

HEKİMLERİN VE HASTANELERİN SORUMLULUĞU

ÇELİK AHMET ÇELİK

I- KONUYA GENEL BAKIŞ

Toplum yaşamında kişilerin her zaman ve her durumda birbirlerine karşı yükümlülükleri ve sorumlulukları vardır. İşbölümünde de her meslek sahibi işini görürken, arada sözleşme ilişkisi olsun veya olmasın, kişilere ve çevreye karşı bir takım yükümlülükleri ve sorumlulukları olacaktır. Bunlar arasında hekimlerin ve sağlık hizmeti verenlerin sorumlulukları ve yükümlülükleri, tüm mesleklerin üstünde ve onlardan çok daha fazladır. Çünkü tıp mesleğinin çalışma alanı “**insan bedeni**”dir. Bu ise, hakların en üstünü ve en fazla korunması gerekeni olan “**yaşama hakkı**” ile ilgilidir. Örgütlü toplumun (devletin) temel işlevi insanların canlarını korumak, onların sağlıklı ve güvenli bir yaşam sürmelerini sağlamak olmalıdır. **Sağlık hakkı**, yaşama hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.

Ancak ne var ki, siyasal hak ve özgürlüklere oranla, sağlık hakkının önemi yeterince kavranmamış ve toplumsal nitelik kazandırılması sürekli savsaklanmıştır. Sağlık konusundaki yasaların çoğu son derece eski, eksik ve yetersizdir. Oysa, sağlık hizmetleri devletin temel işlevleri arasında yer almalı; en yeni ve gelişmiş araç ve gereçlerle donatılmış, en ileri tedavi yöntemlerinin ve tıbbın bütün olanaklarının uygulandığı sağlık kuruluşlarından yurttaşlar parasız yararlanabilmelidirler. Ülkemizde 1961 Anayasası ile getirilen sosyal devlet anlayışının bir uygulaması olan sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi çalışmaları sürekli baltalanmış ve sonunda bu güzel ve insancıl girişim başarısızlığa uğratılmıştır.

Son otuz yılda ülkemize egemen olan anamalcı ve serbest pazar yanlısı yönetimlerin sağlık hizmetlerine bütçeden ayırdığı payın azlığı ve kamu hastanelerinin yetersizliği karşısında, **sağlık ticareti** yaygınlaşmış ve ard arda özel hastaneler açılmıştır. Bu hastaneler, en son teknolojilerle donatılmış olmalarına karşın, eskiye oranla hekim ve hastane hatalarından kaynaklanan ölümler ve beden zararları alabildiğine artmıştır. Çünkü, özel hastanelerde **temel amaç para kazanmak** olup, sağlık hizmetlerinin zorunlu kıldığı yüksek özen ve sorumluluk sürekli savsaklanmaktadır. 2006 yılında yapılan bir araştırmaya göre, özel hastanelerin **ticarethane gibi işletildikleri**,daha çok kazanmak ve kâr etmek amacıyla gereksiz ameliyatlar yapıldığı, hiç gereksinim yokken pek çok tahliller, görüntülü çekimler yapıldığı, normal fiziki bulguları olan hastalardan bile sayısız tahliller istendiği, aynı incelemelerin üç dört kez yapılmış gibi gösterildiği, ayakta yapılabilen veya bir iki gün yatırılarak gerçekleştirilebilecek tedavi ve ameliyatlarda bile hastaların 15-20 gün yatırıldığı, hemen her gebe kadına normal doğum yerine sezaryen ameliyatı yapıldığı, hastaların gereklilik yokken birkaç hekim tarafından muayene ve tedavi edildikleri, bütün bunların sonucu hastaların veya yakınlarının önlerine **kabarık bir fatura** konulup **çok yüksek ücretler** ödemek zorunda bırakıldıkları saptanmıştır. Bütün bunlar, ölüm ve sakatlıkla sonuçlanan can zararlarının yanı sıra, parasal yönden de dava konularıdır. Ayrıca, ilk yardım ünitesi oluşturmak ve bunları ivedi sağlık hizmetlerine açık tutmak zorunda olan özel ve kamu hastanelerinin, ağır hasta ve yaralıları kapıdan çevirmeleri de ceza yasasına göre suç olduğundan, bu tür olayların da bir dava ve tazminat konusu yapılabileceği bilinmelidir.

Hemen her meslek dalında ve her türlü alış verişte ücreti önceden bilmek ve pazarlık etmek olanağı varken, sağlıkta tedavi ücretini önceden bilme ve kararlaştırma olanağı bulunmamaktadır. Can kaygısıyla hekime ve hastaneye koşan hasta, para konusunu düşünecek durumda değildir, o anda iyileşmek için her şeyini vermeye hazırdır. Onların bu ruh halini en iyi bilebilecek durumda olan hekimler ve hastaneler, soyma ve sömürme yolunu seçerlerse, Borçlar Yasası hükümlerine ve sağlık mevzuatındaki bazı hükümlere dayanılarak dava açılıp, ödenmesi gereken olağan (makûl) ücretin saptanması istenebilir.

II-HEKİME BAŞVURMA

1- Hasta gözüyle hekim

İnsanlar sağlıklı yaşamak isterler. Ama hastalanmadıkça veya başlarına bir kaza gelmedikçe yaşamda en önemli şeyin “sağlık” olduğunun farkına varmazlar. Farkına vardıklarında da **korku ve kaygı içinde ve umutla** hekime koşarlar. Böyle bir ruh hali içinde hekim, onlar için bir kurtarıcıdan öte, bir **büyücü**, bir **evliya**, bir **tanrısal güçtür**. Bu yüzdendir ki, başlangıçta (tarihin ilk çağlarında) hekimler aynı zamanda din adamıydılar. Eski Yunanda hastalar tapınaklara gidiyorlar ve orada **din adamlarının** aracılığı ile **Sağlık Tanrısından** yardım istiyorlardı. Hititlerde sağlık koruma işini din görevlileri üstlenmişti; bunlara rahip anlamına gelen **Sankunnis** deniyordu. Mısırdaki Sümerde, Babilde bütün sağlık işleri din görevlileri tarafından yerine getiriliyor, bir anlamda **bilici (kâhin)** sayılan bu kişiler kutsal bir nitelik taşıyorlardı. Hindistan’da hastalar **Buda tapınaklarında** tedavi görüyorlardı. Hıristiyan Avrupa’da ilk hastane **kilise** tarafından kurulmuştu; onikinci yüzyılın ortalarında Montpellier’de kurulan bu hastanenin adı Saint-Esprit (**Kutsal Ruh**) idi. Eski Türkler’de dinsel törenleri yöneten “**Şaman**” veya “**Kam**” aynı zamanda hekim idi. Hastalıklara karşı savaşmak, hastaları iyileştirmek ve hastalık getirebilecek doğa olaylarını önlemek “Kam”ın görevleri arasındaydı. Oğuzlar “kam”lara büyük saygı gösterirler, onları görünce önlerinde eğilirler, yaşamlarının onların koruması altında olduğuna inanırlardı. **Atasagun** da denilen **hekim kutsal bir varlıktı**. Kamların kamusal alanda ve toplum üzerinde büyük etkinlikleri vardı. Buna bakılarak ilk toplum hekimlerinin Kamlar olduğu söylenebilir. Türklerin Anadolu’ya yerleşmelerinden sonra Kamların izlerini, **Anadolu Erenlerinde** ve **Dervişlerde** görmekteyiz. 1404’de Timur’un yanına giden Kastilya elçisi Klaviyo, Delibaba veya Deliler Köyü denilen yerdeki **dervişlerin nefesleriyle** hastaların şifa bulduklarını ve bu dervişlerin başı olan evliyanın köyün hâkimi olduğunu aktarmıştır. Anadolu’da çok eski çağlardan beri varlığı yokluğu pek kesin olmayan **Lokman Hekim**, hekimlerin atası sayılır. Bitkilerin dilinden anlayan, hangi bitkinin hangi ağrıyı dindirdiğini, hangi hastalığı iyileştirdiğini bilen ve **bitkiler tanrısı** olarak saygı gören **Telepinu**, islâm ülkelerinde Lokman Hekim adıyla bir **yalvaç (peygamber)** olarak tanınmıştır. Anadolu insanı dilden dile, çağdan çağa aktarılagelen ve insan sağlığının korunması konusunda masallaşan bu inancı kendi anlayışına göre yorumlayıp eski çağın bitkiler tanrısına **Lokman Hekim** demiş; onu masallarda, söylencelerde, türkülerde insanüstü bir varlık olarak betimlemiştir.

Aradan yüzyıllar geçmesine karşın, bugün de insanlar hastalandıkları zaman **tanrısal veya doğaüstü güçlerden**, din adamlarının **dualarından**, **üfürükçülerin nefeslerinden**, **büyülerden** yardım umarlar. Hekime başvurduklarında da, bilimsel nitelikli tıbbi yardımın ötesinde, onların **doğaüstü bir güç** göstermelerini beklerler, bir mucize yaratmalarını isterler. Bu yüzdendir ki, başta söylediğimiz gibi, **hasta bir insan için hekim, kutsal bir varlık, tanrısal bir güç gibidir**. Bilim ve teknik ne kadar ilerlerse ilerlesin, **ölüm korkusundan** kaynaklanan bu duyguyu, bu düşünceyi değiştirmek olanaksızdır. **Hekimler bu gerçeği kavramak ve mesleklerini yaparken yüksek bir özen göstermek, ayrıca hastaya iyi ve sevecen davranmak zorundadırlar**. Hukuk da insanların ilk çağlardan beri değişmeyen bu duygularını dikkate almalı; yasal düzenlemeler buna göre yapılmalı, hekimlerin sorumluluğu buna göre belirlenmeli, yargı kararları toplumun beklentilerini karşılayacak ve toplum duyuncunu (vicdanını) rahatlatacak yeterlikte olmalıdır.

Hastanın hekimden olağanüstü beklentileri, aşırı umut bağlamaları nedeniyle hekimin işi zordur. Bu zorluğu göze alamayan, bizce, hekimse meslek değiştirmeli ya da başlangıçta bu mesleği seçerken sorumluluğunun derecesini bilmeli, ona göre tıp eğitimine başlamalıdır. Hekimliği iyi bir kazanç kapısı, sağlam bir geçim kaynağı olarak görmek, çalışma alanının “insan bedeni” olduğunu gözardı etmek, “yaşam hakkı”nın en kutsal bir hak olduğunun bilincine varamamaktır. Bizce, hekimliğin özü “**can sevgisi**” olmalıdır.

2- Hekime niçin başvurulur

İnsanlar, genellikle, hastalandıklarında veya bir kaza geçirdiklerinde hekime başvururlar. Bu başvuru tedavi görüp sağlığına kavuşma amaçlıdır. Bir de günümüzde hastalanmadan hekime gidilmektedir. Bu gidişin iki amacı vardır: Birincisi, daha sağlıklı yaşamak, hastalıklardan korunmak, yaşlanmayı geciktirmek, dinç kalmanın yollarını öğrenmek içindir. İkincisi, güzelleşmek, yüzünün veya bedeninin beğenmediği bölümlerini değiştirmek içindir. Buna genellikle estetik ameliyat yoluyla erişilmektedir. Hastalanılmadan başka başvurular da yapılmakta ise de, biz bunları tedavi amaçlı sayıyoruz. Örneğin, çocuğu olmayan bir kimsenin hekime başvurması bizce bir tür tedavi isteğidir. Cinsiyet değiştirme başvurularının doğal ve zorunlu koşulları yoksa, hekimler bu tür istekleri asla yerine getirmemelidirler.

III-SAĞLIK KONUSUNDA YASAL DÜZENLEMELER

Hekimlerin ve hastanelerin sorumluluklarına ilişkin ayrıntılı açıklamalara girmeden önce, açılacak tazminat davalarında bilinmesi gerekli yasal düzenlemelerden kısaca söz edelim:

1982 Anayasası'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkını düzenleyen 17.maddesinin 1.fikrasında: *“Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”* denildikten sonra 2.fikrasında *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz”* açıklaması yapılmıştır.

Gene 1982 Anayasası'nın *“Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması”* başlıklı 56. maddesinde: *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler”* denildikten sonra, 4.fikrasında yer alan *“Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir”* açıklamasıyla, 1961 Anayasası'ndaki *“sosyal devlet”* ilkesine aykırı ve 1982 Anayasası'na egemen olan anlayış açığa vurulmuş; bu anlayış çerçevesinde o günlerden bugünlere devletin sağlık hizmetleri geriletilip kamu hastanelerinin geliştirilmesi savsaklanarak, özel hastanecilik âdeta özendirilmiş, böylece sağlık ticareti alabildiğine yaygınlaştırılmıştır.

Sağlık konusunda yasal düzenlemelere gelince: Sağlık mevzuatı son derece dağınık ve düzensizdir. Bunların büyük bir bölümü çok eski, eksik ve yetersizdir. Örneğin, hekimlik mesleğinin ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1928 tarihlidir. Bugünkü dille sağlık koruma yasası diyebileceğimiz Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 1930 tarihlidir. Tababeti Adliye Kanunu 1920 tarihlidir. Laboratuvarların işleyişiyle ilgili yasa 1927 ve yönetmelik 1928 tarihlidir. Tıp araç ve gereçlerindeki olağanüstü gelişmelere karşın röntgen ve benzeri görüntüleme araçlarının kullanımı ile elektrikle tanılama ve tedavi yöntemlerine ilişkin yasa 1937 tarihlidir. Hekimlerin uymakla yükümlü olacakları meslek kurallarını belirleyen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 1960 tarihlidir. Son derece ileri ve insancıl bir anlayışın ürünü olan 1961 tarihli Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, anamalcı ve pazar ekonomisine bağlı yönetimler tarafından işlemez hale getirilmiştir. 1987 tarihli Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu yurttaşların sağlığını koruma ve hasta hakları yönünden toplumsal nitelikler taşımamaktadır. Türk Tabipler Birliği Kanunu 1953 tarihli ise de, bir çok maddeleri zaman içinde değiştirilmiştir. Ancak bunların çoğunda hekimlerin, hastanelerin ve sağlık personelinin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını düzenleyen açık hükümler bulunmamaktadır.Yalnızca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin bazı hükümlerinden yararlanmak olasıdır. Yeni bir düzenleme sayılabilecek olan ve 01.08.1998 gün 23420 sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe konulan Hasta Hakları Yönetmeğinde, Yargıtay kararlarıyla ve öğretilerdeki görüşlerle oluşturulan kurallar ve ilkeler bir araya getirilerek, yetersiz de olsa, *“hasta hakları”*nın ve hekim sorumluluklarının daha belirgin olarak ortaya çıkarılması

sağlanmaya çalışılmıştır. Bir de Türk Tabipler Birliği Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'ndan yararlanmak olasıdır. Yasa ve yönetmeliklerin yetersiz olması karşısında, derli toplu ve eksiksiz bir yasa çıkarılması yerine, bölüm pörçük düzenlemelere gidilmesi bizce çözüm değildir. Örneğin, Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği adlı bir taslaktan ve Kötü Hekimlik (Malpraktis) Yasasından söz edilmektedir. Bütün bunların tek bir Sağlık ve Sosyal Yardım Yasasında ve buna bağlı yönetmelikte toplanmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

Hekim ve hastane hatalarından zarar gören kişilerin açacakları davalarda, yasal dayanaklar öncelikle Borçlar Yasası ve Ceza Yasası hükümleri olacaktır. Borçlar Yasası'nın haksız eylemlerle ilgili 41 (yeni 6098/TBK.49) ve sonraki maddeleri, özellikle ölüm ve beden zararlarında 45 ve 46 maddeleri (yeni 6098/TBK. 53,54,55 maddeleri), sözleşmeye aykırılıkta 96.maddesi (6098/TBK.112.maddesi), sözleşme ilişkisinde vekâlet sözleşmesinin 389-391.maddeleri (6098/TBK.505-507.maddeleri), vekâletsiz işgörmeye 410-411.maddeleri (6098/TBK.526-527.maddeleri) uygulama yeri bulacaktır.

Hekimlerin suç sayılır eylemleri söz konusu olduğunda, Yeni Türk Ceza Yasası'nın taksirle ölüme veya yaralanmaya neden olmaya ilişkin 85-89 (eski TCK 455-459) maddeleri, bilinçli taksire ilişkin 22/3.maddesi, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasına ilişkin 26.maddesi, meslek ve sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı mahkûmiyet halinde belli bir süre meslek ve sanatın yasaklanmasına ilişkin 53/6.maddesi,mesleğin zorunlu kıldığı yükümlülüğü ve görevi bilinçli olarak yapmayarak veya savsaklayarak ölüme neden olmaya ilişkin 83.maddesi, ivedi tıbbi yardım ve tedavi gerektiren durumlarda görev yapmayanların cezalandırılacağına ilişkin 98.maddesi, hekimin insanlar üzerinde deney yapmasına ilişkin 90.maddesi, organ ve doku ticaretine ilişkin 91.maddesi, hiç gerekmediği halde sırf para kazanmak için hastayı ameliyat etmeye, yasalara aykırı olarak çocuk düşürtmeye (kürtaj yapmaya) ilişkin 99.maddesi, kısırlaştırmaya ilişkin 101.maddesi, cinsel olaylara ilişkin 102,103,105 maddeleri, belgelerde sahteciliğe ilişkin 204,205, 210/2.maddeleri, görevi kötüye kullanmaya ilişkin 257.maddesi, göreve ilişkin sırların açıklanmasına ilişkin 258.maddesi uygulama yeri bulacaktır.

