doğan zararları ve kayıpları güvence altına alan, hizmet alan ve hizmet veren arasındaki ilişkileri düzenleyen bir disiplin³ olarak tanımlanabilir.

Tıp hukuku, sağlık hukukunun bir alt dalı olarak tıbbin uygulanmasından kaynaklanan sağlık personelinin hak ve yükümlülükleri, yasal sorumluluğu, hasta hakları, ilaç hukuku, medikal hukuk gibi konuları ele alan hukuk dalıdır⁴. Bu hukuk dalının temel özelliği,

¹ Gökcan, 2014: 43.

² Gökcan, 2014: 64.

³ Çınar, 2003: 53.

⁴ Hakeri, 2007a: 31.

disiplinler arası bir hukuk dalı olması olup, bu hukuk dalının Anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk ve borçlar hukukunu ilgilendiren yönleri bulunmaktadır⁵.

Ülkemizde tıp hukuku kavramının yeni yeni kullanılmaya başlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kavrama nazaran daha yaygın olarak kullanılan kavramın “sağlık hukuku” olduğunu görmekteyiz; ancak son zamanlarda tıp hukuku kavramının kullanılmasına başlandığı görülmektedir⁶.

Hekim, tıp mesleğini/bilimini uygulamaya yetkili olan kişidir⁷. “Özellikle modern toplum hayatında, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme (ve dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunabilme) yetkisi tanınmış kişileri ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır⁸. Doktrinde yapılan bir diğer tanım ise şöyledir: “Doktor, tıp fakültesini bitirmiş, pratisyen veya uzman, insan sağlığıyla uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen kişidir.”⁹.

Hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi¹⁰ (Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 4/b¹¹ hükmü) ifade etmektedir. Doktrin hasta kavramının Farsça “yorgun” anlamına geldiği ve “bir tedavi işlemine, bir cerrahi müdahaleye rıza gösteren, müdahalenin pasif tarafı olan kişi” olarak tanımlanabileceği açıklanmaktadır¹².

Tedavi, hastalıklardan korunma tedbirlerini, hastalığı belirlemeye yönelik teşhisi, hastalıktan sonraki bakımı da içine alan, hastalığın iyileştirilmesi, giderilmesi veya ortadan kaldırılması olarak belirlenmektedir¹³.

Tıbbi müdahale denilince akıllara genellikle, deri bütünlüğünü bozma yoluyla gerçekleşen “ameliyat” vb. filler gelmektedir; ancak ameliyat daha dar bir kavram olup, tıbbi müdahale türlerinden biri olan cerrahi müdahaledir. Yapılan bir işlemin tıbbi bir müdahale sayılabilmesi için mutlaka deri bütünlüğünü bozması gerekmemektedir. Ruh ve beden bütünlüğüne yönelik olarak, tıp bilimini uygulamaya yetkili kişilerce yapılan uygulamalar tıbbi müdahalelerdir.

Doktrindeki bir görüşe göre, tıbbi müdahale kavramı, tıp bilimi ile uğraşmaya yetkili kişi tarafından hasta adı kurtarma veya acılarını giderme, azaltma amacıyla yapılan her

⁵ Hakeri, 2012: 31.

⁶ Hakeri, 2012: 34.

⁷ Yılmaz, 2015: 14.

⁸ Ayan, 1991: 5.

⁹ Aşçıoğlu, 1993: 1.

¹⁰ Yılmaz, 2015: 12.

¹¹ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

¹² Hakeri, 2007a: 42.

¹³ Uygur, 2009: 50.

türlü yardım ve faaliyeti, olarak tanımlanmıştır¹⁴. Bu faaliyetler, basit teşhis işleminden ilaçla tedaviye, fiziksel tedavi alanlarına ve her türlü psikiyatrik tedavilerle ameliyatlara, estetik ameliyatlara, diş çekimi ve protez yapımına ve hastanın acısını azaltılmasına, hastalığın önlenmesine kadar tüm tıbbi amaçlı işlemler olduğu¹⁵ yönündedir.

Doktrindeki diğer bir görüş ise tıbbi müdahaleyi, “Geniş anlamda tedaviye yönelik olarak kişiye aşı yapılması, hastalığın teşhisi için gerekli tahlil ve klinik muayenelerinin gerçekleştirilmesi, cerrahi müdahalelerde bulunulması, hastanın gözetim altında tutulması ve ruhsal hayatının düzenlenmesidir¹⁶.” şeklinde tanımlamaktadır.

Doktrindeki başka bir görüş ise “tıbbi müdahalenin, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilen bir girişim olarak ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.”¹⁷

Doktrinde yapılan diğer “tıbbi müdahale” tanımları ise şöyledir: Tıbbi Müdahale, “tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder¹⁸”. “ Yaşam, sağlık, vücut tamlığı değerlerine yönelik olan... Tıbbi müdahaleler, kişilerin bedensel ve ruhsal rahatsızlık ya da hastalıklarını teşhis ve tedavi etmek veya bu rahatsızlıklardan kaynaklanan acıları, sıkıntıları sona erdirmek¹⁹, hafifletmek yahut da kişileri hastalıklardan korumak gibi amaçlarla, kanunen yetkili kişiler tarafından, tıp biliminde kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basitten en ağır ve karmaşık teşhis-tedavi yöntemlerine kadar uzanan her çeşit faaliyetleri ifade etmektedir²⁰”. “Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne el atma, araya girme²¹”. “Kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden oluşan bir eksikliğini gidermeye yönelik teşhis, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan her türlü uğraşlar²²” olarak nitelendirilmektedir.

¹⁴ Hakeri, 2007a: 212.

¹⁵ Gökcan, 2014: 43.

¹⁶ Duysak, 2009: 27.

¹⁷ Çilingiroğlu, 1993: 15.

¹⁸ Ayan, 2007: 5.

¹⁹ Erçeltik, 2011: 29.

²⁰ Çakmut, 2008: 20.

²¹ Savaş, 2011: 51.

²² Kıcalıoğlu, 2015: 17.

Yargıtay da “hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır” görüşündedir²³.

Kanaatimizce “tıbbi müdahale” kişileri hastalık, sakatlık, gibi fiziksel ve psikolojik bozukluk gibi istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa, bunları teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki iyilik halinin devamını sağlama, meşru sebeplerle; konusunda eğitim almış tıp bilimini icraya yetkili sağlık mensupları tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dâhilinde gerçekleştirilen müspet ya da menfi fiiller olarak ifade edilebilir.

1.1.2 Tıbbi Müdahale Kavramının Unsurları

1.1.2.1 Hekim Kavramı

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabileceği muhtemel olumsuz etkiler dolayısıyla, tıbbi müdahale yetkisi sadece hekime verilmiştir. Böylece bireyin ve dolayısıyla da toplumun korunması amaçlanmıştır. Bireyin tıbbi müdahale konusunda -acil durumlar hariç- hekim veya sağlık personeli dışında bir kimseye yetki vermesi geçersizdir.

Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye “hekim” adı verilir. 1219 Sayılı TŞSTİDK m. 1²⁴ hükmü “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.” hükmündedir.

Türkiye’de hekimlik yapabilmenin şartı sadece tıp fakültesi mezunu olmak değil, ayrıca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır²⁵. Nitekim, mecburi hizmetin yerine getirilmesi ve diplomanın onaylanması da aranmaktaysa da bu işlemlerin kurucu değil, bildiriçi nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, kanun yabancıların da Türkiye’de hekimlik yapmalarına imkân tanımış olmakla beraber²⁶, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için hekimin TC vatandaşı olmasına gerek yoktur²⁷.

²³ Kaya, 2012: 55. (Yrg. 4.HD. RT. 07.03.1977, E.1977/6297, K.1977/2541).

²⁴ RG Tarih: 14.04.1928 Sayı:863.

²⁵ RG Tarih: 14.04.1928 Sayı:863.

²⁶ Madde 1: Bu Yönetmeliğin amacı; Türkiye’de mesleklerini icra etmek isteyen yabancı sağlık meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. (RG Tarih: 22.02.2012 Sayı: 28212)

²⁷ Hakeri,2012a: 97.

İntörn hekimler, henüz diploma almadıkları için hekim sayılmazlar. Bu durumda özel hukuk bakımından sorumlulukları, TBK m. 116²⁸ hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sorumluluğuna göre belirlenecektir²⁹.

Burada karşımıza çıkan bir sorun, hekimin uzmanlığının belirleyici olup olmadığıdır³⁰. Tıp fakültesi mezunu olup, hekim sıfatını kazanmış kişiler kural olarak tıbbın bütün alanlarında tıbbi müdahale yetkisine sahiptir. Nitekim TŞSTİDK m. 8³¹ hükmünde, Türkiye’de hekimlik yapma bakımından bu kanunda gösterilen niteliklere sahip olan kimselerin, genel surette hastalıkları tedavi hakkına sahip olduklarını açıklamaktadır. Böylece kanun, belirli bir dalda uzmanlık şartı aramamaktadır. Sadece, belirli bir dalda uzman olmak ve bunu ilan etmek bakımından uzman belgesine sahip olmak gerekmektedir. Dolayısıyla, örneğin pratisyen hekimler de her türlü tıbbi müdahaleyi yapabilirler. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nde³² de “uzman”ın tanımı yapılırken, “uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar”dan bahsedilmektedir. Tüzüğün bu hükmü ile uzmanların ilgili dalda sanatını uygulama hakkını ve unvan kullanma yetkisini kazanmış olmasını belirtmekle birlikte, o alanda tek yetkili olarak uzmanları belirtmemektedir³³.

“Alman Hukukunda da hekimin kendi uzmanlık alanı dışına çıkmasını yasaklayıcı bir kuralın bulunmadığı, bununla beraber hekim kendi uzmanlık alanı dışına çıktığında, o alanda da standardı garanti edebilmesi gerektiği belirtilmektedir. Doktrinde de de zaruret hali dışında uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin pratisyen hekimlerce veya uzmanlık alanı dışındaki bir uzman hekim tarafından yapılmayacağı kabul edilmiştir³⁴.” Kanaatimizce de, hasta için tıbbi zorunluluk hali gerektiren durumlarda, pratisyen hekim ya da farklı uzmanlık alanındaki hekim tarafından, tıbbi müdahalede bulunulması, hukuka uygun olarak kabul edilmelidir.

²⁸ Madde 116: Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürütükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

²⁹ Ayan, 1991: 6; Aşçıoğlu, 1993: 1.

³⁰ Hakeri, 2007a: 97.

³¹ RG Tarih: 14.4.1928, Sayı: 863.

³² RG Tarih: 19.6.2002, Sayı: 24790.

³³ Hakeri, 2012a: 97.

³⁴ Hakeri, 2012a: 98.

Hekimin uzman olmadığı halde veya uzmanlık alanı dışında bir tıbbi müdahalede bulunması hekimin üstlenme kusuruna yol açabilir. Hekimin üstlenmemesi gereken bir tıbbi müdahaleyi üstlenmesi başlı başına bir kusurdur³⁵.

Yargıtay, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması nedeniyle açılan davada, kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılmasının söz konusu olmayacağını, bu nedenle, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapmasının hukuka aykırı bulunamayacağını; ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken hekimin bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerektiğini, bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebileceğini ve hekimin kusuru nedeniyle sorumlu olacağına ilişkin hüküm tesis etmiştir³⁶. Kanaatimizce de, özel uzmanlık dalı gerektiren durumlarda, tıbbi zorunluluk hali bulunmadıkça, tıbbi müdahalede bulunması hukuka aykırı sayılmalıdır.

1.1.2.1.1 Tıbbi Müdahalelerde Bulunabilen Hekim Kavramı

Tıbbi müdahalenin varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce bunun tıp mesleğini yürütmeye hukuken yetkili bir kişi tarafından icra edilmiş olması gerekir. Hukukumuzda kimlerin tıp mesleğini yürütmeye yetkili oldukları, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik, TŞSTİDK ile Türk Tabipler Birliği kanun hükümlerine göre belirlenmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, tıbbi müdahalenin varlığından söz edebilmek için, hekim tarafından icra edilmiş olması gerekmektedir³⁷.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Ek:1' de³⁸, tabip şu şekilde tanımlanmıştır: Tıp ve uzmanlık eğitimi sırasında kazanmış olduğu bilgi, beceri ve tutum çerçevesinde, tıbbi ilke ve yöntemleri uygulayarak, birey ve toplumu sağlık sorunlarından, hastalıklardan ve yaralanmalardan koruyucu tedbirler alır, tanı, tedavi ve rehabilitasyon uygulamaları yapar ve olası komplikasyonların önlenmesi için çalışır. Ortaya çıkan komplikasyonlarda uygun olan müdahaleyi yapar, gerektiğinde hastayı sevk eder.

³⁵ Bayraktar, 2010: 117.

³⁶ Yrg. 4. HD. T. 6.5.1991, E. 1991/5104, K.1991/429, www.sinerjimevzuat.com.tr, (erişim tarihi: 12.09.2015).

³⁷ Ayan, 1991: 6.

³⁸ RG Tarih: 22.05.2014, Sayı: 29007.

1219 sayılı TŞSTİDK isminden de anlaşılacağı üzere, yalnızca hekimlik mesleğinden değil, kanunun yapıldığı tarihte mevcut olan diğer sağlık çalışanlarının da görev ve yetkilerinden bahsedilmiştir³⁹. Yani, kanunda, tıbbi müdahalenin yalnızca hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği belirtilmemiştir⁴⁰.

Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin yalnızca hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği görüşü, kanuna ve hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, yerinde değildir.

1.1.2.1.2 Türk Vatandaşı Olma

1219 Sayılı TŞSTİDK m. 1 hükmüne göre “T.C. dâhilinde tababet ve icra herhangi bir surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için... Türk bulunmak şarttır.”. 28212 sayılı “Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik⁴¹” ile bu amir hüküm yumuşatılmıştır.

Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik ile Türkiye’de mesleklerini icra etmek isteyen yabancı sağlık meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir⁴². İlgili yönetmelik uyarınca istenen şartları⁴³ yerine getiren yabancı uyruklu hekimler, Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebileceklerdir. Tıp bilimi evrensel olsa da, yurt dışında alınan üniversite eğitiminin Türkiye’de verilen eğitimin karşılığı olmadığı, bu nedenle, yabancı hekimlerin Türkiye’de çalışabilmesi için gerekli şartların, yönetmelikle sınırlandırılmayarak, yasa ile düzenleme altına alınması gerektiği kanaatindeyiz.

³⁹ RG Tarih 14.04.1928, Sayı: 863.

⁴⁰ Işık Özcan, 2008: 24.

⁴¹ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=914:yabanci-salik-meslek-mensuplarinin-tuerkyede-ozel-salik-kurulularinda-calima-usul-ve-esaslarina-dar-yoenetmelik&catid=2:ymelik&Itemid=33 (erişim tarihi: 07.08.2018).

⁴² RG Tarih: 22.02.2012 Sayı: 28212.

⁴³ Madde 5: (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancı sağlık meslek mensupları, aşağıda yer alan şartları sağlamak kaydıyla özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilirler:

- a) Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.
- b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak.
- c) (Değişik:RG-16.7.2013-28709) Türkçe bilmek.
- ç) İlgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikâmet izni almış olmak.
- d) Hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak

1.1.2.1.3 Tıp Fakültesini Bitirmiş Olma

Hekimlik mesleğini yürütebilmek için varlığı zorunlu ikinci önemli şart, tıp fakültesi diplomasına sahip bulunmaktır. Aranan diploma, kural olarak, Türk üniversiteleri bünyesinde yer alan bir tıp fakültesinden alınmış diplomadır⁴⁴.

Türk vatandaşlarının yabancı ülke üniversitelerinden elde ettikleri tıp fakültesi diplomaları da, belirli şartlar altında geçerli sayılabilmektedir. TŞSTİDK m. 4⁴⁵ hükmüne göre, bu tip diplomalar Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulacak bir kurulca incelenir. Diplomanın, Türk tıp fakülteleriyle aynı ders programı ve öğrenim süresine sahip bir fakülteden bütün sınav devreleri başarıyla alınmış olduğu görülürse, bakanlık tarafından onaylayıp kütüğe geçirilmek suretiyle hekimlik mesleğinin icrasına izin verilir.

1.1.2.1.4 Tabip Odasına Kayıtlı Bulunmak

Hekimlik mesleğinin yürütülebilmesi için aranan diğer bir şart da Tabip Odasına kayıtlı bulunmaktır. Tabip odasına kayıtlı olmak, her şeyden önce serbest hekimlik yapmak için zorunludur. Nitekim TTB Kanununun m. 7⁴⁶ hükmü “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 yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında, “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 olabilirler⁴⁷.” ifadesi yer aldığı için, bunlar açısından tabip odasına kayıt zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varılabildi; ancak TBMM’nin 27.01.1956 gün ve 1956 sayılı yorum kararında memurların dahi, tabip odasına kayıt olmakla yükümlü buldukları belirtildiği için, meslek icra etmek isteyen bütün hekimlerin tabip odasına kayıtlarını yaptırmaları zorunludur⁴⁸.

1.1.2.1.5 Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Hali Bulunmamak

Hekimlik mesleğinin yürütülmesini geçici olarak engelleyen hal, hekime Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslek icrasından men cezası verilmesi ve bu cezanın Yüksek Haysiyet Divanınca onaylanması sonucu kesinleşmesidir. TTB Kanununun m. 39⁴⁹

⁴⁴ Ayan, 1991: 6.

⁴⁵ RG Tarih:14.4.1928, Sayı:863.

⁴⁶ RG Tarih: 31.1.1953, Sayı: 8323.

⁴⁷ RG Tarih: 31.1.1953, Sayı: 8323.

⁴⁸ Bayraktar, 2010:120.

⁴⁹ RG Tarih: 31.1.1953, Sayı: 8323.

hükmüne göre, Haysiyet Divanı, yükümlülüklerine aykırı hareket eden hekimler için 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilir. Aynı kanunun m. 49⁵⁰ hükmü ise “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 kapatılır⁵¹.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlik mesleğinin icrasını sürekli olarak engelleyen durumlar ise, TTB Kanunu’nun m. 28⁵² hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkûm olan ya da sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi imkânsız bir akıl hastalığı ile malul olduğu muayene sonucu tespit edilen hekimler, Sağlık Bakanlığı’nın teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı’nın kararıyla meslek icra etmekten yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır⁵³.

1.1.2.1.6 Tedavi Amacına Yönelik Olma

Hekim tarafından yapılan bir müdahalenin tıbbi sayılabilmesi için gerekli olan ikinci unsur, bunun tedavi amacına yönelik olmasıdır. Başka bir ifadeyle hekim, “bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak, gidermek, iyileştirmek veya iyileşmesini çabuklaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, yarattığı acıları teskin etmek, arızalarını ortadan kaldırmak veya hafifletmek⁵⁴” amacıyla müdahalede bulunmalıdır. Gerçekten, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün m. 13⁵⁵ hükmünün üçüncü fıkrasına göre hekimler, “... teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamazlar” şeklinde düzenlenmiştir.

Tedavi doğrudan doğruya amaçlanmış olabileceği gibi, dolaylı bir şekilde de amaçlanmış olabilir. Herhangi bir geleneksel kalp, damar, göz, apandisit ameliyatında amaç doğrudan doğruya tedavidir. Buna karşılık, mesela estetik ameliyatlar için aynı şeyi kolaylıkla söyleyebilmek mümkün değildir. Organ naklinde verici bakımından herhangi bir tedavi amaçlanmamıştır. Cinsiyet değişikliği, suni dölllenme, tedavi amacına yönelik araştırma faaliyetleri, hep doğrudan bir tedaviyi hedef almamakla birlikte, dolaylı şekilde tedavi

⁵⁰ RG Tarih: 31.1.1953, Sayı: 8323.

⁵¹ Ayan, 1991: 8.

⁵² RG Tarih: 31.1.1953, Sayı: 8323.

⁵³ Bayraktar, 2010: 121.

⁵⁴ Bayraktar, 2010: 149.

⁵⁵ RG Tarih: 19.02.1960, Sayı: 10436.

amacına hizmet eden müdahalelerdir. Bu nedenle, söz konusu faaliyetlerin de tıbbi müdahale sayılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin esaslara tabi kılınması zorunludur⁵⁶.

1.2 Tıbbi Müdahalenin Çeşitleri

1.2.1 Genel Olarak

Tıbbi müdahaleleri farklı unsurlardan hareketle çeşitlendirebilmek mümkündür. Bu çalışmaya esas iki ayrı nitelendirme yapacağız. Bunlardan ilki, tedavide kullanılan yöntemin tıp bilimi ve uygulamasında kullanılması yaygınlaşmış bir uygulama olup olmamasından hareketle “geleneksel (klasik) yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler” ve “yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler” ayrımıdır. Diğeri ise uygulanış tarzına göre yapılan çeşitlendirmedir. Bu yönüyle tıbbi müdahaleler “beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler” ve “beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni veya ruhi sağlığa yönelik tıbbi müdahaleler” olmak üzere iki alt başlık altında toplanabilirler.

1.2.2 Tıp Alanında Yaygın Bir Uygulamaya Kavuşmuş Olup Olmamaları Göre Tıbbi Müdahaleler

1.2.2.1 Geleneksel (Klasik) Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Geleneksel yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler, tıp bilimi ve uygulaması sırasında, uzun bir süredir yapıldıkları için, tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenecek ispatlanmış⁵⁷, yerleşmiş ve kabul görmüş müdahalelerdir⁵⁸. Alışlagelmiş ve yeterince denenmiş olduğu için⁵⁹, riskleri ve tedavi etme olasılığı önceden bilinir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunun m. 4⁶⁰ hükmü “Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” şeklindedir. TDN m. 13/1⁶¹ hükmü “Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”; m.13/2 hükmü ise “Taba-

⁵⁶ Ayan, 1991: 9.

⁵⁷ Hakeri, 2007b: 245.

⁵⁸ Gökcan, 2014: 43.

⁵⁹ Ayan, 2007: 10.

⁶⁰ RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436.

⁶¹ RG Tarih:19.2.1960, Sayı: 10436.

bet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır⁶².” hükümdedir. Mevzuatımızda anılan bu hükümler, hekimin tıbbi standardı takip etmesi ve uygulaması gerektiğini belirtmektedir⁶³.

Geleneksel yöntemler, “tıbbi standart” olarak da kullanılmaktadır. Hekimin tıbbi standarttan sapması ise tek başına uygulama hatası olarak kabul edilmemektedir⁶⁴. Hekimlik sanatının genel ve ağırlıklı tanınmış kuralları, bilim tarafından reddedilen ve yeni olan tedavi yöntemlerine nazaran mutlak bir önceliğe sahip değildir⁶⁵. Yani, hekimin tıbbi standart dışına çıkması halinde, tedavi olumlu yanıt verir ve hastada herhangi bir zarar meydana gelmez ise, özel hukuk bakımından herhangi bir tazminat hakkı doğmaz. Çünkü uygulama nedeni ile meydana gelmiş bir zarar söz konusu değildir.

1.2.2.2 Yeni Yöntemlerle Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler, tıp bilimi ve uygulamasında henüz yeterince denenmemiş; yan etkileri⁶⁶, tedaviye olan olumlu ve olumsuz etkileri tam olarak saptanamamış olup⁶⁷, araştırma niteliği taşıyan müdahalelerdir⁶⁸. Bu tür müdahaleler, genel olarak iki başlık altında incelenebilir.

1.2.2.2.1 Tedavi Amaçlı Deneysel Uygulamalar

Hastayı tedavi etme amacı taşıyan; ancak yeni olması ve yeterince denenmemiş olması nedeni ile henüz yerleşmemiş olan uygulamalardır⁶⁹. Hekimler, hastanın tedavisi için, bilinen yöntemler dışında yeni yöntemleri de takip edip, uygulamakla yükümlüdürler⁷⁰. Geliştirilen yeni bir tedavi yöntemini öğrenmemiş bir hekim, kusurlu sayılabilir; ancak henüz yeterince denenmemiş ve uygulanması halinde riskli olacağı görüşünde olan hekim, bundan dolayı kusurlu sayılamaz⁷¹.

Hekimin mesleki özerkliğinin gerektirdiği tedaviyi seçme özgürlüğü gereğince; yeni tedavi yöntemi daha riskli ama başarı şansı da o oranda yüksek bir yöntem ise⁷²; he-

⁶² RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436.

⁶³ Hakeri, 2007b: 245.

⁶⁴ Kılıç Güneş, 2014: 32.

⁶⁵ Hakeri, 2007b: 245.

⁶⁶ Gökcan, 2014: 44.

⁶⁷ Kirkit, 2016: 66.

⁶⁸ Ayan, 1991: 12.

⁶⁹ Çakal, 2018: 77.

⁷⁰ Gökcan, 2014: 45.

⁷¹ Özçetin ve Balaban, 2015: 32.

⁷² Güneş, 2014: 25.

kim, hastayı, yeni tedavi yönteminin uygulanması halindeki riskleri de içerecek şekilde ayrıntılı bir şekilde aydınlatarak ve onamını alarak, bu yeni uygulamayı da seçebilir⁷³.

1974'te Texas Eyaletinde istinaf mahkemesine konu olan bir olayda, hastaya yapay bir kalp takılması gündeme gelmiştir. Davalı hekim, kalbin çalışmaması tehlikesi altında olan hastayı kurtarma girişiminde bulunmuştur. Bunun için önce bir parça alınıp, daha sonra hastaya kalp nakli ya da yapay kalp takılması işlemi gerçekleştirilmesi gerekmiş; ancak kalbin durumunun kötü olması nedeni ile parça alınması mümkün olmadığından ve nakledilecek bir kalbin de bulunmadığından, hastanın kalbi çıkarılarak, o zamana kadar insan üzerinde değil, sadece laboratuvar ortamında denenmiş bulunan bir pompa mekanizması ile ikame edilmiştir. Ameliyattan sonra hastanın durumu oldukça iyidir. Birkaç gün sonra yapma kalp yerine, insan kalbi nakledilmiştir. Devamında, hasta, böbreklerinin çalışmaması nedeni ile ölmüştür. Bu sonuç, laboratuvarda deney amacı ile benzer makinelere bağlanan hayvanların da ölüm nedeni idi. Hastanın dul eşi tarafından, müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı açılan bu dava ise reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak ise, göre, ameliyatın ölümle sonuçlanma rizikosu %30 bile olsa, olayın özel şartları altında yine de ameliyatın yapılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴.

1.2.2.2 Araştırma Amaçlı Tıbbi Deneyler

Üzerinde uygulandığı kişiyi tedavi etmeyi amaçlamayan salt bilimsel çalışmalar sırasında deneye tabi tutulan kişi zarar görebilir. Esas olarak tıbbi araştırma ve yöntemlerin ancak hayvanlar üzerinde yapılması ve uygulanması gerekir; ancak sıkı kayıt ve şartlar altında olmak üzere insan üzerinde de deney yapılabileceği "Dünya Hekimler Birliği"nin Helsinki Deklarasyonunda kabul edilmiştir⁷⁵.

Hekim hastaya yeni yöntemle tedaviyi niçin düşündüğünü ve bu yolla tedavi yapılmazsa hangi sonuçların ortaya çıkabileceğini, uygulanacak yöntemin faydalarını ve meydana gelecek zararlarını anlatarak hastayı aydınlatmalıdır.

Doktrinde tıbbi araştırma için insan üzerinde yapılacak deneyin, insanlığın yararı için bilimsel bakımdan zorunlu bulunması ve deneyin doğurduğu risk ile sonuç arasında makul bir oran olmasının gerekli bulunduğu ve söz konusu deney önceden hayvanlar üzerinde yeterince denenmiş olması yine elde edilen sonuca göre deneyin zorunlu ve yararlı görülmesi gerektiği belirtilmektedir. Deneyin bünyesinde tehlike verme riski önemli oran-

⁷³ Öztürkler, 2003: 96-97.

⁷⁴ Deutsch, 1979: 179.

⁷⁵ Ayan, 1991:15.

da bulunan bir deneyin uygulaması hukuka uygun kabul edilemez⁷⁶. Deney yapılabilmesi için, deney yapılacak kişinin deneyin biçim ve sonuçları konusunda yeterince aydınlatılması ve serbest iradesiyle rızası alınmalıdır⁷⁷.

Bilimsel deneye tabi olacak kişinin rızasını herhangi bir baskı altında kalmaksızın serbest iradesi ile vermiş olmalıdır. Bunun için de her şeyden önce onun yapılması düşünülen deney konusunda kapsamlı bir şekilde aydınlatılmış olması gerekir⁷⁸. Bu tür müdahalelerde kişinin iyileştirilmesi amaçlanmadığı için küçükler ve akıl hastalarının rızaları geçerli değildir. Bunlar adına hareket eden kanuni temsilcilerinin de muvafakat etmesi kabul edilmemelidir⁷⁹.

1.2.3 Uygulanış Tarzına Göre Yapılan Tıbbi Müdahaleler

1.2.3.1 Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler, esas itibariyle ameliyatlardır. Bu hususta tıp alanında uygulanan yaygınlaşmış olan ve uzun süredir de yapılagelen kist ameliyatı, kalp, beyin, pankreas vb. ameliyatlardır. Bunun yanında bir kısım cerrahi müdahaleler ise tıp biliminin gelişmesiyle yakın zamanda uygulamaları sıklaşmaya başlamıştır. Organ nakli, doku nakli, estetik amaçlı müdahaleler, cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler bunlar arasında sayılabilir⁸⁰.

1.2.3.2 Beden Bütünlüğüne Dokunmamakla Birlikte Bedeni veya Ruhi Sağlığa Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Hekimin, tedavi amacıyla gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hepsi cerrahi nitelik taşımaz. Deri bütünlüğü bozulmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler, beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelerdir. Ağız ya da deri yoluyla vücuda alınan ilaçlarla uygulanan tedavi, terapi yoluyla psikolojik tedavi, beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelere örnek gösterilebilir⁸¹. Hekimin, teşhis koymak amacıyla hastayı muayene etmesi, hastalığın tedavisi amacıyla hastaya diyet programı vermesi yahut psikiyatri hasta-

⁷⁶ Ayan,1991: 16.

⁷⁷ Gökcan, 2014: 46.

⁷⁸ Işık Yılmaz, 2012: 392-393.

⁷⁹ Çakal, 2018: 122.

⁸⁰ Ayan, 1991: 78.

⁸¹ Savaş, 2011: 26; Yıldırım, 2015: 41.

lığı olan kişiye psikolojik danışmanlık etmesi de yine bu tipe uygun müdahaleler arasında sayılabilir.

1.3 Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Şartları

Önceleri geçerli olan “iyileştiren daima haklıdır” tezi bugün tıp hukukunda artık geçerli değildir⁸². Hukuka uygun tıbbi müdahale için birtakım şartlar gereklidir.

Yargıtay 4. Hukuk dairesi, emsal nitelikte olan bir kararında⁸³, hukuka uygun tıbbi müdahale için, hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızası ve eylemin tıp biliminin sınırları içinde kalması şartlarının gerçekleşmiş olmasını değerlendirmiştir.

Müdahalenin tıbbi olabilmesindeki en önemli kıstas, vücuda yapılacak müdahale konusunda ehliyetli bir kişinin, tıp bilim ve tekniğine uygun olarak müdahaleyi yapmasıdır⁸⁴. Toplum içinde olan kırık-çıkıkçılar, hazırladıkları merhemleri insanlar üzerinde uygulayan ve doğal hekim olduklarını iddia eden kişiler, hukuki anlamda tıbbi müdahalede bulunma ehliyetine haiz olmadıkları gibi, yaptıkları müdahalelerin de tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁵. Bunlar tarafından gerçekleştirilen müdahaleler, tıbbi nitelikten yoksun olup, hukuka aykırıdır⁸⁶.

Müdahalenin “tıbbiliği” ve “hukuka uygunluğu” farklı kavramlardır. İnsan vücuduna yapılan her müdahalenin tıbbi olması gerekir. 1219 sayılı kanun, ülkemizde hasta tedavisi ve diğer tıbbi müdahalelerin ehliyetli kişilerce yapılması zorunluluğunu düzenlemiştir.

Bu bölümde, hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartlarını dört alt başlık altında toplamış bulunmaktayız. Bunlar:

- Tıp mesleğini icra yetkisinin varlığı,
- Tıbbi müdahalenin bilgilendirilmiş rızaya dayanması,
- Varsayılan rıza kavramı ve
- Bilgilendirilmiş rızanın hukuki sonuçları şeklindedir.

⁸² TAG, 2006: 194.

⁸³ Kaya, 2012: 55. (Yrg. 4.HD. T. 07.03.1977, E. 1977/6297, K. 1977/2541).

⁸⁴ Çilingiroğlu, 1993: 15-18.

⁸⁵ Savaş, 2009: 27.

⁸⁶ Çilingiroğlu, 1993: 16-17.

1.3.1 Tıp Mesleğini İcra Yetkisinin Varlığı

1.3.1.1 Mesleği İcra Yetkisi

1.3.1.1.1 Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisi

Tıbbi yardım ve müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için bu işin yetkili kişi tarafından yapılması şarttır⁸⁷. Yetkili kişiye tabip, hekim ya da doktor, adı verilmektedir.

Hekimlik mesleğinin yürütülebilmesi için tıp fakültesi mezunu olmak şarttır. Tıp fakültesi mezunu olan kişiler, tıp bilimini icraya ve hasta tedavi etmeye yetkilidir⁸⁸. Kural olarak tıbbi girişimde bulunulabilmesi için uzman olunması gerekmesede bazı tıbbi girişimler bakımında uzman olunması, hukuka uygunluk şartları altında sayılmıştır⁸⁹. Bir görüşe göre, estetik cerrahi uygulamada, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi içinde yer almakla birlikte, bir genel cerrahın estetik ameliyat gerçekleştirme durumunda, müdahalenin hukuka aykırılığından söz edilemez; ancak genel cerrah genel kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır⁹⁰.

1.3.1.1.1.1 Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olma

Türkiye’de hekim olarak çalışabilmek için tıp fakültesi mezunu olmak zorunludur. 1219 sayılı kanunun m.1 hükmünde, tıp mesleğinin icrası için Türk vatandaşı olma şartı var iken bu düzenleme, 663 sayılı KHK ile kaldırılmıştır⁹¹. Bu nedenle Türk veya yabancı bir Tıp Fakültesi mezunu, tıp bilimini icraya yetkilidir.

1219 sayılı kanun m. 4 hükmü⁹² uyarınca, yabancı ülkelere alınan tıp diplomaları, Sağlık Bakanlığında onaylanmak kaydıyla hekim olarak çalışmayı sağlayabilecektir⁹³.

1219 sayılı kanuna göre kazanılmış hakları kanun gereği tanınan yabancı hekimler de tıp bilimini icra edebilir. Bu kişilerin ülkede çalışma izni olmaması, her ne kadar 1219 sayılı kanun açısından yaptırım gerektirse de, müdahaleleri hukuka uygun sayılmalıdır⁹⁴.

⁸⁷ Kaya, 2012: 55.

⁸⁸ RG Tarih: 14.4.1928 Sayı: 863.

⁸⁹ Gökcan, 2014: 162.

⁹⁰ Petek, 2006: 179.

⁹¹ RG Tarih: 02.11.1993 Sayı: 28103.

⁹² RG Tarih:14.4.1928 Sayı: 863.

⁹³ Gökcan, 2014: 162.

⁹⁴ Hakeri, 2007a: 96.

1.3.1.1.2 Belirli Tıp Dalları Bakımından Uzman Olma

Tıp fakültesi mezunu olan bir hekim, mesleğe “pratisyen hekim” olarak başlamaktadır. Uzmanlık eğitimi veren bir tıp kurumunda eğitimini tamamlayan hekim ise “uzman hekim” unvanını kazanır.

Burada karşımıza çıkan sorun, hekimin uzmanlığının belirleyici olup olmadığıdır. Tıp fakültesini bitirmiş kişiler kural olarak tıbbın bütün alanlarında tıbbi müdahalede bulunmaya yetkilidirler. Sadece belirli bir dalda uzman olmak ve bunu belgelemek bakımından uzmanlık belgesine sahip olmak gerekmektedir. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nde⁹⁵ de “uzman”ın tanımı yapılırken, “uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar”dan bahsetmektedir. Yani uzmanların ilgili dalda sanatını uygulama hakkını ve unvan kullanma yetkisini kazanmış olmasını belirtmekte; ancak o alanda tek yetkili olarak uzmanları belirtmemektedir⁹⁶.

Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nün “uzmanlık yetkisinin kullanılması” başlıklı m. 4⁹⁷ hükmünde “bu tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar” denilmek suretiyle uzman olmayan hekimlerin uzmanlıkla ilgili tıbbi müdahalelerde bulunması açıkça yasaklanmıştır. Doktrinde, zaruret hali dışında uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin pratisyen hekimlerce veya uzmanlık alanı dışındaki bir uzman hekim tarafından yapılmasının, müdahalenin tıbbi olmadığı anlamına gelmeyeceği; ancak hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir⁹⁸. Bu hüküm ile birlikte, aynı şekilde, belirli bir dalda uzmanlığı olan hekimin, uzmanlığı dışında bir alanda da tıbbi müdahalede bulunması yasaklanmıştır.

Hekim, kendi alanı dışında başka bir uzmanlık alanı gerektiren konuda hastaya müdahalede bulunur ise, bu da hekimin üstlenme kusuruna yol açabilir. Hekimin üstlenmemesi gereken bir müdahaleyi üstlenmesi de başlı başına bir kusurdur⁹⁹. İlgili dalda genel uzman olan kişinin, alt uzmanlık alanına ait bir dalda ameliyat yapması olanaklıdır; ancak bunun için tüm teknik ve imkânları kullanmış olması gerekir. Ameliyat kendi beceri ve bilgi seviyesi üzerinde olduğu ya da gerekli tıbbi şartlar hazır olmadığı için olumsuz so-

⁹⁵ R.G. 19.6.2002 No: 24790.

⁹⁶ Hakeri, 2007a: 97.

⁹⁷ RG Tarih: 19.6.2002, Sayı: 24790.

⁹⁸ Ayan, 1991: 6,7.

⁹⁹ Bayraktar, 2010: 117.

nuçlanır ise, hekim özen ve sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş ve bu sonuçtan sorumlu olacaktır. Bu durum, hekimin üstlenme kusuru olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰.

Uzmanlık alanı dışında, hekimin tıbbi müdahalede bulunması, Yargıtay 4. Hukuk dairesi kararı ile şu şekilde neticelendirilmiştir¹⁰¹:

“Davalı idare, davalı hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucu zarar görene Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararı sonucu ödenen tazminatın davalı hekimden tahsili istemine yöneliktir.

Yerel Mahkeme, Sağlık Şûrası kararında, dosyadaki bilgi ve bulgulara göre davalının suçsuz olduğu biçiminde belirtilen görüşe göre davanın reddine karar vermiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi ise; karara esas aldığı üç kişilik öğretim üyesi bilirkişi kurulu raporunda belirtilen A-V- fistülün aldığı ameliyat öncesinde klinik ve laboratuvar tetkikleriyle tespit edilebilir ve hasta damar cerrahisi yapabilen bir merkeze sevk edilebilirdi, kanısına göre hastaya yapılan müdahalede tıp kural ve gereklerine tamamıyla uyulmadığı ve hekim hatası bulunduğu gerekçesiyle idare aleyhine karar vermiştir.

Davaya konu olay, vatani görevini yapan erin davalı hekim tarafından ‘biteral varis’ tanısı ile askeri hastanede ameliyat edilmesi sonucu gerçekleşmiştir. Davalı genel cerrahi uzmandır. Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının, varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir; ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahalede doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir ve hekim kusuru nedeniyle sorumlu olur.¹⁰²”

Kanaatimizce de, uzmanlık alanı dışında, yeterli bilgisi olmadan, gerekli araç ve gereçler sağlanmadan yapılan tıbbi müdahaleler nedeni ile zarar meydana gelir ise hekimin ya da ilgili sağlık kuruluşunun sorumluluğuna gidilebilir.

1.3.1.1.1.3 Şekli Şartlar

Türkiye’de hekim olarak çalışabilmek için, çeşitli kanunlarda, bazı kayıt ve şartlar öngörülmüştür. Bu şartlara uymamanın yaptırımını söz konusu olabilir.

Hekim olarak çalışabilmek için gerekli olan ilk şekil şartı, Tabip Odasına kayıt olma zorunluluğudur. Bu zorunluluk, yalnızca serbest çalışan hekimler açısından değil, kamu kurumlarında çalışan hekimler için de geçerlidir.

¹⁰⁰ Gökcan, 2014:164; Polat, 2005:380.

¹⁰¹ Aşçıoğlu, 1993: 45.(Yrg 4.HD. T. 06.05.1991, E.1991/990 E. K.1991/5104).

¹⁰² Gökcan, 2014: 165.

İkinci şart ise, hekimlik yapmaya engel halinin bulunmamasıdır. Bu haller, 1219 sayılı kanunun m. 28 hükmünde de sayılmıştır. Anılan hüküm uyarınca, ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenen bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkûm olan ya da sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi imkânsız bir akıl hastalığı ile özürlü olduğu muayene sonucu ile hekimlik yapmaktan alıkonulurlar¹⁰³.

1.3.1.2 Yardım ve Müdahalenin Tıp Bilimi ve Mesleğine Uygun Olması

1.3.1.2.1 Genel Olarak

Hekimin tıbbi yardım ve müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, tıp bilimi ve mesleğine uygun olarak müdahalesini gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu ifade iki ayrı hususu içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, tıbbi yardım veya müdahalede bulunmak için tıbbi gerekliliğin varlığı, ikincisi de tıbben gerektiği için yapılan yardım veya müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesidir.