Hekimlere, hastanelere ve sağlık personeline karşı açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında, Borçlar Yasası ile Ceza Yasası hükümlerine dayanılmasının yanı sıra, sağlık mevzuatı içinde yer alan bazı hükümlerden de yararlanılabilir. Bunlardan başlıcaları, hastanın bilgilendirilmesine ve rızasının alınmasına ilişkin Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14.maddesi 2.fıkrası 2.cümlesi, ağır yaralı ve hastaları ivedi ilk yardım yapılmasına ilişkin Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3.maddesi, hastanelerin ilk yardım servislerini hizmete açık tutmalarına ve ivedi tıbbi yardımda bulunmalarına ilişkin Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği 57.maddesi, Özel Hastaneler Kanunu'nun 32.maddesi ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 28.maddesi, hastaya ait bilgilerin ve sırların saklanmasına ilişkin Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4/1.maddesi, Hekimlik Mesleği Etik Kuralları 9/1-c maddesi, özellikle Hasta Hakları Yönetmeliğinin sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin 5.maddesi, hastanın bilgi isteme hakkına ilişkin 7, 15 ve 18.maddeleri, tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakıma ilişkin 11.maddesi, tıbbi özen gösterilmesine ilişkin 14.maddesi, gizliliğe ilişkin 21. ve 23.maddeleri, hastanın rızasının alınmasına ilişkin 22, 24, 31,34. maddeleri, açılacak maddi ve manevi tazminat davaları öncesinde gözden geçirilmelidir.

Bunların dışında, normalin üzerinde tedavi ücreti alınması, özel hastanelerin denetimsiz ücret tarifeleri uygulamaları, sırf daha fazla kazanç elde edebilmek için gereksiz tahlil, görüntüleme ve benzeri işlemlerle kabarık faturalar düzenlemeleri, başlangıçta ücret belirlenmemiş ve kararlaştırılmamış olması fırsat bilinerek aşırı ücret dayatmaları nedeniyle açılacak davalarda, Borçlar Yasası 21. (yeni 6098/TBK.28) ve sonraki hükümleri ile Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 34.maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8.maddesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 29.maddesi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21.maddesi davaların yasal dayanakları olacaktır.

IV-SAĞLIKTA VE HEKİMLİKTE SORUMLULUK KAVRAMI

Her sorumlulukta olduğu gibi, hekimlerin ve sağlık hizmeti veren özel ve tüzel kişilerin sorumluluklarında da karşılıklı yükümlülükler, hak ve borçlar söz konusu olur. Bunun için de sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen (hasta olan veya olmayan) kişilerin hekime veya sağlık kuruluşlarına başvurmaları; ağır hastalık ya da ağır yaralanma durumunda bilinci kapalı olarak başkaları tarafından getirilmeleri; açık veya örtülü karşılıklı veya tek yanlı bir ilişkinin kurulmuş olması gerekir. Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, bir sorumluluğun doğması için şu koşulların oluşması gerekir:

1) İlişki koşulu: Açık veya örtülü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmalı ya da sözleşme dışı bir eylem bulunmalıdır.

2) Eylem: Tanı ve tedavide yanlış yapılmış, bilerek veya bilmeyerek kişilere zarar verilmiş, tıp biliminin gerekleri yeterince yerine getirilmemiş, yüksek özen gösterilmemiş, hasta aydınlatılmamış ve onamı alınmamış, meslek kurallarına uyulmamış olmalıdır. Ayrıca, hekimlik mesleğinin “kamusal niteliği gereği, zorunlu durumlarda gerekli sağlık hizmeti verilmemiş, hastaya veya ağır yaralıya ilk yardım yapılmamış; bütün bunlardan başka hekimlik mesleği kullanılarak yasalara aykırı işlere karışılmış olmalıdır.

3) Zarar: Hekim veya sağlık personeli ya da sağlık kuruluşu tarafından hukuka aykırı biçimde bir zarar verilmiş bulunmalıdır.

4) Kusur: Hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu veya ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu; hukuka aykırı haksız ya da suç sayılır eylemi saptanmış bulunmalıdır.

5) Nedensellik bağı: Hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun hukuka aykırı, haksız veya suç sayılır eylemi, savsaması, özensizliği ile kişilerin uğradığı zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir.

Aşağıdaki bölümlerde hekimlerin veya hastanelerin hangi durumlarda sorumlu tutulabileceği, ne tür davalar açılacağı açıklanacaktır.

V-HASTA İLE HEKİM-HASTANE İLİŞKİSİNİN KURULMA BİÇİMLERİ

Hekimlerin ve hastanelerin sorumluluğundan kaynaklanan bir zararın doğması ve bunun dava konusu edilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında bir ilişkinin kurulması gerekir. Bu ilişki değişik biçimlerde olur. Şöyle ki:

1- Doğrudan hekime başvurma

Hasta doğrudan hekime gider veya hekimi evine çağırırsa, aracısız ve doğrudan bir ilişki kurulmuş olur. Bu bir tür “sözleşmesel ilişki”dir. Eğer, hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki gene ikisi arasındadır. Ancak, hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Ayrıca, hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin **güven ortamında** tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinin veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olur.

Hasta ile hekim arasındaki doğrudan ilişkinin türü hakkında öğretideki baskın görüş “vekâlet sözleşmesi” olup, (BK.m.386, TBK.m.502) Yargıtay’ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Bu niteleme gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır. (BK.m.96 ve 389-391; TBK.m.112 ve 505-507)

Aşağıda ilgili bölümde vekâlet sözleşmesi hakkında geniş açıklamalar yapılacak ve Yargıtay kararlarından örnekler verilecektir.

2- Hasta başvurmaksızın hekimin zorunlu tıbbi yardımda bulunması

Hasta-hekim buluşması her zaman hastanın başvurusuyla olmaz. Bazı durumlarda hastanın istek ve istenci dışında bir buluşma sözkonusu olur. Örneğin, bir kaza veya saldırı sonucu yaralanan ya da ağır bir kalp krizi veya beyin kanaması geçiren kişiyi, onun yakını olmayan üçüncü kişiler insani yardımda bulunarak hekimin çalıştığı yere veya en yakın hastaneye getirirlerse, böyle bir durumda hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hekim mesleği gereği gereken tıbbi yardımı yapar. Bu tıbbi elatma, eğer hekimin suç oluşturan bir eylemi söz konusu değilse, BK.m.410 (TBK.m.526) anlamında “**vekâletsiz işgörme**” hükmündedir. Eğer bilinci kapalı hasta, bir hastaneye getirilmişse, orada nöbetçi hekim tarafından ilk yardım yapıldıktan sonra, hasta kendine gelinceye kadar ilgili bölümün hekimi tedaviyi üstlenir. Bu da gerek hastane yönünden ve gerekse yardımcı kişi durumundaki hekim yönünden “vekâletsiz iş görme”dir.

Yukarda açıklandığı biçimde, bilinci kapalı olarak getirilen ağır yaralı veya hasta kişiye yapılan ivedi sağlık yardımı ve ameliyat sonrasında, bir hekim veya hastane hatası ortaya çıkarsa ve hasta zarar görmüş olursa, vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. (BK.m.411, TBK.m.527))

3- Hastane aracılığıyla hekimle buluşma

Hasta, doğrudan hekime başvurmak yerine, bir hastaneye veya benzeri bir sağlık kuruluşuna giderse ve gittiği hastanede önceden seçtiği ve anlaşığı bir hekim yoksa, hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, **hasta ile hastane arasında** kurulmuş olacaktır. Burada, hastanenin türüne göre bir ayırım yapmak gerekmektedir:

a) Eğer gidilen hastane **özel bir sağlık kuruluşu ise**, hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşmesel ilişki kurulmuş olacaktır. Buna “**hasta kabul sözleşmesi**” denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden BK.m.100’e (TBK.m.116’ya) göre “**yardımcı kişi**” konumundadır.

b) Hastanın gittiği yer bir **kamu hastanesi ise**, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki yoktur. Burada hasta yönünden bir “**kamu hizmetinden yararlanma**” söz konusudur. Bu nedenle de, eğer hasta tedaviden zarar görürse, doğrudan hekimi ve sağlık personelinin dava edemeyip, **hizmet (görev) kusuru** nedeniyle kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açabilir. Çünkü, kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, **hizmet kusuru** sayılmakta, bu hastanelerde çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa’nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmayıp) Anayasa’nın 129/5. maddesi gereği yalnızca ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir.

Hizmet kusuru dışında, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde “**görevden ayrılabilir kişisel kusuru**” varsa, haklarında (öteden beri) doğrudan “**adli yargı**” yerinde dava açılabilir.(Bu konuda aşağıda ilgili bölümünde Yargıtay kararlarından örneklerle geniş açıklama yapılacaktır.

c) **Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlı hastaneler** de kamu hastanesi ise de, Kurum ile sigortalı arasında bir tür “**sözleşme ilişkisi**” bulunduğu ve bu sözleşmenin türünün “**vekâlet sözleşmesi**” olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, Yargıtay’ın yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş **özel hukuk hükümlerine tabi** tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. 506 sayılı Yasa ile diğer sosyal güvenlik yasalarının yerini alan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun 1.maddesi 2.fikrasında da:

”Bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğer kanunların hükümlerini uygulamak üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan özerk, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuştur”denilmiştir.

Öte yandan, sigortalıların sağlık yardımlarından yararlanmaları ücretsiz değil, **ödedikleri primlerin karşılığıdır**. Bu nedenle, SSK.hastanelerindeki tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı idari yargıda değil **adli yargıda** dava açabilmekte idiler. Kurum hastaneleri Sağlık Bakanlığına bağlandıktan sonra, Yargıtay’ın Özel Dairesi, İdari Yargı’nın görevli olduğu biçimindeki kararlar vermeye başlamış olup, bizce bu kararlar son derece yanlıştır.

Burada anımsatalım ki, kamu hastanelerinde olduğu gibi, görevli doktorun ve yardımcı personelin “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” varsa, onlara karşı da ayrıca dava açılacaktır.

VI-HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Hasta doğrudan hekime başvurduğunda ve hekim tarafından tedavi sözü verildiğinde veya tedaviye başlandığında aralarında bir “sözleşme” ilişkisi kurulmuş olur. **Tedavi Sözleşmesi** veya **Hekimlik Sözleşmesi** olarak adlandırabileceğimiz bu sözleşme ne tür bir sözleşmedir?

Her sözleşmede olduğu gibi, hasta ile hekim arasında da bir tür alacak-borç ilişkisi doğar. İlişkinin özelliği dikkate alındığında hekimin borcu bir tür “**ışgörme**” borcu olup, tıp biliminin elverdiği ölçüde hastasını iyileştirme ya da hastalığı denetim altına alma işini üstlenir. Hasta da anlaşmaya ya da tarifeye göre bir ücret ödeme borcu altına girer.

Tedavi (hekimlik) sözleşmesinin konusu, başka sözleşmelerden farklı olarak sözleşenlerin dışında bir iş olmayıp doğrudan taraflardan birinin (hastanın) bedensel bütünlüğüdür. İşgörme borcunu üstlenen hekimin iş yapacağı yer “**hastanın bedeni**”dir. Tedavi sırasında yapılan bir yanlışlık ya da dikkatsizlik mal zararına değil “**can**” zararına neden olacaktır. Bu yüzden hekim **yüksek özen** göstermek zorundadır. Bu özenin ölçüsü ve derecesi olmayıp, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, **hekim en hafif kusurundan bile tam kusurludur**. (Karar örnekleri ilerdeki bölümlerde verilecektir.)

Öte yandan hekimin sorumluluğu, yalnız hastasına karşı olmayıp, **tıp mesleğinin kurallarına aykırı** en küçük davranışı dahi ağır kusurlu sayılmasını gerektirmektedir. Bu yönden hekimliğin **kamusal** niteliğinden söz edilebilir.

Hekimin **yüksek özen borcu** ve çalışma alanının **insan bedeni** olması nedeniyle, bağımsız çalışan bir hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin türü hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şimdi bunları gözden geçirelim:

1- Tedavi sözleşmesinin “kendine özgü-sui generis” bir sözleşme olduğu görüşü

Tedavi (hekimlik) sözleşmesinin özel bir sözleşme türü olduğunu savunanlara göre, hasta-hekim ilişkisinde, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı bir edim değil tokuşu olmayıp, sözleşmenin içeriğinde **yardım, güven, anlayış, yüksek özen ve sevecen davranma** gibi unsurlar bulunmaktadır. **Taraflar eşit olanaklarla donatılmamışlardır**. Uzmanlık, güç ve üstünlük hekimde; zayıflık, bilgisizlik, çaresizlik , korku, umut hastada toplanmıştır. Bu ilişkide hasta, iyileşme umut ve beklentisi içinde hekime varını yoğunu vermeye hazırdır. Buna karşılık hekim, etik kurallarına uymazsa, hastadan yüksek bir ücret alabilecek konumdadır.

Kimi yazarlara göre de, tedavi sözleşmesiyle hastanın en derin ve gizli alanına girme ve hastanın bedeni üzerinde her türlü değişimi yapabilme yetkisini elde eden hekimin üstlendiği işin ve sorumluluğunun, mesleki özelliği de dikkate alındığında, Borçlar Yasasındaki bilinen sözleşme türlerinden biriyle açıklanması doğru değildir.

Bize göre de, hekimlik sözleşmesi özel bir sözleşme türü olarak yasalarda ayrıca yer almalı; Borçlar Yasasındaki ve başka yasalardaki sözleşme türleriyle özdeşleştirilmemelidir.

2- Hizmet sözleşmesi görüşü

Tedavi (hekimlik) sözleşmesinin “hizmet sözleşmesi” olduğu görüşü Alman Hukukunda benimsenmiştir. Alman Özel Hukukunda hasta-hekim ilişkisi hizmet sözleşmesi hükümleriyle çözümlenmektedir. Bunun nedeni, Alman Hukukunda vekillik sözleşmesinin kesinlikle karşılıksız olmasıdır. Oysa, hekim, bir ücret karşılığında hastaya bakmaktadır.

Bize göre, hekimlik sözleşmesinin BK.313 (TBK.393) ve devamındaki maddelerle açıklamak olanaksızdır. Hasta işveren olmadığı gibi, hekim de işçi değildir. Tersine hekim, hastanın isteği ve buyruğu doğrultusunda değil, tıp biliminin olanakları ve kendi vereceği kararlar doğrultusunda iş görmektedir. Hizmet sözleşmesinde işveren üstün durumda buyruk veren ve işçi bağlı durumda buyruk alan konumunda iken, hekimlik sözleşmesinde hekim hastaya oranla daha üstün durumda, yapacağı işleri, alacağı ilaçları, yiyeceği besinleri anlatan, öğüt ve buyruk veren konumundadır.

3- Vekâlet sözleşmesi görüşü

İsviçre Hukukunda egemen görüş, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlı olduğudur. Yalnızca “aile hekimliği” sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Hukukumuzda da öğretinin büyük çoğunluğu, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi hükümleriyle açıklamaktadır. Yargıtay, geçmiş yıllardaki kararlarında hekimin sorumluluğunu “haksız fiil” hükümleri çerçevesinde çözümlenmeye çalışmış ise de, daha sonra bundan dönülerek, hasta-hekim ilişkisi vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlanmıştır. Şu kadar ki, Yargıtay kararlarında hekimin sorumluluğunun, vekillik sözleşmesinin yanı sıra, hizmet sözleşmesi hükümlerine de dayandırıldığı görülmektedir.

Hasta-hekim ilişkisinin vekâlet sözleşmesi hükümleriyle çözümleneceğini benimseyen görüşlerin dayanağı, Borçlar Yasası’nın 386.maddesi 2.fıkrasıdır. Buna göre **“yasada özel bir sözleşme türüne girmeyen işlerde vekâlet hükümleri uygulanır.”** Hekimlik sözleşmesi de Borçlar Yasası’nda ayrı bir sözleşme türü olarak yer almadığından m.386/2 gereği “vekâlet sözleşmesi” hükümlerinin uygulanması zorunlu bulunmaktadır.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 502.maddesi 2.fıkrasında da: **“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır”** denilmiştir. Yeni Yasa’nın bu hükmüne göre de, hekimlik sözleşmesinin “vekillik sözleşmesi” gibi yorumlanmasının sürdürüleceğini söyleyebiliriz.

Yargıtay’ın hekimlik sözleşmesini **“vekâlet sözleşmesi”** olarak niteleyen kararları, yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmekte; artık yerleşik kararlar durumunu almış bulunmaktadır. Kararlardaki açıklamalar şöyledir.

Tıbbi alanda hizmet veren doktor **vekâlet sözleşmesine** göre sorumludur.

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olup, bu sorumluluk işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Buna göre, vekil, işçi gibi özenle davranmakla yükümlü olup, hafif kusurunda dahi

sorumludur. Doktor da, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat deneylerine göre herkese yüklenebilecek olan dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

13.HD.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380 (İBD.2006/2-840)

BK.386/2.maddesi uyarınca diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tâbi olmayan işlerde **vekâlet hükümleri** uygulanır. Somut olayda uyumsuzluk, Kurumun çalıştırdığı doktorların özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı tazminat davasıdır. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

HGK.26.02.2003, E.2003/21-95 K.2003/113 (YKD.2003/9-1333)

Hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları sebebiyle oluşan zararın giderilmesi **vekâlet sözleşmesine** dayandırılır. Vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlı olup, işçi gibi özenle davranmak yükümlülüğü bulunan vekil en hafif kusurundan bile sorumludur.

13.HD.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185 (İBD. 2007/2-840)

Doktor **vekâlet kuralları** çerçevesinde verdiği hizmeti yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. Bu nedenle en hafif kusurunda dahi sorumludur.

13.HD.28.11.2005, E.2005/ 11159 K.2005/17474) (İBD. 2006/2-850)

Kurum hastanesi ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.

Davacı, davalı Kuruma ait hastanede bel fıtığı ameliyatı olduğunu, ameliyattan iki gün sonra davalılardan hemşirenin vurduğu iğne sonrasında başlayan ağrılarla birlikte sol ayağını hissetmemeye başladığını, yanlış tedavi nedeniyle ayağını kaybettiğini belirterek istekte bulunduğu göre, taraflar arasındaki uyumsuzluğun salt 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nın uygulanmasından kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır. **Borçlar Yasası'nın 386/2. maddesi** gereğince diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde **vekâlet hükümleri** de uygulanabilecektir. Tarafların hukuki durumları gözetilerek, uyumsuzluğun çözümünde Borçlar Yasası'nın adam çalıştırma ilkeleri ve **vekâlet sözleşmesi** hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılmalı, uyumsuzluğun idari yargı yerinde değil, adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği benimsenmelidir.

4.HD.26.05.2005, E.2005/5837 K.2005/5679

Davalı **sağlık hizmetleri** ile hasta arasındaki hukuki ilişki **vekâlet ilişkisi** olup, vekil görevini yaparken en hafif kusurunun bulunması durumunda dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, tamamıyla kusurludur.”

13.HD.26.10.2004, E.2004/6493 K.2004/15431 (YKD. 2005/5-723)

Taraflar arasındaki ilişki **vekâlet** akdidir. Vekil, vekâlet görevine konu iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekil, işçi gibi özenli davranmak zorunda olup (BK.390/2), hafif kusurundan dahi sorumludur. (BK.321/1) O nedenle vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir.

13.HD.15.10.2002, E.2002/7925 K.2002/10687 (İBD.2004/2-316)

Devlet, Üniversite, Belediye ve SSK'na ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir. Ancak hastanede çalışan doktorun, hastane ile eylemli ilişkisi ne olursa olsun, tedavi sözkonusu olduğu durumlarda, kurum sigortalısı veya kurumun tıbbi yardımından yararlanan sigortalı yakını hasta ile kurumun çalıştırdığı ve tıbbi yardımda bulunan doktor arasındaki ilişkinin **vekâlet ilişkisi** olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı ilkeleri benimsemiştir.

9.HD.18.11.1991, E.1991/8375 K.1991/143367 (Kazancı Yazılım)

Doktorla hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.

Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/2) Bu nedenle doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsurları olarak kabul edilmelidir. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu

tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür.

13.HD.06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569 (İzmir Barosu Dergisi, 2001/10-141)

Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır.

Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

13.HD.04.03.1994, E.1994/8557 K.1994/2138 (YKD.1994/9-1288)

Doktor ile hasta arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesine dayanır.

Doktorun serbest çalışıyor olması veya bir kurum veya kuruluşa bağlı bulunması, bu esası değiştirmez. Bunun gibi, Sosyal Sigortalar Kurumu doktorunun yanlış ameliyatı sonunda uğranılan zararın tazmini de, Kurum ile Sigortalı arasında Kurum hastanesine başvurmasıyla vekâlet ilişkisi kurulduğu için, beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.

9.HD.18.11.1991, E.1991/8375 K.1991/14336 (İş Hukuku Dergisi, 1992, sf.120)

Özel hastane ve onun çalıştırdığı doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.

BK.386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, **vekâlet hükümleri** geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretici ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.

HGK11.12.2002, E.2002/13-1011 K.2002/1047

4- Eser sözleşmesi sayılabilecek tıbbi işlemler

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser (istisna) sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, yalnızca bazı ayırık durumlarda kabul edilmektedir. Örneğin, diş hekiminin olağan tedavi dışında porselen kaplaması, protez, köprü ve kron yapımını üstlenmesi eser sözleşmesi olarak nitelenmektedir. Bu bağlamda, kişinin güzelleşmek için yüzünde değişiklik yaptırmayı, burnunu düzelttirmesi, yüzünü gerdirmesi, fazla yağlarını aldırması, göğsüne, dudaklarına silikon taktırması, cinsel organında değişiklik yaptırmayı gibi estetik operasyonlar eser sözleşmesi olarak nitelenmektedir.

Yargıtay kararlarında da aynı görüşler benimsenmiştir. 15.HD. 03.11.1999 gün 4007-3868 sayılı kararında **estetik amaçlı ameliyat yapan hekimlerin ve takma diş (protez) yapan diş hekimlerinin** durumu şöyle açıklanmıştır:

Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Kural olarak "bir hasta ile onu tedavi eden doktor veya bir davayı üstlenen avukat ile müvekkili arasındaki ilişki. Vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olmazlar.

Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur.

Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Somut olayda, eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla

silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. **Yapılan iş, BK. 360. maddesi gereğince, kabule zorlanamayacak derecede ayıplı bir iştir.** Bu durumda, davacının hayat boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle duymuş olduğu üzüntünün karşılığı olarak manevi tazminat isteğinin kabulü gerekir.

15.HD.03.11.1999, 4007-3868

Aynı konuda Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 05.04.1993 gün 131-2741 sayılı kararında da **estetik ameliyatlar** "Eser Sözleşmesi" kabul edilmiş ve kararda şu açıklamalara yer verilmiştir:

Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir.

Eser sözleşmesinde de, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, yüklenici, işi sadakat ve **özenle** yapmakla borçlu olup, davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm gereklerini yerine getirdiğini ispatla zorunludur.

Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla **belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı** kuşku ve duraksamaya yer olmayacak bir şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumun gereklerine ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekâlet akdindeki unsurların aksine, çalışma sonunda, istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçların da B.K.'da açıkça yer aldığı ve işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu, iş görenin, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır. Eser sözleşmesindeki bu açıklanan yüklenicinin işin sadakat ve özenle yapma borcunu, davalının mesleğinin doktor olması ve işin özellikle tıbbi kurallara bağlı bulunması gözönünde tutularak toplanan delillerin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

13.HD.05.04.1993, 131-2741

5- Hekimin vekâletsiz işgörme durumunda kalması

Hekimlik sorumluluğu gerektiren, **kamusal nitelikli** bir meslektir. Hekim, her yerde, her zaman her durumda tıbbi yardımda bulunmak zorundadır. Görev ve çalışma yeri dışında sıradan bir insan gibi bulunduğu yerde, yolda,yolculukta,çarşıda pazarda, alışveriş merkezlerinde, eğlence yerlerinde kalp krizi geçiren, ağır yaralanan bir kimseye hemen tıbbi yardımda bulunmak zorundadır. Eğer ilgisiz kalırsa, kimliğini gizlerse, yardımdan kaçınırsa meslek ahlâkına aykırı hareket etmiş, bir tür haksız fiil işlemiş olur. Hekimin bu biçimde, arada sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hastaya tıbbi yardımda bulunmasına "**vekâletsiz işgörme**" denilmektedir.

Vekâletsiz işgörmede, hastanın istek ve iradesi dışında, hekim yönünden sözleşme dışı "**zorunluluk durumu**" söz konusudur. Hastaya zorunlu olarak yardım eden (vekâletsiz işgören) hekim, hastanın kendine gelmesinden sonra, hasta veya yakınları onun tedaviyi sürdürmesini isterlerse, vekâletsiz işgörme durumu, hekimlik (tedavi) sözleşmesine dönüşmüş olur.

Vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulanacağı bir başka durum da, hastanın veya yakınlarının onamıyla başlayan **ameliyatta beklenmedik bir bulgunun ortaya çıkması** ve hekimin bunu hemen gidermek zorunda kalmasıdır. Ameliyatı yarıda kesip hasta yakınlarının onamını almaya gitmenin zaman kaybına ve hastanın yaşamsal bir tehlikeye uğratılmasına neden olacağına, hekim gerekeni yapmak zorunda kalacaktır.

6- Hekimin haksız eylemi

Hekimin haksız eyleminden söz edilebilmesi için arada sözleşme ilişkisinin olmaması ve BK.41. (TBK.49.) ve sonraki hükümlerine göre haksız ve hukuka aykırı eylemde bulunması veya sözleşme ilişkisi olmakla birlikte Ceza Yasası hükümlerine göre suç işlemiş olması gerekir. Örneğin, hekimin insanlar üzerinde deney yapması (TCK.m.90), organ ve doku ticareti yapması (TCK.m.91), hiç gerekmediği halde sırf para kazanmak için hastayı ameliyat etmesi, yasalara aykırı olarak çocuk düşürtmesi (kürtaj yapması) (TCK.m.99) veya kısırlaştırması (TCK.m.101), çok yüksek tedavi ücretleri alması, gereklilik yokken cinsiyet üzerinde değişiklik yapması, ölümcül hastayı öldürmesi (ötanazi), kasten öldürme (TCK m.81) veya kasten yaralama (TCKm.86) suçlarını işlemesi, taksirle ölüme veya yaralanmaya neden olması (TCK.m.86-89), hekimlik mesleğinin zorunlu kıldığı yükümlülüğü ve görevi bilinçli olarak yapmayarak veya savsaklayarak, örneğin ivedi yardım gerektiren durumlarda (acil vakalarda) hastaya bakmayarak ve tıbbi yardımda bulunmayarak ölüme neden olması (TCK m.83), yaşı, hastalığı veya yaralanması nedeniyle yardım edilmesi gereken kişilere hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmemesi, örneğin hekim olarak hemen o anda tıbbi yardımda bulunmaması (TCKm.98), ameliyat ve tedavi öncesinde hastayı yeterince aydınlatmamış ve onamını (rızasını) almamış olması (TCK m.26/2), hastanın bilgisi ve onayı dışında ve zorunluluk yokken sırlarını açıklamış olması (TCK m.258), görevi kötüye kullanmış olması (TCK m.257), belgelerde sahtecilik yapmış olması (TCK m.204,205,210/2) hekimin suç oluşturan haksız eylemleridir.

Borçlar Yasası ve TCK dışında, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 3.maddesine göre de: *“Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.”*

Yaşamsal tehlikede olan bir hasta ve yaralının hastaneye kabulü şarttır. Kuşku durumunda olanların da hastaneye kabul edilmesi ve yatırılması gerekir. Hastaneye alınmayıp kapıdan geri çevrilen hasta ölürse veya tedavide gecikme yüzünden ağır bir bedensel zarara uğrarsa, nöbetçi hekim ve hastane ilgilileri sorumlu olurlar; dahası suçlu duruma düşerler. (TCK m.831 ve 2, m.98)

Hastanelerin **ilk yardım servislerini** hizmete açık tutmaları, hastaneye getirilen ağır yaralıları ve ivedi tedavi gerektiren hastaları kapıdan geri çevirmeyip derhal ilk yardım servisine almaları ve ivedi tıbbi yardımda bulunmaları şarttır. Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği m.57'ye göre:

“Âcil müdahaleyi gerektiren tıbbî, cerrahi vaka, kaza ve yaralanma olaylarında yaralıların veya ağır hastaların başvuruları halinde, derhal yataklı tedavi kurumlarına kabul edilerek, gereken ameliyat ve tedavileri zamanında yapılır.”

Özel Hastaneler Kanunu 32.maddesine ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün **“âcil hastalar ve yaralılar”** başlıklı 28.maddesine göre:

“Âcil hastalar ve yaralıların özel hastanelere başvurması halinde ilk ve âcil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte bir âcil ünitenin oluşturulması zorunlu olup, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.”

Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, yukarda belirttiğimiz gibi TCK 83 ve 98. maddelerine göre suç oluşturacaktır. Gerek kamu hastanelerinin ve gerekse özel hastanelerin ağır yaralı ve hastaları kapıdan geri çevirmeleri konusu bugüne kadar yeterince ele alınmamış; ivedi tıbbi yardım yapmayan hekim ve hastane görevlileri hakkında ceza kovuşturması istenebileceği ve bu tür olayların tazminat davası konusu olabileceği üzerinde, nedense, durulmamıştır. Özellikle büyük kentlerimizde sıkça karşılaşılan bu olayların üzerine gidilmeli, sorumluların ceza almaları sağlanmalı ve tazminat ödemek zorunda bırakılmalıdırlar.

VII-HEKİM SORUMLULUĞUNUN TÜRÜ

Hekimlerin sorumlulukları konusuna girmeden önce genel olarak sorumluluk türlerini gözden geçirelim. Öğretide sorumluluklar çeşitli biçimlerde bölümlendirilmektedir: **Sözleşme dışı - sözleşmeye dayalı** ayrımı yapıldıktan sonra, sözleşme dışı sorumluluklar “**kusur sorumluluğu** ve **kusursuz sorumluluk**” olarak ikiye ayrılmakta, kusursuz sorumluluklar da **olağan sebep sorumluluğu** ve “**ağırlaştırılmış nesnel sorumluluk**” (**tehlike sorumluluğu**) olarak bölümlendirilmekte; sözleşmeye dayalı sorumluluklar ise tarafların doğrudan karşılıklı hak ve yükümlülüklerinden doğan sorumluluklar ve işgörmeye borçlarını yerine getirirken yardımcı kişi kullanmaları durumunda bu kişilerin kusurlu eylemlerinden kaynaklanan sorumluluklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Hekimlerin sorumluluklarını incelerken de bazı bölümlendirmeler yapmak durumundayız. Bunlar, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmamasına ve hekimin görevini yaparken yardımcı kişi kullanıp kullanmamasına göre değişik olacaktır.

1- Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi varsa

Bağımsız çalışan bir hekime başvuran hasta ile hekim arasında bir tür sözleşme ilişkisi (tedavi-hekim sözleşmesi) kurulmuş olduğundan, hekimin sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelendirmek gerekecektir. Bu sorumluluk çerçevesinde, hekim, tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken mesleğinin tüm gereklerini yerine getirmek, tıp biliminin bütün olanaklarından olabildiğince yararlanmak, yanlış tanı ve tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetimini asla savsaklamamak ve “yüksek özen” göstermek zorundadır. Buna sözleşme içi, **kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu** ya da **ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu** diyebiliriz.

Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre de, hekimin kusurunun saptanmasında nesnel ölçülere göre değerlendirme yapılması, kusurun derecesine bakılmayıp, hekimin “**en hafif kusurdan**” dahi “**tam kusurlu**” sayılması gerekmektedir.¹

2- Hekim yardımcı kişi kullanmışsa

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü BK.100. (TBK.116) maddesine göre sorumlu olur. Bu da sözleşme içi “**kusursuz sorumluluk**”tur. Yardımcı kişiler, hemşire, hastabakıcı, asistan, röntgen ve benzeri görüntüleme uzmanları, laborant ve benzeri teknik elemanlardır. Hekimin “**yardımcı kişilerden sorumlu**” olması durumunda, kusurun derecesi ve kusur oranlarının dağılımı, hastanın açtığı davada inceleme konusu yapılmamalı ve tam kusura göre tazminata hükmedilmelidir.²

3- Hekim, yardımcı kişi konumunda ise

Hasta, doğrudan hekime değil de, hastaneye başvurmuşsa ve hastane yönetimi onun bakımı için bir hekimi görevlendirmişse, hekim hastanenin “yardımcı kişisi” konumundadır. Bu durumda, hastaya karşı hastane sözleşme içi “**kusursuz sorumlu**” olur ve görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle “**yardımcı kişiden sorumlu**” (BK.m.100, TBK.m.116) olur. Hastanenin ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları “**ortaklaşa ve zincirleme**”dir. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre “hekim en hafif kusurdan dahi tam kusurlu” sayıldığından, her ikisi hastaya karşı **tam kusur esasına göre** tazminat ödemekle yükümlü

¹ Hekimin “**en hafif kusurdan**” dahi “**tam kusurlu**” sayılması gerekeceğine ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler:HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370 sayılı, 13.HD.19.10.2006, 10057-13842 sayılı, 13.HD.10.10.2006, 10068-13288 sayılı, 13.HD.12.06.2006, 6704-9459 sayılı, 13.HD.06.07.2006, 5518-11185 sayılı, 13.HD.28.11.2005, 11159-17474 sayılı, 13.HD.26.10.2004, 6493-15431 sayılı, HGK.26.02.2003, E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, 13.HD.15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 06.11.2000, 8590-9569 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı, 14.03.1983, 7237-1783 sayılı, 4.HD.07.03.1977, 6297-2541 sayılı kararları.

² Örnek: 13.HD.22.05.2003 gün 2333-6348 sayılı kararı.

olurlar. Hastanın açtığı davada hastane ile hekim ve diğer hastane personeli arasında kusur oranlarının paylaşılmasına gerek yoktur. Bu paylaşım ancak tarafların birbirlerine karşı açacakları dönme (rücu) davasında söz konusu olabilir.

4- Hekim, vekâletsiz iş görmüşse

Hekim mesleği gereği kendisine getirilen bilinci kapalı hastaya ilk yardımı yapmış ve tedavi etmişse, hekimin bu yardım sırasında yaptığı bir yanlışlık ve özensizlik nedeniyle sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun vekâletsiz işgörme hükümlerine göre değerlendirilmek gerekecektir. BK.411 maddesi 1.fıkrasına (6098/TBK.527/1) göre "Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumlu olur." Öğretideki görüşlere göre, vekâletsiz iş gören durumundaki hekim, sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekim gibi yüksek özen göstermek zorunda olduğundan, en hafif kusurdan tam sorumlu olur. Hekimlik mesleğinin kamusal niteliği gözönüne alındığında, sözleşmeye dayalı tedavi ile zorunlu durumda hekimin tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğü arasında bir fark olamaz. Hekimin vekâletsiz işgörme olarak nitelenen zorunlu tıbbi yardım yükümlülüğünü yerine getirme sırasında doğan sorumluluğuna bir ad vermemiz gerekirse, buna sözleşme dışı, kusura dayalı "ağırlaştırılmış nesnel sorumluluk" diyebiliriz.

5- Hekim, kamu hastanesi görevlisi ise

Hastanın bir kamu hastanesine başvurması durumunda, hastane ve hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi söz konusu olmayacağından, hekime ve sağlık personeline karşı (ayrıca kişisel kusurları yoksa) doğrudan dava açılmayıp, **hizmet kusuru** nedeniyle ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir. Buna yukarıda kısaca değindik, Aşağıda ilgili bölümünde geniş yer vereceğiz.

VIII-HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hekimin, ister bağımsız çalışan olsun, ister kamu hastanesi görevlisi olsun hastaya karşı sorumlulukları yönünden arada bir fark yoktur. Tüm hekimler hastalara karşı tıp biliminin elverdiği ölçüde gerekli **yüksek özeni** göstermek zorundadırlar. Hekimleri, hastanın uğradığı zarardan sorumlu tutabilmek için bazı koşulların oluşması gerekmekte olup, bunları "hekimin yükümlülükleri" başlığı altında toplamak olasıdır.

Hekimin işi hastalığı tanılamak ve hastayı tedavi etmektir. Tedavi etmekten amaç, öncelikle **iyileşmesini ve eski sağlığına kavuşmasını sağlamaktır**. Bu olanaksız ise, **hastalığı kontrol altına almak**, ağrıları sızılarını yakınmalarını dindirmek ve en aza indirmektir. Eğer hastalık, (kalp ve göğüs hastalığı, astım, diyabet, sindirim rahatsızlıkları, ülser, karaciğer gibi) sürekli izlenmesi ve denetim altında tutulması gereken rahatsızlıklardan ise, hekim ile hastanın karşılıklı anlaşmaları durumunda, hekimin görevi öncelikle hastalığın doğru tanımını yapmak, hastanın bedensel yapısını her yönüyle incelemek ve tedavinin olası etkilerini belirlemek, daha sonra tedaviye başladığında düzenli olarak **hastalığın ve tedavinin seyrini sürekli izlemek, kayıtlarını tutmak**, hastayı sürekli **bilgilendirmek** ve tedavi süresince **yüksek özen** göstermektir.