1.3.1.2.2 Tıbbi Gerekliliğin/Endikasyonun Varlığı

Endikasyon, tıbbi müdahalenin tıp bilimi verileri açısından gerekli ve zorunlu görülmesidir¹⁰⁴. Hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun kılan unsurlardan birisidir¹⁰⁵.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/3¹⁰⁶ hükmü “Tabip ve diş tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı m. 12¹⁰⁷ hükmü “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 düzenlenmiştir.

Her müdahale kural olarak endikasyona dayanmalıdır. Yani, hekimin teşhis ve tedavi sürecini uygulayabilmesi için, bu tedbirini haklı kılan bir neden bulunmalıdır¹⁰⁸. Bugün sadece bir hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirlerin değil, aksine hazırlayı-

¹⁰³ RG Tarih:14.4.1928, Sayı: 863.

¹⁰⁴ Gökcan, 2014: 167.

¹⁰⁵ Gürelli, 1979: 268.

¹⁰⁶ RG Tarih: 19.02.1960 Sayı: 10436.

¹⁰⁷ RG Tarih: 01.08.1998 Sayı: 23420.

¹⁰⁸ Hakeri, 2007a: 178.

cı, teşhis edici veya sonraki müdahalelerin de endikasyon içerdiği kabul edilmektedir. Yani, endikasyon, doğrudan tedaviye yönelik basamaklarda değil, teşhis için kan alımı vb. gibi durumlarda da söz konusudur¹⁰⁹.

Hekim endikasyon olmaksızın ameliyat yapmış olması halinde hem haksız fiilden hem de sözleşmeye aykırılık nedeni ile sorumludur¹¹⁰. Uygulamada, sırf para kazanmak amacı ile herhangi bir endikasyon gerekmeksizin, röntgen çekimi yapılması ceza hukuku bakımından kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle zarara uğrayan kişi, zararının tazmini isteminde bulunabilir¹¹¹.

Endikasyonun, mutlaka tıbbi endikasyon olması gerekmemektedir. Sosyal ve psikolojik endikasyon da, endikasyon olarak kabul edilmektedir. Örneğin estetik ameliyatı ya da sünnet müdahalelerinde tıbbi endikasyon bulunmasa da, sosyal ve psikolojik endikasyonun varlığı kabul edilir¹¹².

1.3.1.2.3 Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimi ve Mesleğine Uygun İcrası

1.3.1.2.3.1 Müdahalenin Tıp Bilimi ve Standardına Uygunluğu

Hekimin, rızaya dayalı tıbbi girişimi hukuka uygun kabul edilir; ancak hakkın kullanılmasının, hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için hakkın sınırlarının aşılması ve kötüye kullanılmaması gerekir¹¹³.

Hekim tıbbi müdahalede bulunur iken, mevcut tıp bilim ve tekniği ile ilgili güncel literatüre uygun, dikkatli ve özenli bir şekilde müdahalesini gerçekleştirmelidir¹¹⁴. Hekim, endikasyonun varlığı halinde, hastaya müdahalede bulunsa bile, tıbbi müdahalenin basamaklarından birinde, tıbbi standarda aykırılık var ise, müdahalenin hukuka aykırı olduğu kabul edilir¹¹⁵.

Tıbbi veri, belirli bir müdahale için tıp bilimi tarafından kabul edilmiş tanı ve tedavi yöntemleridir. Tıbbi standart ise, “tıp biliminin güncel, teorik ve bilimsel bilgi düzeyi ile tedaviye yönelik deneyimlere dayalı kanıtlanmış ve benimsenmiş mevcut durum” şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁶. Hekim her yeni çıkan tedaviyi uygulamakla yükümlü değildir; ancak tıp

¹⁰⁹ Özgenç, 2007: 2186.

¹¹⁰ Çilingiroğlu, 1993: 53.

¹¹¹ Uygur, 2009: 200.

¹¹² Hakeri,2007a: 179.

¹¹³ Gökcan, 2014: 169.

¹¹⁴ Savaş, 2009: 40.

¹¹⁵ Savaş, 2009: 40.

¹¹⁶ Demir, 2010: 50.

bilimi uygulamasında, yeterince denenmiş ve tedavi olasılığı önceden tahmin edilebilen uygulamalar, standart tıbbi uygulama olarak kabul edilmektedir¹¹⁷.

Müdahalenin tıp bilimi standardına uygunluğunun değerlendirilmesinde, tıp biliminin tarih itibari ile gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulur¹¹⁸. Hekim yalnızca gördüğü tıp bilimi ve verileri ile yükümlü değildir. Gelişmeleri ve yenilikleri takip etmek, hekimin yükümlülükleri arasındadır¹¹⁹. Nitekim tıbbi standartlara aykırılık, dikkat ve özen eksikliği ya da maddi imkânsızlıkların yanı sıra bilgisizlikten de kaynaklanabilir¹²⁰. Tıbbi standarda aykırı davranılması neticesinde bir zarar doğar ise bu zarardan, hekim bizzat ya da hekimin çalıştığı kurum sorumlu tutulabilir¹²¹. Tıbbi standardın belirlenmesinde, mahkemeler tıp mesleğinin mensubu bilirkişilerin görüşlerinden faydalanabilir. Tıbbi hatalar, hâkimlik mesleğinin bilgi ve tecrübesinde değerlendirebileceği alanlardan değildir¹²².

Ülkemizde mahkemelerin tıbbi konularda bilirkişi olarak faydalandığı kurumlar arasında, Adli Tıp Kurumu, Üniversiteler ve Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Yüksek Sağlık Şûrası¹²³ yer almaktadır.

1.3.1.2.3.2 Tıbbi Tekniklerle İlgili Standardın Uygulanması

Tıp biliminde artan ölçüde makine kullanımı, kontrol ve güvenlik tedbirlerinin de arttırılmasını gerektirmektedir. Tıpta tekniğin önemi artık herkes tarafından kabul edilmektedir. Teknik aletlerin kullanımının yaygınlaşması, hekimin bu aletlerin kullanımını bilmek zorunluluğuna sevk etmektedir. Hekim en ince ayrıntısına kadar bilmek zorunda olmasa da, uzmanlık alanında kullanılan ve hasta için büyük öneme sahip aletlerin kullanımını bilmelidir.

Teknik aletlerin kullanımında ortaya çıkabilecek muhtemel tehlikeler hususunda, üretici firmaların, işletmenin ve kullanıcıların işbirliği halinde çalışmaları gerekmektedir. Hekimin, kullanılan teknik aletleri tüm ayrıntıları ile tanımaları mümkün değildir; ancak bu aletlerin bakımı ile ilgili birimlerin, doğabilecek tehlikelerden korumak amacı ile hekime

¹¹⁷ Özbek, 2012: 85.

¹¹⁸ Özgenç, 2007: 2186.

¹¹⁹ HMEK m. 5: Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim bu yükümlülüklerini yerine getirmek için gelişmeleri yakından izler.

¹²⁰ Hızal, 2015: 43.

¹²¹ Savaş, 2009: 40.

¹²² Uygur, 2009: 353.

¹²³ Savaş, 2009: 41.

alınması gerekli tedbirleri alması hususunda bilgilendirmeli, aletlerin bakım ve eksikliklerini de düzenli gerçekleştirmelidir¹²⁴.

Hasta, aradaki sözleşme ilişkisine dayanarak, teknik araçların en moderninin kullanılmasını isteyebilir; ancak ekonomik nedenlerden ötürü çıkan her aletin muayenehaneye alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Önemli olan, eski araçların da amaçlanan tedavinin mümkün olup olmadığıdır. Şayet, bu alet başka bir hastanede mevcut ise, hekimin hastayı bu hususta aydınlatması da hekimin ayrı bir yükümlülüğüdür¹²⁵. Mevcut araçların, tıbbi standardı karşılamaması halinde, hekim hastayı başka bir hastaneye sevk etmek zorundadır¹²⁶. Aksi halde, hekimin kusurlu davranışı söz konusudur.

1.3.2 Tıbbi Müdahalenin Bilgilendirilmiş Rızaya Dayanması

1.3.2.1 Genel Olarak Rızanın Aranması, Kanuni Dayanakları ve Tarihçe

1.3.2.1.1 Tarihçe

Hekimin, hastayı tedavi etmesinin, hastanın rızasına bağlı tutulması eski çağlardan beri bilinip uygulanan bir yöntemdir¹²⁷. Tedavi için rızanın varlığı zamanla gerek batı gerekse İslam hukukunda yerini almıştır.

İslam hukukunda, bir hastanın tedavi edilebilmesi için, tedavinin bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi, hekimin tıp bilimine uygun hareket etmesi ve tedaviden önce hastanın, bu mümkün değilse temsilcisinin yahut bazı durumlarda yetkili makamın izni gerekir idi¹²⁸.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki ise sözleşme ilişkisi olarak değerlendirilmiştir. Sözleşme türüne ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, kaynaklarda genelde “icare” akdi bahsinde incelenmiştir. İcare akdinin günümüzdeki karşılığı iş akdidir. Hastayı tedavi edenler; herkese karşı ücretle iş yapan ecir-i müşterek ve tabip, haccam, fessad ve hattan olarak kabul edilmiş olup, bu kişiler yaptıkları iş nedeni ile zarara uğrattığı kişinin zararını tazminle mükelleftir¹²⁹.

Bilinci yerinde olmayan hastaya işlem yapan hekim ile hasta arasındaki ilişki, İslam hukukunda vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir¹³⁰. Vekâletsiz iş görmenin hu-

¹²⁴ Hakeri, 2007a: 237.

¹²⁵ Hakeri, 2007a: 238.

¹²⁶ Işıksaçan, 2014: 68.

¹²⁷ Gökcan, 2014: 172.

¹²⁸ Ekşi, 2010: 38.

¹²⁹ Ekşi, 2010: 31,32.

¹³⁰ Uygur, 2009: 22.

kuki geçerliliği, sonradan hastanın icazet vermesine bağlıdır¹³¹. Hasta tarafından kabul edilmeyen bir tedaviyi, en uygun metot görüşü ile uygulayan hekim, hasta sonrasında icazet vermemiş olsa bile yine vekâletsiz iş gören konumundadır¹³².

İslam hukukunda, hekimlerin, bilgi ve ehliyetle tıbbi girişimde bulunmaları, tedavinin tıp bilimi çerçevesinde özen ve sadakatle yapılması ve hastanın rızasının bulunması halinde, tedavide başarısız olunması halinde hekim doğacak zarardan sorumlu tutulmamakta idi; ancak özen ve sadakat yükümüne aykırı davranarak ölçsüz hareketlerle bir zarar meydana gelmiş ise doğmuş olan zarardan hekim sorumlu tutulur idi¹³³.

Osmanlı devleti döneminde, “rıza senedi” uygulaması söz konusu idi. Osmanlı devletinde, önemli tıbbi müdahalelerde genel olarak hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi ve hastanın aydınlatılmış onamı kadı ve şuhudül hal huzurunda alınmıştır. Bu belgelere “rıza senetleri” veya “hüccet” denir¹³⁴.

Rıza senedi, hekim ile hasta arasında, kadı ve şahitler huzurunda, ameliyat öncesi, riskli bir tedavi yönteminin uygulanması öncesinde imzalanan, tedavinin olumsuz etkisi sonucunda hekimin sorumlu olmayacağını içeren ve resmi vasfı haiz anlaşmadır¹³⁵.

1.3.2.1.2 Genel Olarak Rızanın Aranması ve Kanuni Dayanakları

Türk hukuk sisteminde, kural olarak tıbbi müdahale için kişinin rızası şart görülmektedir. Esasen, kişinin vücut dokunulmazlığını hukuka uygun şekilde ihlal etmek de rıza ön şartına tabi tutulmuştur. Rızanın bu yönü, kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkının olduğunu göstermektedir.

Anayasanın m. 17/2 hükmü “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.” denilmiştir. 1219 sayılı kanun m. 70¹³⁶ hükmü “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyat cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” hükmündedir. Türk Medeni Kanunu’nun m. 24¹³⁷ hükmü “Kişilik hakkı zedelenen kimselerin rızası ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı ka-

¹³¹ Zevkliler, 2004: 376.

¹³² Gökcan, 2014: 173; Ekşi, 2010: 35.

¹³³ Özen, 2005: 739-740.

¹³⁴ Zorlu, 2017: Giriş.

¹³⁵ Gökcan, 2014: 174.

¹³⁶ R.G. Tarih: 14.4.1928, Sayı: 863.

¹³⁷ R.G. Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607.

nunun m. 23/3¹³⁸ hükmü ise “rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.” şeklinde olup, anılan hükümlerle, tıbbi müdahalenin ön şartının rıza olduğu açıklanmıştır.

1.3.2.2 Rızaya Dayalı Müdahaleler Bakımından Rızanın Şartları

1.3.2.2.1 Rıza Açıklama Ehliyetinin Varlığı

1.3.2.2.1.1 Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için, hastanın rızasının alınması gerekir¹³⁹. Rızayı açıklaması gereken kişi, kural olarak üzerinde tıbbi girişimde bulunulan kişidir. Kısıtlı olmayan, temyiz kudretini haiz ve reşit kişiler, her türlü tıbbi müdahaleye ilke olarak tek başlarına rıza gösterebilirler¹⁴⁰.

Akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle rıza açıklama ehliyeti bulunmayan yetişkinlerin yasal temsilcileri bu konuda yetkilidir. Hastanın vasisi rıza açıklamaya yetkilidir¹⁴¹. Küçükler, ayırt etme yeteneğine sahip olanlar ve olmayanlar olmak üzere iki grupta incelenmektedir.

1.3.2.2.1.2 Küçüklerin Rıza Açıklama Ehliyeti

Küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin onam verme ehliyetine sahip olup olmadığının tespitinde, temyiz kudreti ve kişilik gelişimi ile doğru orantılı olduğundan, yaşı önemli bir yere sahiptir¹⁴².

Rıza açıklamak için temel şart reşit olmak değil, ayırt etme yeteneğidir. Türk Medeni Kanunu m. 13 hükmünde, ayırt etme yeteneği, “akla uygun biçimde davranma yeteneği” olarak açıklanmıştır. Aynı hükümle, küçüklük, ayırt etme gücünün bulunmadığını gösteren bir neden olduğu gibi, küçüklerden bir kısmının ayırt etme gücünün varlığını da kabul etmektedir¹⁴³. HHY m 4/f¹⁴⁴ hükmü “Yaşın küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya

¹³⁸ R.G. Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607.

¹³⁹ Yakut, 2014: 1.

¹⁴⁰ Çakal, 2018: 92

¹⁴¹ Çakal, 2018: 45.

¹⁴² Özcan, 2008: 82.

¹⁴³ Gökcan, 2014:177.

¹⁴⁴ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali” yeterlik olarak ifade edilmiştir¹⁴⁵.

1219 sayılı kanunun m. 7 ve Biyotıp Sözleşmesinin m. 6/2¹⁴⁶ hükümleri uyarınca, küçükler için rıza açıklanmasının yasal temsilcileri tarafından yapılması gerekir. Yine 1219 sayılı kanunun m. 70 ve sözleşmenin m. 8 hükümleri uyarınca, ilgilinin rızasının alınmadığı acil hallerde rıza aranmaz.

Tıbbi müdahaleye rıza konusundaki ayırt etme gücü kavramının, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemi ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmayı ifade ettiği kabul edilmektedir. Küçüğün, ayırt etme gücüne haiz olmadığını tespit edecek kişi, bizzat tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimdir¹⁴⁷. Bir görüşe göre, somut olayda yapılacak tıbbi müdahalenin niteliğinde göre ayırt etme gücünün bulunmadığı belirlenmiş ise, ana babanın rızası aranmalı, aksi durumda küçüğün rızası yeterli görülmelidir¹⁴⁸. Kanaatimizce de, somut olayın özellikleri, müdahalenin ciddiyeti ve küçüğün yararına olup olmadığı göz önünde bulundurulmak koşuluyla, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası ile tedavi sözleşmesi kurulabilmelidir.

1.3.2.2.1.3 Küçüğün Tedavisine Velinin Rıza Göstermemesi

Velinin, kişiyi en iyi şekilde koruyacağından hareket edilerek, tıbbi müdahaleye rızası, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir¹⁴⁹.

Tıbbi müdahaleye rıza konusunda, velinin küçüğün yararı ilkesinden hareket etmesi gerekir. HHY m. 24/4¹⁵⁰ hükmünde, kanuni temsilcinin tedaviye muvafakat vermemesi halinde TMK m. 346¹⁵¹ ve 487¹⁵² hükümleri uyarınca mahkeme kararı alınacağı belirtilmektedir. Doktrinde de, velinin ya da vasinin, küçüğün tedavisini ret yönündeki beyanı, küçüğün hayatını ya da sağlığını tehlikeye düşürüyor ise, küçüğün üstün nitelikte yararı gereği¹⁵³ velayet hakkının kötüye kullanılması nedeniyle mahkemeye başvuru olarak tıbbi

¹⁴⁵ Çakal, 2018: 46.

¹⁴⁶ RG Tarih: 14.4.1928, Sayı: 863.

¹⁴⁷ Şenocak, 2001: 76.

¹⁴⁸ Şenocak, 2009: 71.

¹⁴⁹ Oktay Özdemir, 2016: 5.

¹⁵⁰ HHY m. 24/4: Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

¹⁵¹ Madde 346: Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

¹⁵² Madde 487: Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.

¹⁵³ Çakal, 2018: 108.

müdahale için izin alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁴. Mahkeme kararına kadar, hekim herhangi bir tıbbi müdahalede bulunamaz; ancak hayati tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda, hekim mahkeme kararını beklemeden, üstün yarar gereği tıbbi müdahalede bulunabilir¹⁵⁵. Doktrindeki bu görüşe katılmaktayız. Nitekim, yasal başvuru ve kararın çıkması için beklenen süre, hasta üzerinde, telafisi güç ya da imkânsız, olumsuz sonuçlar meydana getirebilir.

1.3.2.2.2 Rızanın Konusunun Hukuka ve Ahlaka Uygun Bulunması

1.3.2.2.3 İrade Açıklaması

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye ilişkin irade açıklamasının müdahaleden önce yahut en geç müdahale sırasında gerçekleştirilmesi gerekir¹⁵⁶. Yani tıbbi müdahaleden sonra açıklanan rıza, işlemi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Varsayılan rızaya ilişkin hükümler saklı olmakla birlikte¹⁵⁷, verilen rıza sonradan geri alınabilir; ancak HHY m. 24/6 hükmünde, devam eden tedaviler bakımından bu hak sınırlandırılmıştır.

İrade açıklaması kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir; ancak 1219 sayılı kanun m. 70/1 hükmünde belirtilen büyük cerrahi müdahaleler için rıza açıklamasının yazılı olması gerekir¹⁵⁸.

Sağlıklı bir rıza beyanından söz edilebilmesi için iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunlardan birisi, rızanın iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmamış olması, diğeri ise rızanın hekimin aydınlatmasına dayanmasıdır¹⁵⁹.

İrade açıklamasının hukukten geçerli olabilmesi için, özgür iradeye bağlı olması gerekir. Yani, kişinin hata, hile, ikrah halleri altında iradesi sakatlanarak vermiş olduğu rıza hukukten geçerli değildir¹⁶⁰. Hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmek için, gerçeğe aykırı beyanlarla, hastayı ikna etmesi halinde, hastanın rızası hile ile elde edildiğinden geçersiz sayılır. Önemsiz bir tıbbi müdahale veya deney söz konusu olduğu halde, kişiye önemli bir hastalığı olduğu ve acil müdahalenin gerektiği belirtilerek, kişiden alınan rıza,

¹⁵⁴ Yenisey, 2008: 877.

¹⁵⁵ Doğramacı, 2017: 195.

¹⁵⁶ Gökcan, 2014: 183.

¹⁵⁷ Bkz. 1.3.3: 37.

¹⁵⁸ Badur, 2017: 244.

¹⁵⁹ Oral, 2011: 198.

¹⁶⁰ Çakmut, 2008: 213.

hile ile elde edilmiş olacağından, tıbbi müdahalenin uygulanması hususunda verilen rıza geçersiz sayılacaktır¹⁶¹.

HHY m.31/f.1 hükmü uyarınca, rızanın alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır¹⁶².

Bilgilendirme yükümlülüğünün, AY ve diğer yasalarca da koruma altına alındığını görmekteyiz. AY m. 17/1 hükmünde kişilerin “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları” güvenceye alınmıştır. Kendi vücut bütünlüğüne uygulanacak tıbbi müdahale riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan kişinin, maddi ve manevi varlığını koruması mümkün değildir. Aynı maddede, tıbbi müdahalenin ancak tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı koşullarla gerçekleştirileceği de hüküm altına alınmıştır. Kişinin, tıbbi müdahalenin rızaya dayanma zorunluluğu, kendi geleceği belirleme hakkı kapsamında ele alınmalıdır¹⁶³.

TTB tarafından Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m. 26¹⁶⁴ hükmü, “Hekim, hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler, hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılır. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim, temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit

¹⁶¹ Ekici, 2016: 28.

¹⁶² RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

¹⁶³ Zeytin, 2012: 2.

¹⁶⁴ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 01.01.2019).

ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

HHY m. 15/1¹⁶⁵ hükmünde hastanın uygulanacak tıbbi müdahaleler, alternatif usulleri ve hastalığın seyri ile neticeleri konusunda sözlü veya yazılı bilgi isteme hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

1219 sayılı TŞSTİDK m. 70 hükmü “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveliminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir. Hilafında hareket edenlere¹⁶⁶...” şeklindedir.

Biyotıp Sözleşmesi m. 5 hükmü “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye, önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir¹⁶⁷.” şeklindedir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m. 6 hükmü “On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur¹⁶⁸.” hükmündedir.

Hastanın bilgilendirilmesi, hekim açısından bir yükümlülüktür¹⁶⁹. Hekimin hasta üzerinde mesleğini icra edebilmesi için hastanın rızası gerekir. Rızanın da hukuka uygun olabilmesi için, hastanın yeterince aydınlatılması ve bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır¹⁷⁰. Yani kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahalelerin etkilerini ve sonuçlarını bilmesi gerekir.

Bilgilendirmekle yükümlü olan hekim kural olarak tedaviyi üstlenen sorumlu hekimdir; ancak birden fazla hekimin müdahalede bulunacak olması durumunda, değişik

¹⁶⁵ Gökcan, 2014: 185.

¹⁶⁶ RG Tarih: 14.4.1992, Sayı: 863.

¹⁶⁷ RG Tarih:3.12.2003, Sayı: 5013.

¹⁶⁸ RG Tarih: 3.6.1979, Sayı: 16655.

¹⁶⁹ Erman, 2003: 101.

¹⁷⁰ Özsunay, 1982: 186.

aşamalarda görev alan hekimin, hastayı kendi alanı ile ilgili bilgilendirmesi gerekir¹⁷¹. Bilgilendirilmesi gereken kişi ise tıbbi müdahaleden yararlanacak olan kimsedir. HHY m. 13 hükmü “Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak şartıyla sadece bilgilendirilmesi istenen kişilere verilir¹⁷².” şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda 1219 sayılı m. 70 hükmü uyarınca küçük ve kısıtlılar bakımından rızanın veli ya da vasisinden alınması gerektiğini, veli ya da vasisi yok ve bilinci kapalı ise acil durumlarda rızasının gerekmediğini belirtmiş¹⁷³. Doktrinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeni ile temyiz gücüne haiz küçüklerin de aydınlatılması gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁴.

Bilgilendirmenin konusunu, teşhis için yapılacak tetkikler ve elde edilecek sonuçları da kapsayacak şekilde tedavi yöntemi ve alternatif tedavi yöntemleri ve tüm tedavi sürecini oluşturmaktadır; ancak aydınlatmanın tüm ayrıntıları içerecek şekilde geniş olması gerekmez¹⁷⁵. Bu hususta iki ayrı ölçüt geliştirilmiştir. Bunlardan birisi “makul hekim ölçütü” diğeri de “somut risk ölçütü” dür. İlkinde aynı tedaviyi uygulayacak tüm hekimlerin yapmasını beklediği, tedavi ve süreci hususunda hastanın aydınlatılması söz konusu iken ikinci teoride makul bir hastanın içinde bulunduğu durumlar içinde ne kadarını bilmesi gerekiyor ise o kadar bilgilendirilir¹⁷⁶.

Uygulamada hastanın kurallara uygun olarak aydınlatıldığı konusunda hekimden abartılı istemlerde bulunulmaması gerektiğine işaret edilmektedir. Hekimler tarafından çok yaygın kullanılan formlar ise ancak ispat amacına hizmet etmektedir. Burada somut süje hastadır. Dolayısı ile form ne kadar hastaya özgü yapılır ve olaya göre özelleştirilir ise ispat gücü o derece artar¹⁷⁷.

Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için, hasta tarafından müdahaleye rıza gösterilmesi gerektiği, rızanın büyük ameliyatlara haricinde bir şekil şartına tabi olmadığı; ancak uygulamada ortaya çıkacak problemler nedeniyle vericinin rızadan farklı olarak en az iki tanık huzurunda önceden verilmiş veya en az iki tanık önünde sözlü beyan edip imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanmasının zorunlu kılındığı görülecektir¹⁷⁸.

¹⁷¹ Gökcan, 2014: 186.

¹⁷² RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

¹⁷³ Gökcan, 2014: 96.

¹⁷⁴ Özsunay,1982: 51.

¹⁷⁵ Gökcan, 2014: 186.

¹⁷⁶ Yenisey, 2008: 872.

¹⁷⁷ Hakeri, 2007a: 134.

¹⁷⁸ Sindel, 2014: 44.

1.3.2.2.4 Bilgilendirmenin Şekli ve İspat Yüğü

Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan değışiklikle, uyuşmazlığa konu olabilecek tıbbi girişimlerde rıza formu düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır. HHY m. 26 hükmü “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15. maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler, sözlü olarak hastaya aktarılarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur. Diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır. İmzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir¹⁷⁹.” şeklindedir.

Kural olarak rızanın açıklanmasında herhangi bir şekilde şartı öngörülmemiştir; ancak rızanın yazılı olarak alınması, ispat açısından en güvenilir yöntemdir. Rızanın şekle bağlandığı bir kısım durumlarda vardır. Bu hallerde, rızanın şekil şartına uyulmadan alınmış olması halinde verilen rıza geçersiz sayılacaktır¹⁸⁰.

Hasta bilgilendirilir iken, hastanın yaşı, eğitim durumu ve psikolojik durumlar gibi hususlar göz önünde bulundurulmalı ve daha ziyade tıbbi terimler yerine hastanın anlayabileceği şekilde ifadeler kullanılarak hasta aydınlatılmalıdır. Hekim tarafından uygulanacak tıbbi müdahaleler farklı olsa da hastaya matbu şekilde imzalattıkları ve yazılı rıza gereken hallerde alınan formlar, geçersiz sayılacaktır.

Tıbbi müdahaleye rızanın özellik gösterdiği bazı durumlar, kanunlarla hüküm altına alınmıştır. Bunlardan ilki organ ve doku naklidir. ODNK uyarınca, organ ve doku naklinde bulunacak olan kişinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekir. TMK m. 23/3 hükmünde, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve nakli ile ilgili yazılı şekil şartı düzenlenmiştir. ODNK m. 6 hükmünde de, bu halde yazılı şekil şartı arandığından, rızanın yazılı olarak verilmiş olması, geçerlilik şartıdır¹⁸¹.

Ölüden organ ya da doku nakli ise yakınlarının rızasına bağlıdır. ODNK m. 14 hükmü “Bir kimse sağlığından vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu

¹⁷⁹ RG Tarih: 8.5.2014, Sayı: 28994.

¹⁸⁰ Çakal, 2018: 120.

¹⁸¹ Toroslu, 1978: 102.

konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anına yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir¹⁸².” hükmündedir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün m. 5 hükmü “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir¹⁸³.” hükmündedir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir¹⁸⁴. Her iki halde de rıza zorunludur. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un Gebeliğin sonlandırılmasında izin başlıklı m.6¹⁸⁵ hükmü ile izin alınacak kişinin kim/kimler olduğu hüküm altına alınmıştır.

Tıbbi müdahaleye rıza konusunda özellik gösteren bir diğer husus ise cinsiyet değişikliğidir. Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme ise 1988 yılında TMK m. 29 hükmüne, 3444 sayılı Kanun ile eklenen bir fıkra ile gerçekleştirilmiştir. 3444 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değil idi. Yerel Mahkemeler tarafından münferit olaylar için verilmiş düzeltme kararları var idi. Daha sonra, yurt dışında cinsiyet değişikliği geçiren bir ses sanatçısının, bu değişikliği nüfus siciline yansıtmak istemesi nedeniyle, açtığı davaların Yargıtay’ın önüne gelmesi ve Yargıtay’ın bu hususta görüşünü açıklaması doktrinde tartışma konusu olmuştur¹⁸⁶. Yargıtay, TMK’de yapılan değişiklikten önce, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin, nüfus kayıtlarının yeni cinsiyetlerine uygun olarak değiştirilmesi istemlerini reddetmekteydi. Bunun gerekçesi olarak da, mevcut düzenlemelerin iradi olarak cinsiyet değişikliğine izin vermediğini gösteriyordu. Yargıtay, çift cinsiyetli olanlar dışındaki kişilerin cinsiyet değiştirmelerini asla kabul etmiyordu¹⁸⁷.

¹⁸² RG Tarih: 3.6.1979, Sayı: 16655.

¹⁸³ RG Tarih: 18.12.1983, Sayı: 18255.

¹⁸⁴ www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastalikleridogumad/sss/etik4.html,(erişim tarihi: 12/04/2015).

¹⁸⁵ 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6-5. hükmünde belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4. maddenin ikinci ve 5. maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

¹⁸⁶ Başara, 2012: 248; Öztan, 1993: 229; Kocayusufoğlu, 1978: 41.

¹⁸⁷ Öztan, 1993: 230. (Yrg. 2. HD. T. 27.03.1986 E. 1986/651, K. 1986/3256).

TMK m.40 hükmüne göre; cinsiyet değiştirmek isteyen kimse mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyetinin değiştirilmesi isteminde bulunabilecektir. Mahkeme, kişinin bu istemini karşısında, cinsiyet değiştirebilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Anılan hüküm uyarınca, kişinin 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmaması ve transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması Mahkemenin değerlendireceği başlıca şartlar arasında yer almaktadır¹⁸⁸. Mahkemenin vereceği rıza bu hususta hukuka uygunluk şartıdır¹⁸⁹.

1.3.2.2.5 Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ve Sonuçları

Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, AY m. 17¹⁹⁰ hükmü, TMK m.24¹⁹¹ ve 25¹⁹² hükümlerine ayrıca TŞSTİDK m. 70 hükmüne dayanmaktadır. Hekim, TTB Kanunu'nun m. 5 hükmüne, bu yükümlülüğünü yerine getirmez ise disiplin cezasına da çarptırılabilir. Aydınlatılmış onamın yazılı olması gerektiğinden, hekimin hastaya uygulayacağı tüm tedavi basamaklarını ve risklerini, alternatif tedavi yöntemlerini ve risklerini, tedavi uygulanmaması neticesinde meydana gelecek riskleri ve zararları bütünü ile anlatması ve hastanın onamını alması gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında hastanın bilgilendirilmesinin rızanın geçerlilik koşullarından olduğunu belirtmiştir¹⁹³. Alman hukuku açısından rızayı değerlendiren bir yazar ise “etkili bir bilgi açıklamasına dayalı olmadan yapılan müdahaleler hukuka

¹⁸⁸ Sert Sütçü, 2015: 118.

¹⁸⁹ RG Tarih: 20.03.2018, Sayı: 30366; AY Mah. E. 2015/79, K. 2017/164, T. 29.11.2017.

¹⁹⁰ Madde 17 : Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...) (2) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) (3) veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkrâ hükmü dışındadır.

¹⁹¹ Madde 24: Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

¹⁹² Madde 25: Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddi ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

¹⁹³ Kaneti, 1983: 70.

aykırı ve sözleşmenin ihlaline neden olur¹⁹⁴” görüşü ile bilgilendirilmiş rızanın müdahaleye etkisini izah etmiştir.

Hekimin, esaslı konularda bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, bilgilendirilen kişinin iradesini etkilemiş olması nedeni ile uygulanan müdahale hukuka aykırı sayılacaktır¹⁹⁵. Bu yükümlülüğün ihlali neticesinde, hukuken sorumlu tutulacak kişi, kural olarak bilgilendirme yükümlülüğü bulunan tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimin kendisidir¹⁹⁶; ancak hekimler dışındaki sağlık çalışanları da hukuken yapmaya yetkili kılındıkları müdahaleler bakımından bilgilendirme yapma yükümlülüklerine sahip oldukları için, buna aykırı davranışlarından dolayı sorumlu olacaklardır¹⁹⁷.

Yargıtay’ın aydınlatma yükümlüsünün hekim olduğunu vurgulayan pek çok kararı mevcuttur. Yine, bu yükümlülüğünün yerine getirildiğinin de hekim tarafından ispatlanması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında “... Hastanın aydınlatıldığının ayrıca hekim tarafından kanıtlanması gerekmekte olup, davalı hekim, davacı hastasını muhtemel rizikolara karşı aydınlattığını kanıtlayamamıştır¹⁹⁸...” şeklindedir.

Hekim, hastanedeki iş bölümü gereği, bilgilendirme yükümlülüğünü ifa ettiğinden emin olmak koşulu ile bu yükümünü bir başka hekime devredebilir. Böyle bir durumda, yükümlülüğün ihlali halinde, yükümlülüğü devreden hekim, yükümlülüğü yerine getirmesinden emin olma şartını ihlal ettiği için, devredilen hekim de yükümlülüğü ifa etmediği için hukuki olarak sorumlu tutulacaklardır¹⁹⁹.

Hekimlik sözleşmesi gereği, müdahalenin birden fazla hekim tarafından gerçekleştirileceğinin söz konusu olduğu durumlarda, her hekim, uzmanlık alanları ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sınırları ile sorumludurlar²⁰⁰. Yine, tedavi sözleşmesinin tarafının başka, müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin başka olması durumunda, her iki hekimin de bilgilendirme yükümlülüğü olduğundan, bu yükümün ihlali halinde her ikisinin de sorumluluğu vardır.

¹⁹⁴ Recla ve Noack, 2012: 77.

¹⁹⁵ Zeytin, 2012: 29.

¹⁹⁶ Özsunay, 1982: 56.

¹⁹⁷ Işık Özcan, 2008: 142.

¹⁹⁸ Kaya, 2012: 66. (Yrg. 13. HD. T. 16.09.2008 E. 2008/4219, K. 2008/10660).

¹⁹⁹ Erman, 2003: 103.

²⁰⁰ Yılmaz, 2015: 94.

1.3.2.2.6 Bilgilendirme Yükümlülüğünün İstisnaları

1.3.2.2.6.1 Acil Tıbbi Müdahaleler

Bilgilendirme yükümlülüğünün istisnalarından biri acil hallerdir²⁰¹. Hekim, bilinci yerinde olmayan; ancak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, hayatı ve sağlığı için acil müdahalede bulunması gereken hallerde hekimin bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁰². Hekimin acil halleri saptaması hususunda iki unsur söz konusudur. Bunlardan ilki acil müdahalede bulunulmaması durumunda hastanın hayati tehlikesinin bulunması, ikincisi ise hastanın ağır zarar ile karşı karşıya kalmasıdır²⁰³.

HHY m. 24/3²⁰⁴ hükmü “Kanuni temsilcisinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde²⁰⁵, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” hükmündedir. Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam 1994) m. 3/3²⁰⁶ hükmü “Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişimin yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı olduğu varsayılarak girişim yapılabilir.” şeklindedir.

Acil hallerde, başta hekimin bilgilendirme yükümlülüğü olmasa da, yapılan müdahaleden sonra, hastaya yahut yakınlarına, varsa velisi ya da vasisine, müdahalenin sebebi ve sonuçları hakkında bilgi verilmesi gerekir²⁰⁷.

Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m. 10 hükmü “Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda ilkyardımda bulunur²⁰⁸.” şeklindedir. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir; ancak tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar, toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin rızası alınmasa da gerekli tedavi yapılır²⁰⁹.

²⁰¹ Çakal, 2018: 38.

²⁰² Gökcan, 2014: 207.

²⁰³ Ayan, 2002: 79; Özdemir, 2004: 106.

²⁰⁴ RG Tarih:01.08.1998, Sayı: 23420.

²⁰⁵ Yılmaz, 2009: 173.

²⁰⁶ <http://istanbul.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/sozlesmeler/18/avrupa-hasta-haklarinin-gelistirilmesi-bildir/440> (erişim tarihi: 23.12.2018).

²⁰⁷ Çakal, 2018: 55.

²⁰⁸ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 23.12.2018).

²⁰⁹ Yılmaz, 2015: 22.

1.3.2.2.6.2 Bilgilendirmenin Tedaviyi Olumsuz Etkilemesi

Tıbbi müdahale, kişideki bedensel veya ruhsal bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla yapılır²¹⁰. Hastanın tedavisinin mümkün olmadığı, ölümün kaçınılmaz olduğu durumlarda, hastanın kalan ömrünü mümkün olduğu kadar sağlıklı ya da ıstırabını azaltır şekilde geçirmesini sağlamak, hekimin temel amacı olmalıdır²¹¹.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/1 hükmü “Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir²¹².” şeklinde düzenlenmiştir.

Tedavisi mümkün olmayan ölümcül hastalara yapılacak aydınlatma hususunda oldukça hassas davranılmalı ve empati kurularak uygun bir dil kullanılmalıdır²¹³. Hastanın aydınlatılması, tedaviyi olumsuz etkileyecek ise, hekim bilgilendirmeyi sınırlandırabilir²¹⁴. Böyle bir durumda hekim riskleri, asgari düzeyle bildirmelidir. TDT m. 14/2 hükmü “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 uygundur²¹⁵.” şeklinde düzenlenmiştir.

HHY m. 19 hükmü:

“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 bildirilir²¹⁶.” şeklinde düzenlenmiştir.

²¹⁰ Işık Özcan, 2008: 5.

²¹¹ Gökcan, 2014: 207.

²¹² RG Tarih 19.02.1960, Sayı: 10436.

²¹³ Yılmaz, 2012: 400.

²¹⁴ Özsunay, 1982: 41.

²¹⁵ RG Tarih: 19.02.1960, Sayı: 10436.

²¹⁶ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

1.3.2.2.6.3 Bilgilendirme Hakkından Vazgeçme

Hastanın bilgilendirme hakkından vazgeçmesi, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, HHY m. 20²¹⁷ hükmü “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.” şeklinde düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca hastanın teşhis ile alakalı aydınlatma hakkından vazgeçebileceği hüküm altına alınmıştır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi mümkün olmakla birlikte, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin haklarının da gerçekleşmesine hizmet ettiğinden, AY m. 17 ve TMK m. 23²¹⁸ hükmü ile düzenlenen esasları da ilgilendirmektedir²¹⁹; ancak hastanın tedaviyi ret etme hakkının sonucunda kalıcı sağlık sorunlarına ya da ölüme sebebiyet vermesi durumunda bile, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 5 ve m. 26 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, kişinin kendi geleceğini belirleme ve kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkının bir sonucu olarak, aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçmesi halinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır²²⁰.

Doktrinde hukuka aykırı olmadığı takdirde, TMK m. 23/2 hükmü uyarınca hastanın bilgilendirme hakkından vazgeçebileceği hüküm altına alınmıştır²²¹.

Aydınlatmadan vazgeçmenin, aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için açık ve vazgeçme iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde haklı ve inandırıcı nedenlerinin bulunması gerekir²²².

Kanaatimizce de, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasal bir haktır. Bu hakkın yönetmelik ile sınırlandırılması, hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

²¹⁷ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

²¹⁸ Madde 23: Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.(<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) (erişim tarihi: 23.12.2018).

²¹⁹ Şenocak, 2001: 68.

²²⁰ Zeytin, 2012: 25.

²²¹ Hakeri, 2007a: 138.

²²² Yılmaz, 2010: 43.

1.3.2.2.6.4 Hastanın Bilgisinin Bulunması

Aydınlatmanın yapılacağı kişinin, söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili bilgi sahibi olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir diğer durumdur²²³. Hekim hastanın yeterli düzeyde bilgi sahibi olduğu kanısına varır ise bilgilendirme yapmayabilir. Yine hastanın hekim olması durumunda, tıbbi müdahalede bulunacak hekimin bilgilendirme yükümlülüğü olmadığı, genel olarak kabul edilmektedir²²⁴.

Hekimlik mesleğini icra eden hastalara karşı genel geçer bilgiler konusunda aydınlatma gerekli değil ise de, uzmanlık gerektiren ve hastanın karar vermesini etkileyecek durumlarda hastanın bilgilendirilmesi gerekir²²⁵.

1.3.2.2.6.5 Bilgilendirmenin Gereksiz veya Uygulanamaz Hale Gelmesi

Aydınlatma yükümlülüğünün istisnalarından bir diğeri de, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmenin, hasta açısından artık bir anlam ve önem taşımaması halidir²²⁶. Hastanın tedavisi imkânsız bir hastalığa yakalanması ve ölümü bekleyen hastaya sadece acıların azaltılması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler bakımından, ayrıca bilgilendirme yapılmasına gerek olmadığı, doktrinde kabul edilmektedir²²⁷. Bu durumdaki hastanın, özellikle hastalığın son aşamalarıyla ilgili olarak bazı dilekleri söz konusu olduğu hallerde, aydınlatma yükümlülüğünün yine ortadan kalkacağı kabul edilir²²⁸.

1.3.3.Varsayılan Rıza Kavramı

Varsayılan rıza, kişinin gerçek rızasının alınmadığı, veli veya vasiye ulaşma imkânının olmadığı, tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu olduğu hallerde, kişinin yararına hareket edilmesi gereği karşısında, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan bir hukuka uygunluk nedenidir²²⁹.

1219 sayılı kanunun m. 70 hükmü uyarınca, küçükler ve kısıtlılar için, rıza açıklanmasının yasal temsilcisi tarafından yapılması gerekir. Aynı hükümde, yasal temsilcisinin bulunmadığı ve temyiz gücünün bulunduğu acil halde, bilinci kapalı ise yine tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmek için rıza aranmaz.

²²³ Hakeri, 2007: 139.

²²⁴ Hakeri, 2012: 316.

²²⁵ Haker, 2012: 316.

²²⁶ Çilingiroğlu, 1993: 68; Kıcalıoğlu, 2011: 109.

²²⁷ Ayan, 2002: 81; Demir, 2008: 241.

²²⁸ Özdemir, 2004: 108.

²²⁹ Çakal, 2018: 77.

Varsayılan rızadan söz edilebilmesinin ön şartı, tıbbi müdahaleden önce kişinin rızasının alınamayacak olmasıdır²³⁰. İsviçre, Alman ve Türk hukukunda hâkim olan varsayılan rıza görüşüne göre, müdahale gerçekleştirecek kişinin, tıbbi müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda karar verebilecek durumda olsa idi, hayatın olağan akışına uygun olarak rıza gösterebileceği durumda, varsayılan rıza doğrultusunda tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir²³¹. Bu durumda hukuka aykırılık kişinin zımni ya da varsayılan rızası ile ortadan kalkmış olacaktır.

Bir görüşe²³² göre, varsayılan rıza her ne kadar kişinin kendi geleceğini belirleme ve kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkını elinden alıyor gibi görünse de sağlık ve yaşam hakkı göz önünde bulundurulduğunda, kişinin üstün yararı olduğu kabul edilmelidir. TMK m. 24/2 hükmü gereği, tıbbi zorunluluk durumları açısından, varsayılan rızaya ihtiyaç olmadığının kabulü halinde, tıbbi zorunluluk durumları açısından, geçerli olan bir diğer hukuka uygunluk nedenidir.

1.3.4 Rıza Aranmayan Tıbbi Yardım ve Müdahaleler

1.3.4.1 Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler

Suç işlendiği şüphesiyle başlayan soruşturmalarda, fail veya mağdurun üzerinde suça ilişkin bulguların elde edilmesi veya mağdurdaki yaralanma veya hastalığın tespiti için, muayene, tetkik, örnek alma vb. gibi işlemlerin yapılması gerekebilir²³³. Bu tür işlemler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yerine getirilir.

5271 sayılı CMK'de güvenlik tedbiri niteliğinde bazı uygulamalar da yer almaktadır. 5237 sayılı TCK m. 32²³⁴ ve 57/7²³⁵ hükmü uyarınca, suç işlediği sabit görülen failin, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamama veya yönlendirme

²³⁰ Oral, 2011: 203.

²³¹ Özbilen, 2013: 317.

²³² Badur, 2017: 241.

²³³ Gökcan, 2014: 213.

²³⁴ Madde 32: (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

²³⁵ Madde 57/7: Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.

yeteneğinde azalma olduğunun anlaşılması durumunda, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedileceği ve bu kararın yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedbir altına alınma şeklinde infaz edileceği belirtilmektedir. Sanığın akıl hastalığı bulunup bulunmadığının veya hasta ile hastalığının suç tarihinde mevcut olup olmadığına incelenmesi amacıyla gözlem altına alınması işlemi koruma tedbiri niteliğindedir²³⁶. Yine TCK m. 191/2²³⁷ hükmünde de uyuşturucu madde kullananlara tedavi tedbiri uygulanabileceğini belirtmiştir.

Kanununda muayene iç ve dış beden muayenesi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3²³⁸ hükmü ile ifade edilmiş olup, bu hüküm değerlendirildiğinde, cinsel organlar ve anüs bölgesindeki muayene iç beden muayenesi olarak kabul edilir²³⁹.

Soruşturma veya kovuşturma evresinde, şüpheli yahut mağdur ile ilgiliden vücuttan örnek alınması, iç beden muayenesinde temel kural, yapılacak tıbbi müdahalenin kişinin sağlığına yahut hayatına zarar verme tehlikesine neden olmamasıdır.

Beden muayenesi veya örnek alma işlemi yapılır iken oranlılık ilkesine²⁴⁰ uyulmalıdır²⁴¹. Nitekim devlet bir ceza siyaseti tercihi olarak ihdas ettiği ceza normlarında her zaman bireylerin hak ve özgürlüklerini korumalıdır²⁴². Kişinin beden muayenesi yapılması, kişinin hayatı ve sağlığını tehlikeye düşürmemesi gerektiği gibi işlemi yaparken de zor kullanmanın orantılı bir şekilde yapılması gerekir²⁴³.

Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca yapılan müdahaleler, tıbbi endikasyon gerekmeden yapılmaktadır²⁴⁴. Bu işlemler yasal zorunluluk nedeni ile yapılmaktadır. Bu tür

²³⁶ Turhan, 2008: 1085.

²³⁷ TCK m. 191/2: Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.

²³⁸ Madde 3: Dış Beden Muayenesi: Vücutun, dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini”, “İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini” ifade eder.

²³⁹ Hakeri, 2007a: 221.

²⁴⁰ Oranlılık ilkesi, elde edilecek yarar ile ortaya çıkan zarar arasında bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılar. Suçun ağırlığının, başvuru müdahaleyi haklı göstermesi gerekir. Oranlılık ilkesine göre müdahale, amaca ulaşmak için kesin olarak zorunlu ve fiilin ağırlığı ile orantılı ise ancak bu takdirde karar verilebilir. (Bkz. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/271158> s. 53. erişim tarihi: 03.03.2019).

²⁴¹ Ertuğrul, 2011: 104.

²⁴² Ertem, 2015: 208.

²⁴³ Hakeri, 2007a: 221.

²⁴⁴ Gökcan, 2014: 214.

işlemler yetkili hekimler tarafından görevi kapsamında yapılacağından, müdahalelerin hukuka uygun olduğu kabul edilmesi gerekir.

1.3.4.2 Tutukevi ve İnfaz Kurumlarındaki Yardım ve Müdahaleler

Kendi geleceğini belirleme hakkı, rıza kurumu bakımından önemlidir. Bu hak, hamiline kendi hukuki değerleri üzerinde, onların diğer kişilerce ihlallerine izin verme hali dâhil tasarruf etme yetkisi tanımaktadır²⁴⁵. Yine bu hak karşısında, hükümlü olmayan hastaların nasıl ki rıza olmaksızın kendilerine tıbbi müdahalede bulunulmaması hakları var ise hükümlü ya da tutukluların da rızaları olmadan tıbbi müdahaleye maruz kalmama hakları vardır. Bu durumda açlık grevi yapan hükümlü veya tutuklulara da kural olarak rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunulamaz²⁴⁶; ancak bu kişilerin bilinci kapalı olması ve acil müdahalede bulunulması gereken durumda tıbbi müdahalede bulunulması hukuka aykırı olmaz.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 82²⁴⁷ hükmü ile genel prensiplere aykırı olarak açlık grevi veya ölüm orucu sırasında bulunan hükümlülere, isteklerine bakılmaksızın tıbbi müdahalede bulunma olanağı tanımıştır. Bu düzenleme Biyotıp sözleşmesi m. 5 hükmüne aykırıdır; ancak AY m. 17/2 hükmü uyarınca, bu düzenlemede yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Doktrinde böyle bir durumda, 5275 sayılı kanunun değil Biyotıp sözleşmesi hükümleri uygulanacağı görülmüştür²⁴⁸.

²⁴⁵ Ertem, 2015: 247.

²⁴⁶ Erman, 2004: 196; Akıncı, 1998: 754.

²⁴⁷ (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda Ceza İnfaz Kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır; ancak kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

²⁴⁸ Fezyioğlu, 2007: 148; Gökcan, 2014: 217.

1.3.4.3 Açlık Grevinde Tıbbi Müdahaleler

Açlık grevi herhangi bir olayı yahut haksızlığı protesto etmek amacıyla aç kalarak yapılan bir eylemdir²⁴⁹. Açlık grevi şeklindeki protestosunu ölüme kadar varabileceği amaçlanmaktaysa, buna ölüm orucu denmektedir. Her iki durumun da ortak özelliği kişinin özgür iradesi ile gerçekleştirilmesidir.

Tıbbi müdahale konusunda AY m. 17/2 hükmü, Biyotıp Sözleşmesi m. 5 ve HHY m. 24, 25 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, tıbbi müdahale için rızanın şart olduğu ve bilinci açık kişiye zorla müdahalede bulunulamayacağıdır²⁵⁰. Bu nedenle bu protestoda da bulunan kişilerin bilinci açık olduğu sürece, hayati tehlikeleri doğsa dahi tıbbi müdahalede bulunulamaz²⁵¹.

1.3.4.4 Acil Hallerde Tıbbi Müdahaleler

Acil hal kavramı, kişinin sağlığı veya hayatı bakımından gecikmeden tıbbi girişimde bulunulmasının zorunlu bulunduğu durumları ifade etmektedir. Acil hallerde hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü 1219 sayılı kanunun m. 70 hükmü “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. Hilafında hareket edenlere idari para ceza verilir²⁵².” ile düzenlenmiştir.

Biyotıp sözleşmesi m. 6/1 hükmünde muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceği belirtilmiştir²⁵³. HHY m. 24/1 hükmünde de, tıbbi müdahalenin hastanın rızasına bağlı olacağını ve hastanın küçük ya da mahcur olması halinden velisinden ya da vasisinden izin alınacağını, veli ya da vasisinin bulunmaması durumunda, hastanın ifade gücünün bulunmadığı hallerde, bu şartın aranmayacağını, hüküm altına almıştır. Aynı yönetmeliğin m. 24/3 hükmünde ise, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

²⁴⁹ Özalp, 2013: 109.

²⁵⁰ Feyzioğlu, 2007: 55.

²⁵¹ Gökcan, 2014: 218.

²⁵² <http://www.pau.edu.tr/tipftr/tr/sayfa/1219-sayili-kanun> (erişim tarihi: 30.12.2018).

²⁵³ RG Tarih:3.12.2003, Sayı:5013.

1.3.4.5 Kamu Sağlığının Korunması Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahalelerin rıza olmasa dahi uygulanabileceği düzenlenmiştir. Anılan kanunun “Memleket dâhilinde sâri ve salgın hastalıklarla mücadele” başlığı altında, üstün yarar bakımından ve kamu sağlığı açısından tıbbi müdahalede bulunulması ve bildirilmesi gereken hastalıklar hüküm altına alınmıştır. Kanunun m. 57 hükmünde sayılın hastalıkların bildirilmesinin mecburi olduğu, m. 64 hükmünde Sağlık Bakanlığının bu konuda kanunlarda bildirilen önemleri almakla yükümlü olduğunu, m. 67 hükmünde bu hastalıklar ile ilgili hekimin tıbbi müdahalede bulunmasını, hastanın yanına girmesi gerektiğini, hastayı ve icabına göre evin sakinlerini muayeneye yetkili olduklarını; m. 72 hükmünde de hasta olanların tecrit edilip, tedavi altına alınabilecek serum veya aşı uygulanabileceğini, m. 88 hükmünde ise Türkiye’de bulunan herkesin çiçek aşısı olması gerektiğini hüküm altına almıştır²⁵⁴.

7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun m. 7 hükmü “Herkes, teşkilat tarafından mahallinde yapılacak umumi veya kısmi muayenelere icabet etmeye ve hastalığın teşhisi veya küllenin sıtma paraziti endeksinin tayini maksadıyla yapılacak bakteriyolojik muayeneler için her talep vukuunda kan alınmasına ve ilaçların tatbikine müsaade etmeye mecburdur²⁵⁵.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Kamu sağlığının düzenlenmesi açısından 1961 tarihinde yürürlüğe giren Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Etme Tüzüğü m. 25²⁵⁶ hükmü ile “Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa 23. maddede yazılı kadınlar da on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Anılan tüzüğün m. 32²⁵⁷ hükmü:

“Yapılan muayene sonucunda Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129²⁵⁸. maddesinde yazılı hastalıklardan birine tutulmuş olduğu anlaşılan genel kadınlar, Kanunun bu maddesine göre sanatlarını yapmaktan men edilerek haklarında aşağıda yazılı işlem uygulanır.

²⁵⁴ Hakeri, 2007b: 272.

²⁵⁵ RG Tarih: 11.1.1960, Sayı: 10402.

²⁵⁶ RG Tarih: 19.4.1961, Sayı: 10786.

²⁵⁷ RG Tarih: 19.4.1961, Sayı: 10786.

²⁵⁸ UHK m. 129– Fuhuş, sanat ve maişet vasıtası ittihaz eden kadınlardan zührevi hastalıkların her türlü eşkaline, cüzzam, cerp, empetigo, entertrigo, müterakki verem veya Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaletinin fennen lüzum göreceği sair hastalıklara musap olanların sanatlarının icrasına icap ederse kuvvei cebriye isti-

a) Cüzzam ve ilerlemiş verem hastaları, gereken işlemin yapılması için mahalli sağlık ve sosyal yardım müdürlüğüne, hükümet veya sağlık ocağı tabiplerine bildirilir.

b) Zührevi hastalıkların her türlü şekilleriyle, uyuz empetigo ve entertrigo hastalıklarına yakalanmış olanlar, revir ve hastanede tedavi altına alınır.

Her iki halde de, bu kadınların sanatlarını yapmaktan men edildikleri zührevi hastalıklarla mücadele teşkilatının icra kısmına yazı ile bildirilir²⁵⁹.” şeklinde düzenlenmiştir.

1.3.4.6 Kısıtlılara veya Toplum İçin Tehlikeli Akıl Hastalarına ve Diğerlerine Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Türk Medeni Kanunu'nun m. 432 hükmünde, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya sadece kendi sosyal ve ekonomik durumuyla uyumlu olmayan ya da kendisinin ya da başkasının hayatını tehlikeye sokan davranışlarda bulunan kişiler, tedavisi, ıslahı ve eğitimi için bir kuruma yerleştirilip alıkonulurlar. Akıl hastalığı nedeni ile hakkında kısıtlama kararı bulunan kişilerin velisi ya da vasisi, bu kişilerin kuruma yerleştirilmesi için başvuruda bulunabileceği gibi toplum için tehlike arz eden bu kişiler bakımından Mahkemece de kısıtlılık kararı ile birlikte bir kuruma yerleştirilmesine karar verilebilir. Bu nedenle anılan hüküm, hem kısıtlılar hem de kısıtlı olmayanları kapsayan genel bir düzenlemedir²⁶⁰.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 13/F²⁶¹-son hükmü uyarınca, polisin henüz bir suç işlememiş olsa dahi davranışlarından toplum için tehlike yaratacağı kişileri yakalayabileceği hüküm altına alınmıştır. Görevli polis, yakaladığı kişinin toplum için tehlike arz ettiğini tespit etmesi halinde bu durumu derhal o yer vesayet makamına bildirmek zorundadır²⁶². Mahkemece, tehlikeli kişinin özgürlüğünü kısıtlaması, tedavi ve ıslahı için bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilmesi için sağlık kurulu raporu gerekir. Kısıtlanacak kişinin sağlık durumundan başka “toplum için tehlikeli olma” ve “kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hali” şartlarının varlığı da mahkemece aranmaktadır.

Yerleştirme ve alıkoymaya, özgürlüğü kısıtlanacak kişinin yerleşim yeri vesayet makamı yetkilidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kişinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Yerleştirme ve alıkoymaya karar verene makam, bu kurumdan çıkarma-

mali ile mümanaat olunur. Bunlar lüzum görülürse bir müessesede tecrit ve tedavi edilir. (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> erişim tarihi: 30.12.2018).

²⁵⁹ RG Tarih: 19.4.1961, Sayı: 10786.

²⁶⁰ Gümüş, 2005:199.

²⁶¹ RG Tarih: 25.4.1938, Sayı : 3890.

²⁶² Gökcan, 2014: 229.

ya da yetkilidir. Yargılama Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca yapıлып, yargılama ise basit yargılama usulüne tabidir.

1.3.4.7 Küçükler Hakkında Koruyucu Tedavi Tedbiri Uygulamaları

Türk Medeni Kanunu m. 446 hükmünde küçüklerin koruma amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanabileceği ve bir kuruma yerleştirilebileceği düzenlenmiştir. 743 sayılı MK'da yer almayan bu hüküm, İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 405a hükmünden aynen alınmıştır²⁶³.

TMK m. 446 hükmü “Küçüklerin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine vasinin başvuru üzerine vesayet makamı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vasi karar verir ve durumu derhal vesayet makamına bildirir. Bunun dışınsa usul ve yetkiyle ilgili konularda kısıtlı olsun veya olmasın erginlerin korunması amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanmasına ilişkin hükümler uygulanır. On altı yaşını doldurmamış çocuk bu konuda mahkemeye bizzat başvuramaz²⁶⁴.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ve bir kuruma yerleştirilmesi kural olarak vesayet makamına aittir; ancak sakınca bulunan hallerde, bizzat vasi kararıyla mümkündür. Gecikme durumunda sakınca bulunan hal: koruma amacıyla vesayet makamına başvurma için gereken zamanın beklenmesi durumunda, küçüğün sağlığı veya hayatının ya da başkalarının tehlike altında olduğu anları ifade etmektedir.

TMK m. 404²⁶⁵ hükmü uyarınca, velayet altında bulunmayanlar vesayet altına alınmaktadır. On altı yaşını doldurmuş olan küçükler de vesayet altına alınmak için sulh hukuk mahkemesine bizzat başvurabilirler.

TMK m. 346 hükmünde ise velayet altında bulunan çocuğa yönelik tedbir alınması düzenlenmiştir. TMK m. 346 hükmü “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır²⁶⁶.” şeklinde düzenlenmiştir. TMK m. 347 hükmünde ise, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikeye düşmesi durumunda hâkim kararıyla çocuk bir kuruma yerleştirilebilir yahut tedbiren tedavi altına alınabilir. Bu hallerde

²⁶³ Gökcan, 2014: 232.

²⁶⁴ RG Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607.

²⁶⁵ TMK m. 404: Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir hâlin varlığını öğrenen nüfus memurları, idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. (RG Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607).

²⁶⁶ RG Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607.

görevli mahkeme, aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, çocuğun bulunduğu yer mahkemesidir.

1.3.5 Bilgilendirilmiş Rızanın Hukuki Sonuçları

1.3.5.1 Bilgilendirilmiş Rızanın Kapsamı ve Tıbbi Girişim Sınırları

Tıp etiği bağlamında onam, kişinin kendisine uygulanacak olan tıbbi tanı ve tedavi yöntemlerini kabul ya da reddetmesi; aydınlatılmış onam ise bu kabul ya da reddetme eyleminin konuyla ilgili olarak kişiye verilen bilgiye dayanması anlamına gelmektedir²⁶⁷.

Tıbbi müdahale, gerektiği gibi hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması durumunda hukuka uygun olur; ancak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, hekimin, verilen rıza sınırlarını aşmadan hareket etmesi durumunda söz konusudur. Belirli bir müdahale için rıza alındığı durumda, rıza alınmamış bir müdahalede bulunulmuş olması, hukuka aykırılık teşkil etmektedir²⁶⁸.

Rızanın aşıldığı tıbbi müdahale, başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı olur. HHY m. 31/3²⁶⁹ hükmünde bu kural “Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁰.

1.3.5.2 Ameliyatın Genişletilmesi ve Rıza

Bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren hal, hastanın müdahaleye rızasıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için, hastaya uygulanacak tıbbi müdahale konusunda hastanın yahut veli ya da vasisinin yeterince aydınlatılmış olması gerekir²⁷¹. Rıza genel ve soyut olamaz²⁷². Yani kişi, bir hastaneye girdiğinde, tarafıma uygulanacak her türlü ameliyata rızam vardır, şeklinde hastadan alınan belgenin herhangi bir hukuksal değeri yoktur; ancak bazı durumlarda alınan rızanın sınırları dışına çıkılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır²⁷³. Bu durum özellikle rıza üzerine yapılan ameliyatlarda söz konusudur.

Rıza üzerine yapılan bir ameliyat sırasında, hastanın hayatı ya da sağlığının tehlikeye düşmesi durumunda, rızanın dışına çıkılarak başka bir müdahalede bulunulması hususu

²⁶⁷ Çobanoğlu, 2009: 76.

²⁶⁸ Kılıç Güneş, 2014: 25.

²⁶⁹ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

²⁷⁰ Çakal, 2018: 102.

²⁷¹ Ateş, 2010: 27; Yıldırım, 2015: 99.

²⁷² Hakeri, 2007a: 198.

²⁷³ Kazık, 2002: 38.

doktrinde tartışmalıdır²⁷⁴. Bu durumda, doktrinde “ameliyatın genişletilmesi” olarak da ifade edilmektedir²⁷⁵.

Ameliyatın genişletilmesi, acil durumlarda, bilinci olmayan kişilere yönelik yapılan ameliyatlardan söz konusudur. Bir görüşe göre rızanın dışına çıkılarak ameliyatın genişletilmesi halinde yapılacak müdahalenin ilk ameliyat planına göre fazla risk taşıması ve hastanın hayatı yahut sağlığı için derhal müdahalede bulunulması zorunluluğu, ameliyatın genişletilmesini hukuka uygun hale getirir²⁷⁶. Diğer bir görüşe göre, ölüm tehlikesi hariç, bir organın genişleyen ameliyatla alınmaması gerekir²⁷⁷.

Genel anestezi altında bulunan bir hastaya, ameliyat sırasında, müdahale öncesi öngörülmesi mümkün olmadığından hastaya açıklanamayan ve hastanın anestezi etkisinden çıkıp, müdahaleye rıza göstermesinin beklenmesi halinde, telafisi güç yahut imkânsız neticeler doğacak ise²⁷⁸, tıbbi zorunluluk nedeni ile hekimin ameliyatı genişletmesi ve gösterilen rıza dışında başka bir müdahalede bulunması halinde hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz²⁷⁹.

Müdahalenin derhal yapılması hususunda tıbben zorunluluk bulunmamakla birlikte, yapılan müdahalenin hastaya faydası olduğu durumlarda, gerçekleştirilen eylem hukuka aykırıdır. Örneğin, yalnızca sezeryanla doğuma rıza göstermiş olan hastaya, ameliyat sırasında hastaya faydalı olacağı düşüncesi ile hareket ederek, tespit ettiği kistleri de alan hekim hukuka aykırı hareket etmiş sayılır²⁸⁰.

Yargıtay’ın da ameliyatın genişletilmesi olgusunu hukuka uygunluk nedeni olarak saydığı kararı²⁸¹ şu şekildedir:

“Karar: 1. Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyatta böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında, taşın alınması ameliyatına girişilmesinin davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu...”

2. Böbrek alma keyfiyetinde davalıya atfi kabil bir kusur bulunmadığı gibi böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin istisaliyle ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve bu durumda tıbbın gerektirdiği şekilde hareket edilmiş bu-

²⁷⁴ Uygur, 2009: 201.

²⁷⁵ Çakal, 2018: 100.

²⁷⁶ Gökcan, 2014: 238.

²⁷⁷ Reisoğlu, 1983: 7.

²⁷⁸ Aykın, 2015: 181.

²⁷⁹ Özbilen, 2013: 314; Ayan, 1991: 61; Çilingiroğlu, 1993: 47.

²⁸⁰ Özgenç, 2007: 2188.

²⁸¹ Yrg.4. HD T.05.03.1971, E.1971/970, K. 10853/2096.

lunmasına göre davalı hekimin sorumlu olmadığına ve açılan iş bu manevi tazminat talebinin reddine karar verildi [İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 6.3.1970 ve 968/8E 105 K]²⁸².”

Bu karar ile tıbbi zorunluluk halinde gerçekleştirilen eylem nedeni ile hekimlerin kusurlarının bulunmadığı kabul edilmektedir.

Yüksek Sağlık Şûrası tarafından verilen bir karar ise anılan Yargıtay kararı ile paralellik göstermemektedir. Karar şu şekildedir: “... 20 yaşındaki bekâr bayan hasta akut batın ön tanısı ile özel hastanede ameliyata alınıyor. Ameliyat ekibindeki genel cerrahi uzmanı ve kadın doğum uzmanı, hastanın her iki overinde de yaygın kistler olduğunu ve tek tarafta torsiyoneover kistinin olduğunu saptıyor ve bilateralsalfingoofraktami operasyonu uyguluyorlar. Neticeten, tedbirsizlik, dikkatsizlik ve meslekte acemilik sonucu çocuk yapmasına engel olmalarından dolayı her iki hekim kusurludur²⁸³.” Burada, ölüm tehlikesi olmasına rağmen, hastanın organlarının alınmış olması nedeni ile gerçekleştirilen eylem hukuka aykırı ve sorumluluk gerektirmektedir.

Doktrinde, hekimin ameliyat sırasında gelişen durum nedeniyle şartların oluştuğu düşüncesi ile hareket ederek, ameliyatı genişletirken hataya düşmekte kusuru yok ise bu hatasından faydalanabilir; ancak ameliyatı gerçekleştirmeden önce böyle bir durumun ameliyat sırasında oluşabileceğini biliyor ve hastayı bu konuda da aydınlatmadan, gelişen durum karşısında, hastanın rızası olduğunu varsayarak müdahalede bulunuyor ise bu durumda hekim hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır²⁸⁴. Genel kabul gören görüşe göre, kişi açısından hayati tehlikenin bulunduğu durumlarda, ameliyatın genişletilmesi hukuka uygundur. Kanaatimizce de, bu durumda müdahale edilmesi tıbbi zorunluluk olduğundan, hekimin daha büyük zarar meydana gelmemesi düşüncesi ile hareket etmesi ve ameliyatı genişletmesi hukuka uygundur. Nitekim, hekim hastanın menfaatini ön planda tutarak, ameliyata devam etmelidir.

²⁸² Tümer vd: 2001:285.

²⁸³ Tümer vd: 2001: 285.

²⁸⁴ Uygur, 2009: 202-203.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ KUSUR, TIBBİ HATALAR, TÜRLERİ ve İNCELENMESİ

2.1 Tıbbi Kusur ve Malpraktis Kavramları

2.1.1 Kavram ve İstatistikler

Malpraktis Latince “Mala Praxis” sözcüklerinden köken alır. “Mal” kelimesi; hastalık, kötülük, bozukluk, kusurluluk anlamlarını taşımaktadır²⁸⁵. Bu terimin Türkçesi uygulama hatalarıdır.²⁸⁶ Uluslararası alanda, yaygın olarak “malpraktis” terimi kullanılmaktadır. Ülkemizde malpraktis kavramı yerine “hekim hatası”, “doktor hatası”, “tıbbi hata”, “tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması”, “tıbbi yanlış uygulama” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Malpraktis kavramı, 18. yüzyılın başlarında İngiliz hukuk teorisinin içine girmiştir. 1768’de Sir Williams Blackstone’un İngiliz Hukuku üzerine olan, yukarıda belirttiğimiz Latince “mala praxis” kelimesinin de içinde yer aldığı ünlü yorumunda; tıbbi uygulama hataları, “yaralanmalar... İhmal ya da beceri eksikliği içeren hekimin, cerrahın ya da eczacının yönetimi” şeklinde tanımlanmıştır.

Toplumumuz, malpraktis sözcüğünün tek başına sadece tıbbin kötü uygulanması olarak kullanıldığına ilişkin yanlış bir kaniya sahiptir²⁸⁷. Malpraktis, genel olarak, her meslek için uygulama hatası anlamına gelmekte ise, burada inceleyeceğimiz olan medikal malpraktis (medical malpractice) yani “tıbbi uygulama hataları”dır.

Malpraktis, Black’s Law Dictionary’de ise “Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye zarar vermesi²⁸⁸.” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde yer alan diğer tanımlar:

“Tıbbi uygulama hataları, hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşme-

²⁸⁵ Ünver, 2009: 149.

²⁸⁶ Polat, 2005: 31.

²⁸⁷ Savaş, 2011: 63.

²⁸⁸ İzmir Tabip Odası Bülteni, 2011: 2.

sinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartları tamamını içermektedir²⁸⁹.”

“Hekimin mevcut şartlarda makul olan hizmet ve bakımı başaramaması, meslekte tecrübeli bir hekimin aynı şartlar altında sergileyebileceği performansı gösterememesi, normal uygulamanın gereklerinden sapması ve standartların düşürmesi ve bundan bir zarar doğmuş olmasıdır.” şeklindedir²⁹⁰.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın (Malpraktis Kanun Tasarısı) m. 3 hükmünde de “Tıbbi Kötü Uygulama” adı ile malpraktis tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca tıbbi malpraktis “Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumdur²⁹¹.” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde, tıbbi uygulama hatası, standardın altında kalınması veya üstüne çıkılması ile söz konusu olabileceği gibi, icrai bir veya ihmali bir hareketle de söz konusu olabilir. Bu nedenle hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, bir müdahaleyi gerekli olduğu şekilde yapmaması şeklinde söz olabileceği gibi, gerekli müdahaleyi hiç yapmaması şeklinde de olabilir. Dolayısıyla hareketin icrai veya ihmali olması arasında bir fark gözetilmemekte, her ikisi de aynı nitelikte kabul edilmektedir²⁹².

Doktrindeki diğer bir görüş, tıbbi uygulama hatasını şu şekilde tanımlamıştır: “Tababet ilminin icrası sırasında, diğer bir ifadeyle teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunumu esnasında bu hizmetleri yerine getiren sağlık personelinin yanlış müdahalesi sonucunda hastanın zarara uğraması, sağlık personelinin bilgi noksanlığından, dikkatsizliğinden, muhakeme hatalarından, müdahale için gerekli olan araç, gereçle müdahalede bulunulan mekânın gerekli vasıflara sahip olmamasından kaynaklanabilir²⁹³.”

Tıbbi kusur/malpraktis kanaatimizce, genel olarak, “ilaç kullanımından hastane enfeksiyonuna kadar, her aşamada ortaya çıkabilecek ve hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik veya kurallara uymama sonucu tedavi bakım standartlarına uymayan, hatalı ve kusurlu hareketleri ile hastasına zarar vermesi” olarak tanımlamak mümkündür.

²⁸⁹ Yorulmaz, 2005: 125.

²⁹⁰ http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket_ornek_buken_280408 (erişim tarihi: 12.05.2016).

²⁹¹ <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html>, (erişim tarihi:25.09.2015).

²⁹² <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf>, (erişim tarihi: 25.09.2015).

²⁹³ Özdemir, 2004: 25.

AB Uzmanı Azmi Eken, bir çalışmasında AB ülkelerinde ve diğer gelişmiş ülkelerde tıbbi malpraktis karşısında hekimlere verilen cezalardan örnekler vermiştir. Bunlar:

“ABD’nin Florida eyaletinde, ameliyata alınan hastaya, yanında anestezi uzmanı olmadan ve anestezi tecrübesi olmayan kişilerden yardım alarak operasyona alan ve hastanın ölümüne sebep olan hekime, hekimlik ruhsatının askıya alınması cezası verilmiştir.”

“ABD’nin New England eyaletinde, 34 yaşındaki bir cerrah, 84 yaşındaki hastasının ameliyat esnasında safra kesesi yerine böbreklerinden birini almış ve kurul tarafından bundan böyle başka bir hekim gözetiminde mesleğe devam etme cezası ile cezalandırılmıştır.”

“ABD’nin Nevada eyaletinde, kolon kanseri tedavisine yanlış teşhis koyan hekim, hastasına kanser değil de hemoroit tedavisi uygulayarak ölümüne sebebiyet vermiştir. Bu hekime uygulanan ceza ise oldukça ilginçtir. Hekime 6500\$ para cezasının yanı sıra 16 saat kanser tarama eğitimi alma cezası verilmiştir²⁹⁴.” şeklindedir. Görüldüğü üzere, hatalı tıbbi uygulama neticesinde, hekimlere çeşitli cezalar verilmiştir.

Malpraktis açısından diğer ülkelere de kısaca değinecek olur isek, OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development –Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü²⁹⁵ tarafından 2005’te yayımlanan “Insurance coverage of Medical Malpractice countries” raporuna göre malpraktis davaları her geçen yıl artmakta hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına neden olmaktadır.

Ülkeler ulusal bazda kendi içlerinde malpraktis ve neticelerine ilişkin farklı uygulamalar yapmaktadırlar.

- “Belçika’da hekimlerin temsilcisi olan ‘order of physicians’ adlı kuruluşa, hatalı tıbbi uygulamada bulunan hekimlerin tabip odası kaydını silme ve hekimlik ruhsatını iptal etme yetkisi vermiştir.”

- “Portekiz’de Portekiz Hekimler Birliği (Portuguese Medical Association) kınama ve disiplin cezaları verebilmekte, ağır kusurlu hekimlerin ruhsatını askıya alabilmekte veya iptal edebilmektedir.”

- “Danimarka’da malpraktis sorunu Ulusal sağlık kuruluşu olan ‘The National Board of Health’ hekimin ruhsatını iptal edebilmektedir.”

²⁹⁴ Avrupa Birliği Uzmanı Azmi Ekmen, Avrupa Birliği Ülkeleri ve Diğer Gelişmiş Ülkelerde, Malpraktis Sonucu Uygulanan Cezalar, 30.05.2008 günlü araştırma, <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/belge/1-7108/arastirma---ab-de-malpraktis-sigortasi-uygulamalari---a-.html>, (erişim tarihi:26.09.2015).

²⁹⁵ <https://tr.wikipedia.org/wiki/OECD>, (erişim tarihi: 26.09.2015).

• “Macaristan’da da diğerlerine yakın uygulamalar yapılmaktadır; ancak yetersiz hekimlere ücretsiz eğitimler verilebilmektedir.”

• “İsveç’te, Fransa’da ve Finlandiya’da birbirine benzeyen uygulamalar mevcuttur. Polonya’da Malpraktis davalarında yargıçlar hasta mağdurlarını değil hekimleri koruyucu ve daha çok hekimlerin lehine karar vermektedirler²⁹⁶.”

Görüldüğü üzere, hatalı tıbbi uygulama neticesinde, devletlerin ulusal ve uluslararası düzeyde uyguladıkları bildirgeler ve mevzuat uyarınca hekimlere çeşitli cezalar verdiği görülmektedir.

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de tıbbi uygulama hatası ile ilgili gelişmelere paralel olarak hekimlere ve hastanelere karşı açılan davaların sayısı her geçen gün artmakta, yargıya yansıyan ceza ve tazminat davaları önemli bir alan teşkil etmektedir.

Ülkemizde sosyal devlet ilkesi uyarınca sağlıkta yeni projeler üretilmiştir. Anayasa ile de sağlık hakkımız güvence altındadır. AY m. 17 hükmü “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi sorumluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Yine TMK m. 24 hükmü “Kişinin rızası alınmaksızın, kişilik hakları kapsamına giren hayatına, sağlığına, vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır.” gereğince sorumludurlar.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin m. 25 hükmünde “Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için yiyecek, giyim mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık... diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır²⁹⁷.” ile de sağlık hakkı koruma altına alınmıştır.

Türkiye’de TŞSTİDK, TDT ve diğer temel mevzuatımızda düzenlemeler olmasına bu hususta hali hazırda kanun tasarıları bulunmasına rağmen, ilk düzenleme 1998 yılında çıkarılan “HHY”dir. Bu yönetmeliğin akabinde 2003’te İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetini Koruma (İnsan Hakları ve Biotıp) sözleşmesi 5013 sayılı kanun uyarınca TBMM’de kabul edilmiştir²⁹⁸.

Türkiye’de henüz, hekimlerin yasal sorumluluklarını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle, malpraktis davalarının esasını genel kanun uyarınca TBK’de olan sözleşme ya da haksız fiil teşkil eder. Bu kanunlar yanında genel nitelikte,

- 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun,

²⁹⁶ Tamer, 2014: 14.

²⁹⁷ https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (erişim tarihi: 08.08.2018).

²⁹⁸ Bilge, 2014: 14.

- 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu,
- 2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu,
- 2219 Sayılı Özel Hastaneler Kanunu,
- 38 Sayılı Tababeti Adliye Kanunu,
- 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu mevcuttur. Bu kanunlar yanında “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Kanununun Tasarısı” adı altında, yasa tasarısı mevcuttur.

Ülkemizde genel olarak yargıya yansıyan tıbbi, uygulama hataları davalarının kurumlara göre dağılımını aşağıdaki tabloda incelenebilir.

Tablo 1.²⁹⁹

KURUMLAR			%
1.	Kararda belirtilmediğinden bilinemeyen	33	%27,5
2.	Özel Hastane	25	%20
3.	Devlet Hastanesi	21	%17,5
4.	SSK	13	%10,8
5.	Üniversite Hastanesi	13	%10,8
6.	Muayenehane	8	%6,6
7.	Özel Sağlık Merkezi (Dispanser)	2	%1,6
8.	Askeri Hastane	2	%1,6
9.	TCDD Hastanesi	1	%0,8
10.	Belediye Hastanesi	1	%0,8
11.	Yüksek İhtisas	1	%0,8
12.	Sağlık Ocağı	1	%0,8
	TOPLAM	120	%100

Görüldüğü üzere en fazla tıbbi uygulama hatasının özel hastanede çalışan hekimler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunun nedeninin ise, sağlık reformuna ve buna bağlı olarak son yıllarda özel hastane sayılarının çokça artması olduğu kanaatindeyiz. Türkiye’de uzmanlık alanına göre 2001-2005 yılları arasındaki tıbbi uygulama hatası tablo 2’de belirtilmiştir³⁰⁰.

²⁹⁹ Savaş, 2009: 91.

³⁰⁰ www.doktorsorumluluk.com/doktor_sigprta_tanimim.pps, (erişim tarihi: 14.04.2016).

Tablo 2.

Kadın Doğum Uzmanı	% 22,2
Genel Cerrahi Uzmanı	% 17,4
Çocuk hastalıkları	% 10,2
Dahiliye	% 7,2
Beyin Cerrahisi	% 6,6
Ortopedi Uzmanı	% 2,4
Kulak Burun Boğaz Uzmanı	% 1,2
Üroloji	% 1,2

Tablo incelendiğinde en fazla tıbbi uygulama hatasının gerçekleştiği uzmanlık alanının kadın doğum, en az tıbbi uygulama hatasının gerçekleştiği uzmanlık alanının ise üroloji olduğu görülecektir. Bu durum, hekimlere daha fazla dava açılmasına sebebiyet verdiği gibi hekimlerin cerrahi müdahale gerektiren alanlardan uzaklaşmasına da neden olmaktadır³⁰¹.

2.1.2 Tıbbi Hatanın Belirlenmesiyle İlgili Temel Esaslar

Tıbbi hatanın varlığından söz edebilmek için, istenilmeyen olumsuz neticenin meydana gelmesinin öngörülebilir yahut önlenebilir olması şarttır. Netice objektif olarak öngörülebilir olmasına rağmen, hekim özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı olarak hareket ederek zarara sebebiyet verir ise bu durumda taksirden söz edilir. İstemeyen neticeden sorumluluk bilinçli taksire dayalı iken, öngörülen fakat meydana gelmesinde kayıtsız kalınarak, gerekli önlemleri almayarak meydana gelen neticede ise olası kast söz konusudur³⁰².

Hiç kimse tarafından öngörülemeyecek bir neticeden de hekim sorumlu tutulamaz³⁰³.

Tıbbi kusurun belirlenmesinde öngörülebilirliğin zorunlu olması temel şarttır. Esas sorun, öngörülebilirliğin nasıl tespit edileceğidir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, failin yaşı, zekâ derecesi, eğitim durumu vb. gibi öğelerle, hekimin neticeyi öngörüp öngöremeyeceği tespit edilmelidir³⁰⁴. Bu durumda, hekimin mesleki tecrübesi, aldığı eğitim, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği ortam, tıp biliminin verilerine göre hareket edip etmediği vb. gibi etkenler öngörme yetisini belirlemede esas alınmalıdır.

³⁰¹ <https://www.medimagazin.com.tr/guncel//tr-en-fazla-dava-bu-uzmanlik-alanlarina-aciliyor-11-17-74036.html> (erişim tarihi: 04.03.2019).

³⁰² Gökcan, 2014: 244.

³⁰³ İçel, 1967: 147.

³⁰⁴ Artuk vd, 2007: 508.

Doktrinde de, hastanın ısrarla “kendisinin neredeyse tüm ağrı kesici ilaçlara karşı alerjisi olduğunu, bu ilaçlardan herhangi birini aldığı anda yüzünün gözünün şiştiğini, nefes almakta zorlandığını” ifade ederken, hekimin “korkma, bir şey olmaz inşallah” şeklinde bir ifadeyle önlem almaksızın hastaya analjeziği uygulaması sonucunda hastanın hayati tehlike geçirmesi veya ölmesi durumunda bilinçli taksirin bulunduğuna değinilmektedir³⁰⁵.

2.2 Tıbbi Kusurun Ortaya Çıkış Biçimleri ve Sorumluluk Halleri

2.2.1 Tıbbi Hataların Kasten İcra Edilmesi

Hekim, sözleşmenin kendisine yüklemiş olduğu yükümlülükleri kasten ya da ihmalen ihlal etmiş ise meydana gelen zarardan sorumludur³⁰⁶. Hekimin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal etmesine kast; bunu önlemek için kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesine ise ihmal denir³⁰⁷.

Eylemin kasten icra edilmesi durumunda, eylem hukuki sorumluluk yönünden “haksız fiil” sayılacak ve hekimin tazminat sorumluluğu doğacaktır³⁰⁸. Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı bir sorumluluk olarak hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla bir kimseye zarar verilmesini düzenler³⁰⁹. Kusur, sorumluluğun esaslı unsuru olduğu için bu tür sorumluluk kusur sorumluluğu ya da kusura dayalı sorumluluk olarak da nitelendirilir³¹⁰. Yine sözleşme uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan hekim, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumludur³¹¹.