Şunu önemle belirtelim ki, insan vücudu kolay keşfedilir bir kara parçası değildir. Yaşadığımız dünyanın iklim şartları, havası, suyu sürekli değişmekte, besinlerin ve bir çok canlıların genetik yapılarıyla oynanmakta, teknolojinin yarattığı çevre sorunları yeni yeni hastalıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Buna koşut olarak tıp bilimi de gelişmekte, ilerlemekte ise de, bazı hastalıklarla başetmek ve daha önce bilinmeyen bazı rahatsızlıklar kolayca tanımlanamamaktadır. Bugün bazı hastalıklar ölümcül nitelikler taşımakta ve tıp buna henüz çare bulamamaktadır.

Böylesine bilinmezlikler dünyasında hekimlerden mucize beklemek yanlış olur. Hekim, koşullar ve tıp biliminin olanakları elverdiğince hastayı iyileştirmeye çalışırken, kesin iyileştirme sözü vermesi beklenemez. Eğer, hekim, mesleki ve hukuksal yönden gerekenleri yapmış olup da hasta iyileşmemişse, bu hekimin sorumluluğuna yol açmaz.

Bu genel değerlendirmelerden sonra, hekimlerin sorumluluğuna yol açan başlıca yukmllklerini şoyle blmlendirebiliriz:

1- Hastalığı belirleme (Tanı-teşhis) yukmllğ

Hekimin ilk yapması gereken iş, kendisine gelen hastanın yakınmalarını dinlemek ve hastalığı belirlemeye çalışmaktır. Hastalık belirlenmeden (teşhis konmadan) tedaviye başlamak hastaya zarar verebilir ve hekimi sorumlu kılar. Eski hekimler elle dokunarak hastalığı tanımaya çalışırlarken, bugün teknolojinin sunduğu olanaklarla hekimlerin işleri çok kolaylaşmıştır. Hekim, hastalığı belirlemede her yola başvurmalı ve kesin sonuç almaya çalışmalıdır. Ayrıca, bugünün olanaklarıyla hekim, belirlediği hastalığın yanı sıra, hastasının beden yapısını incelemeli, başka rahatsızlıkları, allerjileri varsa onları bulup çıkarmalı; uygulayacağı tedavinin ve önereceği ilaçların yan etkilerini hesaba katmalıdır.

Tedaviye başlamadan yapılacak bu tür hazırlıkların en büyük yararı, hastalığı iyileştirirken, tedavinin başka hastalıkları tetiklemesini önlemektir. **rneğin**, damar sertliğini önlemek ve kolessterol düşürmek için verilen ilaçların böbrekler üzerindeki etkisi sürekli denetlenmelidir. Romatizma ilaçlarının ülser ve benzeri mide hastalıklarına yol aı açmayacağı araştırılmalıdır. Diyabet hastasının tedaviden ne derece etkileneceği gözlemlenmelidir. Bütün bu örnekler ve benzerlerinin yanlış tedaviden kaynaklandığının saptanması durumunda hekim sorumlu olacaktır.

2- Tedavi yöntemini seçme ve uygulama yukmllğ

Hekim, hastalığı kesin belirledikten ve gereken her türlü önlemleri aldıktan sonra, tedavi için en uygun ve en ileri yöntemi seğmelidir. Eğer **tıptaki gelişmeleri** izlememişse, bilgilerini geliştirmemişse ve eski tedavi yöntemlerinden öteye geememişse öncelikle meslek sorumluluğu söz konusu olacak ve bunun yanı sıra savşama (ihmâl) nedeniyle sorumlu olacaktır. Ancak, hekim, yeni tedavi yöntemlerini seçerken, bunların daha önce denenmiş olup olmadığını ve yararlı sonuçlar verip vermediğini de araştırmalı, bilmelidir. Aksi takdirde hastasını denek olarak kullanmış olur ki, bu suçtur.

Hekim, tedavi yöntemini seçerken, kuşkusuz, kendi karar verecek ise de, tedaviye başlamadan önce **hastasını yeterince bilgilendirmeli, onu aydınlatmalı ve onayını almalıdır**. Özellikle ameliyat gerekli ise, her ameliyatta mutlaka az veya çok bir tehlike söz konusu olduğundan, karar vermeden önce olası tehlikeleri gözden geermeli, hastasını yeterince bilgilendirmeli; **hasta kendisi karar verecek durumda değilse** (rneğin ocuk veya yaşlı bir kimse ise) mutlaka **yakınlarını** aydınlatmalı ve onların yazılı onayını almalıdır.

Hekim olağan tedavide veya ameliyatta yardımcı kişi kullanacaksa, bunları özenle seğmelidir. Bilindiği gibi yardımcı kişilerin kusurlu eylemlerinden doğrudan doğruya hekim sorumlu olacaktır. Bunun gibi, ameliyatı yapacağı hastaneyi seçme işi kendisine bırakılmışsa, olası tehlikelerden ve zararlı sonuçlardan da hekim sorumlu olacaktır.

3- Hastayı ve yakınlarını aydınlatma ve onamlarını alma yukmllğ

Tedavi (hekimlik) sözleşmesinden doğan bir borç olarak **aydınlatma**, hekimin vereceği bilgilerle uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde hastayı özgürce karar verebilecek bir duruma getirmesidir. Çünkü, yeterince bilgilendirilen hasta önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda zgr istenciyle (iradesiyle) ve etki altında kalmadan karar verebilir. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye onay veren hastanın kendi zgr istenciyle karar verdiğinden söz edilemez. Baskı altında kalmadan zgr istence dayanan bir onama (razı olma) ise, gerçekleştirilecek tıbbi elatmanın (tedavinin) hukuka uygunluğu için vazgeçilmez koşuldur. Yeterli derecede aydınlatılmadığı için hastanın onamı geçersiz ise, tıbbi elatma, gereken özenle ve yöntemince yapılmış olsa bile, hem sözleşmeye hem de hukuka aykırı olur ve tedavinin olumsuz sonuçlanmasında hekimin herhangi bir kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulur.

Aydınlatma borcunun yerine getirilmesi bakımından hastaya, her şeyden önce muayene sonucu konulan tanı (teşhis) zerinde bilgi verilmelidir. Hasta, yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna, yani muayene sonucu elde edilen bulguların hastaya açıklanmasına "**tanı aydınlatması**" adı verilmektedir. İkinci olarak hastaya, muayene

sonucu saptanan hastalık tedavi edilmediği (önerilecek tıbbi elatma uygulanmadığı) takdirde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Buna da “**süreç aydınlatması**” denilmektedir ki, amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tıbbi elatmaya razı olmasını sağlamaktır. Sonuç olarak **hasta, uygulanması düşünülen tıbbi elatmanın türü, şekli, kapsamı, olumsuz sonuçları (tehlikeleri) hakkında kesin aydınlatılmalıdır.** (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14, Hasta Hakları Yön.m.15, TTB Meslek Etiği Kuralları m.26)

İşte **hekim tarafından hastanın aydınlatılması, tıbbi elatmaya onamın geçerli olabilmesi için şarttır.** Çünkü, ancak yapılacak tıbbi elatmanın türü, şekli, kapsamı ve sonuçları üzerinde önceden aydınlatılmış bir hasta özgür istenciyle karar verip elatmaya onay verebilir. Hasta, neye razı olduğunu bilmelidir. Hasta, önceden aydınlatılmadığı, yani neye razı olduğunu bilmeden irade açıklamasında bulunduğu takdirde, onama geçersiz ve dolayısıyla yapılan tıbbi elatma da kural olarak hukuka aykırıdır. (HHY m.22/1 ve m.24)

Yargıtay’ın bir kararında “Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda **yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir.** Bu itibarla ki, **ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır**” denilmiştir.³

Aydınlatma borcu, öğretilde Anayasa’nın 17.maddesi ile Medeni Yasa’nın kişilik hakkını koruma amacına yönelik hükümlerine (m.24,25) ve ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine dayandırılmakta; rızanın geçerli olabilmesi için, hastanın, onama açıklamasından önce elatmanın türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde **aydınlatılması** gerektiği savunulmaktadır. Bu açıdan genel nitelikli bir hüküm, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14.maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu maddenin 2. fıkrasının 2’nci cümlesine göre “**Teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.**” Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15.maddesine göre de “Hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların yararları ve olası sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, hastalığın seyri ile sonuçları konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir.”

Aydınlatma borcunun konusu, tanı (teşhis) ve buna bağlı tehlikeler yanında, herşeyden önce uygulanması düşünülen tedavinin şekli, özellikle elatmanın biçimi ve kapsamıdır. Hasta, geçerli bir şekilde onamada bulunabilmek için neye razı olduğunu bilmelidir. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına göre, geleneksel bir ameliyat yöntemini uygulamak isteyen hekim, literatürdeki buna karşı ileri sürülmüş önemli itirazlar varsa, bunları da hastaya bildirmelidir. Bu esas yalnızca cerrahi elatmalar için değil, teşhis amacına yönelik elatmalar, ilaçla tedaviler ve genel narkozdan ayrılıp özel tehlikeleri bünyesinde taşıyan narkoz faaliyetleri için de geçerlidir.

Uygulanması düşünülen tıbbi elatmanın şekli, kapsamı ve başarı şansı yanında, hastaya, bunun zorunlu ve olası sonuçları da gösterilmelidir. Burada öncelikle ölüm olasılığı üzerinde durulmalı, daha sonra meydana gelebilecek diğer komplikasyonlar açıklanmalıdır. Komplikasyonlar bakımından, gerçekleşmesinden korkulan zararın ağırlığı ve kalıcılığı önemlidir. Ağır ve kalıcı zararlar mutlaka bildirilmelidir. Ayrıca, bu tip genel ameliyat riskleri yanında, hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler anlatılmalıdır.

Hastanın tedavi ve ameliyat öncesinde yeterli derecede aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş olması, “aydınlatılmış bilgi” çerçevesinde ameliyata ve tedaviye razı edilmesi, hekimi ceza yasası yönünden de sorumlu olmaktan, suçlu duruma düşmekten kurtaracaktır. 5237 sayılı TCK 26.maddesi 1.fıkrasına göre “*Hakkını kullanan kişiye ceza verilmez*” ise de,

³ Yarg.4.HD.07.03.1977 gün E.1976/6297 K.1977/2541 sayılı kararı. (YKD.1978/6-907)

2.fıkraya göre “kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde” hareket edilmiş (tıbbi elatmada bulunulmuş) olmalıdır.

Tıbbi elatmaların hukuka uygunluğu konusunda (2) temel şart aranmaktadır:
Birincisi hastanın (veya kanuni temsilcisinin) rızasının alınmış olması;
ikincisi ise tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uyulmuş olmasıdır.

Burada üzerinde duracağımız birinci husus, hastanın ve yakınlarının (ameliyat için) rızasının alınıp alınmadığı ve bu hususun yöntemince (yasaya ve teamüle) uygun biçimde yerine getirilip getirilmediğidir.

Somut olayda, ölen hasta (74) yaşındadır. Dosyadaki bilgilere göre (ameliyat için) kendisinin onamı alınmış ise de, ayrıca yakınlarıyla görüşülmemiş; eşine ve çocuklarına haber gönderilmemiş, hastanın ameliyata alınacağı duyurulmamıştır. Şöyle bir soru yöneltebiliriz: 74 yaşındaki hastanın yakınlarının onamının alınması şart mıdır? Bunun yanıtını araştırmadan önce “Hasta ile Hekim” arasındaki hukuksal bağı gözden geçirmemiz gerekmektedir.

Hukumumuzda baskın olan görüş ve Yargıtay’ca benimsenen, hasta ile hekim arasında “Vekalet Sözleşmesi” kurulduğu yönündedir. Böyle olunca da Borçlar Yasası 386. maddesine göre değerlendirme yapmak durumundayız. Bilindiği gibi sözleşmede tarafların ehliyeti sözkonusudur. Her ne kadar davacıların murisinin (ölen hastanın) ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olduğu ileri sürülmemiş ise de, (74) yaşında olduğundan, Vekalet Sözleşmeleri yapılması sırasında halen **uygulamada** gözetilen hususlar üzerinde durmak gerekmektedir. Halen, **Noterler** 65 yaşını geçen kişilerden **vekaletname için** hekim raporu istemektedirler. Bunun yasal bir dayanağı yoksa da bu bir **teamül** halini almıştır. Bize göre de, 74 yaşındaki hastanın (ameliyat için) kendisinin rızası yeterli olmayıp yakınlarının (eşinin ve çocuklarının) rızalarının alınmaları, en azından haberdar edilmeleri gerekirdi.

Somut olayda hasta olay günü makattan gelen hafif bir kanama şikayetiyle (kendisi) hastaneye gelmiş, hemen ertesi gün acele ameliyata alınmış, ikinci gün ölmüştür. Olayı gözden geçirdiğimizde :

- Hastanın kanser hastası olduğu, ameliyat sırasında hastalığın bağırsaklardan, mide, böbrek ve karaciğere kadar yayıldığına ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.
- Durum böyle ise de, ameliyat ivedi miydi sorusu yanıtız bırakılmıştır.
- Hasta ve yakınları, hastalık ile ameliyatın gerekliliği hakkında yeteri kadar aydınlatılmamışlar ve onama yöntemince gerçekleştirilmemiştir.

Bu olayda, ameliyat başarılı geçmiş ve hekim-hastane hatası bulunmamış olsa bile, bize göre, sorumluluk sözkonusudur. Çünkü, bu ameliyatın ivedi olduğu (derhal yapılması gerektiği) gibi bir durum yoktur. Yeterince aydınlatma ve yöntemince onama bir yana, hastalığın ölümcül olmasına ve tedaviden olumlu sonuç alınmasının olanaksızlığına karşın, eğer hemen ameliyat yapılmasaydı, yaşlı adam belki bir süre daha yaşayacaktı, belki yaşamının son günlerini daha hazırlıklı ve daha mutlu geçirecekti. Yakınları için de bu ansızın ölüm büyük üzüntülere neden olmayacak; yaşamın sonu, alıştıra alıştıra tatlı bir vedalaşmaya dönüşecekti. Bütün bunların yanı sıra, yaşlı kişi bir takım ekonomik faaliyetleri olan ya da bilgi ve deneyiminden yararlanan biri ise, yakınlar için bu ekonomik yarardan erken yoksun kalınma durumundan dahi söz edilebilir. Açıklanan şu durumlar karşısında, hekimin sorumlu tutulması, maddi ve manevi tazminat istenmesi olasıdır.

4-Aldatmama ve yanıltmama yükümlülüğü

Öğretide ve Yargıtay kararlarında hekimin “sadakat borcu” olarak adlandırılan bu yükümlülük, hekimin, hastanın çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutması, güven vermesi, dürüst davranması, aldatmaması olarak tanımlanabilir. Her mesleğin kötülere vardır. Ancak insan sağlığıyla oynayan kötülerin kötüsü olur. Hekim, hastayı tedavi ediyormuş gibi yaparak onu oyalamamalı, salt daha fazla ücret alabilmek için tedaviyi gereksiz yere uzatmamalı ve hastaya yanlış bilgiler vermemelidir.

5- Sır saklama yükümlülüğü

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, vekillik sözleşmesi olarak nitelenmesine göre, Borçlar Yasası'nda açık bir hüküm yer almamış ise de, vekil durumundaki hekim, hastasının sırlarını saklamakla yükümlüdür. Toplumca duyulmaması ve hasta yakınlarınca bilinmemesi gereken bir hastalık söz konusu olup da, hekim bunu bir biçimde açığa vurursa sorumlu olur. Özellikle psikolojik tedavide hasta sırları özenle saklanmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nunda görev sırasında öğrenilen sırların ve özel yaşamın gizliliğinin açıklanması suç sayılmıştır. (m.134,258) Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4/1.maddesine göre "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatını yaptığı sırada öğrendiği sırları, yasal zorunluluk olmadıkça, açığa vuramaz. Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.9/1-c'ye göre de "Hekim, mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklamaz."

Mahkemeye tanık olarak çağrılan hekimin, gerek ceza davalarında (CMUK m.48) ve gerek hukuk davalarında (1086/HMUKm.245 ve 6100/HMK.m.249) hastasının sırlarını açıklamayı reddetme ve tanıklıktan kaçınma yetkisi vardır. Bu yetkiyi kullanmayıp hastasının sırlarını açıklarsa, bundan zarar gören hasta, hekimi dava edip maddi ve manevi tazminat isteyebilir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü iki durumda ortadan kalkabilir: Birincisi,sır sayılan durumların açıklanmasında hekimin onamı ve isteği bulunmalıdır. İkincisi, hastaya ilişkin sırların açıklanmasında hekim açısından haklı bir durum ortaya çıkmış olmalıdır. Örneğin, dava edilen hekimin, kendini savunurken, hastasının sırlarını açıklamak zorunda kalması onu sorumlu kılmaz.

6- Kayıt tutma yükümlülüğü

Hekim, tıbbi tedaviyle ilgili bilgileri kayda geçirmek, belgeleri dosyalamakla ve bunları saklamakla yükümlüdür. Kuşkusuz, sır saklama yükümlülüğü nedeniyle, bu kayıtlar hastanın onayı alınmadıkça veya yasal zorunluluk bulunmadıkça kimseye açıklanmayacak, gizli tutulacaktır. Kayıtlar tutulurken hastanın ve hastalığın tüm özellikleri, hastalığın geçmişi, konulan tanı (teşhis), tanı aşamasında yapılan incelemeler, tahlil, görüntüleme ve benzeri işlemler, tedavinin seçimi, uygulanması, gelişimi, iyileşme süreci, sonuçlanması ayrıntılarıyla yazılmalı ve dosyalanmalıdır.