TCK m. 21/1 hükmünde ise kast, fiilin tanımdaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır³¹². Fiilin kasten icra edilmesi neticesinde ise doğrudan ya da olası kastla yaralama yahut öldürme suçları oluşur. Hayatın olağan akışına göre, hekimin iradi hareketlerinin sonucu olan neticelerden dolayı sorumluluğu, doğrudan kasta dayanır³¹³.

Hekim, neticeyi öngörmesine rağmen, meydana gelecek sonucun gerçekleşmesi yönünden herhangi bir tedbir almadan³¹⁴, olursa olsun şeklinde hareket ederse, bu durumda olası kast oluşur³¹⁵.

³⁰⁵ Çetin,2006: 41.

³⁰⁶ Eren,2007: 1019.

³⁰⁷ Uygur, 2009: 289.

³⁰⁸ Sindel, 2014: 75.

³⁰⁹ Özçetin, 2016: 49.

³¹⁰ Oğuzman/Öz, 2018: 469; Kılıçoğlu, 2002: 192; Tekinay vd, 1993: 497.

³¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, 2014: 12-13.

³¹² RG Tarih: 12.10.2004, Sayı: 25611.

³¹³ Gökcan, 2014:245.

³¹⁴ Özdemir, 2004: 51.

Hekim, kasıtlı davranışlarıyla hastanın sağlığını zarar verir ise kasten yaralama; ölümüne sebep verir ise kasten öldürme suçu oluşur³¹⁶.

Tıbbi hatanın, kasten ve ihmali davranışla gerçekleştirilmesi de mümkündür³¹⁷. Gerekli olduğu halde, hastaya müdahalede bulunmayarak hastanın sağlığına yahut ölümüne sebebiyet verilmesi halinde ihmali davranışla icrai eylem söz konusudur.

Hekim hukukunun temelini oluşturan Almanya’da yayımlanan 1532 tarihli “Constitutio Criminalis Carolina (CCC)”nın m. 134 hükmünün ilk cümlesinde, kast olmaksızın özensizce ya da beceriksizce ölüme neden olma hali düzenlenmiş olup, ikinci cümlesinde ise kastla ölüme neden olma halinde hekimin kasten öldürme suçundan cezalandırılacağı öngörülmüştür³¹⁸.

2.2.2 Tıbbi Hataların Taksirle Meydana Gelmesi

Tıbbi hatanın özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması nedeni ile ortaya çıkması durumunda, kusurun niteliği taksir olarak değerlendirilir³¹⁹. Taksirli davranışlarıyla başkasına zarar veren hekim, haksız fiil ve tazminat sorumlusudur³²⁰. Yine hekimin buradaki eylemi, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla hukuki sorumluluğuna da neden olur.

Hekim, öngörülebilir bir neticeyi, özensizce hareket etmesi nedeni ile öngöremiyorsa, bilinçsiz/basit taksir söz konusudur. Eğer öngörmesine rağmen, kayıtsızca hareket ediyor ise bilinçli taksir söz konusu olur³²¹.

Doktrinde, sıhhi lüzum ve zaruret nedeniyle yapılacak cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğunun “kanunun müsaadesine” dayandığını, eğer bu müdahaleler tıbbın usul ve kurallara uygun olarak gerçekleştirilip, hastayı sağlığına kavuşturmak yahut acısını azaltmak amacıyla yapılırsa, müdahalenin başarısız olması halinde, cezayı gerektirmeyeceği; ancak söz konusu kurallara aykırı hareket edilir ise taksirle adam öldürme ya da müessir fiillerinden sorumlu olacakları savunulmaktadır³²².

Nitekim, 2238 sayılı yasanın m. 8 hükmünde³²³, vericinin yaşamını mutlak suretiyle sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ veya dokuların alınmasına yasak kılmiş-

³¹⁵ Sindel, 2014: 69.

³¹⁶ Aynacı, 2008: 107.

³¹⁷ Aydaş, 2014: 75.

³¹⁸ Ertem, 2015: 116.

³¹⁹ Işıksaçan, 2014: 109.

³²⁰ Ünver, 2008: 61.

³²¹ Karaca Dedeoğlu, 2012: 58.

³²² Taner, 1955: 433-435, 313.

³²³ RG Tarih: 03.06.1979, Sayı: 16655.

tır. Bu sebeple hekim, vericinin yaşamını tehlikeye sokma veya sona erdirme kastıyla hareket etmiş ve hayatının sona ereceğini düşünmüş ve bunu göze almış ise kast iradesi yoksa ve organ nakli sonucu verici ölmüş ise bu durumda hekim, taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır³²⁴.

2.2.3 Tıbbi Yardımın Yapılmaması veya Geciktirilmesi Nedeniyle Sorumluluğun Değerlendirilmesi

Hekimin, tıbbi yardım yükümlülüğünün bulunduğu hallerde yardım etmemesi yahut yardımı geciktirmesi, tıbbi hata olarak nitelendirilir. Bu durumda hekimin haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Buna karşın, yardım yükümlülüğü bulunmayan hekim, pasif hareketi nedeniyle sorumlu olmaz.

Öldürme eylemi, yalnızca icrai bir davranışla değil, ihmali davranışla da işlenebilir. İhmali davranışla öldürmeye neden olan kişinin sorumlu tutulabilmesi için ek unsurlar aranmaktadır. Bu ek unsurların en önemlisi “garantörlük”tür³²⁵.

Hukukumuzda göre, garantörlük bir kanun hükmünden, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli bir eylemden³²⁶ kaynaklanabilir. Hekimler de gerek kanunen, gerekirse sözleşmeden kaynaklı olarak hastalarına karşı garantör olup, hastalarına gelecek tehlikeleri bertaraf etmekle yükümlüdür.

Hususi Hastaneler Kanunu m. 32³²⁷ hükmü “Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir.” hükmü ile hekimlerin kanundan kaynaklanan garantörlüğü düzenlenmiştir.

³²⁴ Özalp, 2013: 125.

³²⁵ Garantörlük: Hareketsiz kalan bir kimseyi, neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmaya müsaade eden yakın ilişkiye garantörlük denir. Hakeri, 2007a: 309; Hakeri, 2003: 114.

³²⁶ Öngelen Tehlikeli Eylem: Önceden gerçekleştirilen davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmasıdır. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=87&t=9042> (erişim tarihi: 04.03.2019).

³²⁷ RG Tarih: 5/6/1933, Sayı: 2419.

Resmen görevli olmayan veya acil bir durumla karşı karşıya kalmayan hekim, açık veya zımni bir irade beyanı ile hastanın tedavisini üstlenmesi durumunda ise hekimin garantörlüğü sözleşme ile sağlanmaktadır³²⁸.

TCK m. 83³²⁹ hükmü ise garantörlüğün üçüncü hali düzenlenmiştir. Anılan madde ile “öngelen tehlikeli eylem” ile de hekim garantör olabilir.

Hasta, hastaneye yatırılmış ise, klinikteki hekimin, o hasta üzerindeki garantörlüğü başlamış sayılır. Hekimden kısmen faydalanılması halinde, garantörlük de kısmi olur. Hekime yalnızca danışılmış olması halinde ise hekimin garantörlüğü söz konusu değildir. Bu durum, aynı andaki çeşitli hastalıklardan değil aynı zamanda tedavi tedbirlerinin sınırlandırılması açısından da geçerlidir. Örneğin, yaralı, kan nakli istemiyor ise, hekim bu durumda garantör değildir³³⁰.

Yargıtay bir kararında, hekimin “hastanedeki çalışma saatleri dışında kendisi nöbetçi bulunmadığı bir dinlenme zamanında bulunsa bile, hekimliğinin yalnız kendi uzmanlık bölümü ile ilgili olan bir hastalığın muayene ve tedavisi için çağrıldığından hemen gitme ve gereğini yapmakla görevli sayılmak³³¹” gerektiğine karar vermiştir.

Ülkemizde, zaman zaman, hasta yakınları tarafından hekime sözlü ya da fiziki saldırılarda bulunmaktadır. Böyle bir durumda, hekim, hastaya müdahalede bulunurken, psikolojik baskı altında olacağına şüphe yoktur. Bu nedenle, hekim mümkün olduğu takdirde, hastayı bir başka hekime havale edebilir. Uygulamada, hekimin geç gelmesine sinirlenen hasta yakınının, hekimin evine giderek, hekim ve eşiyle tartışması üzerine, “bu sinirle ben hastaya bakamam” diyerek, hastaya bir başka hekimin bakmasını sağlaması durumunda, hekimin hastaya tıbbi müdahale sağlanmasını garanti altına almış olması nedeni ile hekim sorumlu görülmemiştir³³²; ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur. Nitekim Askeri Yargıtay “resmi bir kurumda resmi bir iş yapan ve resmi iş yapıyor olmasından dolayı ha-

³²⁸ Hakeri, 2007a: 310.

³²⁹ TCK Kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi *Madde 83-* (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. (2) İhmalî ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, Gerekir. (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. (RG Tarih: 12.10.2004,Sayı :25611).

³³⁰ Hakeri, 2007a: 311.

³³¹ Demircan, 2010: 23.

³³² Hakeri, 2007a: 315.

karet suçu yönünden kanunla daha fazla cezayı gerektirir şekilde himaye altında bulunan hekimin hastayı reddetme hakkı bulunmadığını” yönünde karar tesis etmiştir³³³.

2.3 Tıbbi Hataların Türleri

Tıbbi hatalar, ilk kez 1990 yılında, aktif hatalar ve gizli hatalar olarak tanımlanmıştır³³⁴. Anında etkileri hissedilen hatalar, aktif hatalar olarak değerlendirilir iken; sağlık personeli kontrolü dışında gerçekleşen ve tasarım yetersizliği, yanlış kurum, hatalı bakım, kötü idari kararlar ve zayıf yapılanmış kuruluşları içeren hatalar ise gizli hatalar olarak adlandırılır³³⁵.

Tıbbi hata, hekim ile hastanın ilk görüşme anından, teşhis, tedavi ve tedavi sonrasında tüm süreç içerisinde gerçekleşebilir. Bir açıdan, tıbbi hatalar, insan kaynaklı hatalar, mekanik hatalar ve sistem kaynaklı hatalar şeklinde tanımlanmıştır³³⁶. Diğer bir açıdan ise, tıbbi hatalar, kök nedene bağlı hatalar (işleme bağlı hatalar, ihmale bağlı hatalar, uygulamaya bağlı hatalar) ya da hata türü açısından yapılan hatalar (ilaç hataları, tanı koyma hataları, cerrahi hatalar, sistem yetersizliğine bağlı hatalar) iki farklı şekilde tanımlanabilir³³⁷. Bu nedenle, tıbbi hatalar, sağlık hizmeti sürecine ilişkin hatalar ve tedavi hizmetinin organizasyonuna ilişkin hataları esas alınarak şu şekilde sınıflandırılabilir:

1. Sağlık Hizmeti Sürecine İlişkin Hatalar
 - a. Bilgilendirme/Aydınlatma Hatası
 - b. Teşhis/Tanı Hatası
 - c. Tedavi Yöntemi ve Uygulanmasına İlişkin Hatalar
 - d. Tedavi Sonrası Hizmetlere İlişkin Hatalar
 - e. Tedaviyi Üstlenme Hatası
2. Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar
 - a. Sağlık Kurumunun Organizasyonu İlgili Hatalar
 - b. Tedavi Hizmetinin Organizasyonu İlgili Hatalar
 - c. Mekanik Arızalar
 - d. Tedavi sürecinde oluşan dolaylı hatalar
3. Tedaviden kaçınma veya gecikme hataları

³³³ Türe vd.2017: 320.

³³⁴ Canatan, 2015: 83.

³³⁵ Saygın vd, 2014:99.

³³⁶ Savaş, 2009: 42.

³³⁷ Canatan, 2015: 83.

Tıbbi müdahalede, tıbbi hataların varlığını söyleyebilmek için ancak alanında uzman yetkin kişilerce tespit edilebilir. Yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporlarına karşı itiraz hakkı saklıdır. Mahkeme itirazı yerinde görür ise, yeni bir uzman görüşüne başvurabilir.

Hastanelerde en fazla görülen tıbbi hata türlerine ilişkin bulgular³³⁸:

Tablo 3.

Tıbbi Hata Türleri	Puan Ort.	Std. Sapma	Tıbbi Hata türleri	Puan Ort.	Std. Sapma
Hastane Enfeksiyonları	2,26	1,047	Cerrahi Yanıklar	1,26	0,573
Yatak yaraları	1,83	0,972	Yanlış ilaç uyg.	1,26	0,509
Ameliyat komplikasyon	1,73	0,813	Yanlış yerden ilaç uygulanması	1,25	0,522
İğne/Kesici alet yaralanmaları	1,65	0,870	Kontamine İlaç veya kan alınması	1,21	0,476
Araç gerece bağlı hatalar	1,55	0,764	Hasta yatağına bağlı hatalar	1,21	0,516
İlacın yan etkisine bağlı hatalar	1,51	0,647	Tehlikeli kısaltmalar	1,18	0,492
Tanı testlerinin yetersizliği	1,50	0,691	Sıra beklemeye bağlı ölümler	1,17	0,475
Tanı hataları	1,49	0,691	Hava embolisi	1,15	0,426
Ölümcül zarar verici düşmeler	1,45	0,752	Hipoglisemiye bağlı ölümler	1,16	0,460
Tedavide gecikme veya tedavi yapmama	1,42	0,961	Son kullanma tarihi geçmiş ilaçlar	1,15	0,380
Ventilatörle ilişkili problemler	1,38	0,615	Hatalı gaz/gaz karışımı verilmesi	1,10	0,392
İnfüzyon pompaları hataları	1,37	0,743	Ameliyatlarda yabancı cisim unut.	1,05	0,245

Yukarıdaki tabloda görüldüğü gibi araştırma kapsamındaki sağlık personeline görev yaptıkları hastanede en çok karşılaşılan tıbbi hataların hangileri olduğuna ilişkin sorular yöneltilmiş ve bu sorulara; hiç, çok nadir, zaman zaman, genellikle ve çok sık şeklinde cevap vermeleri istenmiştir. Cevaplar 1-5 aralığında derecelendirilmiş ve en sık karşılaşı-

³³⁸ Özata ve Altunkan, 2010: 104.

lan hataların sırasıyla; hastane enfeksiyonları, yatak yaraları, ameliyat sonrası komplikasyonlar, hastanın kaçması, ameliyat komplikasyonları, iğne-kesici alet yaralanmaları, araç-gerecin bozulmasına bağlı hatalar, yan etkisi olan ilacın kullanımına ilişkin hatalar, tanı testlerinin yetersizliği, tanı hataları, düşmeler, tedavide gecikme veya yapmama ve ventilatöre ilişkin hatalar şeklinde sıralandığı görülmüştür. En az karşılaşılan hataların ise yanlış taraf cerrahisi, hatalı gaz karışımı verilmesi, kemoterapi hataları, elektrik şokuna bağlı ölümler ve ameliyatlarda hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması olduğu saptanmıştır³³⁹.

2.4 Türlerine Göre Tıbbi Hataların İncelenmesi

2.4.1 Sağlık Hizmetine İlişkin Tıbbi Hatalar

2.4.1.1 Bilgilendirme/Aydınlatma Hatası

Tıbbi müdahale ile ilgili olarak hastanın teşhis ve tedavi aşamaları ile ilgili olarak bilgilendirilmesi oldukça dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Bilgilendirme yapılacak hastanın yaşına, mesleğine ve cinsiyetine bağlı olarak, hasta üzerindeki olası sonuçları değişiklik gösterebilecektir. Bu nedenle, hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili şahsına özel olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir³⁴⁰. Bilgilendirmenin kişisel olması gerekmektedir. Karmaşık bir müdahale ve müdahalenin sonuçları, hastaya yahut ailesine, büyük bir sabır ve hoşgörü ile açıklanması gerektiği, doktrinde belirtilmiştir³⁴¹.

Hastanın tıbbi müdahale ve sonuçları konusunda yeterince ya da hiç bilgilendirilmemiş olması ise tıbbi hata olarak nitelendirilir. Hekimin uygun şekilde bilgilendirerek hastanın rızasını elde etmesi halinde, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin de hukuka uygun olduğu kabul edilir. Aynı zamanda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde bir zarar meydana gelmiş ise tıbbi hata olup olmamasına bakılmaksızın, hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulur³⁴².

³³⁹ Özata/Altuncan, 2010: 105.

³⁴⁰ Hızal, 2015: 21.

³⁴¹ Belgesay, 1954: 97.

³⁴² Zeytin, 2011: 5.

2.4.1.2 Teşhis/Tanı Hatası

Teşhis, hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak belirlenmesi demek değil, tanınması demektir³⁴³. Hastanın muayenesi, yapılan test ve tetkiklere dayalı olarak³⁴⁴ bulguların değerlendirilmesi neticesinde semptomların kaynağının anlaşılması işlemidir³⁴⁵.

Belirli bir hastalığın teşhis edilebilmesi için tıp bilimi tarafından kabul edilen tanı yöntem ve prosedürlerini uygulamak, hekimin yükümlülükleri arasındadır. Tanı koyabilmek için gerekli tıbbi standartlar uygulanmalıdır. Kural olarak tanı protokollerine uyulmaması tıbbi hata olarak yansır³⁴⁶.

Teşhis hatası, tek başına hekimin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir³⁴⁷. Hekim, tıbbın gerektirdiği standarda göre ve zorunlu, tüm zamanı ve dikkatini harcayarak, hastasını muayene ettikten sonra teşhisini koymuş ve uygun tedavi yöntemini seçmişse, ihmal ve tedbirsizlikten dolayı sorumlu tutulamaz³⁴⁸.

Hekim, tedavi sürecine, hastasını dinleyerek ve öyküsünü alarak başlar³⁴⁹. Tıbbi hataların önemli bir kısmını, muayenenin yeterli düzeyde yapılmaması ve hastalığın teşhisini kolaylaştıracak öykünün hiç ya da gereği gibi alınmaması oluşturmaktadır³⁵⁰. Hekim, hastanın şikâyetlerinin ne olduğunu, ne zaman başladığını, ne kadar sürdüğünü, genel sağlık durumunu, ailesinde ya da geçmişte bu tür şikâyetler ya da hastalıklarla karşılaşmış olup olmadığını vb. gibi bilgileri elde ederek, belirtileri tespit etmeye çalışır³⁵¹.

Hekimlerin, hastanın tedavisinde doğru teşhisi koyması, mesleki yükümlülüklerindedir. Tıbbi faaliyetler³⁵² sırasında her an zararlı sonuçların meydana gelmesi olasıdır. Karmaşık bir cerrahi müdahaleden basit bir iğne yapılmasına kadar her tıbbi müdahale risk taşır³⁵³.

Hastadaki semptomların hangi hastalığa isabet ettiğini ortaya çıkarmak kimi zaman birden fazla uzmanlık alanı yönünden değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Böyle

³⁴³ Hakeri, 2007a: 207.

³⁴⁴ Işıksaçan, 2014: 53.

³⁴⁵ Gökcan, 2014: 249.

³⁴⁶ Özçetin, 2016:13.

³⁴⁷ Aşçıoğlu, 1993: 80.

³⁴⁸ Tandoğan, 1987: 419.

³⁴⁹ Günay, 2012: 51.

³⁵⁰ Özçetin, 2016: 13.

³⁵¹ Uygur, 2009: 131.

³⁵² Keyman, 1978: 58.

³⁵³ Işık, 2010: 142.

bir durumda, ilgili uzmanlık alanından görüş istemek, tedaviyi üstelenen hekimin yükümlülükleri arasındadır³⁵⁴. Aksi halde davranmak, hekim kusuru sayılır.

Kural olarak, tıp biliminin gereklerine uygun davranılmasına rağmen, mevcut bulgular sonucunda tıbben yanılma olasılığının da kabul edilebildiği olaylarda, hekimin teşhisinde yanılması veya teşhis koyamaması sorumluluğu gerektirmez³⁵⁵. Hekimin yükümlü olduğu husus, uzmanlığının, hastalığının gerektirdiği şekilde hareket etme yükümlülüğüdür³⁵⁶. Buna karşın, hastalığın teşhisi için gereken test, tetkik, muayene gibi tıbbi yöntemlerle başvurulmaması, bu konudaki protokollerin eksik veya yanlış uygulanması, sorumluluğa neden olur.

2.4.1.3 Tedavi Hataları

2.4.1.3.1 Kavram ve Genel Olarak Tedavi Hataları

Hastalığa teşhis konulmasından sonraki tıbbi işlem, tedavidir. Hastalar sağlık kurumlarına başvurduklarında, aldıkları teşhisler doğru olabilir³⁵⁷; ancak hekimin uyguladığı tedavi her zaman doğru olmayabilir³⁵⁸. TDN m.6/2 hükmü uyarınca, hekim hastasına uygulayacağı tedaviyi seçmekte serbesttir. HMEK m. 8³⁵⁹ hükmü “Hekim mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.” uyarınca, hastasına en uygun tedavi yöntemini seçen hekim, tıp biliminin gereklerince ve tıp bilimi uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş yöntemleri uygulamakla yükümlüdür³⁶⁰.

Teşhis ve tedavinin hukuki düzenlemesi TDN m. 13³⁶¹, Biyotıp sözleşmesinin m. 4³⁶², HHY m. 11³⁶³ ve TTB Meslek Etiği Kuralları m. 5³⁶⁴ hükümleri ile hekimin tedavi

³⁵⁴ Gökcan, 2014: 261.

³⁵⁵ Hakeri, 2007a: 343.

³⁵⁶ Aydaş, 2014: 27.

³⁵⁷ Özçetin, 2016: 16.

³⁵⁸ Pakiç, 2006: 43.

³⁵⁹ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 07.02.2019).

³⁶⁰ Ayan, 1991: 67; Hakeri, 2007a: 348.

³⁶¹ TDN m. 13: Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz. (RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436).

³⁶² Biyotıp Sözleşmesi m.4: Mesleki Standartlar: Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir. (RG Tarih: 3.12.2003, Sayı: 5053)

³⁶³ HHY m.11: Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım: Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.

sorumluluğu düzenlenmiştir. TTB Disiplin Yönetmeliği'nin “Geçici olarak meslektan alıkoyma” cezası başlıklı m. 5³⁶⁵ hükmü ile de, hekimlerin tedavi hatalarının yaptırımını düzenlenmiştir.

Hekimin hastasını dinlemesi, öyküsünü alması, muayene ederek gerekli tetkik ve sonuçları değerlendirerek bir teşhis belirlemesi³⁶⁶ ve hastaya uygulanacak tedavi yöntemini seçmesi³⁶⁷ birbiri ile bağlantılı ve önemli aşamalardır. Hekim, bu aşamalardan herhangi birinde dikkatsizlik ya da özensizlik gösterir ise hatalı tedavi ile hastasına zarar verebilir³⁶⁸. Örneğin, hastanın anamnezi yanlış alınır iken özensiz davranılması ya da hiç alınmaması nedeni ile yanlış tedavi uygulanarak³⁶⁹ hastada uzuv kaybına sebep olması hatalı tedavi olarak kabul edilir³⁷⁰.

Tedavi hataları çok değişik şekillerde söz konusu olabilir. Bunlardan bazıları şu şekilde sınıflandırılabilir.

2.4.1.3.2 Yanlış Tedavi Yönteminin Seçilmesi

Hukuki normlara ve etik ilkelere göre, hekim hastasına uygulayacağı tedavi yöntemini seçmede mesleki bilgi ve vicdani kanaatine göre serbest olsa dahi³⁷¹, prensip olarak, hekim hastası için en az tehlikeli ve en faydalı yöntemi seçmelidir³⁷².

Hekim hastalığa doğru tanı koymasına rağmen, tedavi yönteminin seçiminde hatalı davranması muhtemeldir. Tedavide hekimin yükümlülüğü, tıp biliminin verilerine göre yapılması gereken tıbbi müdahaleyi yerine getirmektir. Bu müdahale sırasında tıbbi standarda uygun davranmalıdır³⁷³.

Hekimin hastalığı tamamen iyileştirmek ve tedavide mutlak başarılı olmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁷⁴. Tıbbi standartlara uygun davranılmış olmasına rağmen sonuç değişmemişse, olumsuz sonuçtan hekim sorumlu tutulamaz.

Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir³⁷⁵:

³⁶⁴ TTB Meslek Etiği Kuralları m.5: Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.

³⁶⁵ RG Tarih: 28.4.2004, Sayı: 25446.

³⁶⁶ Karaca Dedeoğlu, 2012: 27.

³⁶⁷ Işıksaçan, 2014: 53.

³⁶⁸ Karaca Dedeoğlu, 2012: 54.

³⁶⁹ Sindel, 2014: 80.

³⁷⁰ Karaca Dedeoğlu, 2012: 59.

³⁷¹ Aydaş, 2014: 29.

³⁷² Ayan, 1991: 66.

³⁷³ Sindel, 2014: 87.

³⁷⁴ Belgesay, 1945: 109.

“Doktor ve Hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastasının durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de, hasta, mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında, titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK m. 394/1 hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor ve hastane, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz.”.

Görüldüğü üzere, hekim tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmiş olmasına rağmen, uygulamış olduğu tedavide sonuç değişmemiş olmasına rağmen, hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulmamıştır.

2.4.1.3.3 Tedavi Sürecinde Uygulama Hataları

Hekim hastalığın tedavisi amacıyla, ilaçlı tedavi veya ameliyat yöntemini tercih etmiş olabilir. Tedavi için uygun ilacı yanlış uygulama, doz miktarında yanılma, deri içi yerine altına enjeksiyon, konulan teşhis ve tedaviye rağmen tamamen yanlış bir ilacın seçilmesi gibi durumlarda, tıbbi uygulama hatalarına örnek olabilir³⁷⁶.

Tıbbi uygulama hatalarının içerisinde, hatalı ilaç uygulamaları, hastaların sağlığını birçok yönden tehdit etmektedir³⁷⁷. Hastaneye yatan hastaların tedavi süreçleri sırasında en çok karşı karşıya kaldıkları hata grubu arasında ilaç hataları yer almaktadır³⁷⁸.

Yanlış ilacın yapılması, bazen tedavi protokolünün değişmesine hastada oluşabilecek yan etkilerin artmasına, tedavi sürecinin uzamasına neden olabilmektedir. Örneğin hastaya yanlış kemoterapi ilacının uygulanması, hastanın kanserli hücrelerinin artmasına ya da daha önce verilmiş olan ilaçların etkinliğini yitirmesine, bilimselliğini kanıtlamış protokollerin bozulmasına sebep olabilmektedir³⁷⁹.

³⁷⁵ Yrg.13. HD. T. 18.09.2008, E. 2008/4215, K. 2008/10749. (www. sinerjimevzuat.com.tr, erişim tarihi: 06.03.2019).

³⁷⁶ Hancı, 2008: 308.

³⁷⁷ Özçetin, 2016: 18.

³⁷⁸ Pakiş, 2006: 43.

³⁷⁹ Özçetin, 2016: 17.

Hataların yoğunlaştığı ameliyathanelerde, anesteziyle ilgili enjektör ve ampul karışımının sorunlara neden olduğu görülmektedir. Enjektörlerin etiketlenmemesi, ampul ve enjektör etiketlerinin eşleştirilmemesi, enjektördeki etiketin okunmaması, etiketteki sıfır ya da ondalık noktanın yanlış okunması gibi nedenler, bu tür hatalara neden olabilmektedir³⁸⁰.

Yanlış uygulama hatalarının önlenmesi için de, hasta servislerindeki narkotik stoklarının kısıtlanması, ilaç konsantrasyonlarının standardize edilmesi, ilaç üretimi ve saklanması kutu, renk ve isim benzerliklerinden kaçınılması gibi tedbirler alınabilir.

2.4.1.3.4 Ameliyatlarda Uygulama Hataları

Hekimin, tedavi amacıyla ameliyat yöntemini seçmesi durumunda, yapılacak ameliyatın tıp biliminin gereklerine göre yapılması, tıbbi standardın aşılması gerekmektedir³⁸¹. Ameliyat kararından sonra, hazırlık aşamasında yapılması gereken röntgen, tahlil gibi incelemeler yapılarak, uygun tedavi yönteminin seçilmiş olması gerekir³⁸². Bu aşamalarda özensizce davranılarak hatalı ameliyat yönteminin seçilmesi de tıbbi hatadır.

Ameliyat uygulamaları ile ilgili yoğun yapılan hatalar, çift organlardan hastalıklı olan yerine sağlıklı olanın ameliyat edilmesidir³⁸³. Danıştay kararına konu olan bir olayda, hastanın sol kalça yerine sağ kalçasının ameliyat edilmesi, ağır kusur olarak değerlendirilmiştir³⁸⁴. Sağ böbrek yerine sol böbreğin alınması, göz ameliyatı olması gereken hastaya rahim ameliyatı yapılması, tıbbi hataların en ürkütücü olanlarıdır³⁸⁵.

Doğru hastanın ameliyathaneye alındığı ve doğru operasyonun vücudun doğru tarafına uygulandığından emin olmak için uygun politikalar uygulanmalıdır. Hastaneye kabulde, hastaya bir kimlik bileği takılması, hasta ameliyathaneye alınmadan önce operasyon yapılacak tarafın ve alanın işaretlenmesi³⁸⁶ gibi tedbirler, uygulama sırasında oluşacak hataların oranının azaltabilir.

Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu yanlış organların alınması, hastalar açısından geri dönüşü olmayan zararlara neden olabilmektedir.

Yargıtay 2. CD bir kararında "... Ameliyathane sorumlusu hekim, sanığın görevlendirilmesi üzerine göz ihtisası yapmakta olan diğer hekim sanığın, mağdurenin dosyasını incelemeden sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözünde zorunlu olarak alınması

³⁸⁰ Gökcan, 2014: 258.

³⁸¹ Sindel, 2014: 87.

³⁸² Özçetin, 2016: 18.

³⁸³ Işıksaçan, 2014: 63.

³⁸⁴ Hakeri, 2007b: 262.

³⁸⁵ Sayek, 2011: 13.

³⁸⁶ Polat, 2005: 260.

sonucu mağdurenin iki gözünün kör olduğu³⁸⁷”; yine Yargıtay 4. CD. bir kararında “... devlet hastanesi dış polikliniğinde dış tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın dış çektirmek üzere kendisine başvuran hastanın, çekilmesi gereken sol üst çenede bulunan çürük dişi yerine sağ üst çenedeki aynı numaralı sağlam dişinin çekmesi biçiminde oluşan eylemde...” şeklindedir.

2.4.1.3.5 Tedavi Sırasında Uzman Görüşüne Başvurulmaması

Hekim, hastalığa teşhis koyarken, tüm yöntem ve tıbbi araçlarını kullanmalı, hastayı dinlemeli, hastanın fiziki muayenesini yapmalı, tetkik ve röntgenleri incelemeli, gerektiğinde, kendi uzmanlık alanı dışındaki uzmanlık dallarında bulunan hekimlerden konsültasyon³⁸⁸ istemelidir.

Hekim kendisine başvuran hastanın şikâyetini dinleyip koyduğu tanıya göre uygun tedavi yöntemini seçer. Hastada sonradan bir komplikasyon gelişmesi ya da hastada var olan diğer bir hastalığın tedavi sürecini olumsuz etkilemesi gibi nedenlerin ortaya çıkması durumunda ortaya çıkan riskli durumların ve tedavisini üstlendiği hastalığın olağan risklerini değerlendiren hekim, hastanın yararına olan en iyi kararı vermelidir. Hekim tedaviye devam etme kararı verir ise kendi uzmanlık alanı dışındaki uzman hekim görüşüne başvurmalıdır³⁸⁹. Hekim tüm görevlerini yerine getirmiş olup, konsültasyon istediği uzman hekim tarafından verilen karara bağlı olarak teşhis koyması durumunda, konulan teşhisin hatasından kendisi değil, hastalığı danışmış olduğu uzman hekim sorumludur³⁹⁰.

2.4.1.3.6 Tedaviyi Üstlenme Kusuru

Hekim, hastayı tedavi etmeyi üstlenirken, tıbbi standardı sağlamak konusunda yeterli bilgi, tecrübe ve donanıma sahip olup olmadığını değerlendirmelidir³⁹¹. Hekim bu standardı sağlayamayacağını öngördüğü takdirde, hastayı bir başka hekime ya da hastaneye havale etmesi gerekir. Hekimin uzmanlık yetkisini aşması durumunda ise üstlenme kusuru oluşur.

³⁸⁷ Savaş, 2007: 186.

³⁸⁸ Konsültasyon: Hekimin, hasta merkezde olmak üzere, farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım anlamına gelmektedir. (http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c) (erişim tarihi:04.03.2019).

³⁸⁹ Gökcan, 2014: 261.

³⁹⁰ Sindel, 2014: 37.

³⁹¹ Hakeri, 2007b: 272.

Önceki bölümlerde bahsedildiği üzere³⁹², bazı istisnalar dışında kanunda bir hastalığın mutlaka uzman hekim tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle, herhangi bir hekimin uzman olmadığı, başka bir alanla ilgili tedaviyi üstlenmesinde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır; ancak böyle bir engelin bulunmaması her müdahalenin, her hekim tarafından gerçekleştirileceği anlamına gelmemektedir. Hastanelerin işletilmesi ile ilgili düzenlemelerde, acil hallerde dışında teşhis ve tedavi işlemlerinin ilgili uzman hekimlerce yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim, hastanelerde teşhis ve tedavinin uzmanlık standardınca yürütülmesi gerekir³⁹³.

Yargıtay 4. HD.nin bir kararı şu şekildedir:

“Saptanamayan arteriovenöz fistülde meydana gelen harabiyet nedeni ile ölüm olayında, davalı genel cerrahi uzmandır. Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında, hekimlik mesleğinin uzmanlık nedeni ile sınırlandırılması söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir; ancak kendi içinde uzmanlık dallarına ayrılmış tıbbi müdahalede bulunurken, hekimin bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir ve hekim kusuru nedeni ile sorumlu olur³⁹⁴.”

Hekim açısından acil durumlarda şuuru kapalı olan bir hastanın tedavisini üstlenme fiilini, sözleşme yapma iradesinin hareket olarak dışı vurumu şeklinde kabul etmek mümkün olsa da, iradesini açıklayacak yahut belli edecek davranışta bulunmayan hastanın, sözleşme kurulması yönündeki olumlu iradesinin mevcut olduğu düşünülmesi, arada sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi açısından varsayım olmayacaktır³⁹⁵. Nitekim, aradaki ilişki her zaman sözleşme ilişkisine dayandırılmaz, kimi hallerde vekaletsiz iş görme ya da haksız fiil sorumluluğuna gidilebilir³⁹⁶.

2.4.1.3.7 Tedavi Sonrası Hizmetlere İlişkin Hatalar

Tıbbi müdahaleler açısından söz konusu olan özen yükümlülüğü, tedavi sonrası hizmetler açısından da geçerlidir. Hasta ile hekim arasındaki ilişki sona ermesine rağmen, bazı hallerde, hekimin tedavi sonrası yükümlülüğü devam edebilir. Çünkü, mesleğin özen

³⁹² Bkz. Bölüm: 1, 1.3:13.

³⁹³ Gökcan, 2014: 261.

³⁹⁴ Yrg. T. 06/05/1991, E. 1991/990, K. 1991/429. Kazancı İçtihat Bankası (erişim tarihi: 06.03.2019).

³⁹⁵ Işık, 2010: 4.

³⁹⁶ Hatemi 1992: 489-490.

yükümlülüğü gereği³⁹⁷, hekim uyguladığı tedavinin ya da gerçekleştirdiği cerrahi müdahalenin başarısını ya da başarısızlığını kontrol altında tutmalıdır. Tedavi sonrası hekimin ilk yükümlülüğü, hastaya tavsiye ve uyarılarda bulunmaktır. Hekim, tıbbi müdahaleden sonra ortaya çıkan, tespit edilen tehlikeler konusunda da hastanın uyarılması gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde tıbbi müdahale hatası söz konusu olur³⁹⁸.

Tıp biliminde genel olarak hastanın iyileştirilmesinde ya da tedavi yönteminde ilaç kullanılır. Hastanın, tedavisi basit ilaçla tedavi sonrasında iyileşebilir, bunun yanında cerrahi müdahale uygulanan hastaların ameliyat sonrası bakımının titizlikle takip edilmesi gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında "... Somut olayda hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.nın davacının annesi olan S.nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu olduğu³⁹⁹..." şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Hekimin tedavi sonrası hizmet yükümlülüğü, kontrol ve gözetim yükümlülüğü olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰⁰. Hayati fonksiyonlarının yeterli şekilde gözetlenmemesi, koruma tedbirlerinin alınması hekimin kontrol ve gözetim hatası olarak kabul edilir⁴⁰¹.

Hekimin tedavi sonrası, hastayı aydınlatma ve hastaya uyarıda bulunma yükümlülüğü olduğu gibi hastanın da bu konuda, aktif ve eksiksiz olarak katılımına, işbirliğine ihtiyaç vardır. Örneğin, hastanın yapması ya da yapmaması gereken hareketler yahut diyet yapması gibi. Bizzat hastanın, hekimin ameliyat sonrasında dikkat etmesini söylediği beslenme programına uymadığı için mide kanaması geçirmesi ya da yeniden ameliyat olması gerekmesi ise zarar gören hastanın kusuru nedeniyle hekimin sorumluluğunu, kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilir⁴⁰².

2.4.2 Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar

2.4.2.1 Sağlık Kurumunun Organizasyonuna İlişkin Hatalar

Hastane işletmesi, kamuya veya özel sektöre ait olabilir. Hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden sorumlulukta, işletmenin kamuya ya da özel sektöre ait olup olmadığına

³⁹⁷ Uygur, 2009: 313.

³⁹⁸ Hakeri, 2007a: 263.

³⁹⁹ Yrg.13. HD. T. 8.7.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796, <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 12.01.2019).

⁴⁰⁰ Işıksaçan, 2014: 63.

⁴⁰¹ Hancı, 2002: 141.

⁴⁰² Soyaslan, 2008: 335.

bakılmaksızın, birinci derece hasta yönetimi sorumludur⁴⁰³. Danıştay bir kararında “... Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personele ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür⁴⁰⁴.” şeklinde, bu konudaki prensipleri belirleyici bir karar vermiştir.

Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri yanında, sözleşmeden kaynaklanan asıl borcu ve yan yükümlülükleri de vardır. Yönetimin ilk yükümlülüğü, hasta tedavisi iken, hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, aşamaları kayda geçirme gibi yükümlülükleri ise yan yükümlülükleri arasında yer almaktadır⁴⁰⁵.

Hastane yönetiminin “hastane bakımı” kavramı içinde yer alan yükümlülükleri ihmal etmesi, hastaya bozuk yiyecek verilmesi yüzünden hastanın zehirlenmesine yol açılması, yeterli ısıtmanın yapılmaması nedeni ile hastalığın ağırlaşmasına ya da başka bir hastalığa yol açması, ameliyathanede yeterli sterilizasyonun yapılmaması nedeni ile hastanın enfeksiyon kapması gibi nedenlerle meydana gelen zararlardan hastane yönetimi sorumludur⁴⁰⁶.

Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işleteni sorumlu tutulabilmektedir. Hasta, hastaneye kabul edilmekle, hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister⁴⁰⁷. Hastane işleticisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun görünüm tarzıdır⁴⁰⁸.

Sağlık kuruluşlarının hangi tıbbi donanıma veya personele sahip olmaları gerektiği hususu ilgili mevzuatta belirtilmektedir. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği ile Hususi Hastaneler Kanununda bu yönde hükümler yer almaktadır. Hastanelerin türü ve büyüklük derecesine göre hangi boyutta sağlık hizmeti vereceği bu klinik ve poliklinik hizmetlerinin verileceği bölümlerim bulunması ve yeteri kadar uzman hekim, hekim ve yardımcı sağlık mesleği mensuplarının istihdam edilmesi gerekir.

Hastane yönetiminin istihdam ettiği personel ile ilgili olarak da sorumlulukları bulunmaktadır. Hekim dâhil, bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyo-

⁴⁰³ Ayan, 1991: 129.

⁴⁰⁴ Polat, 2007: 366.

⁴⁰⁵ Polat, 2007: 366; Hakeri, 2007b: 265.

⁴⁰⁶ Özçetin, 2016: 25.

⁴⁰⁷ Ertuğ Ünder, 2012: 212.

⁴⁰⁸ Akkanat, 2006: 32.

nu görevi gibi yerine getirmelidir⁴⁰⁹. Hastane işleticisi gerek tıbbi, gerekse tıbbi olmayan personeli seçerken özenli hareket etmek ve bunları yeni gelişmelere uygun hale getirmek zorundadır⁴¹⁰.

Hekimlerin hatalı uygulamaları bakımından ülkemizdeki tıbbi standart göz önünde bulundurulacak ise de, özel hastaneler bakımından ayrı bir uygulama yapılması ve bunların dünyadaki gelişmeleri izlemek ve çalıştırdıkları hekimleri bu düzeye getirmek yükümlülüğü altındadır⁴¹¹. Yargıtay bir kararında, özel hastanelerin gerekli tıbbi şartları sağlaması ve özen yükümlülüğünün daha fazla olduğunu şu şekilde ifade etmiştir⁴¹²:

“Özel hastane işleteni öncelikle tacir sıfatıyla basiretli tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de, hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır... Davacılarından ölenin eşi... daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle, getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.”

Hastane işleticisi, hekimlerin uzmanlık alanı itibariyle hastaya ayırması gereken süreyi göz önünde bulundurarak görevlendirme yapması gerekir. Hekim de aynı şekilde hasta sayısının fazla olduğunu ileri sürerek tıbbi standardı sağlayamadığı savunması ardına saklanamaz⁴¹³.

Hastane işleticisinin, hastaların aydınlatılması ve rızasının alınması hususunda hekimleri bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali de yine organizasyon kusura olarak nitelendirilmektedir⁴¹⁴. Hastane işleticisinin, hekimin bu yükümlülüklerini ifa edip etmediğini kontrol etme yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak aydınlatma ve rıza formunun hasta dosyasında bulunmaması, kaybolması durumlarında hastane işleticisinin sorumluluğu bulunmaktadır⁴¹⁵.

Çocukların yahut akıl hastalarının, hastanelerde güvenlik içinde olmalarını sağlayacak tedbirleri almak da hastane işleticisinin yükümlülüğü arasındadır. Özel hastanelerin

⁴⁰⁹ Hakeri, 2007a: 368.

⁴¹⁰ Ayan, 1991: 160.

⁴¹¹ Aşçıoğlu, 1993: 123.

⁴¹² Hatırnaz Erol, 2007: 113.

⁴¹³ Sayek, 2011: 35.

⁴¹⁴ Karaca Dedeoğlu, 2012: 93.

⁴¹⁵ Işıktaşan, 2014: 66.

konuyla ilgili sorumluluğunu düzenleyen yasal mevzuat hükümleri de bulunmaktadır⁴¹⁶: Özel Hastaneler Tüzüğü m. 16/c⁴¹⁷ hükmü “Akıl ve ruh hastalıklarına ayrılan binalarda duvar, pencere, kapı, karyola ve yatak takımları ile diğer bölümler hastaların kaçmalarına, kaza ve zararlara engel olacak biçimde yapılmalıdır.” ve m. 16/d “Gündüz de yatakta kalan ya da kendisine ve başkasına zarar verebilecek (ajite ya da agresif) olan hastalara ve özel tedavi gerektirenlere durumlarına uygun ayrı odalar verilmelidir.” şeklinde düzenmiştir.

2.4.2.2 Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar

Hekimin yükümlülüğü, hastalığı mutlak surette iyileştirmek değil, tıp biliminin verileri çerçevesinde tedavi edici girişimleri icra etmektir. Hekim, tedavisini üstlendiği hastasına karşı, onun sağlığı ve yararına en uygun tedavi yöntemini seçmek ve uygulamakla yükümlüdür. Hekim bu amaçla tedavi için gerekli araç gereç seçimi, gerekli ortamın hazırlanması, yardımcı sağlık personelinin veya yardım alacağı uzman hekimin seçiminde titizlikle hareket etmelidir⁴¹⁸.

Her ekip çalışması, tipik iletişim riskleri ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır⁴¹⁹. Yeteri kadar açık ve net bilgilendirmeme, alınan önlemlerin birbiri ile uyumlu olmaması, hastanenin ekip ve ekipmanlarının tam ve yeterli olmaması gibi⁴²⁰. Tüm bunlardan kaynaklanan organizasyon hatalarını, iletişim eksikliği, koordinasyon eksikliği, vasıf eksikliği, yetki sınırlamalarında eksiklik ve görevlendirmede eksiklik olarak sıralayabiliriz.

İletişim hataları, göz ardı edilmesine karşın, tıbbi hatalara en çok sebep olan etmenler arasındadır. Hastaların çoğunluğu, hekimlerin iletişiminden memnun değildirler. Hastalara ve hekimlere, hataya sebep olan faktörlerle ilgili fikirleri sorulduğunda, “iletişim” konusunun, hata sebepleri arasında önemli bir yere sahip olduğu dikkat çekmektedir⁴²¹.

İletişim risklerinden kaynaklanan ve aslında her tıbbi müdahale hatasının altında yatan temel faktörü organizasyon kusuru olarak tanımlayabiliriz. Tedavi, bir hekim tarafından üstlenilebileceği gibi, birden fazla hekimin iştiraki ile de tedavi gerçekleştirilebilir. Tedaviyi tek hekimin üstlenmesi durumunda, tedavi sürecine katılacak diğer kişilerin seçimi ve onların uygulamalarını denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁴¹⁶ Ertuğ Ünder, 2012: 212.

⁴¹⁷ RG Tarih: 10.1.1983, Sayı: 17924.

⁴¹⁸ Işıksaçan, 2014: 66.

⁴¹⁹ Işıksaçan, 2014:66.

⁴²⁰ Aydaş, 2014: 86.

⁴²¹ Bakar, 2016: 25.

Güven ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve objektif sorumluluk yasağından kaynaklanmaktadır⁴²². Belirli bir alanda faaliyette bulunan kişi, o konuda faaliyet gösteren diğer kişilerin kurallara uygun davranacağına güven duyarak hareket etmek zorundadır⁴²³. Güven ilkesi uyarınca, diğerinin kurala uygun ve özenli davranacağına güvenen kişi, başkalarının özensiz davranışının tehlikeli zararlı sonuçlarını bertaraf etmek veya dikkate almak zorunda bırakılmamalıdır.

Güven ilişkisi esasen “izin verilen risk” kuralının, tıp hukuku alanındaki yansımasıdır. Buna göre, iş bölümü içinde çalışan personelin sorumluluğu sınırlanmalıdır; nitekim iş bölümü içinde çalışma tıbbi müdahale için gereklidir ve ortaya çıkabilecek rizikolara da katlanmak zorundadır⁴²⁴. Güven ilkesi gereği sadece tedaviyi üstlenen hekim, diğerlerine güvenmek durumunda olmayıp, diğer hekimler de ekip şefine ve diğer hekimlere güvenmelidir.

Özellikle hastanelerde, büyük kliniklerde, ayakta veya yatarak tedavi durumunda hastanın birçok hekim ve sağlık personeli tarafından tedavisi yapıldığından, bu tip hallerde meydana gelen bir zarar söz konusu olduğu takdirde, kimin hakkında dava açılacağı büyük bir sorun oluşturmaktadır.

Hekimin özel muayenehanesinde yapılan muayenelerden doğan zararlardan hekim sorumludur. Yine ifa yardımcısı hükümleri gereği yanında çalışan hekim ya da yardımcı personelin eyleminden de hekimin sorumlu olacağı açıktır⁴²⁵.

Birden fazla hekimin müşterek olarak çalıştığı poliklinikte, tazminat sorumluluğu hekimler arasındaki sözleşmeye bağlıdır. Hekimler, her bir kliniği ayrı olarak kullanıyor ise sorumluluk tek, şayet hastaya karşı bir bütün olarak ödev görüyorlar ise bu durumda sorumluluk müşterek olarak nitelendirilecektir⁴²⁶.

Tedaviyi sürdüren hekim, bir başka hekimden görüş aldığı durumda, danışan hekim ile hasta arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Buna karşılık, hekim, hastanın onayı ile bir başka hekime danışır ise, danışılan hekimin sorumluluğu söz konusudur. Yine hasta, danışılan hekimin tıbbi müdahalesine, tedavisine herhangi bir itiraz etmez ise, hastanın zımnî iradesi ile danışılan hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olduğundan, danışılan hekimin yine sorumluluğu söz konusudur⁴²⁷.

⁴²² Ünver, 2008: 883.

⁴²³ Altundere, 2011: 105.

⁴²⁴ Hakeri, 2007a: 271.

⁴²⁵ Karaca Dedeoğlu, 2012: 27.

⁴²⁶ Hakeri, 2012a: 259.

⁴²⁷ Gökcan, 2014: 269.

2.4.2.3 Mekanik Arızalar

Hekimin tıbbi müdahale sırasında kullanacağı cihazların bakımı ve kullanıma her an hazır bulundurulması, hastane yönetimi sorumluluğundadır. Yine hekim, tedavi sırasında kullanacağı cihazların çalışır durumda olup olmadığını önceden kontrol etmelidir.

Teknik cihazların ilgili hekim dışında başka bir sağlık mensubunca kullanılacak olması durumunda, cihazın bakım ve kullanıma elverişli hale getirilmesinde sorumlu olan kişi, ilgili uzman personeldir⁴²⁸.

Yargıtay bir kararında⁴²⁹ “Dava, davacının ilk ameliyatta takılan tıbbi malzemelerin kırılması nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığı ve sağlığına kavuşamadığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. 29.06.2009 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. ihtisas kurulu raporunda, davacının maluliyet tayinine mahal olmadığı, iyileşme süresinin üç aya kadar uzayabileceği bu süre zarfında mesleğini icra edemeyeceği belirtilmiştir. 06.10.2011 tarihli Adli Tıp Kurumu Genel Kurul raporunda ise vidalarda tespit edilen çiziklerin imalat hatasından kaynaklandığını, kırılma nedeniyle 2. operasyona neden olduğu, meydana gelen arızanın SGK Sağlık İşlemleri Tüzüğü hükümleri çerçevesinde fonksiyonel arıza bırakmadan iyileşmiş olduğundan maluliyet tayinine mahal bulunmadığı, kişinin enstrüman kırılması nedeniyle maruz kaldığı, 2. ameliyat sonrası iyileşme süresinin 3 aya kadar uzayabileceği, bu süre zarfında mesleğini icra edemeyeceği bildirilmiştir...” şeklindedir.

2.4.2.4 Tedaviyle İlgili Olmayan Personel Kusurları

Hasta, tıbbi hizmet almak amacıyla muayenehane, klinik veya hastaneye girdiği andan itibaren çeşitli nedenlerle zarar görebilir. Örneğin, hastanın hastane içerisinde röntgen çekilmesi amacıyla taşınması sırasında düşürülerek kolunun kırılmasına neden olunması veya hastanın tedavi sırasında hastane mikrobuna maruz kalıp enfeksiyon kaparak tedavi edilmeyip ölmesi vb. gibi dolaylı hatalardır⁴³⁰.

Dolaylı hata halinde sorumluluk, öncelikle eylemin failine aittir. Hatalı hareket eden personel, kast yahut taksiri nedeni ile haksız fiil sorumlusudur. Personelin kusurlu davranışı nedeni ile hastanenin yahut kliniğin de müşterek kusuru söz konusudur⁴³¹.

⁴²⁸ Gökcan, 2014: 272.

⁴²⁹ Yrg. 13. HD. E. 2013/23005, K. 2014/22668. (www.corpus.com.tr erişim tarihi: 20.12.2018).

⁴³⁰ Gökcan, 2014: 272.

⁴³¹ Gökcan, 2014: 273.

2.4.3 Tedaviden Kaçınma veya Tedaviyi Geciktirme

Hekimin, tıbbi müdahalede bulunması gereken durumlarda, tıbbi yardımdan kaçınması veya yardımı geciktirmesi de tıbbi hata sayılır.

Sağlık hakkı, kişinin toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve sürekli geliştirilmesi için sağlanan olanaklardan yararlanabilmesidir.

Hekimlik sözleşmesinin temelinde anayasal dayanağı bulunan “tedavi özgürlüğü” bulunmaktadır. Bu özgürlüğün üç unsuru vardır. Bunlar:

- Tedavi gereğinin bulunup bulunmadığı konusunda karar verecek olan hekimdir.
- Hekim, vicdanıyla çelişen metotların, belirli bir teşhis yönteminin veya tedavinin uygulanmasına zorlanamaz.
- Kendisi için uygun görünen teşhis veya tedavi metodunu seçmek yetkisi daima hekime aittir⁴³².

Tüm bunların sonucu olarak, özel durumlardan hastayı reddetme hakkı vardır; ancak bu hak, hastaya zarar vermeme, hekim-hasta ilişkisindeki güven unsuru, sağlık hizmetlerinin devamlılığı ve herkes için ulaşılabilirliği konuları göz ardı edilmeden kullanılmalıdır⁴³³.

Hekimlik mesleğini serbest olarak, özel hastanede yahut kamu hastanesinde yerine getirip getirmemesine bakılmaksızın, haklı gerekçelerin olması, hastaya aynı kurumda gerekli standartta tıbbi müdahalede bulunulmasının garanti altına alınmış olması kaydıyla hastayı ret hakkı vardır.

Hekimin kendi değer yargıları veya ahlak anlayışı çerçevesinde hastayı tedavi etmeyi reddi, tedavi hizmetlerinin insan hakları bağlamında taşıdığı önem açısından, tıp etiğine ve hukuka uygun bir yaklaşım değildir.

İlgili mevzuatta da hangi koşullarda hastayı ret yahut tedaviden kaçınma hakkı olduğunu düzenlenmiştir. Hekimlik meslek etiği kuralları m. 25⁴³⁴ hükmü “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

⁴³² <https://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/hastayiredetmekarari.pdf> (erişim tarihi: 13.01.2019).

⁴³³ Sert, 2008: 2.

⁴³⁴ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 13.01.2019).

durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye dűşmeyeceđini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanakları konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstelenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”, yine TDN⁴³⁵ m. 6 hükmü “ Tabip ve diř tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hişbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.”, m. 18 hükmü “ Tabip ve diř tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariş olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.”, m. 19 hükmü “Tabip ve diř tabibi, mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye dűşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez. Hastayı bu suretle terk eden tabip veya diř tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanının ait müşahede notlarını verir.” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler uyarınca, hekim hastasının tedavisini üstlenmeyi reddedebilir.

Hekimin, tıbbi yardımını tam yahut gerektiği şekliyle tam zamanında sunamaması halinde, tedavinin gecikmesi söz konusudur⁴³⁶. Hekimin tıbbi hizmeti, düzenli ve mevzuata uygun olarak yerine getirilmesi gerekli ise de bu hizmetin çabukluk içinde, zamanında yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali halinde tıbbi hata olur⁴³⁷.

Tıbbi yardımın yerine getirilmesi için mevzuat bir süre öngörmüş ise bu sürenin aşılmış olması da hizmetin geç işlediğinin karinesidir⁴³⁸. Örneğin, hamilelikte bazı testlerin yapılmasının süreye tabi olması, kuduz aşısının belirli bir süre içinde yapılması ya da kan uyuşmazlığı olan bir annenin doğum eylemi sonrasındaki 72 saat içinde yapılması gereken ilacın zamanında yapılmaması gibi.

Yargıtay da çeşitli kararlarında “...Hekim hastalığa tıbbi aığdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim sorumlu tutulamaz...⁴³⁹” görüşü ile hükümler vermiştir.

⁴³⁵ RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436.

⁴³⁶ Atay, 2012: 66; Kalabalık, 2012: 286.

⁴³⁷ Işıksaıçan, 2014: 82.

⁴³⁸ Hızal, 2015: 44.

⁴³⁹ Yrg. 13. HD. T. 09.04.2003, E. 2003/711, K. 2003/4255 (www.kazanci.com.tr erişim tarihi:13.12.2018).

2.5 Komplikasyonlar ve Hekimlerin Sorumluluğu

2.5.1 Kavram

Tıbbi müdahalede zor olguların tedavisi, hızlı karar vermeyi ve risk almayı gerektirir. Hastaların görece olarak güçlü olduğu düşünülen hekimler karşısında korunması ilkesinin, hekimlerin mesleği yürütmedeki cesaretini kırmasına engel olacak şekilde benimsenip uygulanması, toplumsal fayda için gereklidir⁴⁴⁰.

Tıbbi bilim ve tekniği, her biri diğerinden farklı olan, her zerresinin tam olarak bilinmesi mümkün olmayan insan üzerinde icra edildiği için, her uygulama her insanda aynı sonucu vermeyebilir⁴⁴¹. Bu nedenle, kişilere özgü olarak yapılan tedavilerden elde edilen veriler değil, bilimsel çalışmalarla elde edilen anlamlı sayısal sonuçlardan yola çıkılarak tedaviler yapılır. İşte bu durum, istenmeyen ama önceden oluşması ihtimali bilinebilen, önlenemeyen zararlı sonuçlar açısından, tıp uygulayıcılarına izin verilen bir ortam bırakılmasına neden olmaktadır. Doktrinde “izin verilen risk alanı” dediğimiz bu alanda gerçekleşen zararlı sonuçlardan sağlık mesleği mensubu sorumlu tutulmamaktadır.

Fransızca “complication” kelimesinin sözlük anlamı “karmaşıklık”tır⁴⁴². İzin verilen risk alanı içinde, kusursuz olarak oluşan zararlı sonuçlar “komplikasyon” olarak adlandırılmaktadır. Komplikasyonun bilgi ve beceri eksikliğinden kaynaklanmaması gerekir⁴⁴³. Tıbbi uygulamanın bakım ve standartlarına uygun olmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp bilimi çevresince kabul edilmiş veya her türlü tedbirin alınmış olmasına rağmen, ortaya çıkmasında kaçınılamayan zararlar komplikasyon⁴⁴⁴ olarak nitelendirilmektedir. Tıbbi müdahaleler sonucunda oluşan komplikasyonlar, müdahale öncesinde hasta bilgilendirilmiş ve bu konuda rızası alınmış olması, ihmal, tedbirsizlik gibi kusurların bulunmaması şartıyla hekimin sorumluluğuna gidilemez⁴⁴⁵.

Kavramı, taksirin varlığı için aranan koşulların yokluğu açısından değerlendirilen görüşe⁴⁴⁶ göre, komplikasyon “kaçınılmaz veya öngörülemez⁴⁴⁷” durumları ifade etmektedir. Doktrinindeki diğer bir görüşe göre, komplikasyon, hasta için hiç öngörülemeyen durumları, öngörülebilir fakat önemi olmayan durumları, öngörülebilir fakat üstün yarar ge-

⁴⁴⁰ Savaş, 2011: 281.

⁴⁴¹ Savaş, 2011: 281.

⁴⁴² www.tdk.gov.tr (erişim tarihi:14.01.2019).

⁴⁴³ Can, 2012: 38.

⁴⁴⁴ Polat, 2005:32.

⁴⁴⁵ Kamil, 2012:130.

⁴⁴⁶ Gökcan, 2014:277.

⁴⁴⁷ Ünver, 2008:60.

reği göze alınmış durumları, kötü rastlantı⁴⁴⁸ ve öngörülebilir fakat önlemi alınmış durumları⁴⁴⁹ ifade etmektedir.

Komplikasyonun varlığı için temel koşulun, hastanın yahut bilgilendirilmesi gereken kişinin öngörülebilir risk hususunda bilgilendirilmiş olması gerekir. Bunun ispatı için kullanılacak esaslı belgenin ise aydınlatılmış onam yahut rıza formunun olduğu açıktır.

Aydınlatılmış onam formları ve müdahaleyi yapacak hekimin aydınlatmasını ne kadar ayrıntılı ve şahsa özel yapar ise, hekimin sorumluluğu da o derece hafifler. Nitekim, hasta, komplikasyonları bilerek müdahaleyi kabul etmiş olur. Bu durumda eylem hukuka uygun hale gelir. Uygulanması gereken müdahale her ne kadar acil değilse, aydınlatılmış onam formunun ve bilgilendirmenin o derece geniş olması kabul edilmektedir. Aydınlatmanın kapsamı ile müdahalenin aciliyeti ters orantılıdır. Müdahalenin aciliyeti arttıkça, aydınlatmanın kapsamı da daralır⁴⁵⁰.

Yargıtay, yerleşik içtihatlarında, matbu formların kişinin yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunun ispatı açısından yeterli bulmamaktadır. Yargıtay bir kararında⁴⁵¹,

“Davacının, göz merkezi olarak yapılan reklam ve broşürlerden etkilenecek, 10.05.2007 tarihinde Özel... Göz Sağlığı Merkezi’ne bilgi almak için başvurduğunu, hastanede davalı Op. Dr... ile görüştüğünü, görüşmede davalının işinde Türkiye’nin en iyisi olduğunu ve lazer teknolojisini ülkeye getiren kişi olduğunu ve maksimum 1 hafta içerisinde daha kaliteli görececek şekilde işinde çalışmaya başlayabileceğini garanti ettiğini, 11.05.2007 tarihinde ameliyat edildiğini, taburcu olmadan tekrar sorun yaşaması sebebiyle yeniden ameliyat odasına alınarak bir takım işlemler yapıldığını, taburcu edildikten birkaç gün sonra tekrar sorun yaşaması sebebiyle hastaneye geldiğini, hekim tarafından açıklama yapılmaksızın sorun olduğu gerekçesiyle tekrar ameliyat masasına yatırıldığını ve birkaç saatlik müdahaleden sonra uzun bir süre göremeyeceğinin belirtildiğini...” davalının ameliyat öncesi muhtemel meydana gelebilecek netice ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK m. 357 uyarınca zorunluluktur. Öyle olunca, dosyaya ibraz edilen onam formu matbu olup, davalı tarafından davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı husus ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeri ile anlaşılabilir. Hal böyle olunca,

⁴⁴⁸ Kelek, 2015:58.

⁴⁴⁹ Yayıcı, 2008:60.

⁴⁵⁰ Savaş, 2011: 287.

⁴⁵¹ Çakal, 2018: 96.

bu konudaki davalı delillerinin toplanarak gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozulmuş ve bu kez mahkemece, Dairemizce verilen bozma kararına uymak suretiyle yargılamaya devam edildiği halde, bozma gerekleri yerine getirilmeden özellikle davalıların tanık ...’ın tekrardan dinlenmesine yönelik talebi dikkate alınmadan hüküm tesis edildiği anlaşılmıştır. Nitekim, dairemizce verilen bozma kararında aydınlatılmış onam belgesinin ispata yarar olmadığı...” şeklindedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, matbu şekilde hazırlanıp her hasta için aynı şekilde kullanılan onam formlarının pratikte bir faydası bulunmamaktadır. Onam formu, ne kadar hastaya özgü olursa, formun ispat gücünün o oranda artacağı kanaatindeyiz.

2.5.2 Komplikasyonun Sorumluluğa Etkisi

Her tıbbi müdahalenin birtakım riskleri vardır. Hekim, tıbbi müdahaleyi bu riskleri göze alarak ve menfaat dengesini göz önünde bulundurarak gerçekleştirir. Kesin ortaya çıkacağı veya çıkma ihtimali bulunan yani öngörülebilir riskler, hasta yararına olan uygulamanın yapılmasına engel değildir. Hekim, uygulayacağı müdahale hakkında hastayı yahut bilgilendirilmesi gereken kişiyi, yeterince bilgilendirmiş ve hukuka uygun rızasını almış ise meydana gelen komplikasyondan sorumlu tutulamaz⁴⁵².

Hekimin komplikasyonlardan sorumlu tutulmaması için, makul derece ve oluşma ihtimali yüksek olan komplikasyonları bildirmelidir. Çünkü, hekimin tıbbi müdahalenin tüm komplikasyonlarını bilme ihtimali olmayabilir⁴⁵³. Tıbbi müdahalelerde, öngörülebilir; ancak önlenmesi mümkün olmayan oluşma ihtimali önceden hastaya usulüne uygun olarak bildirilmiş ve hasta tarafından kabul edilmiş durumlar nedeniyle hekim sorumlu tutulamaz. Hekim; ancak kusurlu uygulamasından dolayı sorumlu tutulur⁴⁵⁴.

Tıbbi uygulamalar öncesinde olumsuz neticeler doğabileceği baştan bilinmektedir. Hastadan yeterli öykü alındığı, yeterli muayene yapıldığı, gerekli röntgenlerin çekildiği, tetkik ve tahlillerin yapılarak uygun teşhis ve tedavi yönteminin seçilmesinde hata yapılmadığı varsayılsa bile, kullanılan ilacın çok nadir dahi olsa karşılaşılabilecek yan etkilerinin giderilebilmesi için gerekli alet, bilgi ve ilaçların hazır olmaması, hastanın zararına sebep olabilir⁴⁵⁵. Ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önceden kestirilebildiği durumlarda, mutlaka önlem alınmalı, öngörülen komplikasyonun gerçekleşmesi halinde de zararın art-

⁴⁵² Polat, 2005: 32.

⁴⁵³ Polat, 2005: 32.

⁴⁵⁴ Işıksaçan, 2014: 44.

⁴⁵⁵ Savaş, 2011: 283; Polat, 2005: 32.

maması için de yine tıbbi standartlar içinde gerekenleri yapmalıdır. Aksi halde komplikasyon olsa dahi, komplikasyonun iyi yönetilmemesi nedeniyle hekimin sorumluluğundan bahsetmek gerekecektir⁴⁵⁶.

Nadir de olsa ortaya çıkması muhtemel gelişmeler, her somut olay için peşinen komplikasyon olarak değerlendirilmemesi, müdahaleyi yapan hekimin gelişecek riskleri öngörerek önlem alması gerekmektedir. Her komplikasyon, hukuki açıdan sorumsuzluğu ifade etmemeli, öngörülemez, önlenemeyen ve her türlü önlem alınmasına rağmen gerçekleşen zararların sorumluluğa yol açmayacağı kabul edilmelidir⁴⁵⁷.

Hukuk düzeni, hiç kimseyi öngörülemez neticelerden sorumlu tutmamaktadır. Öngörülemez nedene bağlı zararlardan hekim de sorumlu tutulamaz⁴⁵⁸. Burada tartışılması gereken konu, öngörülebilirliğin nasıl tespit edileceğidir.

Öngörülebilirlik, bizzat müdahaleyi yapan hekim göz önünde bulundurularak, tespit edilmelidir⁴⁵⁹. Bu nedenle, öngörülebilirliğin tespiti, subjektif ölçüye göre belirlenir. Yani hekimin yaşı, görgüsü, mesleki deneyimi, sosyal seviyesi ve zekâsı gibi hususlar, öngörme olanağının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, öngörülemez risklerin komplikasyon değil, kaza ve tesadüf niteliğinde olduğunu, çünkü kaza ve tesadüfün, iradi davranışla kesişen ve istenmeyen neticeye yol açan beklenmeyen nedenler olduğu belirtilmekte⁴⁶⁰; doktrinde bu düşünce, kaza ve tesadüfün suçun oluşmasından sonraki kusurluluğu ilgilendirdiği bu nedenle zararın oluşmasını engellediği düşünülmemeyeceği gerekçesi ile eleştirilmektedir⁴⁶¹. Biz de öngörülemez risklerin kaza ve tesadüf olduğu görüşüne katılmamaktayız, nitekim, kaza ve tesadüf öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan bir neticedir.

Yargıtay bir kararında "... Davacının ikinci kez ameliyat olması ve bacağına kesilerek kısılmasında, davalı şirkete ait hastanede yapılan ameliyat ve tedavinin tıbbın gereklerine uygun yapıp yapılmadığı ile olayda hekim hatası olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava özen borcuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil, işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorunda olup, en hafif kusurundan dahi sorumludur. Hekim, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koyup, önlemleri eksiksiz bir biçimde almalı, olayın gerektirdiği en uygun

⁴⁵⁶ Ünver, 2009: 150.

⁴⁵⁷ Ünver, 2008: 62.

⁴⁵⁸ Işıksaçan, 2014: 44.

⁴⁵⁹ Bakar, 2016: 8.

⁴⁶⁰ Gökcan, 2014:277; Can, 2012: 38.

⁴⁶¹ Dönmezer/Erman, 1994: 304, 305.

tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, bundan dolayı hekim sorumlu tutulamaz⁴⁶².” şeklindeki hükmü ile gerekli önlemleri alan, tıp bilim ve tekniğini gerektiği şekilde uygulayan hekimin sorumlu olmadığına karar vermiştir.

2.5.3 Komplikasyon-Tıbbi Kusur Ayrımı

Tıbbi kusur, hekim ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesi uyarınca, hekimin uygulanabilir bir bakım ya da tıp bilimi gereğince uygulanması gereken tedavi standardını ihlal ederek hastasına verdiği zarardan doğan sorumluluğu ifade eder⁴⁶³.

Hekimin kusurunun bulunması, hekimin yaptığı tedavi ya da müdahalede bir aksama, ihmal ya da kurala aykırı davranışın varlığı ile ilgili olup, ihlal sınırında, standart ortalama bilgi düzeyine sahip hekimin gerçekleştireceği beceri, dikkat ve özen gösterip göstermediği dikkate alınır⁴⁶⁴. Tüm bu davranışların yanı sıra, tıbbi hatadan söz edilebilmesi için hekimin kusurlu davranışının⁴⁶⁵ da varlığı gerekir⁴⁶⁶.

Tıp bilimi ve verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gerekli tüm önlemler alınmasına⁴⁶⁷, müdahalenin hekimlik mesleği kurallarına uygun olacak şekilde hatasız yapılmasına rağmen⁴⁶⁸, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen riskler, öngörülen ancak istenmeyen yan etkiler⁴⁶⁹ ya da sonuç komplikasyondur⁴⁷⁰. Hekim, gerekli tüm özeni göstermiş ve alınması gereken tüm tedbirleri almış olmasına rağmen, öngörülebilir fakat istenmeyen, meydana gelen olumsuz sonuçtan sorumlu değildir.

Yapılan tıbbi uygulama sonunda oluşan olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde “komplikasyon” olarak nitelendiriliyorsa ve tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, kötü sonuçlar meydana gelse bile⁴⁷¹, hekime sorumluluk yükletilemez.

⁴⁶² Yrg. 13. HD. T. 21.1.2002, E. 2001/10959, K. 2002/48. (www.sinerjimevzuat.com.tr erişim tarihi: 14.01.2019).

⁴⁶³ Kıcalıoğlu, 2011: 46.

⁴⁶⁴ Sindel, 2014: 90.

⁴⁶⁵ Altun, 2010: 9.

⁴⁶⁶ Hanyaloğlu, 2011: 1, 2.

⁴⁶⁷ Özçetin, 2016: 8.

⁴⁶⁸ Hızal, 2015: 32.

⁴⁶⁹ Işıksaçan, 2014: 109.

⁴⁷⁰ Sindel, 2014: 74.

⁴⁷¹ Işıksaçan, 2014: 109.

Tıbbi kusurdan bahsedilebilmesi için “kusur” ve “sorumluluk” ilkeleri aranır ve bunlar tespit aşamasındaki en önemli kavramlardır⁴⁷².

Hekim, tıbbi müdahale sırasındaki kusuru nedeni ile ortaya çıkan zarardan sorumludur. Buna rağmen, tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkan, istenmeyen ve beklenmeyen sonuçtan hekim sorumlu tutulamaz⁴⁷³.

Öngörülen ancak gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda ortaya çıkan komplikasyonda, alınması gereken tedbirin alınmamış olması kusur sayıldığından, hekimin sorumluluğu söz konusudur⁴⁷⁴. Örneğin, ameliyat sonrasında, enfeksiyon gelişmemesi için steril pansumanın yapılmamış olması ya da antibiyotik tavsiye edilmemiş olması, hekim kusuruna işaret eder iken; hastanın bünyesel alerjik durumu nedeni ile aldığı ilacın yan etkileri öngörülebilir olsa da önleme olanağı bulunmamakta ise, burada hekimin alabileceği bir tedbir bulunmadığından, hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Hekim, komplikasyon sırasında, daha fazla zararı önleme imkânı var iken herhangi bir müdahalede bulunmaz ya da ihmali davranarak hastanın zararına sebebiyet verir ise bu durumda hekim kusuru olarak nitelendirilir. Örneğin, katarakt ameliyatı sonrası göz içi basıncının yükselmesi bir komplikasyondur; ancak hekim, göz içi basıncını düzenli kontrol etmediği için bu komplikasyonu fark etmez ise, hekimin tıbbi hatası söz konusudur.

Yargıtay bir kararında,

“Hekim tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken, kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler, hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.

İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere, gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar

⁴⁷² Tekinarslan, 2015: 13.

⁴⁷³ Aydaş, 2014: 30.

⁴⁷⁴ Gökcan, 2014: 279.

halin varlığı halinde hekim davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun nitelendirilmesi 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 gerekir⁴⁷⁵.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bahsetmiş olduğumuz karardan da anlaşılacağı üzere, hekimin komplikasyondan meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaması için tıp bilimin gereklerine göre hareket etmiş olması, hastayı, uygulayacağı tıbbi müdahale hususunda yeterince aydınlatmış ve hastanın onamını almış olması gerekmektedir.

⁴⁷⁵ Savaş, 2011: 295.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ YARDIM VE MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK ve TAZMİNAT SORUMLULUĞU

3.1 Bağımsız Çalışan Hekimin Sorumluluğu

3.1.1 Sorumluluğun Hukuki Niteliği

3.1.1.1 Genel Olarak Sorumluluk İlişkisi

Tıbbi yardım ve müdahale nedeniyle hekimlerin hukuki sorumlulukları bakımından tek bir kavram ve hukuki ilişkiden bahsetmek mümkün değildir. Hekim ile hasta arasında, tedavi amacıyla kurulan ilişki, hekimin bulunduğu yer ve konumu, ilişkinin hukuki biçimi ve sonuçlarını etkilemektedir⁴⁷⁶. Bağımsız çalışan hekim ile özel hastanede çalışan ya da devlet hastanesinde çalışan hekimin sorumluluğu farklı hükümlere tabidir. Hastanın özel durumu da, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğini belirleyen bir öğedir. Tedavi amacıyla hekime giden hasta ile kaza neticesinde irade dışı hekime götürülen hasta ile hekim arasındaki ilişkinin niteliği farklı şekilde değerlendirilmektedir.

Hasta, tedavi olmak amacıyla bağımsız çalışan bir hekime başvurmuş ise aradaki hukuki ilişkinin niteliği “teşhis ve tedavi sözleşmesi” yahut “hekimlik sözleşmesi”dir⁴⁷⁷. Bu durumda, hasta ile hekim arasındaki ilişkide, hekim sorumluluğu “sözleşme ilişkisinden doğan sorumluluk⁴⁷⁸” olarak değerlendirilecektir.

Hekim, acil hallerde, tıbbi zaruret halinde, olağanüstü olaylar karşısında, toplum sağlığının korunmasını gerektiren durumlarda hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınamaz⁴⁷⁹. Hastanın iradesi dışında hekimin müdahalesine maruz kalması durumunda ise hekim yönünden “vekâletsiz iş görme” ilişkisi doğmaktadır⁴⁸⁰. Bu durum yalnızca bağımsız çalışan hekim açısından değil, aynı durum özel hastane ya da devlet hastanesinde gerçekleşmesi halinde, özel hastane işleticisi ya da devlet hastanesi bakımından da aynıdır.

Yukarıda sayılmış olan sorumluluk ilişkileri bakımından hiçbirisine girmeyen bir biçimde hekimin neden olduğu zarar söz konusu ise bu durumda, hekimin sorumluluğu “haksız fiil sorumluluğu” kapsamında değerlendirilecektir⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Özçetin, 2016: 49.

⁴⁷⁷ Yakut, 2014: 61.

⁴⁷⁸ Yakut, 2014: 61.

⁴⁷⁹ Sindel, 2014: 24.

⁴⁸⁰ Sindel, 2014: 1.

⁴⁸¹ Özçetin, 2016: 49.

3.1.1.2 Kavramlar Hakkında Açıklama

Hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin kaynağını, hastanın rızasının ve iradesinin aranmadığı⁴⁸², istenmediği istisnai durumlar dışında, sözleşme ilişkisini oluşturmaktadır. Bu sözleşmeye “tedavi sözleşmesi”, “hastaneye tam kabul sözleşmesi” ya da “hekimlik sözleşmesi” denilmektedir⁴⁸³.

Türk hukukunda, tedavi amaçlı sözleşmeler “vekâlet sözleşmesi”; estetik amaçlı diş protezleri gibi konulardaki sözleşmeler ise “eser sözleşmesi” olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Doktrinde, hekimlik sözleşmesi kavramının bir üst kavram olarak kullanılmasını, tedavi sözleşmesinde ise yalnızca vekâlet sözleşmesi kapsamındaki salt tedavi amaçlı hekimlik sözleşmesi bakımından kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸⁵. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Çalışmamızda, hekimlik sözleşmesini her iki tür sözleşmeyi kapsar şekilde kullanacağız. Tedavi sözleşmesi dediğimizde, salt tedaviyi amaçlayan vekâlet sözleşmesini kast etmiş olacağız. Yine eser sözleşmesi niteliğinde görülen sözleşmeleri, diğer eser sözleşmelerinden ayırmak amacı ile “tıbbi eser sözleşmesi” olarak adlandıracağız.

3.1.2 Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

3.1.2.1 Tedavi (Vekâlet) Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

3.1.2.1.1 Genel Olarak

Türk hukukunda ve doktrinde ağırlıklı olarak tedavi amaçlı sözleşmeler “vekalet sözleşmesi” niteliğindedir. Yargıtay⁴⁸⁶ da, bu tür sözleşmelerin, vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşündedir⁴⁸⁷.

Yargıtay bir kararında⁴⁸⁸, hasta ile hekim arasındaki ilişkisinin, vekalet ilişkisi olduğu şeklinde hüküm kurmuştur. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesin-

⁴⁸² Bkz. 1. Bölüm, 1.3.4.

⁴⁸³ Ayan, 1991: 49.

⁴⁸⁴ Kıcalıoğlu, 2011: 17; Sindel, 2014: 5; Karaca Dedeoğlu, 2012: 19; Aykın, 2015: 172.

⁴⁸⁵ Gökcan, 2014: 914.

⁴⁸⁶ Yrg. 15. HD. E. 2006/4800, K. 2007/5945 sayılı kararı: diş tedavisinde vekâlet sözleşmesi; diş protezinde ise eser sözleşmesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. (<https://docplayer.biz.tr/4869565-Eser-ve-vekalet-sozlesmelerinin-nitelendirilmesi-sorunu-ve-nitelendirmenin-hukmu.html> erişim tarihi: 04.03.2019).

⁴⁸⁷ Yrg. 13. HD. T. 14.10.1974, E. 2637, K. 2492 (bir göz ameliyatına ilişkin sözleşmeyi, vekâlet olarak nitelendirmiştir)15. Göz hekimi ile davacı arasındaki münasebeti bir istisna akdi olarak veyahut bir eser akdi olarak nitelendirmek mümkün değildir. TBK m.502’ye göre de, diğer akitler hakkındaki hükümlere tabi olmayan işlerde vekâlet hükümlerinin yürütüleceği açıklanmıştır.

http://ulusluersen.com/makale_HEKIMLIK_SOZLESMESININ_HUKUKI_NITELIGI.pdf (erişim tarihi: 04.03.2019).

⁴⁸⁸ www.sinerjimevzuat.com.tr, Yrg. 13. HD. T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138 (erişim tarihi: 04.03.2019).

den değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur⁴⁸⁹.

3.1.2.1.2 Tedavi Sözleşmesinin Kuruluşu

Hastanın muayene ve tedavi olmak amacıyla hekime başvurması, hekimin de hastayı muayene etmeyi kabul etmesiyle hasta ile hekim arasında TBK m. 502 hükmünde düzenlenmiş olan “vekâlet ilişkisi” kurulmuş olur⁴⁹⁰. Kanundaki tanıma göre vekâlet, vekil olan kişinin vekâlet verenin yararına ve isteğine uygun olarak bir iş görme borcunu yüklenmesidir. Hekim ile hasta arasında kurulan bu sözleşme, taraflara hak ve borç yüklemektedir⁴⁹¹. Bu sözleşme ile hekim, hastanın ödeyeceği belli bir ücret karşılığında, hastaya teşhis koyma ve en uygun güvenilir tedavi yöntemini seçerek hastaya uygulama taahhüdü altına girmektedir. Yine bu sözleşme ile hekimin, hastasını bilgilendirme, aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, sır saklama gibi yükümlülükleri doğmaktadır⁴⁹².

Hekim, vekâlet sözleşmesi ile meslek etik ilkelerine ve kurallarına bağlı olarak, hastanın acısının azaltılması amacıyla tıbbi müdahalede bulunabilir. Tedavi sözleşmesi klasik sözleşme yapma yöntemine pek benzememektedir. Bu durum sağlık konusunun doğasından kaynaklanır. Sözleşmenin yazılı olma şartı yoktur; açık ya da zımni olarak da sözleşme kurulabilir. Hekimin hastayı muayene etmesi ve tedavi faaliyetlerine başlaması ile hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur⁴⁹³.

Küçükler üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerde vekilinin ya da vasinin rızası gerekir. 1290 sayılı m.70 hükmü uyarınca yapılacak olan ameliyatlar için yazılı rıza şartı gerekir.

3.1.2.1.3 Tedavi Sözleşmesinin Unsurları

Vekalet sözleşmesi 6098 s. Türk Borçlar Kanunu m. 502-514 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Vekâlet, vekile, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve bağımsız olarak, müvekkilinin çıkarına ve iradesine uygun bir sonuca yönelen iş görmeyi yükümleyen sözleşmedir⁴⁹⁴. Tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzemesinin nedeni, hekimin hastasını muayene ve tedavi etmesi de maddi bir eylemle ilişkilidir. Hekimin, hastasının

⁴⁸⁹ Özçetin, 2016: 61.

⁴⁹⁰ Kıcalıoğlu, 2011: 61.

⁴⁹¹ Hızal, 2015: 42.

⁴⁹² Karaca Dedeoğlu, 2012: 20.

⁴⁹³ Ayan, 1991: 50.

⁴⁹⁴ Bakar, 2016: 15.

çıkartına ve iradesine uygun olarak, tıbbi kurallara uygun bir şekilde teşhis koyarak ve tedaviyi uygulayarak, belli bir zamana tabi olmaksızın ve mutlaka iyi bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmeksizin gördüğü iş, aradaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu göstermektedir⁴⁹⁵.

Tedavi sözleşmesinin ilk unsuru, hastanın sağlık problemlerinin tıbbi teşhisinin konulması ve hasta için en uygun, güvenilir tedavi yönteminin belirlenip uygulanmasıdır⁴⁹⁶. Burada vekil konumunda bulunan hekim, hastasına karşı, fiili tarzda bir hizmet edimi üstlenmektedir. Hekim bu hizmet edimini ifa etmesi için, temsil yetkisine sahip olması gerekmemektedir. Hekimin asli edim yükümünü oluşturan bu hizmet, hastalıkları, acıları azaltmak amacıyla yönelik olarak yerine getirilmelidir⁴⁹⁷.