Kayıtlarının tutulmasının bir çok yararları vardır. Bunlardan ilki, hekimin tanı ve tedavi yöntemi üzerinde sağlıklı bir karar vermesine, tedavi süresince bu kararların denetlenmesine yardımcı olacaktır. İkinci olarak, ilerde çıkması olası anlaşmazlıklarda kanıtlama kolaylığı sağlayacaktır. Üçüncü bir yararı, hastanın bütünüyle iyileşip sağlığına kavuşmasından sonra, ilerde hastalık yeniden ortaya çıkarsa veya hasta başka bir yakınmayla aynı hekime gelirse, tutulan bu kayıtlar hekimin işini kolaylaştıracaktır.

Hekimin kayıt tutma zorunluluğu, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesinde yer almış; bundan başka Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 32.maddesinde "her yataklı tedavi kurumunda bir tıbbi arşiv kurulması" ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 29.maddesinde "her hasta için ayrı ayrı dosya tutulması" öngörülmüştür.

Hekimin tuttuğu kayıtları, hastanın her zaman inceleme hakkı bulunmaktadır. Bu konuda Hasta Hakları Yönetmeliği 16.maddesinde "*Hastanın, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili yahut kanuni temsilcisi vasıtasıyla inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir*" denilmiş; 17.maddesinde "*Hasta, sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir. Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar*" açıklamaları yapılmıştır.

7- Yüksek özen gösterme yükümlülüğü

Hekim, hastanın tedavisini gerçekleştirirken özenli hareket etmekle yükümlüdür. (BK.390/2, TBK.506/2, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.2, 14/1) Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin “vekâlet sözleşmesi” olarak nitelenmesine göre, vekilin göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü, BK.390 (TBK.506) maddesiyle açıklanmaktadır. Buna göre “Vekilin sorumluluğu, genel olarak, işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır.” Ancak, ondan farklı olarak hekimin özen yükümlülüğü nesnel ölçülerle değerlendirilmelidir. Hekim, gerek teşhisi koyup (hastalığı belirleyip), en uygun tedavi yöntemini seçerken, gerek seçilen tedavi yöntemini uygularken ve gerekse hastayı bilgilendirme (aydınlatma) görevinin yerine getirirken hep özenli hareket etmek zorundadır.

Yüksek özen gereklerinden biri olarak, hekim, uzmanlık alanına ilişkin gelişmeleri, yeni tedavi yöntemlerini izlemek, sürekli yeni bilgiler edinmek, bunların denenmiş ve doğruluğu kanıtlanmış olanlarını uygulamak ve artık yanlışlığı saptanmış eski tedavi yöntemlerinden kaçınmak zorundadır. Yeni tedavi yöntemlerini izlemediğini ve bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Özellikle hastalığı tanımda (teşhiste) kullanılan, en son teknoloji ürünü görüntüleme aygıtlarını ve benzeri tıbbi araçları kullanmaktan kaçınmamalı; laboratuarlardan yararlanmalı, tahlil sonuçlarını ve görüntüleme aygıtlarından gelen filmleri iyi değerlendirmelidir.

Gene yüksek özen yükümlülüğü gereği, hastanın bedensel yapısını her yönüyle incelemeli ve tedavinin olası yan etkilerini hesaba katmalı, daha sonra tedaviye başladığında düzenli olarak hastalığın ve tedavinin seyrini sürekli izlemeli, kayıtlarını tutmalı, hastayı sürekli bilgilendirmelidir. Belirlediği hastalığın yanı sıra, hastasının başka rahatsızlıkları, allerjileri varsa onları da bulup çıkarmalı; önereceği ilaçların yan etkilerini dikkate almalıdır. Hekimin tedaviye başlamadan yapacağı bu tür hazırlıkların en büyük yararı, hastalığı iyileştirirken, tedavinin başka hastalıkları tetiklemesini önlemek olacaktır.

Yüksek özenin en fazla gösterilmesi gereken yer, kuşkusuz, ameliyatlardır. En basit ameliyatlarda bile beklenmedik tehlikeler olabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle ameliyatı yapacak hekim, ön hazırlık aşamasından ameliyat sonrasına kadar her anı, her evreyi denetimi altında tutmalı, yardımcı kişilere bırakmamalıdır. Ameliyat odası ve ameliyatta kullanılacak aletlerin yeterince temiz, mikroplardan arındırılmış olup olmadıklarını, elektronik aygıtların amaca uygun ve çalışır durumda bulunup bulunmadıklarını önceden denetlemelidir. Yardımcı kişileri doğru seçmeli, onların bilgi ve becerilerini önceden araştırmalı, özellikle narkoz ve anestezi uzmanını seçmede aşırı titiz davranmalıdır. Ameliyat sırasında son derece dikkatli olmalı, tüm kişisel sorunlarını dışarda bırakmalı, gerginlikten ve sinirlilikten uzak olmalıdır.

Ameliyatlarda yüksek özen gösterilmemesi yüzünden karşılaşılan pek çok olaylar vardır. Bunlar, kusurun ağırlığı yada hafifliği bir yana, akıllamaz ve asla bağışlanmaz hatalardır. Aralarında ölümle sonuçlananlar bile vardır. Ameliyat bölgesinde sargı bezi, tampon, makas, neşter unutulması, yanlışlıkla hasta organ yerine hasta olmayan organın kesilip çıkarılması, yeterince dezenfekte edilmemiş enjektör kullanılması, toplar damar yerine atar damara ilaç enjekte edilmesi, lokal anestezi yeterliyken narkoz uygulanması en sık duyulan olaylardır.

Yargıtay kararlarından seçtiğimiz şu örnekler gereken dikkat ve özenin gösterilmemesiyle ilgilidir:

Böbrek ameliyatı olan hastanın karnında 2 metre uzunluğunda gazlı tampon unutulmuş; hasta on yıl boyunca ağrı çektikten sonra, sebebi anlaşılıp ikinci ameliyatla gazlı tampon çıkarılmıştır.
13.HD.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783

Burnundan rahat nefes alamayan davacıyı ameliyat eden doktor, ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu bulamadığı ve çıkartamadığı için, onu orada öylece bırakmış, durumdan hastasını bilgilendirmemiş; davacı uzun süre burnunda kırık iğne ucu olduğunu bilmeden acı çekmiş, doktor allerjidenir geçerek onu oyalamış; en sonunda başka bir doktora giden davacının röntgeni çekilerek durum anlaşılıp ve ikinci ameliyatla kırık iğne ucu çıkarılmıştır.
13.HD.06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569

Kafasına çivi batması tanısıyla pansumanı yapıp, tetanoz aşısı uygulanarak yatış işlemi yapılmadan evine gönderilen sigortalı işçi, sonradan gelişen rahatsızlığı üzerine hastaneye yatırılmışsa da, Adli Tıp Kurumu raporuna göre "künt kafa travmasına bağlı kafa tası kırığından kaynaklanan menenjit sonucu ölmüştür.

10.HD.09.11.1999, E.1999/6175 K.1999/8022

Göğüste meme bölgesinde tümoral kitle ve batında fitik yakınmalarıyla özel hastaneye gelen 61 yaşındaki kadın hastaya, aynı anda iki ameliyatın ard arda yapılması kararı verilmiş; ilk olarak göğüsteki kitleyi alan ameliyat ekibinin işi bittikten sonra, hasta, aynı masada fitik ameliyatı yapacak ekibe teslim edilmiş; bu ikinci ameliyat sırasında tansiyonu düşen ve kanama nedeniyle bilinci kaybolan hasta yoğun bakımda iken ölmüştür. Yapılan incelemede ölümün inferior dalının kopması ve gelişen kanamadan ileri geldiği, bu damar arızasının ameliyat sırasında oluştuğu, zamanında fark edilip onarılmadığı için ölüme yol açtığı saptanmış; ameliyat ekibi sorumlusu operatör kusurlu bulunmuştur.

HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370

Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen kişinin, görevli doktor ve hemşire tarafından yeterli kontrol ve muayene ile gelişen klinik bulgulara uygun müdahalede bulunmaması nedeniyle, yaralı ölmüş; doktor ve hemşire kusurlu bulunmuşlardır.

4.CD.11.02.2004, E.2003/1064 K.2004/2055

Sezaryanla doğum yaptırılırken, doğum sırasında diyatermik makineden kaynaklanan nedenlerle davacının iki ayağında derin yanıklar oluşmuş, bir yıl boyunca hiçbir iş yapamadan tedavi görmek zorunda bırakılmıştır.

4.HD.07.10.2003, E.2003/1529 K.2003/11279

Koltuk altındaki kütlenin alınması amacıyla yapılan ameliyat sırasında sinirlerin de kesilmesi sonucu, hastanın sol kolu felç olmuştur.

13.HD.15.10.2002, E.2002/7925 K.2002/10687

Hemşirenin hatalı iğne yapması sonucu küçük bir çocuğun kolu omuz hizasından kesilmiştir.

21.HD.11.11.1997, E.1997/ 6482 K.1997/7327

Hastanede göğüs hastalıkları uzmanı olan doktorun, göğüs ağrısı şikâyeti ile acil servise getirilen işçiyi muayene ve tedavi etmeyip dispansere göndermesi sonucu, hasta işçi yolda araç içinde ölmüştür.

4.HD.23.10.2003, E.2003/7161 K.2003/12474

Fitik tanısıyla ameliyata alınan hastanın, ameliyat sırasında bağırsağındaki kesilmeye bağlı olarak gelişen peritonit sonucu ölümüne neden olunmuştur.

10.HD.17.09.2002, E.2002/5311 K.2002/6401

Over kisti tanısıyla batın ameliyatı olan hastanın, karnında 15 cm. çapında gazlı bez unutulmuş; hasta iki yıl acılar içinde kıvranmış, dolaştığı çeşitli hekimler ağrılarının nedenini saptamada zorlanmışlar; en son bir operatör tarafından batını açıp bakma önerisi üzerine ağrılarının nedeni anlaşılmış ve gazlı bez bulunduğu yerden çıkarılarak hasta sağlığına kavuşturulmuştur.

13.HD.28.11.2002, E.2002/11318 K.2002/12909

Üst solunum yolları rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvuran hastaya, doktorun yazdığı pronopen adlı iğnenin görevli sağlık memuru tarafından kalçadan yapılmasının hemen ardından bacağı uyuşmaya başlamış; yapılan kontrol ve tedaviye rağmen iğne sırasında siyatik sinirinin delinmesi nedeniyle hasta felç olmuş ve %28.2 oranında beden gücü kaybına uğramıştır.

13.HD.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185 (İBD.2007/2-840)

Doktor kontrolunda doğum yapıldığı sırada bebeğin omur sinirleri zedelenmiş ve bebek sakat olarak doğmuştur.

13.HD.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380 (İBD.2006/2-840)

Bu akıllamaz örnekler, hekimlik mesleğinin etik kurallarının yeniden gözden geçirilmesi gereğini ortaya koymakta, ayrıca sağlıkla ilgili yeni yasal düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır. Aslında olması gereken, sağlık alanına kamusal bir nitelik kazandırılması ve sağlığın bir ticaret ve para kazanma aracı olmaktan çıkarılmasıdır. Tüccar devletin yerini sosyal devlet almadıkça da bunun mümkün olmayacağı anlaşılmaktadır.

IX-SORUMLULUK NEDENLERİ

1- Sorumluluğun ölçüsü

Yukardaki bölümlerde açıkladığımız yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, tedavinin gereği gibi yapılmaması, **yüksek özen** ve dikkatin gösterilmemesi sonucu hasta bir zarara uğramışsa, hekimler sorumlu tutulabilecekler; Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre **hekim “en hafif” kusurundan dahi “tam sorumlu”** olacağından, hastanın uğradığı **zararların tamamını** ödemek zorunda kalacaktır. Şu kadar ki, hastanın da ihmalleri, hataları varsa onun kusura katılımı oranında tazminattan indirim yapılacaktır.

Yargıtay kararlarında hekimlerin sorumluluğunun nasıl değerlendirildiğini ve ne gibi gerekçelere dayanıldığını bilmek için karar örneklerini gözden geçirelim:

Doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Vekil işgörürken yöneldiği **sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur.** Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK. m.390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.m.32/1) O nedenle **doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.** Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini gözönünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. 13.HD.04.03.1994, E.1994/8557 K.1994/2138)

Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Ameliyat sırasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezin hastanın vücudunda unutulması, doktorun sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir.Bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, bilirkişi incelemesine gerek duyulmamalıdır.

Kusur, sorumluluğun subjektif şartıdır. BK. kusuru kasit ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır. (BK.m.41) İhmalde, bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir; buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalin de, hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır. Anlayışlı, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. Şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. **Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar.** Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.

Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutulması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutulma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği

itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır. Bu görüş, Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır. Kaldı ki; maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine de gerek yoktur. Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.

13.HD.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783

Doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini gözününde tutmalı ve onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören ve doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK.394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Olayımızda davacı nefes almakta zorlandığı için KBB uzmanı olan davalı doktora muayene olup, davalının önerisi ile ameliyat olduğu, ameliyat sırasında doktorun burun içinde kırılan iğne ucunu tüm uğraşmalarına rağmen bulamayıp çıkaramadığını ve haliyle ameliyata son verdiği, durumdan davacı hastayı da haberdar etmediği, uzun süre davacının kırık iğne ucu burnunda kaldığı ve davacının rahatsızlık duyup davalıya başvurduğunda çekilen film sonucu durumu öğrendiği ve bilahare başka doktor tarafından ameliyatla iğne ucunun davacı burnunda çıkarıldığı taraflar arasında çekişmesizdir. Ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu, tüm aramalara rağmen bulamadığını ve zorunlu olarak ameliyata son verdiğini davalının davacıya ameliyat sonrası bildirmesi gerekirdi. Davacı da uzun süre vücudundaki kırık iğne ucu ile gezmek durumunda kalmazdı. Şu durum karşısında orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği ihtimam ve özenin, davalıya gösterilmediği açık olup, ihmal ve kusurun kabulü zorunludur.

13.HD.06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569

Tıbbi hatadan kaynaklanan davada, davacının kusuru yoksa, tazminattan indirim yapılamaz. Davalı hastane yönetimi, istihdam eden sıfatıyla sorumludur.

Tıbbi hatadan kaynaklanan davada, bilgisine başvuru Adli Tıp Kurumu, ameliyatı yapan doktora 1/8 kusur izafe etmiş, kalan 7/8 kusurun kime ait olduğunu bildirmemiştir. Mahkemece bu kusur oranı gözetilerek maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Davalı istihdam eden durumunda olup kendi hastanesinde çalışan doktorun kusurundan Bk. 55 maddesine göre sorumludur. Bilirkişi raporunda davacıya atfedilen kusur bulunmadığı sürece zararın tamamının davacı davalıdan isteyebilir. Bu nedenle kusur nedeniyle indirim yapılması usul ve yasaya aykırıdır.

13.HD.04.02.2003, E.2002/12276 K.2003/1077

Özen borcunu yerine getirmeyen doktorun ve hastanenin zararın tümünden sorumlu tutulmaları gerekir.

Dava, doktorun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat talebine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan söz edilmemektedir. Tüm bu açıklamalar ışığında, taraflar arasındaki uyuşmazlık vekalet aktinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurundan bile sorumlu olduğuna göre, zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır.

13.HD.08.07.2005, E. 2005/3645 K. 2005/11796

Doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Dava, davalı doktorların vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan **özen borcuna** aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK.386,390) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK.390/II) Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, **hafif kusurundan bile sorumludur.** (BK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, **hafif de olsa**, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyati tedbirleri alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden titiz, dikkatli ve özenli davranmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

13.HD.12.06.2006, E.2006/6704 K.2006/9459 (Kazancı Yazılım)

Vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içerisinde olan bütün kusurları, hafif bile olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak, uygun tedavi yöntemini belirleyip uygulamak zorundadır. Hasta, tedavisini üstlenen doktordan mesleğin gerektirdiği ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini beklemek hakkına sahiptir.

13.HD.19.10.2006, E.2006/10057 K.2006/13842 (YKD. 2007/7-1308)

2- En hafif kusurdan tam sorumluluk

Hekim ve sağlık personeli “yüksek özen borcu” nedeniyle “**en hafif kusur**”larından dahi “**tam sorumlu**”durlar. Tazminata hükmedilirken kusur oranlarına bakılmaz. Tazminattan indirim, yalnızca hastanın ihmal ve hatası saptanmışsa söz konusu olabilir.

Yüksek özen borcu nedeniyle, hekimin ve sağlık personelinin “**en hafif kusur**” durumunda dahi “**tam kusur**” esasına göre sorumlu tutulacaklarına ve tazminattan kusura göre indirim yapılmayacağına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler:

Doktor en hafif kusurundan bile tam kusurlu olup, zararın tamamından sorumlu tutulmalıdır.

Hastane ve çalıştırdığı elemanın tedavi sırasındaki kusurları sebebiyle oluşan zararın giderilmesi vekâlet sözleşmesine dayandırılır. Vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlı olup, işçi gibi özenle davranmak yükümlülüğü bulunan vekil **en hafif kusurundan** bile sorumludur. Vekil, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeksizin belirleyip uygulamak zorundadır. Gerçekten müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden (hekimden), tedavinin bütün aşamalarında titiz bir özen göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeri göstermeyen vekil, vekâlet görevini gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Hal böyle olunca, en hafif kusurundan bile sorumlu olan vekilin **zararın tamamından sorumlu tutulması** gerekir. Bu nedenle maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır.

13.HD.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185 (İBD. 2007/2-840)

Doktor en hafif kusurdan dahi tam sorumludur.

Doktor vekâlet kuralları çerçevesinde verdiği hizmeti yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. Bu nedenle **en hafif kusurundan** dahi sorumludur.

13.HD.28.11.2005, E.2005/11159 K.2005/17474 (İBD. 2006/2-850)

Hekim, kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumludur.

Davalı sağlık hizmetleri ile hasta arasındaki hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup, vekil görevini yaparken **en hafif kusurunun bulunması durumunda dahi** meydana gelen **zarardan kusuru oranında değil, tamamiyle kusurludur.**"

13.HD. 26.10.2004, E.2004/6493 K.2004/15431 (YKD. 2005/5-723)

Tıbbi alanda hizmet veren doktor vekâlet sözleşmesine göre sorumludur.

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olup, bu sorumluluk işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Buna göre, vekil, işçi gibi özenle davranmakla yükümlü olup, **hafif kusurunda** dahi sorumludur. Doktor da, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat deneylerine göre herkese yüklenebilecek olan dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

13.HD.06.03.2003, E. 2002/13959 K.2003/2380 (İBD.2006/2-840)

Doktor en hafif kusurundan dahi tam sorumludur.

Taraflar arasındaki ilişki **vekâlet** akdidir. Vekil, vekâlet görevine konu iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekil, işçi gibi özenli davranmak zorunda olup (BK.390/2), **hafif kusurundan dahi sorumludur.** (BK.321/1) O nedenle vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir.

13.HD.15.10.2002, E.2002/7925 K.2002/10687 (İBD.2004/2-316)

Doktorun ve hastanenin her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurlarından bile sorumlu bulduklarına göre "zararın tamamından" sorumlu tutulmaları gerekir

Dava, doktorun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.01.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr.A'nın, davacının annesi olan S'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporunda her ne kadar davalı hastanenin kusurlu bulunmadığı belirtilmiş ise de, davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan söz edilmemektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, taraflar arasındaki uyuşmazlık vekâlet aktinden kaynaklandığına, davalıların **her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurundan bile** sorumlu bulunduğuna göre, **zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekir**ken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır.

13.HD. 08.07.2005, E.2005/3645 K.2005/11796 (Kazancı Yazılım)

Doktor, hafif dahi olsa, bütün kusurlarından sorumludur.

Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorundadır.

13.HD.10.10.2006, E.2006/10068 2006/13288 (YKD.2007/9-1701)

Doktor ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayalı bir ilişki olup vekilin müvekkiline karşı görevini ifa ederken bu görevi dikkat, özen ve sadakatle yerine getirme zorunluluğu vardır. Vekil, en ufak kusurundan dahi sorumludur.

Uyuşmazlık doktor hata ve kusuruna dayalı olarak meydana geldiği iddia olunan ölüm olayı nedeniyle tazminat isteğine ilişkindir. Her ne kadar mahkemece, kusur oranına ilişkin olarak Yüksek Sağlık Şurasından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinden, Adli Tıp kurumu Genel Kurulundan rapor ve ek rapor alındıktan sonra Yüksek Sağlık Şurası raporu ve Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Dairesince Adli Tıp Genel Kulunca bildirilen görüş, Ankara Tabipler Odasının ve Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulunun bir kısım davalılar hakkında verdikleri idari cezalar esas alınmak suretiyle davalılardan B. Tedavi Hizmetleri A.Ş., H.A., L.S., T.O. ve O.N.Ş.'ün sorumlulukları cihetine gidilmiş ise de öncelikle belirtmek gerekir ki idari yönden yapılan disiplin soruşturması sonucu verilen yaptırımların hukuk hakimini bağlayıcılığı yönünde herhangi bir yasal düzenleme yoktur. O nedenle kesinleştiği dahi dosya kapsamından anlaşılamayan bu idari kararlara dayanılarak bir kısım davalıların sorumlulukları cihetine gidilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki mahkeme kararında

gerekece olarak gösterilen disiplin cezalarının bir kısmının davaya konu olayla herhangi bir ilgisi de bulunmamaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası Raporunda davacıların murislerinin hastaneye ilk getirildiğinde bu hastayı muayene eden davalılardan Dr. H.A.'nın 2/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiş, bundan sonra alınan gerek Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinin ve gerekse Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun raporu ve ek raporlarında hiç bir davalıya izafe edilebilecek kusurun bulunmadığı belirtilmiş olmasına rağmen Adli Tıp Kurumu Raporlarında davacıların murislerin ilk hastaneye getirildiği tarih itibariyle teşhisin doğru olarak konulması halinde tedavinin mümkün olup olmayacağı, hastanın kurtarılıp kurtarılamayacağı konusunda yeterli açıklık bulunmamaktadır.

Yeri gelmişken hemen açıklamak gerekir ki doktor ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayalı bir ilişki olup vekilin müvekkiline karşı görevini ifa ederken bu görevi dikkat, özen ve sadakatle yerine getirme zorunluluğu vardır. O nedenle vekilin sorumluluğu işinin sorumluluğu ile eşdeğerde tutulmuş ve vekilin en ufak kusurundan dahi sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Hal böyle olunca yukarıda açıklanan eksiklikler konusunda ve yine yukarıda vekilin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar da gözönünde bulundurulmak suretiyle mahkemece, üniversite kürsüsünden birisi, kulak burun boğaz uzmanı olmak üzere üç kişiden mütevellit bilirkişi kurulundan kusura ilişkin olarak taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli açıklamalı rapor alınmalı, sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu hususlar gözetilmeden yüksek Sağlık Şurası Raporu ile Adli Tıp Kurumu raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden bir kısım idari kararlarda esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

13.HD.27.12.2005, E 2005/13615 K 2005/19261

Doktorun meslek alanı içinde olan, hafif de olsa, bütün kusurlarından sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. Bu yüzden, doktorun meslek alanı içinde olan, hafif de olsa, bütün kusurlarından sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini gözönünde tutmak, onu gereksiz risk altına sokmamak ve en emin yolu tercih etmek zorundadır.

13.HD.25.04.2002, E.2002/2589 K.2002/4560

Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK. 321/1 md.) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve personeli olan doktorların tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayanmaktadır. Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Ayrıca hakim HUMK'nun 286/1. maddesi hükmüne göre, bilirkişilerin vardığı sonuçla bağlı olmayıp, delilleri kendisi değerlendirip, somut olayın özelliklerini ve dosyadaki diğer verileri esas alarak, kusurun mevcut olup olmadığını kendisi takdir edip belirlemelidir.

Uyumsuzluğa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile, davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun

bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

13.HD. 07.02.2005, E.2004/12088 K. 2005/1728

Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. (BK.386,390,321) Bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur.

Davaya ait ameliyat dosyası getirilmeden, dosya tevdi edilmeden bir müzekkere üzerine alınan rapor yetersiz olup hükme dayanak yapılamaz. Öncelikle davacıya ait ameliyat dosyası getirtilip, konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, ameliyatta safra kesesi çıkartılırken keseyi ana safra yoluna bağlayan kanalın bir kısmının bırakılmasının bütün ameliyatlarda uyulması gerekip, gerekmediğinin, normalden küçük olan safra kesesi lümen içerisinde taşlar oluştuğu belirtildiğine göre ameliyatta safra kesesinin alınıp alınmadığının, safra kesesi alınmasına rağmen kalan kısımda hastanın bünyesine göre 4-5 yıl içinde yeniden taş oluşmasının mümkün olup olmadığının, davacının ameliyat sonrası şikayetleri ile ilgili tedavi olduğuna dair belgesi olmadığı da değerlendirmede irdelenerek tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmamasına göre bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

13.HD. 09.04.2003, E. 2003/711 K. 2003/4255

X- SORUMLULUĞUN VE KUSURUN SAPTANMASI

1- Yargıtay görüşleri

Hekime ve hastaneye karşı açılan davalarda sorumluluğun ve kusurun saptanması konusunda Yargıtay görüşleri şöyledir:

a) **Hekim, yüksek özen borcu nedeniyle en hafif kusurundan tam sorumlu** kabul edildiğine göre, eğer tıbbi hata açık ise, Bilirkişi Kurulu'nca bunun saptanması yeterli olup, hastanın kusura katılımı da yoksa, **ayrıca kusur oranının belirtilmesi gerekmez.**⁴

b) **Eğer maddi olgular hekimin hatasını açıkça ortaya koyuyorsa, ayrıca bilirkişi incelemesine gerek yoktur.**

Bu hususta bir Yargıtay kararında şu sonuca varılmıştır:

“Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat sırasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre, bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, ayrıca **doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.**”⁵

c) Hukuk mahkemelerinde hekime ve hastaneye karşı açılan tazminat davalarında, Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şurası'nın, sorumluluğun varlığına ve yokluğuna ilişkin raporları geçerli sayılmamıştır.⁶

Yargıtay'ın bu kararlarının ne kadar haklı ve doğru olduğu, Yüksek Sağlık Şurası'nı resmi bilirkişi kabul eden ve buradan rapor alınmasını zorunlu kılan 1219 sayılı Tababet ve

⁴ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 26.10.2004, 6493-15431 sayılı, 06.11.2000, 8590-9569 sayılı, 15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı kararları.

⁵ Yargıtay 13.HD.14.03.1983 gün ve E.1983/7237 K.1983/1783 sayılı kararı.

⁶ Örnek:Yargıtay13.Hukuk Dairesi'nin 15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 14.03.1983, 1982/7237-1983/1783 sayılı,09.04.2002, 1376-3840 sayılı, 09.05.2000, 1146-4438 sayılı kararları.

Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75.maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla iptal edilmesiyle sabit olmuştur.

Artık, Yüksek Sağlık Şurası başvurulması zorunlu bir resmi bilirkişi değildir.

d) Bilirkişi kurullarının hastanın uğradığı zararın hekim veya hastane hatası sonucu olduğunu saptamaları yeterli olup, bundan ötesini mahkemeye bırakmaları gerekmektedir.

“Mahkemece görevlendirilecek bilirkişi kurullarının, maddi olguları, hekim hatası ile hastanın uğradığı zarar arasındaki **nedensellik bağı**nı ortaya çıkaracak şekilde saptamada bulunmaları yeterli olup, ötesi mahkemece değerlendirilecektir. Yargıtay'ın bir kararında denildiği gibi “Tazmin sorumluluğu için kusurlu davranış ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı'nın kurulabilmesi gereklidir. Maddi ve hukuksal gerekçeler ışığında, uygun nedensellik bağı'nı ortaya koyacak uzman bilirkişilerden oluşturulacak kuruldan alınacak raporlar ve yargıcın objektif yargısıyla, hekimin eyleminin zararlı sonucu doğurup doğurmadığı yönünden yapılacak bir değerlendirmeyle sonuca varılmalıdır.”⁷

e) Ceza Mahkemesi'nin kesin mahkûmiyet kararı, hukuk hâkimini bağlayacağından, hukuk mahkemesinde hekime ve diğer sağlık personeline karşı açılan davada ayrıca kusur aranmasına ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek kalmayacaktır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun.53. (6098 sayılı TBK.74) maddesine göre, Hukuk Hakimi, ceza mahkemesindeki kusur raporu ile bağlı değilse de, kesin mahkûmiyet kararları ile bağlıdır. Ceza Mahkemesinde hekim suçlu bulunmuş ve cezalandırılmışsa, hastaya karşı “en hafif” kusurundan dolayı “tam sorumlu” olduğuna ve kusurun derecesi aranmadığına göre, artık hukuk davasında ayrıca bilirkişi incelemesine gerek bulunmamaktadır.

2- Bilirkişi raporlarının geçerliği

a) 1086 sayılı HMUK'nun 275 vd. (6100 sayılı HMK'nun 266 vd.) maddelerine göre

“Yargıç, bilirkişi seçiminde bağımsızdır. Dilediği ve uzmanlığına güvendiği kişileri bilirkişi seçmekte özgürdür. Ve ayrıca bilirkişi görüşüyle de bağılı değildir. Bilirkişi raporları Hakimi bağlamaz. (1086/HMUK.m.286 ve 6100/HMK.m.282)

b) Öte yandan, yargıç, resmi bilirkişilere dahi başvurmak zorunda değildir. Uzun yıllar boyunca ceza mahkemelerinde Yüksek Sağlık Şurasına başvurulması zorunlu tutulmuş iken, 1219 sayılı Yasa'nın 75.maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

c) Yargıtay, Adli Tıp Kurumu'na başvurmayı da zorunlu bulmamaktadır.

Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi sayılmasına karşın, Yargıtay'ın bir çok kararında Adli Tıp Kurumu İhtisas Daireleri'nin ve hatta raporlar arasındaki çelişkileri gidermekle görevlendirilen Adli Tıp Genel Kurulu'nun raporlarıyla bağılı kalınmayıp, gerektiğinde mahkemece oluşturulacak bilirkişilerden görüş alınması öngörülmektedir. Özellikle, beden gücü kayıplarında, hekim ve hastane hatalarında Adli Tıp Kurumu'nun koruyucu tavrı karşısında, Yargıtay, Tıp Fakülteleri kürsü konseyine başvurularak adları bildirilecek bilirkişi kurulundan rapor alınmasını öngörmektedir.

Örneğin, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 16.03.2006 gün 6060-10174 sayılı kararında:

“Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir.

Doktorun özen borcunu gerektiği gibi yerine getirip getirmediği konusunda Adli Tıp raporunda gerekçeli ve aydınlatıcı bir açıklama olmaması karşısında, mahkemece, konusunda

⁷ Örnek: 13.HD.09.11.1999 gün E.1999/6175 K.1999/8022 sayılı kararı.

uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile davacıya ait tüm raporlar incelenerek, davalının özen borcunu yerine getirip getirmediğinin, bir kusur olup olmadığının tespiti istenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir” denilmiştir.

13.HD.06.03.2003 gün E.2002/13959 K.2003/2380 sayılı kararına göre de:

“İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.”⁸

d) Şunu da ekleyelim ki, Adli Tıp Kurumu’na başvurma koşulu konusunda 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu’nun 16.maddesi ileri sürülmekte ise de, bu maddede böyle bir şart, bir zorunluluk bulunduğuna ilişkin bir açıklama yoktur. Hem Adli Tıp Kurumu Kanunu’nda başvurma zorunluğuna ilişkin bir hüküm olsaydı, Anayasa’ya aykırılık nedeniyle iptali istenebilirdi. Nitekim, yukarıda açıklanacağı gibi, Yüksek Sağlık Şurası’na başvurma zorunluluğuna ilişkin yasa hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş; **resmi bilirkişilik Anayasa’ya aykırı bulunmuştur.**

e) Bazı raporlarda **kötü tesadüf değerlendirmesi yapılması da yanlıştır.**

Yargıtay kararlarında ve öğretilerde hekimin yüksek özen göstermesi gereğinden söz edilmesi ve en hafif kusurundan dahi tam sorumlu olacağı kabul edilmiş bulunması karşısında, bilirkişi raporlarındaki “kötü tesadüf” değerlendirmesinin hiçbir anlamı yoktur. Üstelik **yüksek özen gerektiren tıbbi müdahalelerde kötü tesadüfün yeri olamaz.** Hekim ve sağlık personeli bir aksilik çıkmaması için (akla gelebilecek) her türlü önlemi almak zorundadırlar. Elektrik ve su kesilmesi dahi jeneratör ve su deposu gibi önlemleri gerektirir. Hekim bu tür olasılıkları dikkate almadan ameliyata girişirse sorumlu olur.

f) **Adli Tıp Kurumu raporları yetersiz ise ve sorumluluğu belirleyici nitelikte değilse, üniversiteden seçilecek uzmanlar kurulundan rapor alınmalıdır.**

Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre, Adli Tıp Kurumu’nun nesnel (objektif) sorumluluk değerlendirmesi içermeyen raporları ile yetinilmeyip, **üniversiteden seçilecek uzmanlardan** görüş alınmalıdır. Buna ilişkin kararlarda şöyle denilmiştir:

İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.

13.HD.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380 (İBD.2006/2-840)

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu gereğince davanın reddine karar verilmiş ise de, anılan rapor, davacının ameliyat sırasında vücudunda, operasyonda kullanılan maddenin unutulmuş olması nedeniyle, davalıların kusurlu olup olmadıklarının tespitine yeterli değildir. Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, hastanın her iki ameliyatına ilişkin ameliyat ve tabele kağıtları, çekilen tüm filmler, epikriz ve Adli Tıp raporları da birlikte gönderilerek, üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman , akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, hastanın vücudunda sargı bezinin işaretlenmesinde kullanılan radyoopak maddenin unutulmasında davalı doktorlara atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf ,mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorların yukarıda açıklanan ilkeve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir.

13.HD.12.06.2006, E.2006/6704 K.2006/9459

Adli Tıp Kurumu’nun raporunda, davacının vücudunda kalan madde konusunda tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp

⁸ Başka karar örnekleri :21.Hukuk Dairesi’in 17.06.2004 gün 5338-5964 sayılı, 09.11.1998 gün 7558-7493 sayılı, 10.Hukuk Dairesi’nin 05.10.2006 gün 754-11240 sayılı, 26.03.2002 gün 1864-2732 sayılı, 02.06.2003 gün 3938-4611 sayılı ve HGK. 18.02.1998 gün E.1997/10-881 K.1998/113 sayılı kararları.

kalmayacağına olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son merci niteliğinde bulunmayan Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'ndan alınan bilirkişi raporu yetersiz olup, hükme dayanak alınamaz.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş, üniversitelerden konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın birbiriyle uyumlu olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı taraf, yargıç ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibarettir.

13.HD.28.11.2005, E.2005/11159 2005/17474 (İBD.2006/2-850)

g) Hakim, bilirkişi raporlarındaki maddi olgularla yetinmeli, kararı kendisi vermelidir.

Yukardan beri sürekli yinelediğimiz üzere, hekimler ve tüm sağlık personeli ile sağlık hizmeti sunan hastaneler, insan sağlığı gibi yaşamsal bir alanda faaliyet gösterdiklerine göre, Yargıtay'ın yerleşik kararları uyarınca "en hafif kusurlarından tam sorumlu" olduklarından, açılan bir davada, yargıç, maddi olguların saptanmasıyla yetinmeli, eğer hastanın kusura katılımı yoksa, bilirkişi raporlarındaki kusur oranlarını dikkate almayarak tam kusur esasına göre karar vermelidir. Ayrıca hekimin ve hastanenin ihmal ve kusurları açıkça belli ise, bilirkişi görevlendirmeksizin sonuca gitmelidir.

XI-ÖZEL HASTANELERİN SORUMLULUĞU

1- Konuya genel bakış

24.05.1933 tarih 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1.maddesine göre "Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmiş zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslemek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastanelerden sayılır. Özel hastanelerin çalışma esaslarıyla ilgili Özel Hastaneler Tüzüğü bulunmaktadır. Bugünün koşullarında yasal düzenlemelerin yetersizliği bir çok konuları çözümsüz bırakmaktadır. Özellikle, uyguladıkları ücret tarifelerindeki ölçsüzlüğün denetim altına alınmaması tam bir yasal boşluktur.