Tedavi sözleşmesinin bir diğer unsuru ise vekilin (hekimin) hizmet verdiği işin bir başkasına ait olması ve iş sahibinin (hastanın) menfaatine hareket etmesidir⁴⁹⁸. Hekim, üstlenmiş olduğu edimi hastasının yararına ve iradesine uygun olarak ifa etmelidir⁴⁹⁹. Bu sözleşmede, bir tarafta tıp alanında uzmanlaşmış bir hekim diğer tarafta ise sağlığına kavuşmak umudu ile ona başvuran hasta bulunmaktadır. Bu nedenle, hekim daima hastanın menfaatini gözetmek zorundadır. Burada hekimi bağlayan, hastanın yararı ve ona karşı olan sadakat ve özen borcudur.

Tedavi sözleşmesinin bir diğer unsurunu ise tedavinin zaman kaydına tabi olmaksızın ve hastanın iyileşmeme riskini taşımaksızın üstlenilmiş olmasıdır⁵⁰⁰. Çünkü, bir tedavinin ne kadar süreceği, hastalığın özelliği, hastanın durumu vb. gibi pek çok faktöre bağlıdır⁵⁰¹.

Mesleğini, etik ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yapan hekim, gerekli dikkat ve özeni göstererek yürüttüğü tedavi ya da tıbbi müdahalelerden hastasının yarar sağlamasını ve sağlığına kavuşmasını amaç edinir; ancak hekim hastasının iyileşmesini garanti edemez. Bu sözleşmede sonucun elde edilmemesi riskini hekim değil, hasta taşır⁵⁰².

Vekâlet sözleşmesinin kurulması için ücret esaslı unsur değildir; ancak sözleşmede ücret kararlaştırılmış ya da teamül gereği ücret ödenmesi gerekiyor ise, vekil (hekim) ücrete hak kazanır. Tedavi sözleşmelerinin ücretli olması da, teamül gereğidir.

⁴⁹⁵ Sindel, 2014: 16.

⁴⁹⁶ Özdemir, 2004: 52.

⁴⁹⁷ Aydaş, 2014: 70.

⁴⁹⁸ Uygur, 2009: 103.

⁴⁹⁹ Akartepe, 2007: 13.

⁵⁰⁰ Atabek/Sezen, 1954: 142.

⁵⁰¹ Karaca Dedeoğlu, 2012: 21.

⁵⁰² Gümüş, 2005: 151.

3.1.2.1.4 Tedavi Sözleşmesinin Sona Ermesi

Tedavi sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından, tedavi sözleşmesinin sona ermesi TBK m. 131 ve m. 512-513. hükümlerine göre tayin edilir. Anılan hükümler, sözleşmelerin genel sona erme sebebi olan ifa ve vekâlet sözleşmesine özgü olan azil, istifa, ölüm ve ehliyetsizlik halidir⁵⁰³.

TBK m. 512 hükmü “Vekâlet veren vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir; ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” hükmü ile taraflara tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkı tanımaktadır. Bu özellik, vekâlet sözleşmesinin, diğer hizmet ve eser (istisna) sözleşmesinden ayıran bir özelliktir. Vekâlet sözleşmesi, karşılıklı güven ilişkisine dayandığından, taraflara tanınan bu hak gereği hasta (müvekkil) her zaman hekimi (vekili) azletme ve hekimin de, istisnai durumlar haricinde, istifa etme hakkına sahiptir⁵⁰⁴.

Tedavi sözleşmelerinde, hastanın her zaman sözleşmeden vazgeçmesi (hekimini azletmesi) mümkün ise de hekimin TBK m. 512/1 ve TDT m. 19⁵⁰⁵ hükümleri uyarınca bu hakkına sınırlama getirilmiştir. Nitekim, hekim, hastanın sağlığı bakımından gerekli ise bir başka hekim bulunana kadar tedaviyi sürdürmek zorundadır.

Tedavi sözleşmesini sona erdiren hükümlerden biri sözleşmenin ifa ile sona erme halidir. Hekim, teşhis ve tedavisini, gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle yerine getirmiş ise borcunu ifa etmiş sayılır. Hekim, bu sözleşme ile hastaya karşı yüklenilen edimi özenli bir şekilde ifa ettiğinde, sözleşme sona erer. Tedavi sözleşmesinin birden fazla hekim tarafından bir araya gelerek yapılması gereken durumlarda, hekimlerin tamamının ifaya katılmaları gerekir⁵⁰⁶.

Tedavi sözleşmesini sona erdiren bir diğer husus ise ölüm ve ehliyetsizliktir. Hastanın ölümü ile birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer. Hekim, hastasının ölümüne kadar olan dönemde, hastanın teşhis ve tedavisini özenle ifa ettiğini ileri sürerek, o ana kadar ki faaliyeti için ücret isteyebilir⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Aral, 2007: 417-419.

⁵⁰⁴ Özdemir, 2004: 185.

⁵⁰⁵ Madde 19– Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkeder. Hastayı bu suretle terkeden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir.

⁵⁰⁶ Akıncı, 2004: 58.

⁵⁰⁷ Ayan, 1991: 146.

Hekim, tedavi sözleşmesi devam eder iken, ehliyeti sona erebilir. İş yeri ruhsatının iptali yahut hekimlik diplomasının ihlali gibi. Bu durumda, tedavi sözleşmesi sona erer. Hastanın fiili ehliyetini kaybetmesi durumunda ise tedavi sözleşmesinden doğan edim etkilenmemesi için hastanın kanuni temsilcisi, velisi ya da vasisi aracılığı ile kurulmuş olan sözleşme devam ettirilebilir.

3.1.2.1.5 Tedavi Sözleşmesinin İhlali Nedeniyle Sorumluluk

Tedavi sözleşmesi gereği tedavi hizmetinin yürütülmesi esasında meydana gelebilecek sözleşmeye aykırılıklar sorumluluk gerektirebilir⁵⁰⁸; ancak sözleşmeye aykırı her davranış sorumluluğa yol açmaz. Sorumluluğun varlığından söz edebilmek için öncelikle bir fiilin bulunması ve bu fiilin hukuka aykırı olması; hukuka aykırı fiilin bir zarara sebebiyet vermesi, zararın meydana gelmesinde kusurlu olunması ve zararlar hukuka aykırı fiil arasında bir illiyet bağı bulunması gerekir⁵⁰⁹.

Bağımsız çalışan hekim açısından, sözleşmenin ihlali yani borca aykırılık, asli edim yükümünün ya da yan edim yükümünün, hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde söz konusu olacaktır⁵¹⁰. Tedavi sözleşmesi ile amaçladığı menfaate ulaşamayan ve bu nedenle zarara uğrayan hasta, hekimden bu zararın tazmin edilmesini isteyebilir.

Hekimin, sözleşmenin amacına uygun olarak, hastasının hastalığını teşhis ederek, gerekli tıbbi bakımı yapması ve en uygun tedavi yöntemini seçerek uygulaması, hekim için doğan en önemli ve asli edim yükümdür. Hekim, bu edimini ifa eder iken, meslek etiğine, tıp ve hukuk kurallarına uygun olarak, dikkat ve özenli bir şekilde hareket etmelidir⁵¹¹. Bu yüküme aykırı davranan hekim, kötü ifadan ya da gereği gibi ifada bulunmamasından dolayı borca aykırı davranmış olacaktır⁵¹². Tıp biliminin gereklerine, diğer bir ifadeyle tıbbi standarda aykırı davranışlar, hekime meslek kusuruna ve yine hukuki sorumluluğa neden olacaktır.

TBK m.112 hükmü “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” hükmündedir. Hekimin, asli edim yükümünü ihlali halinde, TBK m. 112 hükmü uyarınca sorumluluğu doğacak ve zarar gören, bu zararın tazminini isteyebilecektir.

⁵⁰⁸ Bakar, 2016: 16.

⁵⁰⁹ Karaca Dedeoğlu, 2012: 46.

⁵¹⁰ Uygur, 2009: 285.

⁵¹¹ Aydaş, 2014: 39.

⁵¹² Sindel, 2014: 83.

Tedavi sözleşmesi, hastanın da bir karşı edim niteliğinde olan ücret ödeme borcunu da içermektedir. Bu edimin ihlali halinde, TBK m. 123 hükmü olan “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğer, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.” uygulanması ortaya çıkabilecektir.

Tedavi sözleşmesinde asli edim yükümünün yanı sıra bazı yan yükümler de vardır. Bunlar, asli edimin tam ve doğru bir şekilde hizmet eden ve doktrinde ikinci derece (tali) yükümler⁵¹³ olarak da ifade edilen ifaya yardımcı yan yükümler ve hastanın korunma menfaatine yönelik koruyucu yan yükümler⁵¹⁴ biçiminde değerlendirilmektedir.

Hekimin özen göstermesi ve hastanın aydınlatılmış rızasını alması, asli edim yükümü olan tıbbi teşhis, tedavi ve bakımın tam ve doğru şekilde yapılmasına hizmet ettiği için yardımcı yükümler arasında sayılmaktadır. Bu yükümlerin ihlali, hekimin sözleşmeden doğan yükümlerini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesine neden olacak ve borca aykırılık nedeni ile sorumluluğu doğacaktır⁵¹⁵.

Tedavi sözleşmesinde, sadakat, sır saklama ve kayıt tutma yükümleri, hastanın ifa menfaati dışında kalan, diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme amacını taşıyan koruyucu yan yükümler ya da koruma yükümleri olarak sayılabilir. Bu yükümler, ifa ile dolaylı ilgili olup, esas amaçları, hastanın mal ve şahıs varlığı değerlerinin ifa eylemi nedeni ile meydana gelebilecek zararlardan korunmasıdır⁵¹⁶. Bu yükümler, sözleşme sırasında ortaya çıkabileceği gibi sözleşme kurulmadan önce yahut sona erdikten sonra da doğabilir. Örneğin, tedavi amacı ile hekime başvuran hastaya karşı, hekimin sır saklama ve sadakat yükümlülüğü doğmuş olur⁵¹⁷.

3.1.2.1.6 Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastaya Karşı Yükümlülükleri

3.1.2.1.6.1 Teşhis Koyma ve Tedavi Etme Yükümlülüğü

Sağlığına kavuşabilmek amacıyla hekime başvuran hastanın öncelikli talebi, sorununun ne olduğunun tespit edilmesidir. En uygun tedavi yönteminin seçilebilmesi için doğru teşhisin konulmuş olması önemlidir. Hekimin asli edimi, hastanın iyileşmesini sağlamak

⁵¹³ Uygur, 2009: 287.

⁵¹⁴ Kılıçoğlu, 2002: 20.

⁵¹⁵ Demir, 2008: 155.

⁵¹⁶ Aral, 2007: 403,404.

⁵¹⁷ Eren, 2006: 41.

ya da tıp biliminin kabul ettiği esaslar çerçevesinde, hastalığın etkilerini en aza indirmek-tir⁵¹⁸.

Doğru teşhisi tespit etmek oldukça zor ve sonuçları önemli bir aşamadır⁵¹⁹. Çünkü, teşhisin yanlış konulması halinde, tedavi amacıyla kullanılacak ilaç ve uygulanan tedavi yöntemi, hastanın ve hastalığın üzerinde olumsuz etkiler gösterebilir. Bunun neticesinde hastalık uzar, kötüleşir ve hatta ölümüne dahi sebep olabilir.

Hekim, teşhis koyma, tedavi ve bakım yükümünü, tıbbi etik ve kurallara göre yerine getirir. Hekim bu yükümünü yerine getirir iken sırası ile hastanın öyküsünü almalı, hastayı muayene etmeli, araştırma yapmalı, tetkik ve teşhis yükümünü ifa ederek, tedavi yöntemini seçip uygulamalıdır.

Hekimin muayene sürecinde öncelikle hastanın öyküsünü (anamnez) almalıdır. Hekim, hastanın şikâyetinin ne olduğunu, ne zaman başladığını, geçmişte benzer rahatsızlık yaşayıp yaşamadığını, ailesinde böyle bir rahatsızlık olup olmadığını araştırmalı ve belirtileri tespit etmeye çalışmalıdır⁵²⁰.

Hekim bazı durumlarda, hastanın yakınlarından da bilgi alabilir. Yine, hekim hastayı daha önce muayene etmiş hekimlerin bulgularından da faydalanabilir⁵²¹.

Hekim öykü alma aşamasını takiben hastayı ayrıntılı olarak muayene etmeli, röntgen, grafi vb. testleri yapmalıdır⁵²². Bu aşamalardan sonra hekim, tüm değerlendirmeleri yaparak hastalığı tanımlayabilecektir.

Hastalığın teşhisini koyan hekim, tedavi için en uygun ve güvenilir tedavi yöntemini seçip uygulamakla yükümlüdür. En uygun yöntem ise hastalığın tedavisi için zararlı etkileri ve riski en az ve fakat başarı şansı en yüksek olan yöntemdir. Hekim bu tedavi yöntemini seçerken, hastanın özelliklerini göz önünde bulundurmalı, onu gereksiz riskler altına sokmamalı ve en emin yolu tercih etmelidir.

TDN m. 6⁵²³ hükmü “Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder.” hükmü uyarınca, hekim istediği tedavi yöntemini seçmekle serbest iken, TDN m. 2/2⁵²⁴ hükmü ise “Tabip ve dış tabibi, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri,

⁵¹⁸ Uygur, 2009: 132.

⁵¹⁹ Yavuz İpekyüz, 2006: 75.

⁵²⁰ Ayan, 1991: 65.

⁵²¹ Hakeri, 2007a: 203.

⁵²² Gökcan, 2014: 920.

⁵²³ RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436.

⁵²⁴ RG Tarih: 19.2.1960, Sayı: 10436.

karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.” şeklinde düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca, tedavi yöntemini seçer iken hekim gerekli ihtimamı göstermekle mükelleftir. Her hastalık için çok çeşitli yöntemler olabilir. Hekim burada somut olaya göre hareket etmeli, hastanın sağlık, fiziksel ve ruhsal yapısını bir arada değerlendirerek seçimini yapmalıdır. Örneğin, bir kadına normal şartlarda uygulanacak ilaçlı tedavi yöntemi, kadının hamilelik durumunda uygulanması halinde, hasta için sakıncalı olabilir.

3.1.2.1.6.2 Hastayı Aydınlatma ve Tedavi İçin Rızasını Alma Yükümlülüğü

Hekimin aydınlatma yükümü, tedavi sözleşmesinde, benzer sözleşme ilişkilerinden çok daha özellikli olarak karşımıza çıkan önemli bir etik ve hukuki yükümlülüktür. Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale ile ilgili hastasını aydınlatarak elde etmiş olduğu rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırması⁵²⁵, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün önemini ortaya koymaktadır.

Doktrinde, aydınlatma ödevinin yükümlülük olduğunu savunan görüşe göre, bu ödev aynı zamanda hekimlik mesleğinin gereği olup, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, alınan onam geçersiz sayılacak ve hekimin hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir⁵²⁶. Kanaatimizce de, aydınlatma ödevi, bir yükümlülük olarak nitelendirilmeli ve yükümlülük kavramına bağlanan hukuki sonuçlara tabi olmalıdır.

Bireyin kendi yaşam ve sağlığı ile ilgili en uygun kararı verebilmesi, tıbbi müdahale konusunda yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır⁵²⁷. Bu hususta hekim, hasta üzerinde gerçekleştireceği ameliyat ve girişimlerin tehlikesi, uygulanması neticesinde sağlık durumunda gerçekleşecek olumlu ve olumsuz etkileri hastasına yahut aydınlatılmakla yükümlü kişiye (veli ya da vasi) bildirmelidir.

Hekimin aydınlatma yükümünün iki temel dayanağı vardır. Bunlardan ilki, AİHS m.2 hükmü ve AY tarafından güvence altına alınmış olan “kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı⁵²⁸”dır. Kişiye tanınan bu hak gereğince, kişi vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale için onay vermek yani rıza göstermek zorundadır. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi, onun tıbbi müdahale konusunda yeterince aydınlatılmış

⁵²⁵ Ozanoğlu, 2003: 61.

⁵²⁶ Işık Özcan, 2008: 52.

⁵²⁷ Hızal, 2015: 18.

⁵²⁸ Uygur, 2009: 143.

olmasına bağlıdır⁵²⁹. Yani, hasta neye onay verdiğini bilmelidir. İkinci gerekçe ise hastanın, tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmek, hastanın iyileşmesi ve sağlığına kavuşması açısından gerekli hareket tarzlarını hastaya göstermektir.

Hukuki açıdan değerlendirildiğinde, esasen hastaya yapılan her müdahale bir nevi ihlal anlamı taşır. Bu müdahalenin hukuka aykırı bir eylem teşkil etmemesi için hastanın rızasına dayanması ya da yasal olarak yetki verilmiş zorunlu bir müdahale olması gibi hukuka uygunluk sebebinin bulunmasına bağlıdır. Aydınlatmaya dayalı olarak alınmış olan rıza doktrinde, aydınlatılmış onam, bilgilendirilmiş rıza⁵³⁰ vb. şeklinde adlandırılmaktadır. Hekimin, aydınlatma yükümünü ihlal ederek hastadan almış olduğu rızanın sakatlandığı geçersiz rızaya dayalı olarak yapılan müdahalenin de hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı aşikârdır.

Aydınlatma yükümlülüğü HHY m. 18 hükmünde

“Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir⁵³¹.” şeklinde ifade edilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26 da ise “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler, hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir⁵³².” hükmü ile aydınlatılmış onam ifade edilmiştir.

⁵²⁹ Özdemir, 2008: 3.

⁵³⁰ Çetin/Yorulmaz, 2006: 16.

⁵³¹ RG Tarih: 01.08.1998,Sayı: 23420.

⁵³² http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 27.01.2019).

Kişi aydınlatma yapıldıktan sonra gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin planlanması ve uygulanması bakımından durumun gerektirdiği kararı alabilecek duruma gelmelidir. Kişinin belli konularda aydınlatılmamış olması, iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşmasını engelleyecektir⁵³³. Yeterli aydınlatma olmadan gerçekleştirilen müdahale neticesinde, hasta iyileşmiş ise hastanın maddi bir zararı olmaz; ancak hasta kişilik hakları saldırıya uğradığını⁵³⁴ ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunabilir⁵³⁵.

3.1.2.1.6.3 Hastaya Sadakat Yükümlülüğü

Tedavi sözleşmesinde vekil konumundaki hekimin, sadakat yükümlülüğü, hukuki itibarıyla koruyucu yan yükümler arasında yer alır. Koruyucu yan yükümler, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak doğabilirler⁵³⁶. Bu nedenle hekimin bu yükümlülüğü sözleşme kurulmadan önce, sözleşme esnasında ve sözleşme sona erdikten sonra da devam eder.

Taahhüt edilen işin, hastanın menfaat ve iradesine uygun bir şekilde sadakat borcu TBK m. 506/2 hükmü “Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.” ile düzenlenmiştir.

Tedavi sözleşmesi, karşılıklı güven ilişkisine dayanır. Bu güvenin gereği olarak, hekim, hastaya karşı dürüst davranma, onun güvenini sarsacak hareketlerden kaçınma yükümü altına girmektedir⁵³⁷. Hekim, hastası ile kurduğu ilişki boyunca ve uyguladığı tüm tıbbi faaliyetler için, sadece kendi mesleğinin kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olayın özellikleri gereği hastasının kişiliği ve içinde bulunduğu durumu⁵³⁸ da göz önünde bulundurmalıdır.

Hekimlik mesleği fedakârlık gerektiren bir meslektir. Hastadan fazla ücret alabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi, hastadan gerekenden fazla ücret talep edilmesi, tıbbi müdahalenin gereksiz uzatılması, tedavi ya da tıbbi incelemelerin uzatılması, sadakat borcunun ihlali anlamına gelir⁵³⁹. Hekim bu tür davranışlardan kaçınmalıdır.

⁵³³ Çakal, 2018: 88.

⁵³⁴ Kılıçoğlu, 2007: 316.

⁵³⁵ Şimşek, 2015: 3555.

⁵³⁶ Akipek, 2013: 59.

⁵³⁷ Karaca Dededeoğlu, 2012: 37.

⁵³⁸ Ateş, 2010: 78.

⁵³⁹ Kıcalıoğlu, 2011: 70.

3.1.2.1.6.4 Özen Yükümlülüğü

Kelime anlamı ile özen, “bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam⁵⁴⁰” şeklinde ifade edilmektedir. Teknik anlamda özen gösterme yükümlülüğü, vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve hayatın olağan akışına göre gerekli müdahale ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması şeklinde ifade edilmiştir⁵⁴¹.

Tedavide, özen göstermenin iki hali bulunmaktadır. Birincisi genel olarak (subjektif) özen yükümlülüğü diğer ise tıbbi standart sağlama (objektif) özen yükümlülüğüdür.

Genel olarak subjektif özen yükümlülüğü, hastanın tıbbi teşhis ve tedavisinin her aşamasında hekime sorumluluk getirir⁵⁴². Hekimin özen borcu sadece tıp kurallarının uygulanmasıyla sınırlı olmayıp, bunları hukuka uygun hale getiren bütün hukuk kurallarının yerine getirilmesinde de geçerlidir⁵⁴³. Tıbbi müdahale sırasında, özen yükümlülüğünün ihlali, hastaya çeşitli zararlar verebilir. Hekimin özensiz davranışları tıbbi kusur olarak kabul edilir. Özensiz davranan hekimin hukuki sorumluluğu söz konusudur.

Özen yükümlülüğünün ikinci görünüşü, tıbbi standart sağlama (objektif) tıbbi müdahale tarihinde genel geçer kabul edilen tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmektir. Hekim uygulayacağı tıbbi müdahaleyi, tıp biliminin gereklerine göre gerçekleştirmek zorundadır. Yeni gelişmeleri takip etmeyen ve eski teknikleri uygulayan hekim, özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. Bu davranışları ile hastaya bir zarar verir ise, bu zararı da gidermekle yükümlüdür. Nitekim, TDN m. 10 hükmü“ Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmeyeceğine kanaat getirmediği takdirde tatbik veya tavsiye edemez; ancak yeter derece 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 edebilir⁵⁴⁴.” ile de bu husus düzenleme altına alınmıştır.

Tedavi sözleşmesi açısından özen gösterme yükümü, hekimin tüm faaliyetlerini etkileyen genel bir nitelik taşımaktadır. Hekim, hem teşhis koyma aşamasında hem tedavi

⁵⁴⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=252637 (erişim tarihi: 27.01.2019).

⁵⁴¹ Uygur, 2009: 206.

⁵⁴² Hızal, 2015: 24.

⁵⁴³ Gökcan, 2014: 94.

⁵⁴⁴ RG Tarih: 19.02.1960, Sayı: 10436.

yöntemini seçip uygulama aşamasında, hem de hastayı aydınlatma, sır saklama ve kayıt tutma gibi yükümlerini ifa ederken de özenli hareket etmek zorundadır⁵⁴⁵.

Hekimden beklenen özen ölçüsünü belirlemede göz önünde bulundurulması gereken hususlardan bir diğeri de müdahalenin ve ilacın tehlikeliliğidir. Bunların tehlikesi arttıkça, hekimden beklenen özenin ölçüsü de artar.

Uzman olmayan ya da alanı dışında müdahale eden hekimin söz konusu müdahaleyi yetkisiz olarak gerçekleştirmesi, müdahalenin tıbbi niteliğini ortadan kaldırmada dahi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirir. Yani, yetkili olmamasına rağmen kendi uzmanlık alanı dışında bir alanda cerrahi müdahalede bulunan hekimin müdahalesi, tıbbi nitelik taşısa dahi sözleşmeden doğan özen yükümlülüğüne aykırı olacaktır⁵⁴⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında⁵⁴⁷, kanunun açık hükmüne aykırı hareket ederek kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanının çalıştığı gerekçesiyle bir çene cerrahının hastasına röntgen çekmesini hukuka aykırı bulmuştur.

Hekimin, özen yükümlülüğünü ihlali nedeni ile hastada bir zarar gelmiş ise hekim bu zararı gidermekle yükümlüdür; ancak hekimin tıp biliminin gereklerine aykırı davranışının ispatı, hastaya aittir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin mahiyeti ve hastanın kendisine uygulanan müdahale hususunda tıbbi bilgisinin yetersiz olduğu düşünüldüğünde, ispat yükünün ağırlaştırılmaması gerekmektedir. Hasta, somut olayda, hekimin hayatın olağan akışına aykırı olarak özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlaması halinde, tazminata hak kazanır.

Hekimin özen yükümlülüğüne ilişkin Yargıtay'ın bir kararı⁵⁴⁸ şu şekildedir: “Dava konusu olayda, davalı hekimin kendisine başvuran ve ultrasonografik muayene de dahil muayene edildiği tarihte davacı annenin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru, çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp, kürtaj imkanının olması halinde özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp, alınmamasına ilişkindir. Bu durumda davacı, küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2857 sayılı yasanın m. 5 hükmünde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir. Hami-

⁵⁴⁵ Ayan, 1991: 96.

⁵⁴⁶ Çakal, 2018: 8.

⁵⁴⁷ Yrg. 4. HD. T. 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046. (Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 04.03.2019).

⁵⁴⁸ Demir, 2017: 290, 291. Yrg. 13. HD. E. 2013/15408, K. 2014/16675.

leliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı yasanın m. 5 hükmü uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan, davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan doğrudan zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük çocuk için de uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi zorunludur.” şeklinde düzenlenmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere, meydana gelen zarar, hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeni ile oluşmuş olup, hekimin bu eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunduğundan, zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.

3.1.2.1.6.5 Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hekim tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla ilgili bilgileri saklamakla yükümlüdür. Hekim bu kayıtları tutarken, hastalığın geçmişini, teşhis, tedavinin seçimi ve uygulanması, iyileşme süreci, hastanın taburcu olması anındaki durumu ve sair hususları göz önünde bulundurmalıdır⁵⁴⁹.

Hekimin kayıt tutma yükümlülüğünün amacı, tedavinin emniyet içinde yapılması, delillerin güvence altına alınması ve sorumlu tutulabilmesidir. TBK m. 508 hükmü “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür.” hükmü uyarınca, kayıt yükümlülüğü, vekalet sözleşmesinin bir gereği olarak hekimin, hastasına hesap verme yükümlülüğünün de bir sonucudur⁵⁵⁰.

Kayıt tutma yükümlülüğünün yasal dayanaklarından biri olan 1219 sayılı kanun m. 72 hükmü ile özel-tüzel kişi ya da kamu-özel kurum ayrımı yapmaksızın, bir “protokol defteri” ile kendileri başvuran hastaların tıbbi kayıtlarını tutulması zorunluluğu getirmiştir. Özel Hastaneler Tüzüğü m. 29⁵⁵¹ hükmü, Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 48⁵⁵² hükmü,

⁵⁴⁹ Ayan, 1991: 95.

⁵⁵⁰ Hakeri, 2007b: 219.

⁵⁵¹ Madde 29 - Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarih, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, röntgenleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur. Protokol defterinin ilgili yerleri ile dosyadaki belgeler, giriş ve çıkışta geciktirilmeden doldurulur.

⁵⁵² Madde 48- Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Yönetmeliği m. 27⁵⁵³ hükmü de kayıt tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Bağımsız çalışan hekim, hastası ile arasındaki sözleşme ilişkisi gereği, kayıt tutma yükümü altındadır. Bu tip kayıtların tutulması, her şeyden önce hastanın sağlık durumunu daha rahat değerlendirebilmesine yardım edecek, teşhis ve tedavi ve devamı sonrası süreçte verilen kararların gözden geçirilebilmesine olanak sağlayacaktır. Yine hastalığın uzun sürmesi ya da ileride yeniden tekrarlaması halinde, tutulan kayıtlar hekime yardımcı olabilecektir. Yine, bir başka hekim, bu kayıtları inceleyerek, hastanın durumu hakkında bilgi sahibi olabileceği gibi, hasta da tutulan bu kayıtları bir başka hekime gösterebilme ve kontrolden geçirme imkânına sahip olacaktır⁵⁵⁴.

Eksiksiz ve düzgün tutulan tıbbi kayıtların, herhangi bir hatalı uygulama iddiası durumunda hekimin savunmasında önemli bir delil niteliğindedir. Hekim savunmasını bu kayıtlara dayanarak yapabilir⁵⁵⁵.

Hekimlerin kayıt tutma yükümüne ilişkin genel bir yasal düzenlemenin olmaması ve bu konuda uygulamadaki kararların da henüz bir olgunluğa erişmemiş olması nedeni ile kayıt tutma yükümlülüğünün şekli, kayıt yükümlülüğünün koruma amacına, yani hastanın kurallara uygun olarak aydınlatıldığı ve tedavi altına alındığının güvence altına alınması ve diğer tedaviye katılacak olan hekimlere bilgi verme fonksiyonu görmesine göre belirlenecektir⁵⁵⁶. Yazıların okunaklı olmamasının önemi yoktur. Önemli olan uzman kişiler tara-

Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.

(Değişik fıkra:RG-22/3/2017-30015) Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır:

- a) Hasta kabul kâğıdı,
- b) Tıbbî müşahade ve muayene kâğıdı,
- c) Hasta tabelası,
- ç) Hemşire gözlem kâğıdı,
- d) Röntgen ve laboratuvar istek kâğıdı ve tetkik raporları,
- e) Ameliyat kâğıdı,
- f) Hastanın muayene istek formu,
- g) Çıkış özeti,
- ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu.

⁵⁵³ Madde27 – (1) Sağlık kuruluşuna başvuran hasta, protokol defterine kaydedilir. Sağlık kuruluşunda, Müdürlük tarafından tasdik edilmiş protokol kayıt defteri, adli rapor kayıt defteri, cerrahi müdahale kayıt defteri, laboratuvar kayıt defteri, pansuman ve enjeksiyon kayıt defteri (Mülga ibare: RG-3/7/2014-29049) (...) bulunur.

⁵⁵⁴ Uygur, 2009: 243; Hakeri, 2007a: 245.

⁵⁵⁵ Algan, 2012: 12.

⁵⁵⁶ Hakeri, 2007b: 220.

findan anlaşılabilir olmasıdır. Kayıt tutulurken, kısaltma kullanılabilmesi gibi dijital kayıt tutulması da mümkündür.

Hekim, kayıt tutma yükümlülüğünü, tedavi veya müdahale ile direkt zamansal yakınlık içinde yerine getirmelidir. Hekimin bu yükümü yerine getirmesi, ileride ortaya çıkabilecek bir anlaşmazlık açısından ispat kolaylığı da sağlayabilecektir. Nitekim bu yükümlülüğün hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile hasta bir zarara uğrar ise hekim bu zararı gidermekle yükümlüdür. Ameliyattan günler sonra ameliyat raporunun tamamlanması kabul edilemez. Yargıtay da ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmuyup, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulmuş olmasını, kusurlu davranış olarak nitelendirmiştir⁵⁵⁷.

3.1.2.1.6.6 Sır Saklama Yükümlülüğü

Hekim bakımından sır kavramından anlaşılması gereken, sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir yani gerçekleştirilebilir ve dolayısıyla korunmaya layık bir yarar bulunan durum, olgu, olaydır⁵⁵⁸. Hekimin sır tutması, meslek etiği açısından da geniş yorumlanmalıdır⁵⁵⁹. Bu kavram, hastanın yalnızca hastalığın türü, anamnezi, psikolojik ve ruhsal bozuklukları açısından değil, hastanın bütün ailevi, sosyal, ekonomik ve mali durumları da kapsar⁵⁶⁰.

Sır saklama yükümlülüğü, hekimlik mesleğinin önemli etik değerlerinden birini oluşturmaktadır. Bu yükümlülük, kanunlar ve yönetmeliklerle koruma altına alınmıştır. Sır saklama yükümlülüğü, Anayasa m. 20 hükmü “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmü ile koruma altına alınmıştır.

Sağlık mevzuatı kapsamında da, hekimin sır saklama yükümlülüğü koruma altına alınmıştır⁵⁶¹. TDN m. 4 hükmünde, sır saklama yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir: “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakialarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz⁵⁶².”

⁵⁵⁷ Hakeri, 2007b: 221. (Yrg. 13. HD. T. 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728. Kazancı İhtihat Bankası erişim tarihi: 06.03.2019).

⁵⁵⁸ Hakeri, 2007a: 255.

⁵⁵⁹ Karaca Dedeoğlu, 2012: 21.

⁵⁶⁰ Aydaş, 2014: 58.

⁵⁶¹ Sert, 2007: 44.

⁵⁶² RG Tarih: 19.02.1960, No: 10436.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21 hükmü,

“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu isteme hakkı,

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesi de bu yükümlülük düzenleme altına alınmıştır.

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesi,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsı ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını kapsar⁵⁶³.” şeklinde ve aynı yönetmeliğin Bilgilerin Gizli Tutulması başlıklı 23⁵⁶⁴. maddesinde sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın m. 8 hükmüne göre de, “herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilen korunması hakkına sahiptir⁵⁶⁵.” ve Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 31 hükmü “... Hekim, hastasının kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir⁵⁶⁶.” hükümleri ile bu hak koruma altına alınmıştır.

Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir. Hekim diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına dahi, tedavinin geleceği için zorunlu kılınmadıkça açıklama yapmamalıdır; ancak hekim istisnai hallerde sır sayılan hususların açıklanması, hekim için bir haklılık taşıyabilir. Nitekim kendisi aleyhine açılan bir davada, hekim kendisini savunmak amacı ile açıklamada bulunabilir. Hekimin, sır sayılan hususları açık-

⁵⁶³ RG Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

⁵⁶⁴ 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 necesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihmali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerekrir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

⁵⁶⁵ Hakeri, 2007a: 257.

⁵⁶⁶ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 27.01.2019).

lamasına imkân veren diğer hal ise hastanın rızasıdır. Hasta, her zaman serbest iradesiyle, sırların açıklamasına rıza gösterebilir⁵⁶⁷.

Her ne şekilde olursa olsun (hekimin tanıklıktan çekilme hakkının bulunduğu hal-lerde beyanda bulunulması hali dâhil), sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekim, hastanın bu nedenle uğrayacağı her türlü zararı tazminle yükümlüdür⁵⁶⁸. Sır saklama yükümlülüğü, yalnızca hekim açısından değil, birlikte çalıştığı kişileri de kapsamaktadır. Yine, hekimin bu yükümlülüğünü ihlal ettiğinin ispat yükü, hastaya aittir⁵⁶⁹.

3.1.2.1.6.7 Reçete Yazma Yükümlülüğü

Hekim, reçete yazarken, hasta yararına en faydalı olacak ilacı tercih etmeli, hastanın ekonomik koşullarını da göz önünde bulundurmalıdır⁵⁷⁰. Hekim reçeteye, hastanın istediği ilaçları yazmak zorunda değildir. Bu hususta hastalar, istediği ilacı hekime yazdırma hususunda oldukça istekli olmakta, istediği ilaçları yazan hekim de, hastalar arasında iyi hekim olarak adlandırılmaktadır; ancak hekimin koyduğu teşhise göre ilaç yazması yükümlülükleri arasındadır⁵⁷¹. Ülkemizde ilaç tüketiminin fazla olması nedeni ile Sağlık Bakanlığı tarafından, halkı bilgilendirmek amacı ile kamu spotu dahi yayımlanmaktadır.

Çoğunlukla, hastaların ilaç temini ve kullanımında bilinçli bir ilaç tüketicisi olarak davranmaları sonucunda zararlara uğramaları söz konusu olmaktadır. Eksik veya yanlış ilaç kullanımından kaynaklanan çeşitli olumsuzlukların giderilmesi ve ciddi riskler içeren yüklerin azaltılabilmesi, hastalığa bağlı fizyolojik, biyolojik ve psikolojik zararların önlenmesi gerekir⁵⁷². Bu nedenle “akılcı ilaç kullanımı” üzerinde durulmaktadır⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Ayan, 1991: 100.

⁵⁶⁸ Özdemir, 2009: 158.

⁵⁶⁹ Işık, 2010: 143.

⁵⁷⁰ Aydaş, 2014: 29.

⁵⁷¹ Aydaş, 2014: 30.

⁵⁷² Yrg. 13. HD. 19.10.2006, E.2006/10057; K. 2006/13842 sayılı kararı “...muayenesi edilip, tahlil ve röntgen sonuçlarına göre reçetesi de yazılan ilaçları kullanarak on gün sonra kontrole gelmesi kendisine söylenen davacı hastanın; 9. günde kullandığı antienflamatuvar ilaçların mide kanaması geçirip ve buna bağlı olarak ameliyat olmak zorunda kaldığı somu ilaç kullanımını olayında, davalı hekimin davacı hastayı hastaya verdiği ilaçlar arasında bulunan “exen forte” tablet adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceği noktasında, üroloji uzmanı bir hekimin bilirkişi raporundaki “... ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan ezen forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan kullanılmayı zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı...” şeklindeki görüşe rağmen, salt hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış bulun-

Hekim, ilaçla tedavi sürecinde ilk olarak ilaç kullanımının tedavideki payını, daha sonra ilacın dozu, ne kadar sürede alınacağı, yan etkileşimleri anlatması, ilaçla birlikte alınmaması gereken diğer ilaçları veya besinleri de vurgulaması gerekir⁵⁷⁴.

Hekimin reçete yazarken, göz önünde bulundurması gereken bir başka husus ise, özen yükümlülüğüdür. Örneği hekim, uyuşturucu/uyarıcı madde içeren ilaçları yazarken, bu ilaçların insan vücudunda ne gibi etkileri olacağını ve istenilen amaca ulaşmak için muadil başkaca ilacın bulunup bulunmadığına dikkat etmelidir.

Tıp Hizmetlerinin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı m. 20 hükmünde, hekimlerin reçete düzenleme yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Bu hüküm “Reçete düzenleme hekimin sorumluluğundadır. Reçete, hastalığın standart tıbbi tedavisinin ve hastanın genel durumunun değerlendirilmesi sonucunda planlanan tedavisi ile ilgili planlanan şekilde müdavi hekim tarafından ilaçların dozları, yan etkileri, advers tepkileri ve birbirleriyle etkileşimleri de dikkate alınarak okunaklı bir şekilde düzenlenir. Verilen reçete içeriği hasta dosyasına işlenir⁵⁷⁵.” şeklindedir.

3.1.2.1.6.8 Bilimsel Olmayan Yöntemleri Uygulamama Yükümlülüğü

Hekimlik meslek etiği kuralları uyarınca, hekim, bilimsel olmayan yöntemleri kullanmamakla yükümlü tutulmuştur. HMEK m. 12 hükmü “Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur, hastaların tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulamaz. Hekim gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz⁵⁷⁶.” şeklinde düzenlenmiştir.

duğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı yönünden yargısal bir kanaate varılamayacağı ve bu bağlamda, söz konusu bilirkişi raporunun dosya içeriği ile uyummadığı, Mahkece, davacıya uygulanan ilaç tedavisinde hekimin hata ve kusuru (ilaç kusuru) bulunup bulunmadığı hususunun üniversiteden seçilecek, üroloji, gastroloji ve dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak mide kanaması ile tedavi arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik verilen kararın bozulmasına...” şeklindedir. Bkz. Demir, 2009: 114.

⁵⁷³ Demir, 2009: 114.

⁵⁷⁴ Sert Sütçü vd, 2018: 115.

⁵⁷⁵ <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (erişim tarihi:09.02.2019).

⁵⁷⁶ Akyıldız, 2016: 322.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁵⁷⁷ m. 10 ve 11 hükümleri uyarınca, araştırma yapan hekim, bulduğu teşhis ve tedavi yöntemini, yeterli derecede denemeli ve yararlı olduğunu ya da zararlı sonuçlar doğurmayacağına kanaat getirmelidir. Aksi halde hastaları üzerinde uygulama yapamaz. Deneme amacı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılmayacak, kimyevi, fiziki ve biyolojik şekilde herhangi bir tedavi uygulanamaz. Bu yükümlülüğü ihlal eden hekim, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Hekimin, hukuki sorumluluğunun doğmaması için,

- Klinik ya da laboratuvar muayeneleri sonucunda klasik metotların hastaya yarar sağlamayacağına sabit olması,
- Daha önce deney hayvanları üzerinde deneme yapılmış olması,
- Fayda ve başarı konusunda, klasik tedavi yöntemlerinden daha elverişsiz bir sonuç alınmayacağına muhtemel olması gerekmektedir⁵⁷⁸.

3.1.2.2 Tıbbi Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

3.1.2.2.1 Genel Olarak Eser Sözleşmesi

Hekimin belli bir sonucu üstlendiği durumlarda, tedavi sözleşmesi eser sözleşmesi niteliği taşır. Örneğin, diş protezi ya da köprü yapımı, takma göz, koli bacak gibi yapay organların takılması, burun vb. gibi güzelleştirici estetik ameliyatlarda, hekim belli bir sonucu gerçekleştirme borcu altına girdiği için, taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 470⁵⁷⁹ hükmü ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği, karşılıklı borç yükümü içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinin konusu, ne hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli veya belirsiz sürede işçinin emir ve talimatlarına bağlı kalarak bir iş görmesi ne de vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iş sahibi lehine iş görmeyi konu edinmesidir⁵⁸⁰. Eser sözleşmesi, bir eserin meydana çıkarılması ve bunun karşılığında ücret ödenmesini kapsamaktadır. Yargı kararla-

⁵⁷⁷ RG Tarih:19.02.1960, Sayı: 10436.

⁵⁷⁸ Akyıldız, 2016: 323.

⁵⁷⁹ Madde 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

⁵⁸⁰ Sindel: 2014: 54.

rı ile de belirtildiği üzere hekimin belli bir görünümün elde edileceği konusunda teminat verebileceği estetik amaçlı operasyonlar, eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır⁵⁸¹.