Kimi özel hastanelerin en son tıbbi yeniliklerle ve teknik donanımlarıyla, ünlü ve başarılı uzman hekim kadrolarıyla kamu hastanelerinden daha ilerde ve güvenilir olmalarına karşılık, tedavi ve bakım ücretlerinin yüksekliğinden yakınılmaktadır. Mesleğin etik kurallarına sıkı sıkıya bağlı otuzbeş hekimden oluşan bir kurulun 2006 yılında yaptığı incelemelere göre, özel hastanelerin ticarethane gibi işletildikleri,daha çok kazanmak ve kâr etmek amacıyla gereksiz ameliyatlarda yapıldığı, hiç gereksinim yokken pek çok tahliller, elektro, görüntülü çekimler (röntgen, ultrason, tomografi, anjiyo) yapıldığı, normal fiziki bulguları olan hastalardan bile 10 ve üzerinde tahlil istendiği, aynı incelemeler üç dört kez yapılmış gibi gösterildiği ve faturalandığı, ayakta yapılabilen veya bir iki gün yatırılarak yapılan işlem ve ameliyatlarda bile (fıtık, kolesistektomi, laparoskopik işlemler) hastaların 15-20 gün yatırıldığı, yakınma olmasa bile değişik organlarda kanser, hepatit, AIDS taraması yapıldığı, hemen her gebe kadına normal doğum yerine sezaryen ameliyatı yapıldığı, kalça ve diz protezleri ile protez kullanılan diğer durumlarda da hastalara gerekmediği halde bu ameliyatlarda yapıldığı ve bu malzemelerin söz konusu hastalarda uygun olmadığı halde kullanıldıkları, hastaların gereklilik yokken birkaç hekim tarafından muayene ve tedavi edildikleri, neredeyse bir hekim tarafından tedavi edilme yönteminin ortadan kalktığı, bütün bunların sonucu hastaların veya yakınlarının önlerine kabarık bir fatura konulup çok yüksek bir ücret ödemek zorunda bırakıldıkları saptanmıştır.⁹

⁹ Hürriyet Gazetesi 09.08.2006 günlü haberi

2- Özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide olduğu gibi, özel hastane ile hasta arasında da üç tür ilişki bulunduğu savunulmaktadır. Bunlar sırasıyla sözleşme, vekâletsiz işgörme ve haksız eylem ilişkisidir.

a) Sözleşme ilişkisi

Özel hastaneler ve paralı sağlık hizmetleri yönünden hasta ile ilişkinin sözleşmeye dayandığı konusunda anlaşmazlık yoksa da, ne tür bir sözleşme olduğu tartışılmaktadır. Ortaya atılan görüşler hastane yönünden **“Hastaneye Kabul Sözleşmesi”**, hekim yönünden **“Hekim Sözleşmesi”** ya da her iki sözleşmenin bir arada yapılması biçimindedir.

Hastaneye kabul sözleşmesinde, eğer yatırılarak tedavi söz konusu ise, tıbbi tedavinin yanı sıra, hastane bakım hizmetleri, yatırma, yedirip içirme ve can güvenliğini sağlama gibi çeşitli yükümlülükler de yer alacaktır. Sözleşme bu biçimiyle karma bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin türü konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Tıbbi tedavi ve hastane bakımı konusunda vekâlet ve hizmet sözleşmesinin, barındırma (oda, yatak) konusunda kira veya otelcilik sözleşmesinin, yedirip içirme konusunda satım sözleşmesinin unsurları bulunduğu ve bu nedenlerle Hastaneye Kabul Sözleşmesinin bir “karma sözleşme” olduğu savunulmuştur. Ancak burada amaç ve ana unsur “tedavi” olduğundan, hekimlik sözleşmesiyle birlikte “vekâlet sözleşmesi” niteliğinin daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Bizce, özel hastaneler **“kamusal nitelikli sağlık hizmeti”** veren kuruluşlardır ve hasta ile özel hastane arasındaki hukuksal ilişkiye bu açıdan bakmak, bu ilişkiyi herhangi bir sözleşme kalıbına sokmaksızın kendine özgü “sui jeneris” bir sözleşme olarak nitелеmek ve ilerde yapılacak yasal düzenlemelerde buna (hekimlik sözleşmesiyle birlikte) ayrı ve bağımsız bir ad vermek gerekmektedir.

Bu görüşümüzü destekleyen bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir:

“Özel hastane işleteni öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin **yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti** olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Bu ilkeler gözetildiğinde, **aslanan insan yaşamıdır.**” (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370)

b) Vekâletsiz işgörme ilişkisi

Bu tür ilişkinin doğumuna yol açan olay genellikle “zorunlu” hasta kabulü durumudur. Örneğin trafik kazası geçiren, herhangi bir haksız eylem veya kaza sonucu ağır yaralanan, yolda çarşıda ağır kalp krizi geçiren ve kendilerini bilmeyecek durumda olan kişileri, en yakın hastaneye yetiştirme amacıyla, özel hastaneye getirmişlerse, bu gibi **ivedi tıbbi yardım gerektiren durumlarda** özel hastane hastayı kabul ve tedavi etmek zorundadır. Eğer getirilen kişinin bir süre hastanede kalması ve tedavinin sürdürülmesi gerekiyorsa ve bir kamu hastanesine götürülmesinde yaşamsal tehlike varsa, özel hastane, bunu bir görev ve kamusal hizmet olarak yapmak zorundadır. Şunu da ekleyelim ki, ivedi tıbbi yardım gerektiren hastayı ve yaralıyı kabul etmeyip kapıdan geri çeviren hastane görevlileri ceza yasasına göre suç işlemiş olurlar, cezalandırılmaları gerekir. (TCK m.98)

Bu zorunluluk yasadan kaynaklanmakta olup, bu konuda 2219 sayılı Yasa’nın 32’nci maddesinde **“Ani bir arıza veya kaza sonucu ivedi tedavisi gereken kişilerin özel hastanelere başvurmaları veya getirilmelerinde, hastane, derhal acele tedavilerini yapmak zorundadır. Bunlardan yoksun olanların yatırılarak tedavileri gerekiyorsa hastanenin parasız kısmına**

alınırlar. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu yoksul hastaları, başka yere nakledilebilir duruma gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan yoksul hastaların gündelik tedavi ve ilâç paraları o yerin belediyesince ödenir” denilmiştir.

Aynı konuda, Özel Hastaneler Tüzüğü 28’inci maddesi hükmü de şöyledir: “Acil hastalar ve yaralıların özel hastanelere başvurusu halinde ilk ve acil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte **bir acil ünitenin oluşturulması zorunlu olup, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.**”

Yasa ve tüzükteki bu açık hükümlere karşın, özel hastanelerin **kamusal** nitelikli yükümlülüklerini yerine getirmediklerine sıkça rastlanmaktadır. Kimi zaman, ağır yaralı olduklarına ve yaşamsal tehlike içinde bulduklarına aldırış edilmeyip hastalar kapıdan döndürülmekte; kabul edilenler ve bir süre yatırılanlardan çok yüksek ücretler istenmekte, ödeyemeyecek durumda olanların hastanede âdeta hapis tutuldukları bile görülmektedir. Tanık olduğumuz birkaç olayda, özel hastane yakınlarında trafik kazası geçirip ağır yaralanan hastadan bir haftalık tedavi için 28 milyar civarında bir ücret istenmiş; beyin travması geçiren bir başka hastaya özel hastanede yapılan ivedi ameliyat ve on günlük bakım karşılığı 42 milyar lira hesap çıkarılmıştır.

Özel hastanelerin, hastanın başvurusu olmaksızın ve hasta kabul sözleşmesi yapılmaksızın, ivedi getirilen ağır yaralı ve bilinci kapalı hastaları yasa ve tüzük gereği kabul etmeleri ve tedavi etme zorunlukları “**vekaletsiz işgörmeye**” hükmünde sayılmakta; sorumlulukları da hekimlerin sorumlulukları gibi değerlendirilmektedir.

c) Haksız fiil ilişkisi

Tıbbi tedavi, genelde hastanın beden bütünlüğü ve sağlığı üzerinde tasarruf niteliği taşıdığından, yasalara, sözleşmeye, tıp bilimine ve meslek kurallarına aykırı her zarar verici eylem, aynı zamanda BK.41 (TBK.49) ve sonraki maddeleri anlamında bir haksız eylem oluşturur. Bu gibi durumlarda, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) yarışır. Zarar gören hasta, hastane işletmesine karşı sözleşmeye aykırı işlem (BK.96, TBK.112) veya haksız eylem (BK.41 vd.,TBK.49 vd.) nedenlerinden birine dayanarak dava açabilir. Belirtelim ki, bu seçim yapılırken zamanaşımı, kusurun kanıtlanması, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi konulardaki farklılıklar gözönünde bulundurulmalıdır.

Özel hastane ilgilileri veya çalışanları (hekimler ve öteki yardımcı kişiler), hastaya yasak olan bir ilâç verirlerse, hasta üzerinde deney yaparlarsa (TCK.90), organ ve doku ticaretine konu olabilecek bir eylem içinde bulunurlarsa, örneğin yoksulluk içindeki bir kimsenin böbreğini satmasına aracı olurlarsa ya da hastanede ölen kişinin yakınlarının onamını almadan hastanın organlarını satarlarsa veya kullanırlarsa (TCK.91), çocuk düşürtme (kürtaj) yaparlarsa veya bunların yapılmasına göz yumarlarsa (TCK.99), kısırlaştırma işlemini gerçekleştirirlerse (TCK.101), zorunluluk yokken cinsel organlarda değişiklik yaparlarsa ceza yasalarına göre suçlu durumuna düşerler. Bu gibi durumlarda zarar gören kişi veya yakınları hastane yönetimine ve suç işleyenlere karşı tazminat davası açarlarsa, uygulanacak zamanaşımı süreleri ceza yasalarındaki sürelerle belirlenir. (BK.60/2, TBK.72/1,c.2))

Yukarda sayılan suç sayılır eylemlerden başka, özel hastaneye getirilen ve ivedi tıbbi yardım gerektiren ağır hasta veya yaralı, ilkyardım birimine alınmayıp, kapıdan geri çevrilirse bu da ceza yasası yönünden suç oluşturur (TCK.98) Ayrıca, yukardaki bölümde de belirttiğimiz gibi, 2219 sayılı Yasa’nın 32’nci maddesine göre “**Ani bir arıza veya kaza sonucu ivedi tedavisi gereken kişilerin özel hastanelere başvurmaları veya getirilmelerinde, hastane, derhal acele tedavilerini yapmak zorundadır**” ve Özel Hastaneler Tüzüğü 28’inci maddesine göre: “Acil hastalar ve yaralıların özel hastanelere başvurusu halinde ilk ve acil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte **bir acil ünitenin oluşturulması zorunlu olup, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.**”

Bu kişiler ve öteki sorumlular, eğer yasa ve tüzükte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyip, ağır hastayı veya yaralıyı kapıdan geri çevirirlerse, haklarında kamu davası açılır ve eylemlerinin saptanması durumunda cezalandırılırlar.

3- Özel hastanelerin sorumlulukları

a) Yükümlülükler

Her sorumlulukta olduğu gibi, sorumluluklar, yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesinin bir sonucudur. Hastanelerin yükümlülükleri ile hekimlerin yükümlülükleri arasında önemli bir fark yoksa da, bunları kısaca gözden geçirelim. Bunlar: hastayı tedavi etme borcu, hastane bakım hizmetlerini gereği gibi yerine getirme borcu, hastanede sağlık koşullarını sağlama borcu, her türlü araç ve gereçleri çalışır ve her an hazır durumda bulundurma borcu, hastayı bilgilendirme ve aydınlatma borcu, sadakat ve yüksek özen gösterme borcu, hastanın düzgün bir biçimde kayıtlarını tutma ve arşivleme borcu, sır saklama borcu ve aşırı ücret almama borcu olarak sayılabilir.

b) Nedensellik bağı

Hastaya verilen zararlı sonuçtan hastanenin sorumlu tutulabilmesi için, hastane işletmesinin yükümlülükleri ve kamusal görevleri ile zararlı sonuç arasında “**nedensellik bağı**” kurulabilmesi baş koşuldur. Kimi zaman bu bağın kurulmasında duraksamalar görülmektedir. Örneğin, ameliyat yapan hekim ve yardımcıları hastanenin personeli değilse, hekim ameliyat için hastaneyi kendisi doğrudan seçmişse, bu gibi durumlarda hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunmadığı, bu nedenle doğabilecek zarardan hastane işletmesinin sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmektedir. Yargıtay’ın bir kararında böyle bir sonuca varılmış:

“Ameliyatı yapan doktorların davalı hastanede çalışmadıkları, ancak anlaşma yaparak hastalarını anılan hastaneye yatırarak ameliyat ettikleri, böylece doktorlar ile hastane arasında BK. m.55 anlamında bir ilişki bulunmadığı sabit olmasına göre, davalı şirketin, davalı doktorların kusurlu davranışlarından sorumlu tutulmalarına olanak bulunmamaktadır. BK. 55 maddesine göre davalı şirketin istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, emretme, talimat verme ve denetleme yetkisi bulunması gerekir. Oysa davalı şirket ile doktorlar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemez” denilmiştir.

(13.HD.22.02.1999, 384-1128)

Bizce Özel Daire’nin bu kararı, aynı dönemlerde, daha önce ve daha sonra verdiği kararlarla çelişmektedir. Çünkü, davalı doktorlar her ne kadar hastanenin personeli değilse de, oraya ameliyat için gerekli araç ve gereçlerle gelmemişler, bunlar ve gerekli koşullar hastane tarafından sağlanmıştır. Hastane yönetimi, ameliyat için doktorlara yer ve araç gereç vermekle kısa süreli de olsa onları “yardımcı kişi” gibi kullanmış ve bundan bir kazanç elde etmiştir. Ayrıca hasta da hekimlerin seçtiği hastanede ameliyat olmayı kabul etmekle, hekimler ile hastane arasındaki anlaşmanın **güven ortamına** girmiştir. Burada hastane yönünden bir “kusursuz sorumluk” söz konusudur. Bu görüşümüzü destekleyen, önceki karardan dört yıl sonraya ait bir Yargıtay kararında:

“**Davalı şirket, ameliyatın tesisinde yapılmasını kabul etmekle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır.** Davacı, davalı doktorun önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde ameliyat edilmeyi onaylamış; davalı şirket de tesislerinde ameliyat ve tedavinin yapılmasını kabul etmiştir. Şu durumda **davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya ve sağlık tesisi ile de davalı doktorun aracılığıyla hukuki ilişki kurulmuştur.** Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını, bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve davalı şirket de tesisinde hastanın ameliyat edilmesini kabul etmekle, aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuştur. Diğer bir anlatımla, davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen bir biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı

şirket doktorla birlikte sorumludur” (4.HD.07.10.2003, 1529-11279) denilerek işin doğrusu gösterilmiştir.

c) Yüksek özen borcu

Hastanenin sorumluluğu için “nedensellik bağı” kurulduktan sonra, sıra hekimlerde olduğu gibi “**yüksek özen**” yükümlülüğüne gelecek, buna bir de hastanelerde olması gereken ve Özel Hastaneler Tüzüğünde öngörülen her türlü koşulların sağlanması yükümlülükleri eklenecektir. Bunların başlıcaları, araç ve gereçleri her an hazır ve çalışır durumda bulundurma, sağlık koşullarını her an denetleme, hastane enfeksiyonu denilen mikropların oluşmasına meydan vermeme, ameliyatın kesintiye uğramaması için jeneratör, su deposu, kalorifer veya klima gibi tesislerin düzenli çalışmasını ve arızaya geçmemelerini sağlama, hastanın yatacağı yerlerin temiz ve bakımlı olmalarına özen gösterme, yiyecekleri ve diyet yemeklerini özenle hazırlama ve nihayet personel seçiminde titiz davranmadır.

Hastanelerin sorumlulukları konusunda yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararını bir kez daha analım:

“Özel hastane işleteni öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin **yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti** olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Bu ilkeler gözetildiğinde, **aslolan insan yaşamıdır.**” (HGK. 23.06.2004, E. 2004/13-291 K.2004/370)

d) En hafif ihmalden tam sorumluluk

Açılan bir davada, maddi olguların, Özel Hastane işletmesinin sorumlu olduğunu açıkça ortaya koyduğu durumlarda, hekimlerin sorumluluğunda olduğu gibi, özel hastane işletmesi de “en hafif ihmâl ve kusurundan tam sorumlu” kabul edilecek ve hastanın uğradığı zararın tamamını, hekimler ve yardımcı kişilerle birlikte ortaklaşa ve zincirleme ödemekle yükümlü olacaktır.

e) Yardımcı kişilerden sorumluluk

Özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekimden hastabakıcıya ve teknik personeline kadar **yardımcı kişi** kullanmak durumunda bulduklarından, tüzel kişi olarak doğrudan sorumluluklarının yanı sıra, BK.100’üncü (TBK..116’ncı) maddesi çerçevesinde **yardımcı kişilerden** sorumludurlar.

Her ne kadar BK.100.maddesinin 2. ve 3. fıkralarında (TBK.116.maddesinin 2. ve 3.fıkralarında) sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış ise de, gene BK.99. maddesi 2. fıkrasındaki “*hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası*” hükmü nedeniyle, özel hastane ve bu hastanede hizmet veren hekimlerin hasta ile yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları (tıbbi mevzuat ve hekimlik mesleğinin etik kurallarının da katılımı) ile geçersiz olacaktır.

Aynı konuda, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 115. maddesi 3.fıkrasında: *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*” denilmiştir.