3.1.2.2.2 Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesi TBK m. 470 vd. hükümlerinde tanımlanmıştır. Buna göre, eser sözleşmesinin o unsurları: eser, ücret ve anlaşmadır.

Sözleşme ile iş yapmayı üstlenen kişi, iş sahibi adına, soyut ya da somut bir tıbbi eseri yapmayı üstlenmektedir⁵⁸²; ancak eser kavramından en anlaşılması gerektiği kanunda açıkça belirtilmemiştir. Eser kavramı, doktrinde, insanın emek ürünü olan ve bir bütünlük arz eden, ekonomik değeri bulunan her ürünün, maddi nitelikte olsun veya olmasın, eser olarak kabul edilebileceği görüşündedir⁵⁸³. Yani önemli olan insan emeği olan bir çalışmanın, tek bir görüntü olarak ortaya çıkan ve bütünlük arz eden bir çalışma olmasıdır⁵⁸⁴.

Hekimin estetik bir burun yapmayı ya da diş hekiminin protez kron, köprü yapmayı üstlenmesi sonucunda meydana gelecek olan şeyler eser kavramı içindedir⁵⁸⁵. Estetik ameliyatlarda vücutta istenilen bir değişiklik yapılmakta ve ameliyat sonrası nasıl bir sonucun istenildiği üzerinde, hekim ile hasta arasında anlaşma yapılmaktadır. Hekim, ameliyat sonucunda fiziki değişikliğin belli ve somut bir biçimde olması konusunda teminat vermiş ise eser sözleşmesi söz konusudur.

Eser sözleşmesinin diğer bir unsurunu ise ücret oluşturmaktadır. Yargıtay 10. HD bir kararında “İstisna akdinde bir eserin ücret karşılığında yaratılması durumu söz konusudur. Bu akitte ücretin tespitinde eser göz önünde bulundurulur⁵⁸⁶. Sözleşme uyarınca hasta, ücret ödeme borcu altına girmektedir. Ücret konusunda önceden anlaşma olması şart değildir. Ücret ödeneceği ya da miktarı açıkça belirlenmemiş olsa bile, ücret ödenmesi zorunlu-

⁵⁸¹ Yrg. 13. HD. T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741: “Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir.”(Kararın tam metni için Bkz. www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵⁸² Gökcan, 2014: 938.

⁵⁸³ Tandoğan, 1987: 1, Yavuz, 2004: 450.

⁵⁸⁴ Kılıç Güneş, 2014: 62, 63.

⁵⁸⁵ Aykın, 2015: 40; Çakal, 2018: 17.

⁵⁸⁶ Kılıç Güneş, 2014: 54.

dur. Taraflar ücret konusunda anlaşamazlar ise uyuşmazlık TBK m. 481⁵⁸⁷ uyarınca çözümlenir.

Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 28/2 hükmü “Ülkemizde kendi nam ve hesaplarına bağımsız olarak çalışan hekimler gerektiğinde illerin Tabip Odalarınca belirlenen ve Türk Tabipler Birliği tarafından onaylanan asgari ücret tarifesine göre ücret alırlar. Ancak, aralarında anlaşarak daha yüksek bir ücret kararlaştırabilirler⁵⁸⁸” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 29 hükmü “Hasta, ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz⁵⁸⁹” şeklinde düzenlenmiştir. TDN m. 31 hükmü “Asgari ücret tarifesi tatbik olunan yerlerde, tabip veya dış tabibi, rekabet veya propaganda maksadı ile tarifede yazılı asgari miktardan aşağı ücret alamaz⁵⁹⁰.” düzenlemesi ile taban ücretin altında ücret alınması engellenmiştir.

Eser sözleşmesinin son unsuru ise tarafların anlaşmadır. Anlaşma şekle bağlı değildir. Tarafların yapılacak iş ve ücret konusunda uyuşması ile anlaşma sağlanmış olur. Hasta, küçük ya da kısıtlı ise sözleşmenin, yasal temsilci ile yapılması gerekmektedir. Yine 1219 sayılı kanunun m. 70 hükmü uyarınca, büyük ameliyatlara için kanuni temsilci ya da hastanın rızasının yazılı olması gerekir.

3.1.2.2.3 Tarafların Hak ve Borçları

Hekim, üstlendiği edimi, hastanın haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlü olup, meydana gelecek eseri kendisi yapmak veya gözetiminde yaptırmak, aksine adet veya anlaşma olmadıkça eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamakla yükümlüdür⁵⁹¹.

Sadakat borcu, hekimin, eseri imal ederken, hastanın menfaatlerini gözetmesi, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmasıdır⁵⁹². Sadakat borcuna dayalı olarak hekimin bazı yan yükümlülükleri de vardır.

⁵⁸⁷ Madde 481: Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.

⁵⁸⁸ Sindel, 2014: 23.

⁵⁸⁹ http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31, (erişim tarihi: 02.02.2019).

⁵⁹⁰ RG Tarih: 19.2.1960, No: 10436.

⁵⁹¹ Sindel, 2014: 91.

⁵⁹² Aydaş, 2014: 36.

Sadakat borcunun gereği olarak, hekim hastasının sırrını saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, TBK m. 471/1 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Diğer yandan TMK m.24⁵⁹³, TBK m. 58⁵⁹⁴ ve TDN m. 4⁵⁹⁵ hükümleri, sır saklama yükümlülüğünün yasal dayanaklarıdır.

Sadakat borcunun bir gereği olarak hekimin meydana getireceği eser konusunda hastayı aydınlatması gerekir. Örneğin, estetik ameliyatın riskleri, iyileşme süreci, bu süreçte dikkat edilmesi gereken şeyler ya da diş hekimin yapacağı protezlerin malzemesi vb. gibi hususlarda hastayı aydınlatması gerekir⁵⁹⁶.

Hekim, hastanın yararına olacak şekilde davranmalı ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır. TBK m. 471/1 hükmü “yüklenici, üstlendiği edimleri, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.” şeklinde olup bu düzenleme ile kanunda eser sözleşmesinin iş sahibinin sadakat ve özen borcuna açıklama getirmiştir.

Hekimin özen borcunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir hekimin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışın esas alınacağı TBK m. 471 hükmünde düzenlenmiş olup, hekimler de bu eser sözleşmesinin konusuna giren işlerin hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

Hekimin temel borçlarından birisi de, eseri yapma ve teslim etme borcudur. Hekim, talep eden hastanın eserini yaparak, sözleşmeye uygun bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Eserin yapımı ve teslimi, tıbbi eser sözleşmesi açısından aynı anda gerçekleşir⁵⁹⁷.

Hekim, eseri bizzat yapmalı ya da yönetimi altında yaptırmalıdır. Yapılacak iş, kişisel özelliklerin önem arz etmediği (ameliyat salonunun hazırlanması, anestezi yapılması, kayıtların tutulması gibi) işlerin yapılması için adam çalıştırılabilir⁵⁹⁸. İşin başkasına yaptırılması halinde, iş gören hekim TBK m. 112⁵⁹⁹ hükmü uyarınca, yardımcı kişinin seçimin-

⁵⁹³ Madde 24: Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

⁵⁹⁴ Madde 58: Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

⁵⁹⁵ Madde 4: Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

⁵⁹⁶ Aykın, 2015: 117.

⁵⁹⁷ Gökcan, 2014: 941.

⁵⁹⁸ Sert Sütçü vd, 2016: 109.

⁵⁹⁹ Madde 112: Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

de, denetim ve gözetiminde özen göstermelidir⁶⁰⁰. Bu yükümlülüğü ihlal eden hekim, yardımcı kişinin meydana getireceği zararlardan sorumludur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında, serbest çalışan hekimin kullandığı yardımcı şahıslardan dolayı sorumluluğu ile ilgili şu kararı vermiştir:

“Davalı, hekime ait özel muayenehanede hemşire olarak çalışmakta olan davalı tarafından hasta küçük kıza yapılan iğne nedeniyle bacakta fonksiyon kaybı görülmüştür.

BK m. 100 uyarınca bir borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan diğer tarafa karşı mesuldür.

Davalı hekim, yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur. BK m. 100/2’ye uygun sorumluluğu bertaraf edici bir anlaşma olduğu da iddia ve ispat edilmemiştir⁶⁰¹.”.

İş gören konumunda olan hekimin işin yapılması sırasında ortaya çıkabilecek önemli hususları da iş sahibi hastaya bildirme borcu vardır. TBK m. 472/1 hükmü “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin diş hekiminin diş protez yapımındaki anlaşmasından sonra hastanın grafiklerini incelemesi neticesinde çene kemiğinin protez yapımına uygun olmadığını, işleme başlamadan önce kemik tozu tedavisi uygulanması gerektiğini hastaya bildirmelidir.

İş gören konumunda olan hekimin, işe zamanında başlaması ve işi zamanında bitirerek teslim etmesi, borçları arasında sayılmaktadır. Anlaşmaya rağmen işe başlamayan ya da bitirmeyen iş görene karşı, işi ısmarlayan teslim zamanını beklemeden sözleşmeden dönebilir ya da gecikme nedeniyle doğan zararını isteyebilir.

İş gören konumunda olan hekim, eserde ortaya çıkabilecek bozukluk ve eksiklikleri üstlenmekle yükümlüdür. Eser ayıplı ise, iş sahibi hastanın süresi içinde bildirim ve talebi üzerine seçimlik haklarından⁶⁰² birini kullanabilir. Sözleşme feshedilmiş ise eserin ücretsiz onarımı iş sahibi hekim tarafından üstlenilmeli ya da ayıp oranında bedelden indirim yapılmalıdır.

Eser sözleşmesinde, iş gören hekimin borçları yanında hakları da mevcuttur. Hekimin, bu sözleşmeden kaynaklanan en önemli hakkı, yaptığı eser karşılığında ücretin kendisine ödenmesini isteme hakkıdır. Anlaşma sırasında ya da öncesinde ücret kararlaştırılma-

⁶⁰⁰ Top vd, 2008: 179.

⁶⁰¹ Aykın, 2015: 160. (Yrg. 13. HD. T. 22.5.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348).

⁶⁰² Bkz. Uygur, 2012: 1647.

mış ise, eser yapıldıktan sonra da ücret kararlaştırılabilir. Tarafların ortak iradeleri ile ücreti belirleyemedikleri durumlarda, ücretin tespiti amacı ile dava açabilir. Ücret borcunu zamanında ifa etmeyen hastaya karşı iş gören her zaman sözleşmeyi feshedebilir. Hekim sözleşmeyi feshederken, TDN m. 19/2⁶⁰³ hükmünü göz önünde bulundurmalıdır.

Taraflara karşılıklı hak ve borç yükleyen eser sözleşmesinde, iş sahibinin, eserin anlaşmaya uygun olarak teslimini isteme hakkı ve yaptırdığı eser karşılığı ücret ödeme borcu altındadır.

3.1.2.2.4 Tıbbi Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

Her iki tarafın borçlarını yerine getirmesi ile bu sözleşme doğal olarak sona erer⁶⁰⁴.

TBK m. 473/1⁶⁰⁵, 475/1⁶⁰⁶, 480/2⁶⁰⁷, 482⁶⁰⁸, 484⁶⁰⁹, 485⁶¹⁰ ve 486⁶¹¹ hükümleri göz önünde bulundurularak, eser sözleşmesi sonlandırılabilir.

⁶⁰³ Madde 19: Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkedermez. Hastayı bu suretle terkeden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahade notlarını verir.

⁶⁰⁴ Aral, 2007: 377.

⁶⁰⁵ TBK m.473/1: “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”

⁶⁰⁶ TBK m. 475/1 : “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

⁶⁰⁷ TBK m. 480/2 : “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”

⁶⁰⁸ TBK m 482: “Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, işsahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa işsahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. Eser, işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa işsahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.”

⁶⁰⁹ TBK m 484: “İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.”

⁶¹⁰ TBK m. 485: “Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır. V. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi.”

⁶¹¹ TBK m.486: “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.” hükümleri de, eser sözleşmesinin sona erme nedenleri söz konusu olacaktır.

3.1.2.2.5 Eserin Ayıplı Olması Nedeniyle Sorumluluk

Eserin teslimi üzerine iş sahibi hastanın eseri açık ya da örtülü bir şekilde kabul etmesi halinde, iş gören hekimin sorumluluğu sona erer⁶¹²; ancak iş gören hekim tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için hekimin sorumluluğu devam eder⁶¹³.

İş sahibi eseri teslim alırken, muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Hasta bu yükümlülüğünü ihmal eder ise, eseri kabul etmiş sayılır. Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi, gecikmeksizin durumu iş görene bildirmek zorundadır. Bildirilmemesi halinde, eserin kabul edildiği varsayılır⁶¹⁴.

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklar TBK m. 475 hükmünde düzenlenmiştir. İş sahibinin kullanabileceği bu haklar:

- Eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme,
- Eseri alıkoymuş ayıp oranında bedelden indirim isteme,
- Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme,
- Eserin ayıplı olması halinde, iş sahibi, genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilir.

Yargıtay 15. HD. bir kararında⁶¹⁵ “Davacı, diş hekimi davalının yapımını yüklediği üst ve alt çene diş protezinin kullanılamayacak derece ayıplı olduğunu, belirtilen miktarlardaki maddi ve manevi tazminatların ve ödenen iş bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir... Taraflar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuksal ilişki, Borçlar Yasasının m. 355. hükmünde de tanımlandığı üzere, niteliğince bir “eser” sözleşmesidir.” şeklinde olup, bu kararda, iş sahibi eserin ayıplı olması nedeni ile genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yargıtay 15. HD. yine aynı kararında “Eser sözleşmesinde, eserin ayıplı olması halinde bu ayıplar kabule engel değil ise, iş sahibi ayıpların aynen giderilmesini veya giderilmesi için gerekli bedelin tahsilini ya da iş bedelinden bu miktarın indirilmesini; ayıplar eserin kabulüne engel derecede ise eseri

⁶¹² Aral, 2007: 352.

⁶¹³ Aral, 2007: 355.

⁶¹⁴ Gökcan, 2014: 942.

⁶¹⁵ Yrg. 15. HD. T. 14.02.2005, E. 2004/3331, K. 2005/698. (www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 05.03.2019).

iade ve ödediği bedelin geri verilmesini ve koşullar oluşmuş ise diğer zararlarını talep edebilir. (TBK m.360). Öte yandan, ayıbın giderilmesinin aşırı masrafı gerektirmemesi de zorunludur. Çünkü eser bedelini aşan onarım giderini yüklenici reddedebilir. Bu halde, Medeni Yasanın 2. maddesinde öngörüldüğü üzere, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibi ya da ücretten indirim yapılmasını veya sözleşmenin feshini isteyebilir. Bilirkişi kuruluna işin ayıp derecesinin de tespiti mahkemece yapılmalıdır.” şeklinde hüküm kurmuştur.

TBK m. 476 hükmü “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenilecek olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” uyarınca, iş sahibi TBK m. 475 hükmünde sayılan seçimlik haklarını kullanamaz.

Hastanın bünyesel bir özelliği nedeniyle istenilen eserin yapılmasının arzu edilen sonucu doğurmayacağı hekim tarafından önceden tespit edilmiş; ancak hastaya bildirilmemiş ise bu durumda hekim kusurlu sayılır⁶¹⁶. Yargıtay 15. HD. bir kararında, diş eti hastalığı nedeniyle protez yapımının uygun olmadığı bilgisinin hastaya bildirilmemesi ve hasta buna rağmen ısrarlı olursa, diş eti hastalığının tedavisinden sonra protez uygulaması şeklindeki yöntemi uygulamayan hekim kusurlu bulunmuştur⁶¹⁷.

Ayıpların giderilmesinin veya ayıp nedeniyle bedelden indirim yapılmasının istenilmesi, taraflar arasındaki eser sözleşmesinin geçerliliğinin devam ettiğinin göstergesidir.

İş sahibi, eserdeki ayıp nedeniyle sözleşmeyi feshetmişse, ödediği bedelin iadesini isteyebilir; ancak işi bir başka hekime yaptırması nedeniyle harcadığı bedelin iadesi isteminde bulunamaz. Bu durumda taleplerin çelişmesi söz konusu olur. Yargıtay 15. HD. bir kararında “Davacı diş hekimi davalının yapımını yüklediği üst ve alt çene diş protezinin kullanılamayacak derece ayıplı olması sebebiyle, ayıpların giderilmesi için başka bir diş hekimine ödediği bedeli ve ayrıca ödediği iş bedelinin iadesi için dava açmıştır. Davacının hem ödediğini ileri sürdüğü iş bedelinin geri verilmesini hem de ayıpların giderilmesini istemektedir. Oysa ayıpların aynen giderilmesini veya masraflarını istemek, akdın aynen ifası doğrultusunda irade bildiriminde bulunulduğunu ifade eder. Bu halde, iş bedeli istenemez. İş bedelinin istenmesi durumunda sözleşmenin feshi söz konusu olur. BK m. 108 uyarınca olumlu zarar yanında olumsuz zararlar da istenebilir. Mahkemece işin kapsamı belirlenmeli, buna göre iş bedeli saptanmalı, ayıbın derecesi belirlenerek, ayıbın giderilmesi masrafları belirlenmeli, ödenen miktarın mahsubu ile buna göre tahsili gereken masraf var-

⁶¹⁶ Gökcan, 2014: 944.

⁶¹⁷ Gökcan, 2014: 944.

sa ödetilmesine, iş bedeli iadesi davasının reddine karar verilmesi düşünülmelidir. Ayıp yok ise, ödendiği ileri sürülen iş bedelinin ve ayıpların giderilmesi davası tümünden reddedilmelidir. Bu hususlar gözetilmeden verilen karar doğru olmadığından bozulması gerekmiştir⁶¹⁸.” şeklinde olup, Yargıtay bu kararı ile çelişen taleplerin aynı anda istenemeyeceğine işaret etmiştir.

3.1.2.3 Vekâletsiz İş Görme Nedeniyle Sorumluluk

Hekim sorumluluğuna yol açan olayların bir kısmında hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz⁶¹⁹. Hekim, hasta ile arasında bir hukuki ilişki olmadığı halde, hasta yararına tıbbi müdahalede bulunabilir⁶²⁰. Bu durum, hastanın sözleşmenin kurulması için gerekli olan geçerli bir irade beyanında bulunmadığı hallerde söz konusu olur. Vekâletsiz iş görme hükümleri çoğunlukla acil durumlarda söz konusu olmaktadır⁶²¹. Hekimin, hastanın sağlığını düşünerek ve acil durumdan dolayı yaptığı tıbbi müdahale halidir. Hekim, hastasının bilinci kapalı olduğu hal ve durumlarda da vekâletsiz iş görme hükümlerinden faydalanabilir. Hasta açısından tıbbi zorunluluk hali bulunduğu durumda, hekim hasta yakınlarından birine ulaşamıyor ise rıza almaksızın tıbbi müdahalede bulunabilir.

TBK m. 526 vd. hükümlerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hekimin sorumluluğu söz konusudur. Hekim, vekâletsiz iş görürken, daha özenli davranmalı, müdahalesini hastanın menfaatine ve varsayılan iradesine göre uygulamakla yükümlüdür. Vekaletsiz iş gören hekim, her türlü ihmalden sorumludur. Hekim, yaptığı müdahalede ihmali bir davranışta bulunursa, TBK m. 527 hükmü uyarınca sorumlu tutulacaktır.

TBK m. 527 hükmü “(1) Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören, bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif değerlendirilir. (2) İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtüşü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik halden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hal sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” hükmündedir. Bu hükmün, vekâletsiz iş gören hekim açısından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, hekimlerin, hastasının karşılaşacağı daha ağır bir zarardan korumak saiki ile hareket etmeleri sebebiyle, bu hükmün hekimleri

⁶¹⁸ Yrg. 15. HD. T. 14.02.2005, E. 2004/3331, K. 2005/698. (Kazancı içtihat, erişim tarihi: 02.02.2019).

⁶¹⁹ Ayan, 1991: 60.

⁶²⁰ Sindel, 2014: 13.

⁶²¹ Güllüoğlu, 2008: 60.

kapsayacak şekilde yorumlanmasını, yalnızca hekimlerin kast ve ağır ihmal hallerinde sorumluluğu tutulmaları gerektiğini savunmuştur⁶²². Aksi görüşe göre ise, hekimin zaruri hallerde göstermesi gereken özenin normal müdahalelerde göstereceği özenden daha az olabileceğinin kabul edilmesinin doğru olmayacağını ileri sürmüştür⁶²³. TBK m. 527 hükmü uyarınca, hekim müdahale etmeseydi bile aynı durumun meydana gelebileceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Doktrinde bir görüşe göre, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun kendisini gösterdiği durumlarda, vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir⁶²⁴. Hekim, ameliyatın devamı sırasında, daha önce hesaba katılması ve hastanın aydınlatılması mümkün olmayan, fakat onun menfaati ve iyileşmesi için⁶²⁵, yeni bir gelişme nedeniyle, planlanmış müdahalenin üzerine çıkması gerekir; ancak bunun için hasta bakımından hayati bir risk ortaya çıkmış olmalı, müdahalenin riski, muvafakat elde etmek için beklenmesi halinde ortaya çıkacak tehlike halinden daha az olmalıdır⁶²⁶. Genel kabul edilen görüşe göre de, kişi bakımından hayati tehlikenin söz konusu olması durumunda, ameliyatın genişletilmesi hukuka uygundur. Kanaatimizce de, böyle bir durumda kişiye müdahalede bulunulması, tıbbi zorunluluk olduğundan, yapılan müdahale hukuka uygundur.

Hekimin, hastasının yararına olacak şekilde hareket etmesi esastır. Hekim, kendi çıkarı doğrultusunda⁶²⁷, menfaatini düşünerek hareket etmesi, hasta aleyhine sonuç doğurur ise, hekim vekâletsiz iş görmeden dolayı sorumlu tutulacaktır⁶²⁸.

3.1.2.4 Haksız Fiil Nedeniyle Sorumluluk

Hekim sorumluluğunu doğuran bir diğer kaynak, haksız fiildir. Haksız fiil, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla, başka birine zarar verme⁶²⁹ olarak tanımlanmaktadır. TBK m. 49 hükmü uyarınca, haksız fiilin varlığı için fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı olmak üzere beş koşulun varlığı aranır. Yine, zarar veren fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa dahi, ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür⁶³⁰. TBK m. 50 hükmü “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu

⁶²² Erzurumluoğlu, 1976: 202.

⁶²³ Ayan, 1991: 114; Alkanat, 2006: 180.

⁶²⁴ Ayan, 1991: 60.

⁶²⁵ Çakal, 2018: 101.

⁶²⁶ Ayan, 1991: 61.

⁶²⁷ Aynacı, 2008: 22.

⁶²⁸ Arat, 2007: 83.

⁶²⁹ Eren, 2007: 468.

⁶³⁰ Sindel, 2014: 8.

ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” şeklinde düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca zarar veren, zararı ve zarar verenin kusurunu ispatla mükelleftir.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğu, haksız fiil biçiminde ortaya çıkar. Hekim ile hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme yoksa hekimin sorumluluğunun dayanağını haksız fiil oluşturur⁶³¹. Öte yandan, hekimin sözleşmesel sorumluluğu doğduğunda, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu da ortaya çıkabilir. Nitekim, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğu için gerekli olan şartlar birbiriyle örtüşmektedir⁶³². Örneğin, hekim kusurlu bir davranışla hastaya zarar vermiş ise, bahsedilen sözleşmeye aykırı hareket aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunu da karşılar. Sorumluluk sebeplerinin yarışması halinde ise, hasta istediği sorumluluk ilişkisine dayanmakta serbesttir. Sorumluluğun birden çok sebebe dayandırılması halinde, hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verebilecektir.

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından ilki hukuka aykırılıktır⁶³³. Hukuka aykırılık, doğrudan ya da dolaylı olarak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan hukuk normunun ihlalini ifade eden⁶³⁴, hukuk düzeniyle bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ya da buyurmaları çiğneyen insan eylemi hakkında yürütülen değer yargısıdır⁶³⁵. Burada, kişilerin şahıs varlığı ve malvarlığını değerlerini koruma amacına yönelik hukuk kurallarına aykırı hareket etmesi söz konusudur; ancak müdahalenin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esaslara uygun icrası şartıyla, özel bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde haksız fiil sorumluluğu ortadan kalkar. Nitekim, hastanın rızası, hekimin hastanın yararına hareket etmesi ve kamu gücünün hukuka uygun şekilde kullanılması, bir kısım hukuka uygunluk halleridir.

Hekimin, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli ikinci şart, davranışının kusurlu sayılmasıdır⁶³⁶. Kusurun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin hukuka aykırı durumu bilerek ve isteyerek hareket etmesi veya hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için, aynı şart ve hal altında bir başka hekimin göstereceği özeni gös-

⁶³¹ Yakut, 2014: 76.

⁶³² Ayan, 1991: 116.

⁶³³ Yakut, 2014: 77.

⁶³⁴ Ayan, 1991: 116.

⁶³⁵ Uygur, 2012: 398.

⁶³⁶ Sindel, 2014: 7.

termemesi gerekir. Hasta, haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak açtığı davada, hekimin kast veya ihmal şeklindeki kusurlu davranışını ispatla yükümlüdür⁶³⁷.

Hekim, hukuka aykırı kusurlu bir davranış ile hastasına zarar vermiş olmalıdır. Şayet hekim, kusurlu davranmasına rağmen zarar meydana gelmesi ise, tazminat ödeme yükümlülüğü altında değildir⁶³⁸.

Son olarak da, hekimin hukuka aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasında da bir illiyet bağı bulunmalıdır⁶³⁹. Zarar ile hukuka aykırı bir davranış arasında illiyet bağı bulunmuyorsa, örneğin kaza ya da üçüncü kişinin fiili nedeni ile illiyet bağı kopmuş ise, hekimin sorumluluğundan bahsedilemez.

Hekimin, acil durumlarda hastaya müdahale etme yükümlülüğü olduğu halde, etmemesi, hastanın aydınlatılmış onamını almadan cerrahi müdahalede bulunması durumunda hukuka aykırı bir fiil söz konusu olacaktır⁶⁴⁰.

Hekimin haksız fiil sorumluluğu sonucunda, hekim, hekimlik faaliyetlerinin icrası sırasında gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler neticesinde, hastada meydana gelen zararları tazmin etmelidir. Hekim kusurlu olduğu veya objektif sorumlu olduğu hallerde, hastanın maddi ve manevi zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür.

3.1.2.5 Sorumluluktan Kurtulma Anlaşması

TBK m. 115 hükmünde düzenlenen, sorumluluktan kurtulma anlaşması, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine dayanır⁶⁴¹. Sözleşmenin ihlalden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ve borçlu arasında, açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmaya sorumsuzluk anlaşması olarak tanımlanır⁶⁴².

Borçlunun kasıtlı bir hukuka aykırı davranışından veya ağır ihmalinden doğacak zarardan sorumlu olmayacağı konusunda, alacaklı ile öncesinde yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. TBK m. 115/2 hükmü “Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önce-

⁶³⁷ Yakut, 2014: 68.

⁶³⁸ Kılıç Güneş, 2014: 79.

⁶³⁹ Eren, 2014: 492.

⁶⁴⁰ Sarıtaş, 2005: 119.

⁶⁴¹ Uygur, 2009: 359.

⁶⁴² Eren, 2007: 42., Tekinay vd, 1993: 900.

den yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”, 115/3 hükmü ise “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.” hükmünde olup, borçlunun hafif kusuru için yapacağı sorumsuzluk anlaşması iki durumda kısıtlanmış ve hâkimin takdirine göre batıl sayılabileceği hükme bağlanmıştır⁶⁴³.

Sorumluluktan kurtulma anlaşması açısından iki önemli husus söz konusudur. Öncelikle sorumluluktan kurtulma anlaşması, hiçbir zaman borçlunun sözleşmeden doğan asli edim yükümüne etki etmez; asli edim yükümü azaltılamaz, değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. İkinci olarak, sorumluluktan kurtulma anlaşması yapılmış olması, borçlunun göstermesi gereken özen borcu üzerinde de herhangi bir etkisi yoktur⁶⁴⁴.

Hekimin, hastası ile arasında, hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapmış olduğu sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, etik açıdan kabul edilebilir olmayacağı gibi TBK m. 115 hükmü uyarınca da hukuken geçersizdir.

Doktrinde, hekimin hafif kusurundan sorumlu olmamak için, sorumluluktan kurtulma anlaşması yapıp yapmayacağı üzerinde farklı görüşler yer almaktadır⁶⁴⁵. Bu görüşlere yer vermeden önce, hekimlik mesleğinin TBK m. 115 hükmünde düzenlenen hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası olup olmadığının, söz konusu madde hükmüne göre hafif kusurlarından sorumlu olmamak için anlaşma yapıp yapamayacaklarının belirlenmesi gerekir⁶⁴⁶.

Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre, hekimlik resmi bir izne veya ruhsata dayanılarak yapılabilen bir meslek olarak, idare hukuku anlamında TBK m.115 hükmünde belirtilen imtiyaz alınarak yapılan işlerden ayrılır; ancak yasa koyucunun genel güvenlik ve toplum yararı sebeplerinden icrasını resmi bir izne veya ruhsata bağlı tuttuğu meslekler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu meslek sahipleri, hizmetlerini kamuya açık olarak sunarlar ve sahip oldukları izin/ruhsat, toplum nezdinde bir güven sağlar. Bu nedenle, hekimin hastası ile yapacağı sorumluluktan kurtulma anlaşmasını, hâkim TBK m. 115 hükmündeki yetkisine dayanarak geçersiz sayabilir.

Diğer bir görüşe göre ise, hekim hastası ile hafif kusurlarına ilişkin olsa bile sorumsuzluk anlaşması yapamaz. Böyle bir sözleşme yapıldı ise kendiliğinden geçersizdir. He-

⁶⁴³ Ayan, 1991: 119.

⁶⁴⁴ Eren, 2007: 1044.

⁶⁴⁵ Uygur, 2009: 361.

⁶⁴⁶ Ayan, 1991: 119.

kimlik sözleşmesinde, hekim her türlü özeni göstereceğini taahhüt etmekte, hasta da bu inancı taşıyarak hekimini seçmek ve tıbbi müdahale için ona rıza vermektedir⁶⁴⁷.

Bağımsız çalışan bir hekim, kendisine başvuran hastası arasında gerçekleşen hekimlik sözleşmesi için hekimin sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmez. Hekimlik sözleşmesi, güvene dayalı olarak mesleki bir faaliyet gerektiren ve ücret karşılığı yapılan vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Belirli uzmanlık ve meslek kuralları çerçevesinde hareket etmesi beklenen hekimin asli borcu, ihtiyaç duyulan hekimlik faaliyetinin gereğini özenle yerine getirmektedir. Bu nedenle, hekimin bazı kusurları nedeni ile sorumlu olmayacağına ilişkin, hastasına sorumsuzluk anlaşması yapmayı teklif etmesi dahi, hasta nezdinde hekimin güvenini sarsacak niteliktedir.

3.2 Özel Hastanede Hizmet Veren Hekimin Sorumluluğu

Özel hastaneler, kamu yönetiminin dışında yer alan, onun bir parçasını oluşturmayan hastanelerdir⁶⁴⁸. Devletin sağlık alanında yetersiz kalması ve istenilen tıbbi standartlarda verimliliği sağlayamaması özel sektörün sağlık alanında yer almasını zorunlu kılmıştır⁶⁴⁹. Özel hastane kavramı, 2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m. 1 hükmünde “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları ‘husussi hastaneler’den sayılır⁶⁵⁰.” hükmü ile tanımlanmıştır.

Özel sektörün sağlık alanında hizmeti, sağlık alanında muayenehaneler, poliklinikler, tıp merkezleri gibi ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarında ve gerçek veya tüzel kişilerce kurulan, alanlarında uzmanlaşmış özel hastaneler gibi yataklı teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarında verilmektedir⁶⁵¹.

Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden kaynaklı sorumluluğun tespiti için, öncelikle hasta ile kurulan hukuki ilişkiyi belirlemek gerekir. Tedavi olmak amacıyla özel hastaneye başvuran hasta ile hastane arasında “hastaneye kabul sözleşmesi” ku-

⁶⁴⁷ Tandoğan, 1987: 433; Ayan, 1991: 119.

⁶⁴⁸ Ayan, 1991: 128.

⁶⁴⁹ Kılıç Güneş, 2014: 58; Hatırnaz Erol, 2007: 33.

⁶⁵⁰ RG Tarih: 05.06.1933, Sayı: 2419.

⁶⁵¹ Kılıç Güneş, 2014: 58.

rulur⁶⁵². Bu sözleşme ile borçlanılan asıl edim, bir ücret karşılığında hastanın tedavi edilmesidir. Hastanenin, yeme, içme, barındırma gibi yan yükümleri de vardır. Bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşme Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş karma yapıda, atipik bir sözleşmedir. Sözleşmenin asli ediminin tedavi olması nedeni ile TBK m. 512 hükmü uyarınca, vekâletten azil ve istifanın her zaman mümkün olması karşısında, hastaneye göre daha zayıf durumda olan hastanın durumunun daha da sakıncalı hale gelmemesi için, bu sözleşmede sadece vekâlet sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması yerine, kira, barınma, eser, hizmet gibi sözleşmelerin de bu sözleşme içine alınmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Hastaneye kabul sözleşmesinde, hasta bakım hizmetleri her zaman hastane tarafından karşılanmakta iken, tedavi edimini yerine getirecek olan taraf sözleşmenin tipine göre değişebilmektedir⁶⁵³. Sözleşmenin türüne göre, sözleşmeye taraf olanlar açısından farklı sorumluluklar gündeme gelecektir⁶⁵⁴. Türk hukukunda hastaneye kabul sözleşmesi “hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi”, “Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” ve “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi” olmak üzere üç şekilde sınıflandırılmıştır.

3.2.1 Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Hekimin Sorumluluğu

3.2.1.1 Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastane, tedavi ile birlikte, yeme, içme, barınma ve diğer her türlü bakım gibi edimleri yerine getirmeyi üstlenir⁶⁵⁵. Bu nedenle, sözleşmeden doğan her türlü hak ve borç tamamen hastane üzerinde doğmuş olur.

Bu sözleşmenin kurulması için tarafları karşılıklı irade beyanlarının açık ya da zımni olarak uyuşması yeterlidir. Sözleşmenin kurulması için şekil şartı aranmaz. Hastanın, tedavi olmak amacıyla hastaneye gelmesi ve tedavi şartlarını kabul etmesi ile taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur⁶⁵⁶.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları, hasta ve hastane işleticisidir⁶⁵⁷. Başka bir ifadeyle, burada yalnızca hasta ve hastane arasında

⁶⁵² Yavuz İpekyüz, 2006: 16.

⁶⁵³ Ayan, 1991: 131.

⁶⁵⁴ Kılıç, 2014: 32.

⁶⁵⁵ Kılıç, 2014: 33.

⁶⁵⁶ Akkanat, 2006: 27.

⁶⁵⁷ Ayan, 1991: 135.

sözleşme ilişkisi vardır. Bu sözleşmede tüm edimler hastane tarafından üstlenilmiştir. Hasta, sözleşmeden doğan haklarının yerine getirilmesini yalnızca hastane işleticisinden isteyebilir. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali nedeni ile dayanılan sorumluluğun muhatabı da yalnızca hastane işleticisidir⁶⁵⁸.

Kural olarak, sözleşme ile hasta kendisinin tedavisini sağlayacak hekimi seçme imkânına sahip değildir. Hastane, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale ve tedavi için gerekli personeli sağlamakla yükümlüdür. Hastayı tedavi edecek hekim ile hasta arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Hekim, özel hastanede gerçekleşen tedavi bakımından “ifa yardımcısı” konumundadır. Dolayısı ile hasta bir zarara uğradığını iddia ediyor ise, doğrudan hekime başvuramaz. Bu durumda, hastane işleticisi TBK m. 116 hükmü kapsamında, yardımcı kişinin eyleminden dolayı sorumlu olacaktır⁶⁵⁹; ancak, hekimin davranışı sözleşmeye aykırılık yanında aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyor ise o zaman, hekim TBK m. 49 hükmü kapsamında sorumlu tutulabilecektir⁶⁶⁰.

3.2.1.2 Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hasta iki ayrı sözleşmeye taraf olmaktadır. Hasta, hastane ile gerçekleştirdiği ilk sözleşmede, hastane işleticisi ücret karşılığı tedavi, yeme, içme, barınma ve diğer bakım hizmetlerini yerine getirme borcu altına girerken; ikinci sözleşmede ise, hasta, hekim ile arasında hekimlik sözleşmesi akdederek, hekimin de tedaviye katılımını sağlar. Dolayısı ile hastaya karşı tedavi yükümlülüğü iki ayrı sözleşme ile sağlanmış olur. Hastanın bu şekilde sözleşmesel bir ilişki kurmasının sebebi, kendisinin bildiği ve tecrübesine güvendiği hekimin de tedavisinde katkısının olmasını istemesinden kaynaklanmaktadır⁶⁶¹.

Bu sözleşme türünde, hastane işleticisi, tedavi hizmeti yanında, yeme, içme ve barındırma gibi edimlerini yükümlenir. Hekimlik sözleşmesi kurulan diğer hekimin de tedavi etme yükümlülüğü söz konusudur. Hasta bakımı açısından tek sorumlu, hastane işleticisi iken, tedavi bakımından hem hastane işleticisinin hem de hekimlik sözleşmesi kurulan hekimin müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluğun sonucu olarak, hasta, uğrayacağı zararın tazmini açısından, hastane işleticisi ve hekime ayrı ayrı ya da birlikte dava açabilir.

⁶⁵⁸ Demir, 2010: 157.

⁶⁵⁹ Karaca Dedeoğlu, 2012: 24.

⁶⁶⁰ Demir, 2010: 157.

⁶⁶¹ Ayan, 1991: 137; Coşar, 2009: 65.

Tedavi gecikmesinden dolayı, hastane işleticisi, TBK m.116 hükmü uyarınca, yardımcı kişilerin eylemlerinden dolayı sorumluluk kapsamında muhatap alınabilir. Hekimlik sözleşmesi kapsamında ise, tedaviyi gerçekleştiren hekimin TBK m. 112 hükmü kapsamında sorumluluğu söz konusudur. Yine, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı yanında, hukuka aykırı başkaca eylemi söz konusu ise hekim, TBK m. 49 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁶⁶².

3.2.2 Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Hekimin Sorumluluğu

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanın tarafı olduğu iki ayrı sözleşme mevcuttur. Bunlardan birincisi, hastanın hastane işleticisi ile yapmış olduğu sözleşmedir⁶⁶³. Bu sözleşmede, hastane işleticisi, hastanın yalnızca, yeme, içme ve barınma gibi ihtiyaçlarını karşılamayı üstlenir. İkincisi ise, hekim ile hasta arasında gerçekleştirilen tedavi sözleşmesidir. Bu sözleşme ile de hastanın tedavisi yalnızca hekim tarafından üstlenilmektedir⁶⁶⁴.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin olduğu durumlarda, taraflar, yalnızca üstlendikleri edimler nedeni ile sorumludur. Hasta ile hastane işleticisi ve hekim arasında gerçekleştirilen iki farklı bağımsız sözleşme söz konusudur⁶⁶⁵. Dolayısı ile hasta, tedavi nedeni ile uğramış olduğu zararın tazmini amacı ile yalnızca hekime başvurabilecektir. Nitekim, hekim ile hastane işleticisi arasında bir bağ bulunmamaktadır. Yine, hasta işleticisinin edimlerini ihmal etmesi nedeni ile bir zarar mevcut ise, burada sorumlu yalnızca hastane işleticisi olup, hekim ile hastane işleticisinin, hiçbir aşamada müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir⁶⁶⁶.

3.3 Kamu Hastanesinde Çalışan Hekimin Sorumluluğu

Kamu hastaneleri, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan kuruluşlardır⁶⁶⁷. Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup, kamu yararı için işletilen ve kamu yönetiminin bir parçası olan teşekküldür. Gerek kuruluş, gerek işletiliş ve gerekse kapanış bakımından kamu hukuku kurallarına tabidirler. Bu hastanelerin, kar elde etme gibi bir amacı olmadığı için, alınan paraların “ücret” olarak nite-

⁶⁶² Kılıç, 2014: 35.

⁶⁶³ Kılıç, 2014: 35.

⁶⁶⁴ Akkanat, 2006: 82.

⁶⁶⁵ Karaca Dedeoğlu, 2012: 25.

⁶⁶⁶ Kılıç, 2014: 35.

⁶⁶⁷ Ayan, 1991: 171.

lendirilmesi doktrinde doğru bulunmamaktadır⁶⁶⁸. Bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim, kamu hastanelerinde yapılan teşhis ve tedavi aşamasında, hastaneye doğrudan bir ücret ödenmesi söz konusu değilse de, kamu hastanesinde yapılan muayene bedelleri, doğrudan hastaya borç kaydedilmekte ve eczaneler aracılığı ile “muayene katılım payı” adı altında, hastalardan tahsil edilmektedir. Hastanın Türk vatandaşı olmaması ve kamu hastanesinde muayene olması durumunda ise bu bedel, hastanelerde kurulan veznelere tarafından doğrudan tahsil edilmektedir.

Kamu hastanelerinin görevi Anayasa'nın m. 56 hükmünce devlete ödev olarak yüklenmiş olan sağlık hizmeti sunma ödevidir. Bu hükmün beşinci fıkrası “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve maddi gücünde tasarruf ve verimi arttırmak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” hükmündedir. Kamu hastanelerindeki sağlık hizmetleri, hekim, hemşire, hasta bakıcı gibi kimselerce verilir ve bu kimseler “kamu personeli” statüsündedir. İfa ettikleri hizmet de idare hukuku anlamında idari faaliyettir⁶⁶⁹.

Kamu hastanesine başvuran hasta ile kamu hastanesi arasında, özel hastanede olduğu gibi sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaz. Bu nedenle kamu personeli statüsündeki hekim ile hasta arasında da herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hastane ve hasta arasındaki ilişki kamu ilişkisidir⁶⁷⁰. Bu nedenle, hasta aldığı hizmet nedeni ile zarara uğrar ise, zararının tazmini için idare hukuku çerçevesinde ilgili kamu hastanesine ya da kamu tüzel kişiliğine dava açabilir. Bu da kaynağını Anayasa'nın m. 129. hükmünden alır. Anılan hükmün beşinci fıkrası “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendisine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir.” hükmündedir.

Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için; hukuka aykırı eylem, kusur, zarar ve illiyet bağının bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Burada özel hastanelere nazaran, hasta ile kamu hastanesi arasında sözleşme ilişkisi kurulmadığından, sözleşme olgusu ayrıca incelenmeyecektir.

Kamu hastanesinde çalışan hekimler ile ilgili hizmet kusuru ve şahsi kusur ayrımı söz konusudur⁶⁷¹. Hizmet kusuru, idarenin herhangi bir kamu hizmeti oluşturmasında, yü-

⁶⁶⁸ Ayan,1991: 171.

⁶⁶⁹ Ayan, 1991: 173.

⁶⁷⁰ Erzurumluoğlu, 1976: 197-198.

⁶⁷¹ Korkmaz, 2019: 294.

rütmesinde ve işletmesinde meydana gelen kusurdur⁶⁷². Hekimin, hizmet kusurundan kaynaklı bir zarar doğması halinde devlet veya ilgili kamu kurumuna karşı idare mahkemesinde dava açılabilir; ancak Danıştay, idare aleyhine dava açabilmesi için ağır kusurun varlığını aramaktadır⁶⁷³. Bu durumda, kamu kurumunun, hekimden, ödediği bedeli rücu etme hakkı saklıdır. Hekimin, hizmet kusurundan ayrılan şahsi bir kusuru söz konusu ise, doğan zararın tazmini amacı ile hekim aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilir.

İdare aleyhine açılacak dava için ilk önce idareye başvuru zorunluluğu bulunup, hasta yahut hasta yakınları hem maddi hem de manevi tazminatı aynı anda istenebilir. İdare aleyhine açılacak tazminat davalarında görevli mahkeme idare mahkemeleridir. Kusurun tespiti yine bilirkişilerce yapılacağı gibi, hastanın kendi kusurunun bulunması durumunda, tazminattan indirim de yapılabilecektir. Hukuka aykırı eylem neticesinde hastanın ölmesi durumunda, anne, baba, eş, kardeş gibi yakınlar, destekten yoksun kalma tazminatı isteminde de bulunabilirler⁶⁷⁴.

3.2 Tıbbi Müdahale Sonrası Uygulama Hatası Nedeniyle Doğan Tazminat Sorumluluğu

3.2.1 Tazminat Türleri

3.2.1.1 Maddi Tazminat

Tıbbi müdahalenin hatalı uygulanması nedeni ile hasta yahut hasta yakınları, doğrudan ya da dolaylı olarak zarara uğramış olabilir. Zarara uğrayan, bu zararın giderilmesini sağlamak amacı ile maddi tazminat davası açabilir.

Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kimsenin bu tecavüz yüzünden malvarlığında meydana gelen azalma, maddi tazminat istemine konu olur⁶⁷⁵. Tıbbi sorumlulukta maddi zarar ise, hekimin yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleştirse idi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır⁶⁷⁶. Bu fark, kişinin malvarlığında azalma şeklinde olabileceği gibi, artması gereken malvarlığının artmaması yani mahrum kalınması yahut pasif malvarlığının artması şeklinde de olabilir.

⁶⁷² Sarıtaş, 2005: 128.

⁶⁷³ Hakeri, 2007a: 530.

⁶⁷⁴ Kılıç, 2014: 56.

⁶⁷⁵ Özpınar, 2007: 100.

⁶⁷⁶ Kılıçoğlu, 2007: 403-404.

Hekimin tıbbi müdahalesi neticesinde hasta bedensel olarak zarar görebilir ya da ölebilir. Bu iki halde maddi zararın neleri içereceği TBK m. 53⁶⁷⁷ ve 54⁶⁷⁸ hükümleri uyarınca belirlenir. Bu durumda, zararın ispatı TBK m. 50⁶⁷⁹ hükmü uyarınca zarar gören hastaya aittir. Maddi tazminatın üst sınırı, uğranılan tüm zararların toplamıdır. Eksilen malvarlığı, haksız fiilin ya da sözleşmeye aykırı eylemin gerçekleştiği tarihteki malvarlığı değil, tıbbi müdahalede kötü uygulama olayından sonraki, kişinin yapacağı tedavi giderleri ya da beden gücündeki azalmanın gelecekteki kazanç ve ekonomik değer kaybını içerir. Özetle, tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen maddi zararın içeriğini, tedavi giderleri, çalışma gücü kayıplarını, ölüm halinde destekten yoksun kalma zararlarını ve ölünün gömülmesi, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerini içerir⁶⁸⁰.

3.2.1.2 Manevi Tazminat

Manevi zarar, hekimin kusurlu ve hukuka aykırı olarak yaptığı tıbbi müdahale neticesinde, hastanın hatalı tıbbi müdahale nedeni ile bedensel bütünlüğünün zarar görmesi, yaşadığı sıkıntılar, acı ve ızdırap çekmesi, onur ve saygınlığının zedelenmesi, özgürlüğünden mahrum kalması ve bu nedenle ruhsal durumunda meydana gelen olumsuz durum ve değişimlerdir⁶⁸¹.

Hastanın vücut bütünlüğüne yapılan hukuka aykırı saldırının korunmasına ilişkin düzenleme TBK. m. 53, 54, 55 hükümlerinde; hastanın kişilik hakkının zedelenmesi halinde oluşan kişilik hakkı ihlalinin korunmasına ilişkin düzenleme TMK m. 24, 25 ve TBK m.58. hükümlerinde düzenlenmiştir⁶⁸². Bu hükümler uyarınca manevi zarar, bir kişinin kişisel haklarında, manevi değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi, kişilik değerlerinin hukuka aykırı ihlali dolayısı ile meydana gelmiş objektif eksilme ve kayıpları ifade eder⁶⁸³.

Hastanın sadece kendisi değil, “Aile ve sevgi bağlarının oluşturduğu ruhsal bütünlüğün bozulması” ilkesi uyarınca, eş, çocuk, anne ve baba gibi yakınlarının da manevi za-

⁶⁷⁷ Madde 53- 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.

⁶⁷⁸ Madde 54- 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.

⁶⁷⁹ Madde 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

⁶⁸⁰ Aykın, 2015: 88.

⁶⁸¹ Oğuz, 2008: 30.

⁶⁸² Kılıç Güneş, 2014: 121.

⁶⁸³ Kılıç Güneş, 2014: 121, Oğuzman/Öz: 2018: 492; Kocayusufpaşaoğlu, 1978: 145; Eren, 2012: 498.

rara uğraması nedeni ile hekimden yahut ilgili sağlık kurum ve kuruluşundan manevi zararını isteme hakkı yargı kararlarınca⁶⁸⁴ da kabul edilmiştir⁶⁸⁵.

Tazminat miktarı belirlenirken, her iki tarafın sosyal ekonomik durumları göz önünde bulundurulur; ancak kanaatimizce, tazminatın belirlenmesinde, “ taraflardan birinin zenginleşmesine sebebiyet verilmemesi” ilkesinden uzaklaşılmalıdır.

3.2.2 Hastanın Kusurunun Tazminata Etkisi

Tazminat hukukunun genel bir prensibi olarak, zarar gören kimsenin kendi kusuru da tazminat hesabında göz önünde bulundurulmaktadır⁶⁸⁶.

Yargıtay bir kararında, hastanın burun ameliyatı sonrası tespit alçısını, zamanından önce kendisinin çıkardığını ve kalıcı iz nedeni ile tazminat istemli açtığı davada hekim meydana gelen zararın hastanın kendi kusurlu davranışından kaynaklandığını savunmuştur. Mahkemece, bu tip olaylarda tespit alçısının zamanından önce çıkarılmasının, meydana gelen olayda mutlak etki ve etkeninin olup olmadığı yönünden araştırma yapılması gerektiği yönünde karar vererek, TBK m. 52 hükmü kapsamında karar vermesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸⁷.

3.2.3 İspat

TMK m. 6 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlan yükümlüdür.” hükmündedir. HMK m. 190 hükmü ise genel nitelikli ispat kuralına yer vermiştir:

“(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.

(2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakiya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispatlır⁶⁸⁸.”

İspatın konusu, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya uyuşmazlığın çözümünde etkili olan çekişmeli vakılardır. Tıbbi müdahale bakımından ispatın konusunu ise,

⁶⁸⁴ Yrg. 4. HD. T. 18.02.1992, E. 1992/12641, K. 1992/1813. ve Yrg. 13. HD. T. 16.03.2015, E. 2014/17342, K. 2015/8358. (Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi:06.03.2019)

⁶⁸⁵ Tezcan vd: 44.

⁶⁸⁶ Hakeri, 2007b: 282.

⁶⁸⁷ Hakeri, 2007b: 282.

⁶⁸⁸ Yılmaz, 2013: 1052.

1. Davalı hekim tarafından, davacı hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu,
2. Tıbbi müdahalede dolayısı ile hastanın sağlığının bozulduğu veya iyileşmesinin geciktiği,
3. Hastanın zararının, hekimin hatalı yahut özensiz davranışından kaynaklandığı,
4. Hastanın sağlığının bozulması nedeni ile maddi ve manevi zarara uğradığı, vakıalar girmektedir⁶⁸⁹.

Bazı hallerde, davacı yanın ispat yükü ortadan kalkar. İspat gerektirmeyen haller, ikrar, çekişmesiz vakıalar, herkesçe bilinen vakıalar ve karinelere dir.

Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeni ile açılan tazminat davalarında, sözleşmeye aykırılığın; haksız fiile dayalı taleplerde, hukuka aykırılığın, zararın ve nedensellik bağının ispatı, davacı hastaya aittir. Hastanın, hekimin kusurunu ispatlaması gerekmez. Hekim, TBK m. 112⁶⁹⁰ hükmü uyarınca kusurlu varsayılır. Burada hekim, kusursuz olduğunu ispatla mükelleftir.

Haksız fiile dayalı sorumlulukta ise, hasta hekimin kusurunu ispatlamalıdır; ancak meslek kurallarına aykırılık, kusurun varlığı için karine oluşturacağından, hastanın yalnızca meslek kurallarına aykırılığı ispat etmesi yeterlidir. Bunun yanı sıra, hekim sorumluluktan kurtulabilmek için bu karineyi çürütmelidir⁶⁹¹.

Taraflar arasındaki ilişkide, hekimin bilgi sahibi olması, sürece hakim olması, hastanın kendisini tamamen hekime emanet etmiş olması nedeni ile hekim daha avantajlıdır. Bu nedenle bazı durumlarda ispat külfeti yer değiştirebilir. Hekimin ağır kusurunun bulunduğu durumlarda, uygun nedensellik bağı olmasa dahi hekimin tazminat ödeme borcu söz konusudur⁶⁹². Yine kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali durumunda, belgesi olmayan tıbbi müdahalelerin yapılmamış olduğu yönünden karine mevcuttur. Organizasyon kusurunun bulunduğu hallerde de ispat külfeti hastaya değil hekime yüklenmektedir. Yine aydınlatma yükümü hekime ait olduğundan, hastayı, gerçekleştirilecek tıbbi müdahale konusunda yeterince aydınlattığını ispatla yükümlü kişi hekimdir⁶⁹³.

Kanaatimizce, mevzuatımızda, kayıt tutma yükümlülüğünü ihlal durumunda tanınan ispat kolaylığını hukukumuzda da benzer şekilde sağlayabilecek bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m. 219 hükmü uyarınca, “ tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğu” ile

⁶⁸⁹ Gökcan, 2014: 1011.

⁶⁹⁰ Madde 112: Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

⁶⁹¹ Hakeri, 2007b: 282.

⁶⁹² Karaca Dedeoğlu, 2012: 48.

⁶⁹³ Kılıç, 2014: 101.

ilgili düzenlemesine göre, taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları tüm belgeleri, Mahkemece verilen kesin süre içerisinde mahkemeye ibraz etmek zorundadır. HMK m. 220/2 hükmü uyarınca, ibrazı istenen taraf, belgeyi ibraz etmez ise bu hususta kendisine yemin teklif edilecektir. Yine HMK m. 220/3 hükmü uyarınca, kesin süre içerisinde istenilen belgeleri ibraz etmeyen yahut yemin teklifini reddeden taraf, duruma göre mahkemenin, belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edilebileceği de belirtilmiştir.

3.2.4 Zamanaşımı

Zamanaşımı, hukuken alacağı sona erdiren bir neden olmayıp, yalnızca alacağın ifasından kaçınma hakkı doğurduğundan, def'i olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle zamanaşımına uğrayan borç sona ermemekte, ödenmesi durumunda ise iadesi talep edilememektedir⁶⁹⁴.

Zamanaşımı, def'i niteliğinde olması nedeni ile taraflardan birisi ileri sürmedikçe hâkim tarafından re'sen göz önün bulundurulamaz. Hâkim, ön inceleme duruşmasından sonra tahkikata geçmeden önce zamanaşımı def'ini inceleyerek karara bağlamalıdır. Bu nedenle, zamanaşımı def'inin hâkimin bu incelemesinden önce ileri sürülmesi gerekir⁶⁹⁵.

Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin türüne göre, zamanaşımı def'i süreleri de farklılık göstermektedir.

Hekim ile hasta arasında kurulan tedavi sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi niteliği taşır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, TBK m. 147/5 hükmü uyarınca, bu sözleşmeye dayanılarak istemde bulunulacak olan alacaklar, beş yıllık zamanaşımına tabidir. Burada işaret edilmesi gereken husus, bu beş yıllık sürenin ne zaman başlayacağıdır. Bu süre, taraflar arasındaki vekâlet ilişkisinin sona ermesinden itibaren başlar. Taraflar arasındaki vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece, zamanaşımı işlemez⁶⁹⁶.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi niteliği taşıması halinde ise uygulanacak zamanaşımı TBK m. 478 hükmü ile düzenlenmiştir. TBK m. 478 hükmü "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın, taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın

⁶⁹⁴ Işık Özcan, 2008: 150.

⁶⁹⁵ Kılıçoğlu, 2007: 667.

⁶⁹⁶ Yrg. 13. HD. T. 11.06.2009, E. 2009/7997, K. 2009/10103. ve 15. HD. T. 17.03.1976, E.1977/5464, K. 1977/1210. (Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi:06.03.2019).

geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” hükmündedir. Bu madde uyarınca, eserin ayıplı olması halinde iki ve beş yıllık zamanaşımı söz konusu iken, hekimin ağır kusuru olması halinde, zamanaşımının yirmi yıl olacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekaletsiz iş görme sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumda ise bu sözleşmeye özgü kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, TBK m. 146⁶⁹⁷ hükmü uyarınca genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımı bu sözleşmeye uygulanabilecektir.

Tıbbi müdahale nedeniyle açılacak olan tazminat davasının haksız fiile dayanması durumunda, iki ve on yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur. Nitekim TBK m. 72 hükmü:

“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.” hükmündedir; ancak tazminata neden olan haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, ceza kanunundaki dava zamanaşımı daha uzun ise bu süre uygulanır⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ Madde 146: Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.

⁶⁹⁸ Kılıçoğlu, 2007: 356.

SONUÇ

İnsanoğlu, sağlığının devamını sağlamak ya da eski sağlığına kavuşmak için hekime ya da hastaneye başvurur. Hekim ile hasta arasında kurulmuş olan bu ilişki Yargıtay'ın da birçok kararında kabul ettiği üzere, vekâlet ilişkisidir. Estetik amaçlı yapılan müdahaleler ise Yargıtay tarafından ve uygulamada, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki kurulduktan sonra hastanın eski sağlığına kavuşması ya da var olan sağlığını devam ettirmesi için hastaya tıbbi müdahalede bulunması gerekebilir. Bu tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerekmektedir. Hekim, tıp biliminde ve esasınca kabul edilmiş tedavi yöntemini seçmek ve bu yöntemi de hastaya uygulamadan önce hastayı yeterli ve uygun bir şekilde aydınlatmalıdır.

Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaleler beden bütünlüğüne yönelik olabileceği gibi, organ ve doku nakli gibi, beden bütünlüğünü bozmayan, kişinin ruh sağlığına kavuşmasını sağlamak amacı ile de olabilir.

Taraflar arasındaki ilişkinin konusunu insanın oluşturması nedeni ile sözleşmenin manevi ağırlığı, maddi ağırlığından daha da baskındır. Anayasa tarafından korunma altına alınmış olan vücut bütünlüğüne uygulanan her tıbbi müdahale, hukuka uygun değildir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bu yetkinin hukuk düzeni tarafından kendisine verilmiş olan kimseler tarafından yani hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Hekim tarafından gerçekleştirilen her tıbbi müdahale de hukuka uygun olmayabilir. Hekim, hayati tehlikenin olmadığı bir durumda, uygulayacağı tıbbi müdahale konusunda hastayı yahut velisi ya da vasisini yeterince aydınlatmamış ve uyguladığı müdahale sonucunda bir zarar meydana gelir ise bu zararın karşılanması gerekir.

Hekimin tıbbi müdahalesi neticesinde meydana gelen zararın kim tarafından gerçekleştirileceği ise ayrı bir tartışma konusudur. Çünkü hekim, bağımsız olarak çalışıyor ise hekimin bizzat sebebiyet verdiği zararı tazmin etmesi gerekir. Hekimin, özel bir hastanede çalışıyor olması ve hekim ile hastane arasında sözleşmesel ilişki olması durumunda, birincil olarak meydana gelen zarardan hekim sorumlu; ancak hastane olanaklarını ve koşullarını uygun standartlara hazırlamayan bir özel hastane söz konusu ise tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ile birlikte hastane de sorumludur. Hekim ile hastane arasında sözleşme-

sel ilişki söz konusu değil ise bu durumda hekim, ifa yardımcısı hükümleri uyarınca zararı gidermekle mükelleftir. Hekimin, özel muayenehanesinin olması ve sadece gerçekleştireceği bazı tıbbi müdahaleler için hastane olanaklarını kullanması durumunda da hekim yine birincil olarak zararı gidermekle yükümlü olup, hastane de uygun araç ve gereçleri, ortamı sağlamamaktan dolayı sorumludur. Buraya kadar ki tüm ilişkilerde, hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken en hafif kusurundan dahi sorumludur. Kamu hastanesinde çalışan hekimin durumu ise, özel hastanede ya da bağımsız çalışan hekime göre daha farklıdır.

Kamu hastanesinde çalışan hekim kamu personeli statüsündedir. Bu nedenle, özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları ön plana çıkmaktadır. Anayasa uyarınca, kamu personeli tarafından verilen zararlar, rücu hakkı saklı kalmak üzere, devlet tarafından giderilir. Bu nedenle, kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, tıbbi müdahale neticesinde bir zarara sebebiyet vermesi halinde, bu zararın tazmini için doğrudan hekime değil idare aleyhine karşı dava açılması gerekir. İdarenin, giderdiği tazminatı, hekimden rücu hakkı saklıdır. Özel hastanede ya da bağımsız çalışan hekimlere nazaran, kamu hastanesinde çalışan hekimler, en hafifi kusurlarından değil, en ağır kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludur. Buradaki adaletsizlik ise halen daha giderilememiştir.

Hekimler, görevlerini ifa ederken yardımcı şahıs kullanabilirler. Hekimleri yardımcı şahısların vermiş oldukları zararlardan da sorumludur; ancak yardımcı şahıs, hekimin bilgisi ve talimatı dışında ve hekimin önlemesi mümkün olmayan bir tıbbi müdahaleyi yardımcı şahsın hastaya gerçekleştirmesi durumunda meydana gelen zarardan sorumlu değildir. Burada, yardımcı şahıs haksız fiil nedeni ile şahsen sorumludur. Özel hastanede ya da bağımsız çalışan hekimlerin verdikleri zararların tazmini için görevli mahkeme adli yargı iken, kamu hastanesinde çalışan hekimlerin ağır kusurları ile verdikleri zararın tazmini için ise görevli mahkeme idare mahkemesidir.

Hekimlerin verdikleri zararların tespiti oldukça zordur. Bu tespitin hakimler tarafından yapılması mümkün değildir; zararın tespiti ancak yine bir başka hekim tarafından yapılabilmektedir. Hekimler arasındaki meslektaş bağlılığını düşündüğümüzde, meslektaşları aleyhine rapor düzenlemekten kaçındıkları görülmektedir. Bu da ilginç raporların çıkmasına neden olmaktadır.

Hekimler, zor ve ağır bir eğitim sürecinden geçse de, meslekleri insan vücudu ile ilgili olduğu için üstlendikleri görevin ağırlığı malumdur. Hasta, sırf sağlığına kavuşacağı düşüncesi ile kendisini hiç tanımadığı bir hekime teslim etmek zorunda kalabilir. Hekim ile

hasta arasındaki ilişkinin insan haklarına uygun bir seviyeye taşınması için taraflar arasındaki ilişkiyi daha tipik bir sözleşme haline getirmek ve yasalaştırmak şarttır.

Hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluklarının tazmini için özel bir yasa halen daha mevcut olmadığı için, genel hükümlere yani TBK'ye bakılır. Hali hazırda, tıbbi hizmetlerin kötü uygulanmasından doğan sorumluluk kanunu tasarısı mevcuttur; ancak halen daha kanunlaşmamıştır. Böyle bir yasanın meclisten geçmesi ile hasta ile hekim haklarını ve ödevlerini daha iyi bilebilecek ve hekim ile arasındaki ilişkide daha zayıf konumda olan hastanın mağduriyetleri azaltılabilecektir.



KAYNAKÇA

- Akartepe, A. (2007). “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, Ankara.
- Akıncı, Ş. (1998). “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Prof. Süleyman Arslan’a Armağan), 6, 733-766, Konya.
- Akıncı, Ş. (2004). *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya.
- Akipek, Ş. (2003). *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- Akkanat, H. (2006). *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni*, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Akyıldız, S. (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Algan, B. (2012). *İstanbul’da Yapılan Adli Otopsilerin Tıbbi Malpraktis Açısından İrdelenmesi*. Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, İstanbul.
- Altun, G. ve Yorulmaz, A. C. (2010).“Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”. *Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, (27): 7-12.
- Altundere, N. (2011). “Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10-17 Eylül 2011, s.105-115.
- Aral, F. (2007). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Arat, A. (2007). “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(12): 82-95. Kayseri.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Yenidünya, A. C. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi, İstanbul.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara.
- Atabek, R. ve Sezen, M. (1954). “Hekimin Mesuliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi* XXVIII:135-149, İstanbul.
- Atay, E. (2012). *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Ateş, Z. (2010). *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Ayan, M. (1991). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Kazancı Yayınevi, Ankara.
- Aydaş, S. (2014). *Hekimlerde Malpraktis Kaynaklı Defansif Tıp Davranışları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- Aykın, A. C. (2015). *Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Aynacı, Y. (2008). *Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması*, Yayımlanmamış Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya.
- Badur, E. (2017). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Bakar, M. (2016). *Türk Toplumunda Tıbbi Malpraktis, Hekimler ve Sağlık Personeline Güven*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- Başara, G. T. (2012). "Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", *TBB Dergisi*, Ankara, (103): 245-266.
- Bayraktar, K. (2010). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Yayınevi, İstanbul.
- Belgesay, M. R. (1954). *Tıbbi Mesuliyet*, M. Sıralar Matbaası, İstanbul.
- Belgesay, M. R. (1945). *Hekimin Hukuki Borçları*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:4 Sayı:3-4, Kenan Matbaası, İstanbul.
- Can, Ö. İ. (2012). *Tıbbi Uygulama Hatalarıyla İlgili Tanımlar ve Kusur Oluşturan Eylemlere Örnekler, Oftalmolojide Malpraktis, Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*, Türk Oftalmoloji Derneği Eğitim Yayınları, İstanbul.
- Canatan, H. (2015). "Hastanelerde Yapılan Tıbbi Hataların Türleri ne Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: İstanbul İlinde Özel Bir Hastane İle İlgili Anket Çalışması ve Konuya İlişkin Çözüm Önerileri". *Sağlık Akademisyenler Dergisi*, 2(2): 82-89. İstanbul.
- Coşar, A. (2009). "Hasta Hakları", *Sağlık Hukuku Digestası*, 1(1):7-18, Ankara.
- Çınar, Ü. (2003). *Sağlık Hukuku*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- Çakal, A. (2018). *Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Çakmut, (Yenerer) Ö. (2008). *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Çetin, G. (2006). "Tıbbi Malpraktis. Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu. Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çetin/Yorulmaz)". İstanbul. 31-42.

- Çetin, G. ve Yorulmaz, C. (2016). “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Üniversitesi 2-3 Şubat 2006 Sempozyum*, İstanbul.
- Çilingiroğlu, C. (1993). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Filiz Kitabevi Yayınevi, İstanbul.
- Çobanoğlu, N. (2009). “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam”, *Sağlık Hukuku Digestası*, 1(1): 70-86, Ankara.
- Demir, M. (2008). “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım 2007, s.153-160, Ankara.
- Demir, M. (2010). *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Demir, M. (2009). “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, *TTB Dergisi* (89): 96-128. Ankara.
- Demir, R. (2017). “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, *TTB Dergisi* (133): 269-298, Ankara.
- Demircan, B. (2010). *Hekimlerin 5237 Sayılı Ceza Yasasında Tıp Mesleğini İlgilendiren Düzenlemeler Hakkında Bilgi Düzeyi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.
- Deutsch, E. (1979). *Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu* (Çev. İrfan Yazman). AÜHFD, C.XXXVI: 1-4.
- Doğan, C. (2010). “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Doğramacı, G. (2017). “Çocuğun Hakları, Tıbbi Uygulamaya Rıza”, *İstanbul Barosu Çocuk Hakları Özel Yayını*, s.185- 199.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1994). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt: I, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul.
- Duysak, M. (2009). “Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, (II): 25-38, Ankara.
- Ekici, İ. (2016). *Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Ekşi, A. (2010). *İslam Hukukunda Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

- Erçeltik, E. (2011). *Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Erman, B. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Ertem, B. (2015). *Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Ertuğ Ünder, Y. (2012). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Değişikliklerin Sağlık Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri” 10/17 Eylül 2011*. İstanbul Barosu Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul.
- Ertuğrul, H. (2011). “Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü”. *Terazi Hukuk Dergisi*, 6(55): 47-50. Ankara.
- Erzurumluoğlu, E. (1976). “Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu”. *ALTİAD*, 8(1-2):191-204.
- Feyzioğlu, M. (2007). “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu*, Sempozyum Özel Sayısı, İstanbul.
- Gökcan, H. (2012). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Güllüoğlu, Y. (2008). *Türk Hukuku’nda “Hasta Hakları” Kavramı (Hukuki Nitelik ve Sonuçları)*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2005). “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1):2. İstanbul.
- Günday, R. (2012). *Tıbbi Müdahalede ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Gürelli, N. (1979). “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979-80-81, 4547(1-4): 267-275. İstanbul
- Hakeri, H. (2012). *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hakeri, H. (2007). *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

- Hakeri, H. (2009). “*Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları*”, Sağlık Hukuku Digestası Yıl:1 Sayı:1, 19-27, Ankara.
- Hakeri, H. (2007). *Tıp Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hancı, H. (2008). “Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu- Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım 2007, s.303-310, Ankara.
- Hancı, H. (2002). *Malpraktis, Tıbbi Girişim Nedenleri, Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Hanyaloğlu, A. G. (2011). *Malpraktis, Hekimler İçin Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi*, Nobel Kitabevi, İstanbul.
- Hatemi, H. (1992). *Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Hatırnaz, G. (2007). *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Hızal, A. (2015). *Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Işık, O. (2010). *Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum.
- Işık Özcan, F. (2008). *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Işıksaçan, V. Y. (2014). *Tıbbi Müdahale Hatalarında Bilirkişinin Rolü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Işık Yılmaz, B. (2012). “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (98): 389-410.
- İçel, K. (1967). *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul Yayınevi, İstanbul.
- Kalabalık, H., Sarp, N. (ed), Doğan, C. (ed). (2012). “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 25-26 Nisan 2011, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 239-325.
- Kamil, Z. (2012). “*Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*” , Tıp Bülteni Cilt 43, Sayı:4: 128-134.
- Kaneti, S. (1983). “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusurun ve İspat Yükünün Yeri, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu*, İstanbul.

- Karaca Dedeoğlu, A. (2012). *Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluklarına İlişkin Farkındalık Düzeylerinin Ölçümü: Ankara İli Özel Hastaneler Uygulaması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Kaya, M. (2012). “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TTB Dergisi* (100): 45-82. Ankara
- Kazık, Y. (2002). *Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır.
- Kelek, M. (2015). *Hekimlerin Tıbbi Müdahalesinden İdarenin Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan.
- Keyman, S. (1978). “Hekimin Cezai Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35(1-4): 57-89.
- Kıcalıoğlu, M. (2011). *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluklar*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Kılıç, E. I. (2014). *Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarından Usuli Sorunlar*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Kılıç Güneş, B. (2014). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Legal Yayınevi, İstanbul.
- Kılıçoğlu, A. M. (2002). *Sorumluluk Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (2007). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kirkit, E. (2016). *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1978). *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler-Birinci Fasikül*, Filiz Yayınevi, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2014). *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Korkmaz, Y. (2019). “Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması İlkesi”, *TTB Dergisi* (140): 239-301. Ankara.
- Oğuz, Y. (2008). “Tıp Etiği Açısından Tazminat Kavramı ve Bir Değer Olarak Bağışlama” *Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu*, 17-19 Nisan 2008, s.27-32, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Vedat Yayınevi, İstanbul.
- Oktay Özdemir, S. (2016). *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- Oral, T. (2011). “*Hekimin Aydınlatma Ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü*”. Ankara Barosu Dergisi, (2): 186-209.
- Ozanoğlu, H. S. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 52(3): 55-77.
- Özata, M., Altuncan, H. (2010). “*Hastanelerde Tıbbi Hata Görülme Sıklıkları, Tıbbi Hata Türleri ve Tıbbi Hata Nedenlerinin Belirlenmesi: Konya Örneği*”. Tıp Araştırma Dergisi 8(2):100-111. Konya.
- Özalp, F. (2013). *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Özbek, V. Ö. (2012). *Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin İddialarda Hukuksal Yaklaşım, Oftalmolojide Malpraktis*. İstanbul.
- Özdemir, H. (2004). *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özdemir, H. (2009). “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Sağlık Hukuku Digestası*, 1(1): 148-166, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- Özdemir, H. (2008). “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII (3-4).
- Özbilen, A. B. (2013). “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2013/2, 12(24): 99-124.
- Özçetin, E. (2016). *Sağlık Alanında Malpraktis*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Özçetin, S. ve Balaban, M. (2015). *Sağlık Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özen, Ş. (2005). *İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk*, 38 Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi, 1-6 Eylül 2002, Türk Tarih Kurumu Yayınları C II, Ankara.
- Özgenç, İ. (2007). *Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan CII*. Legal Kitabevi, İstanbul.
- Özpınar, B. (2007). *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- Özsunay, E. (1982). “Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, *Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu*, s. 45. Ankara.
- Öztan, B. (1993). “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı- Transseksüellerin Hukuki Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 43(1-4): 227-286, Ankara.

- Öztürkler, C. (2003). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Pakiş, I. (2006). *Ölüm Ya Da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Adli Tıp Otopsisinin Rolü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Petek, H. (2006). "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1): 177- 239.
- Recla, S. A., Noack, J. (2012). "Alman Hukukunda Hekimin Tazminat Sorumluluğu" (Çev. Nedim Meriç). *VIII Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Adalet Yayını, 73-82, Ankara.
- Reisoğlu, S. (1983). *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu 1982*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Sarıtaş, H. (2005). *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, Ankara.
- Savaş, H. (2009). *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Savaş, H. (2007). "Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu" *Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım 2007, .171- 197. Ankara.
- Savaş, H. (2011). *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Sayek, F. (2011). *Hasta Güvenliği: Türkiye ve Dünya TTB Raporları Kitapları-2010*, Türk Tabipler Birliği Yayınları Birinci Baskı, Ankara.
- Saygın, T., Keklik, B. (2014). "Tıbbi Hata Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: Isparta İli Örneği", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Cilt:17 Sayı:2, 99-118. Ankara.
- Sert, G. (2007). *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.
- Sert, G. (2008). "Hekimin Tedaviyi Reddetme(me) Hakkı", V. Tıp Etiği Kongresi-13 Kasım 2008, Ankara.
- Sert, S. (2015). "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1: 255-270. Ankara.
- Sert Sütçü, S. (2016). *Tıp Hukukunda Güncel Sorunlara Genel Bakış ve Çözüm Önerileri*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Sert Sütçü, S. (2018). *Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- Sindel, E. (2014). *Hekimin Özen Yükümlülüğü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Soyaslan, D. (2008). “*Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu*”. Ankara Barosu- Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara.
- Şenocak, Z. (2001). “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”. *Ankara Üniversitesi Dergisi*, 6(54): 65-80, Ankara.
- Şenocak, Z. (2009), *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Şimşek, U. (2015). “*Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza*” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı 2014): 3535-3556. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan.
- Tamer, İ. (2012). *Hukuksal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları, Medikolegal Düzlemde Tıpta Uygulama Hataları*, Baskı Evi, 13-15, Ankara.
- Tandoğan, H. (1987). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Cilt: II, 3. Baskı, Ankara.
- Taner, T. (1955). *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Ankara.
- Tekinarslan, M. (2015). *Tıbbi Malpraktisin Hasta ve Hasta Yakınları Üzerindeki Psikolojik, Sosyal ve Ekonomik Etkileri*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta.
- Tekinay, S.S. Akman, S. Burcuoğlu, H. Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Tezcan, M., Özdemir, T., Timur, Y. Doktorun Malpraktis El Kitapçığı, Ankara.
- Turhan, F. (2008). “*‘Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku, Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Beden Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi*”in: *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, V. Türksch- Deutsches Symposium zum Medizinrecht*, “Tıp Ceza Hukukun Güncel Sorunları”, 28 Şubat-1 Mart 2008, s. 1015-1074.
- Tag, B. (2006). “*Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik*”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2. *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular*, (Çev: Yener ÜNVER) C.III, S.2: 187-205.
- Top, M., Gider, Ö., Taş, Y., Çimen, S. (2008). *Hekimlerin Tıbbi Hatalara Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması*. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt 11. S.2, Ankara.

- Toroslu, N. (1978). "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 35(1-4): 91-118.
- Tümer, A. R., Kendi, Ö., Bilge, Y. (2001). *Ameliyatın Genişletilmesi Durumlarında Hukuki Sorumluluk*. Ulusal Cerrahi Dergisi Volüm 17 Sayı 5, S. 283-286, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD, Ankara.
- Türe, M. G. ve Türe, O. (2017). "Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı". *TBB Dergisi* (131): 295,346.
- Uygur, A. (2009). *Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Uygur, T. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Uygur, T. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ünver, Y. (2008). Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, s.16, İstanbul.
- Ünver, Y. (2009). "Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı", *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin*, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa. s.149-177.
- Yakut, C.B. (2014). *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yavuz İpekyüz, F. (2006). *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Yaycı, N. (2008). Komplikasyon ve Malpraktis Ayırımı, *Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, İstanbul.
- Yenisey, F. (2008). "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, 868-880, Ankara.
- Yıldırım, S. (2015). "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yılmaz, A. (2015). *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, Çankaya Üniversitesi Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Yılmaz, B. (2009), "Aydınlatılmış Rıza", *Sağlık Hukuku Digestası Yıl:1 Sayı:1*, 167-180, Ankara.
- Yılmaz, B. (2010). *Açıklamalı-İçtihatlı: Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yılmaz, B. (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *TTB Dergisi*, (98): 389-410, Ankara.
- Yılmaz, E. (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

- Yorulmaz, C. (2005). *İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adil Tıp Açısından İrdelenmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Tıp Bilimleri Ana Bilim Dalı, İstanbul.
- Zeytin, Z. (2012). “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara. s. 1-36.
- Zevkliler, A. (2004). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara.
- Zorlu, S. E. (2017). *İslam ve Osmanlı Hukukunda Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

İNTERNET KAYNAKLARI

- http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=914:yabanci-salik-meslek-mensuplarinin-tuerkyede-ozel-salik-kurulularinda-calima-usul-ve-esaslarindar-yoenetmelk&catid=2:yemelik&Itemid=33 (erişim tarihi: 07.08.2018).
- http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (erişim tarihi: 01.01.2019).
- www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastalikleridogumad/sss/etik4.html, (erişim tarihi: 12/04/2015).
- <http://istanbul.mazlumder.org/tr/main/yayinlar/sozlesmeler/18/avrupa-hasta-haklarinindelistirilmesi-bildir/440>(erişim tarihi: 23.12.2018).
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (erişim tarihi: 23.12.2018).
- <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/271158> (erişim tarihi: 03.03.2019).
- <http://www.pau.edu.tr/tipftr/tr/sayfa/1219-sayili-kanun> (erişim tarihi: 30.12.2018).
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> (erişim tarihi: 30.12.2018).
- http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/nuket_ornek_buken_280408 (erişim tarihi: 12.05.2016).
- <http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (erişim tarihi:25.09.2015).
- <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> (erişim tarihi: 25.09.2015).
- <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/belge/1-7108/arastirma---ab-de-malpraktis-sigortasi-uygulamaları---a-.html>, (erişim tarihi:26.09.2015).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/OECD> (erişim tarihi: 26.09.2015).

https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html (erişim tarihi: 08.08.2018).

www.doktorsorumluluk.com/doktor_sigprta_tanitim.pps (erişim tarihi: 14.04.2016).

<https://www.medimagazin.com.tr/guncel//tr-en-fazla-dava-bu-uzmanlik-alanlarina-aciliyor-11-17-74036.html> (erişim tarihi: 04.03.2019).

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=87&t=9042> (erişim tarihi: 04.03.2019).

http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c (erişim tarihi: 04.03.2019).

<https://www.istabip.org.tr/dosyalar/hukuk/hastayiredetmekarari.pdf> (erişim tarihi: 13.01.2019).

www.tdk.com.tr (erişim tarihi: 14.01.2019).

<https://docplayer.biz.tr/4869565-Eser-ve-vekalet-sozlesmelerinin-nitelendirilmesi-sorunu-ve-nitelendirmenin-hukmu.html> (erişim tarihi: 04.03.2019).

http://ulusluersen.com/makale_HEKIMLIK_SOZLESMESININ_HUKUKI_NITELIGI.pdf (erişim tarihi: 04.03.2019).

<http://web.deu.edu.tr/radyolojiabd/malpraktis.html> (erişim tarihi: 09.02.2019)

RESMİ GAZETELER

14.04.1928 tarih ve 863 sayılı RG.

06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı RG.

31.01.1953 tarih ve 8323 sayılı RG.

19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı RG.

03.06.1979 tarih ve 16655 sayılı RG.

18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG.

01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG.

08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı RG.

12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı RG

22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı RG.

20.03.2018 tarih ve 30366 sayılı RG.

YARGI KARARLARI

AYM. T. 29.11.2017, E. 2015/79, K. 2017/164.

Yrg. 4. HD. T. 07.03.1977, E: 1977/6297, K. 1977/2541.

Yrg. 4. HD. T. 06.05.1991, E. 1991/5104, K. 1991/429.
Yrg. 4. HD. T. 07.03.1977, E. 1977/6297, K. 1977/2541.
Yrg. 4. HD. T. 06.05.1991, E. 1991/990, K. 1991/429.
Yrg. 4. HD. T. 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046.
Yrg. 4. HD. T. 18.02.1992, E. 1992/12641, K. 1992/1813.
Yrg. 4. HD T.05.03.1971, E.1971/970, K. 10853/2096.
Yrg. 13. HD. T. 08.07.2005, E.2005/3645, K. 2005/11796.
Yrg. 13 HD. E. 2013/23005, K. 2014/2266.
Yrg. 13. HD. T. 09.04.2003, E. 2003/711, K. 2003/4255.
Yrg. 13. HD. T. 21.1.2002, E. 2001/10959, K. 2002/487.
Yrg. 13. HD. T. 16.09.2008, E. 2008/4219, K. 2008/10660.
Yrg. 13. HD. T. 18.09.2008, E. 2008/4215, K. 2008/10749.
Yrg. 13. HD. T. 14.10.1974, E. 1974/2637, K. 1974/2492.
Yrg. 13. HD. T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138.
Yrg. 13. HD. E. 2013/15408, K. 2014/16675.
Yrg. 13. HD. T. 7.2.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728.
Yrg. 13. HD. T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741.
Yrg. 13. HD. T. 22.5.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348.
Yrg. 13. HD. T. 16.03.2015, E. 2014/17342, K. 2015/8358.
Yrg. 13. HD. T. 11.06.2009, E. 2009/7997, K. 2009/10103.
Yrg. 15. HD. T. 14.02.2005, E. 2004/3331, K. 2005/698.
Yrg. 15. HD. T. 17.03.1976, E. 1977/5464, K. 1977/1210.
Yrg. 15. HD. E. 2006/4800, K. 2007/5945.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Merve Hazal ALGUER KARAGÖZ
Doğum Yeri - Tarihi	Erzurum – 19.06.1989
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Metin Nuran Çakallıklı Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Av. Cihan ŞAHİNBAY (Avukatlık Stajı)
Çalıştığı Kurumlar	Karagöz Avukatlık Bürosu
E-Posta	av.hazalkaragoz@gmail.com