XII-KAMU HASTANELERİ

1- Yasal düzenlemeler

Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu tüzelkişisi tarafından, **kamu hukuku kurallarına göre** işletilen sağlık kuruluşlarıdır. Amaçları, **Anayasa’nın 56.maddesinin** devlete yüklemiş bulunduğu “**sağlık hizmetleri**”ni vermektir. Maddenin 5.fıkrasına göre

“Devlet, herkesin hayatını, **beden ve ruh sağlığı** içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırmak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla **sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp** hizmet vermesini düzenler.” Aynı maddenin 6.fıkrasına göre ise “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu’nun 1.maddesi, kamu hastanelerine örnek olarak devletin resmi hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından açılmış hastaneleri göstermiştir. Bunlara üniversite hastanelerini ve askeri hastaneleri de eklemek gerekir.

Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlı olan ve bugün Sağlık Bakanlığı’na devredilmekle birlikte 506 sayılı (5510 sayılı)Yasa hükümleri çerçevesinde faaliyetlerini sürdüren Sigorta Hastaneleri (Eğitim ve Araştırma Hastaneleri) de kamu hastanesi ise de, bunların statüleri farklı ve tartışmalıdır. Yargıtay’ın yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş **özel hukuk hükümlerine tabi** tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. Yeni bir yasa olan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun 1.maddesi 2.fıkrasında da, Kurum’un kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan **özerk**, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda **özel hukuk hükümlerine tâbi** bir kuruluş olduğu” açıklanmıştır.

Öte yandan, sigortalıların sağlık yardımlarından yararlanmaları ücretsiz değil, **ödedikleri primlerin karşılığıdır**. Bu nedenle, SSK.hastanelerindeki tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı idari yargıda değil **adli yargıda** dava açabilmekte idiler. Ancak SSK. hastaneleri Sağlık Bakanlığına bağlandıktan sonra,Yargıtay’ın ilgili dairesi, İdari Yargı’nın görevli olduğu yönünde kararlar vererek bir yanlışa neden olmuştur.

2- Kamu Hastanesi ile hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği

a) Öğretideki görüşlere göre, kamu hastanelerinde çalışan doktorlar ve yardımcı kişiler “**kamu görevlisi**” statüsündedirler. Bir kamu hastanesine başvuran hasta ile hastane yönetimi ve personeli arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Başka bir deyişle, kamu hastanesi ile hasta arasında, özel hastanelerde olduğu gibi, bir “hastaneye kabul sözleşmesi” yapılmış olmaz. Dolayısıyla, kamu hastanesinin hastaya karşı “sözleşmesel” sorumluluğu yoktur. Buna koşut olarak Borçlar Yasası anlamında bir “sözleşme dışı sorumluluk” da söz konusu değildir.

Kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki **kamu hukuku kurallarına** bağlıdır. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle, kamu hastanesindeki tedavilerden bir zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre devlete veya ilgili kamu tüzelkişisine karşı dava açabilir; doktoru ve öteki sağlık personelinin hasım gösteremez. Çünkü Anayasa’nın 129. maddesi 5.fıkrasına göre “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*” 657 sayılı devlet memurları Kanunu’nun 13.maddesine göre de:” *Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*”

Ancak, tedavinin zararlı sonucundan, kamu görevlisi doktorun veya yardımcı personelin haksız eylem niteliğinde “**görevden ayrılabilir kişisel kusurları**” varsa, haklarında **adli yargıda** ve doğrudan dava açılabilir. ¹⁰

3- Kamu hastanelerinin sorumlu tutulabilme koşulları

Kamu hastanelerinin sağlık hizmetlerinden zarar gören kişilerin, kamu tüzelkişilerine karşı dava açabilmelerinin koşulları, özel hastanelerin sorumluluğunda olduğu gibi:

¹⁰ Karar örnekleri: HGK.26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı, HGK.15.11.2000, E. 2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, 4.HD.30.11.1998, 6342-9531 sayılı, 4.HD. 17.12.1976, 692-11046 sayılı kararları.

- a) Hukuka aykırılık,
- b) Kusur,
- c) Zarar,
- d) Nedensellik bağıdır.

İdare Hukuku uygulamasında “hizmet kusuru” ile “görev kusuru” kavramları birbirinden ayrılmaktadır:

Hizmet kusuru, hizmetlerin kötü yapılması, geç yapılması ve hiç yapılmaması olmak üzere üç değişik biçimde ortaya çıkar. Kamu hastanelerinin iyi yönetilmemesi; personelin seçimi, gözetimi, denetiminde gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi; bina ve tesislerin bakımsız bırakılması; aydınlatma, ısıtma, havalandırma sistemlerinin sık sık arızalanması; ameliyathanelerin elverişsiz olması, temizliğe gereken önemin verilmemesi ve hastane enfeksiyonlarının önüne geçilememesi, laboratuvarların tüm tahlilleri yapacak kapasitede çalıştırılmamaları; görüntüleme aygıtlarının, tıbbi araç ve gereçlerin ve tüm teknik donanımların her an çalışır ve işe yarar durumda olmamaları, ilk yardım veya yoğun bakım ünitelerinin her an kullanıma hazır durumda bulundurulmamaları, ambulansların ihtiyacı karşılayacak sayıda, her türlü teknik donanımlı ve her an hizmete hazır durumda tutulmaları, bütün bunlar ve bir hastanenin yeterli sağlık hizmeti verebilmesi için gerekli olan tüm olanakların yaratılmamış bulunması hizmet kusurlarını oluşturur. Hizmet kusurlarının sorumlusu personel olmayıp doğrudan idaredir.

Görev kusuru ise, kamu personelinin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevleri gereği gibi yapmaması, uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Başka bir deyişle, görevlinin, bir idari tasarrufta bulunurken, verilen işi yaparken ve yetkilerini kullanırken, uymakla yükümlü bulunduğu yasa, tüzük, yönetmelik ve genelgelerin dışına çıkarak, görev ve yetkilerini aşarak, yapması gerekenleri yapmayarak ve yapmaması gerekenleri yaparak kişisel olarak doğrudan kendisine yüklenebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranmasıdır. Kamu görevlilerinin “görev kusurları” çoğu kez ceza yasaları yönünden suç oluşturabilecek nitelikte ortaya çıkmakta ve ceza uygulamasını gerektirmektedir. Yargıtay kararlarında kamu görevlilerinin “görev kusurları”nın kişisel niteliği doğru olarak **“haksız eylem niteliğinde görevden ayrılabilir kişisel kusur”** olarak tanımlanmıştır. Yineleyelim ki, kamu hastanesi personelinin görev kusuru “görevden ayrılabilir kişisel” nitelikte ise, kendileri hakkında “adli yargı” dava açılabilir.

4- Kamu hastanesi hekimlerinin “görevden ayrılabilir” kişisel kusurları

Kamu hastanesi doktorlarının, doğrudan mesleğe yönelik mevzuata uygun hareket etmeleri baş koşuldur. Örneğin Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin hükümlerine uygun hareket etmek zorundadırlar. Doktorların ve öteki sağlık personelinin meslek kusurları, İdare Hukuku yönünden hizmet kusuru değil, **görevi gereği gibi yapmamaktan kaynaklanan kişisel kusur** olarak nitelenmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında, kamu hastanesi hekiminin veya öteki sağlık personelinin **“görevden ayrılabilir kişisel kusurları”** şöyle açıklanmıştır:

“Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki tür ilişki sözkonusudur: Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekâlet sözleşmesinin varlığını gerektirir. **Tıbbi yardımın yapıldığı yer ile doktorun görev ve sıfatı (kamu görevlisi oluşu), sonucu değiştirmeyeceği gibi, doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini, kamu kurallarından değil, hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri, idare hukuku değil, tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar.** Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktoru seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktor ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa’nın

129/5.maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü **zarar**, memur ya da **kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir**. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.

Görülmektedir ki, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, ister kamusal, ister sözleşmesel kabul edilsin, her iki durumda da doktorun “görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusuru” söz konusudur.”¹¹

Şu halde, hekimlerle öteki sağlık personelinin “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” nedeniyle doğrudan kendilerine karşı “adli yargı”da dava açılacaktır.¹²

Bu konuda Yargıtay kararlarından örnekler şöyledir:

Dava, doktor hatası sonucu desteğin ölümü nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdikleri zararlar nedeniyle açılacak davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanması şartına bağlıdır. Somut olayda ise, kişisel kusurlara dayanılmıştır. Bu durumda mahkemece, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin **hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları** olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.

HGK. 29.03.2006, E.2006/4-86 K.2006/111 (Yargı D. 2006/11-29)

Memur ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri, Anayasa'nın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat kapsamında kabul edilemez. **Kişisel kusur** ise, sadece kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, **görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelerine uyulmaması** durumlarında da söz konusu olur.

Dava, kaymakamlık tarafından düzenlenen sünnet şöleninde görevli doktor olarak hazır bulunan davalının, davacının oğlunun sünnetini yaparken gerekli özeni göstermemesi sonucu doğan manevi zararın tazminine ilişkindir. Anayasa'nın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat “idari eylem ve işlem” olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusudur. Memurlar ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri Anayasa 129/5 maddesi kapsamında yer almaz. Kişinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri anılan fıkradaki yetki sınırları içinde düşünülemez. Diğer .ir anlatımla, memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari eylem veya işlemden kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır.

Bu bakımdan dava konusu edilen eylemin, kişisel kusur teşkil edip etmediğinin tespiti gerekmektedir. Kişisel kusur 22.10.1979 tarih 7/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, sadece kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, **görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelerine uyulmaması** durumlarında da söz konusu olur.

¹¹ HGK. 26.09.2001 gün E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı kararı.

¹² Yukardaki örnekler dışında, genel olarak görevden ayrılabilir kişisel kusurlar hakkında Yargıtay kararları: 4.HD.17.12.1976 gün E.1976/692-K.1976/11046 sayılı, 4.HD.30.11.1998 gün E.1998/6342-K.1998/9531 sayılı, HGK.15.11.2000 gün E.2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, HGK.26.09.2001 gün E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı, 4.HD.20.03.2003 gün E.2002/12424 K.2003/3216 sayılı, 4.HD.30.09.2004 gün E.2004/11762 K.2004/10881 sayılı, 4.HD.17.02.2005 gün E.2005/ 959-K.2005/1401 sayılı, 4.HD.18.07.2005 gün E.2005/8991-K.2005/8492 sayılı, 4.HD.14.06.2006 gün E.2006/6510-K.2006/7216 sayılı, HGK. 07.12.2005 gün E.2005/4-650 K.2005/711 sayılı, HGK.29.03.2006 gün E.2006/4-86 K.111 sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi 26.05.2006, E.2006/26 K.2006/75 sayılı kararları.

SSK.personelinin görevden ayrılabilir kişisel kusurları hakkında Yargıtay kararları:; 21.HD.10.02.2005 gün 10010-983 sayılı, 21.HD. 11.10.2004 gün 7439-8136 sayılı, 21.HD.09.02.2004 gün E.2003/10347 K.2004/765 sayılı, 21.HD.09.05.2002 gün 2872-4265 sayılı, 4.HD.26.05.2005, 5837-5679 sayılı, 21.HD.11.11.1997gün 6482-7327 sayılı, HGK.11.10.2000 gün ve E.2000/4-1185 K.2000/1279 sayılı, HGK.26.02.2003 gün ve E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, kararları.

Dava konusu olayda, davalı doktorun, sünnet işini tıbbi şartlara uymadan, özensiz ve dikkatsiz bir biçimde yaptığı iddia edilmektedir. Bu durumda davalının eylemi kamu hukukundan doğan yetkisinin kullanılması ile ilgili olmayıp, kişisel kusurunu oluşturur. Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından, işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi anılan yasal düzenlemeye ve usule aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.

4.HD.30.11.1998, E.1998/6342 K.1998/9531

Ağaçtan düşerek kolunu kıran davacı Devlet Hastanesine giderek tedavi olmak istemiş; davalı doktor tedaviye hemen başlamadığı ve görevini savsakladığı için hastanın durumu ağırlaşmış ve kangren olan kol, başka bir Devlet Hastanesinde, omuz hizasından kesilmiştir. Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucu davalı doktorun zamanında gerekli tedaviyi yapmadığı, kusurlu olduğu saptanmış; ayrıca davalı doktor ceza mahkemesinde yargılanıp TCK.459/2.maddesine göre cezalandırılmış ve mahkemenin kararı onanıp kesinleşmiştir. Böylece, davalı doktorun kişisel kusurunu oluşturan ve görevden ayrılabilen eyleminin Anayasa'nın 129.maddesi kapsamında yer almayacağı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesinin uygulama yeri bulunmadığı belli olmuş; hakkında adli yargı yerinde kişisel kusuruna dayanılarak dava açılmasında bir yanlışlık bulunmamıştır.

HGK.26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643

Davalı, çene cerrahisi olarak çalıştığı hastanede ameliyat ettiği hastanın çenesine röntgen ışınları uygularken egzama yarasına benzeyen bazı aşırı cilt ve adale bozuklukları meydana getirmiş ve bu kötü uygulama sonunda hasta kadının yüzünde sabit eser ve ağır izler kalmıştır. Davalı, çene cerrahisi uzmanı bir hekimdir. Meydana getirdiği kötü durum, uzmanlığı dışında, fakat iddiaya göre yetkili olduğu cihazın kötü kullanılmasından doğmuştur. Yüksek Sağlık Kurulu'nun verdiği raporda "hastanın bünyesindeki nedenlerden, kişisel istidadından, ışınlarla karşı aşırı duyarlılığından" ileri geldiği belirtilmiştir. Oysa uzman hekim, hastanın bünyesini, kişisel durumunu, ışınlarla karşı aşırı duyarlılığını önceden gözönüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapacaktır. Uzman doktor bütün bu tehlikeleri dikkate alarak çalışmak zorundadır. Çalışmazsa veya çalışıp ta böyle bir sonuç doğurursa bundan sorumlu olur. O halde şuranın raporu bilimsel nitelikten uzaktır. Hekim, mesleki bilgisinin gerektirdiği bütün gerekleri yerine getirdiğini ispat zorunluluğundadır. Esasen 3153 sayılı Yasa'nın açık buyruğuna aykırı hareket ederek kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanında çalışmıştır. O halde olayda açık ve belirli bir kişisel kusur vardır.

4.HD.17.12.1976, E.1976/692 K.1976/11046

5- Kişisel kusurun görevi yapmamaktan kaynaklanması

Kamu hastanesi hekimlerinin ve sağlık personelinin "kişisel" kusurları her zaman yanlış tedaviden kaynaklanmaz. **Kamusal görevi üstlenmemek ve tıbbi yardımda bulunmaktan kaçınmak** da zarar doğurmuşsa bu da "kişisel" kusurdur. Hastaneye getirilen ağır yaralıyı veya yaşamsal tehlikesi olan **hastayı hastaneye kabul etmeyip geri çevirmek**, en azından ilk yardımda bulunmamak da "kişisel kusur" oluşturur. Yargıtay kararlarından seçtiğimiz şu üç örnekte, görevi yapmamaktan kaynaklanan kişisel kusur açıkça görülmektedir:

"Askeri hastanede göğüs hastalıkları uzmanı olan davalının, Gölçük Tersane Komutanlığında çalışan ve göğüs ağrısı şikâyeti ile acil servise getirilen işçiyi muayene ve tedavi etmeyip dispansere göndermesi sonucu, hasta işçi yolda ölmüş; Askeri Mahkeme, davalı doktorun, tersane işçisini tedavi etmemek biçimindeki eyleminin görevi ihmal suçunu oluşturduğunu belirleyerek TCK. 230/1 maddesi uyarınca cezalandırmış; ölen işçinin yakınları fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tazminat davası açılmıştır."

4.HD.23.10.2003, E.2003/7161 K.2003/12474

"Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen kişinin, görevli doktor ve hemşire tarafından yeterli kontrol ve muayene ile gelişen klinik bulgulara uygun müdahalede bulunmaması nedeniyle, yaralı ölmüş; doktor ve hemşire kusurlu bulunmuşlardır."

4.CD. 11.02.2004, E.2003/1064 K.2004/2055

"Davacılar, davalı doktorun, ölen tedavi süresince görevini yerine getirmediğini, adigeçenin rahatsızlığının artarak sürmesine rağmen hastaneye sevkini yapmadığını ve ölümle sonuçlanan olayda

kişisel kusuru bulunduğunu, davalı Milli Savunma Bakanlığı'nın ise istihdam eden olarak sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkemece, davaya konu olayın askerlik hizmetine ilişkin bulunduğu ve hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana geldiği gerekçe gösterilerek yazılı biçimde karar verilmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevi, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar ile sınırlıdır. Somut olay, asker kişileri ilgilendirmekle birlikte, askerlik hizmetine ilişkin bulunmamaktadır. Davalı doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüştür. Bu bakımdan görevsizlik kararı yerinde görülmemiştir. Mahkemece işin esasının çözümlenmesi için kararın bozulması gerekmiştir.”

4.HD.18.07.2005, E.2005/8991 K.2005/8492)

6- Hekimin ve öteki sağlık personelinin “idare” ile birlikte sorumlulukları

Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler ve diğer sağlık hizmetlerinin yol açtığı zararlardan idareyle birlikte kamu personelinin sorumlu tutulup tutulamayacağı incelenirken, Anayasa'nın 40 ve 129. Maddelerinin öncelikle gözönünde tutulması gerekir.

Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin 2.fıkrasına göre “*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucunda uğradığı zarar kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa'nın 129.maddesi 5.fıkrasına göre de “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”

Bu hükümler çerçevesinde yorumlanması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesi 1.fıkrasına göre de: “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”

Görüldüğü gibi, Anayasa, kamu görevlerinin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek zararlar için devletin asli ve birinci derecede sorumluluğu esasını kabul etmiştir. Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahale ve bakım hizmeti yüzünden zarar gören kişi, öncelikle devleti veya ilgili kamu tüzel kişisini dava edebilecek; davacıya tazminat ödemek zorunda kalan devlet de ilgili personele rücu edebilecektir.

Ancak, bir hizmet veya görev kusurunun söz konusu olmadığı ve kamu personelinin “kişisel kusuru”nun bulunduğu durumlarda, devlete veya ilgili kamu tüzel kişisine karşı dava açılmayacağı savunulmakta ise de, biz bu görüşe katılmıyoruz. Her ne kadar, yukarıda defalarca belirttiğimiz gibi, kamu personelinin “**haksız eylem niteliğinde görevden ayrılabilir kişisel kusuru**” nedeniyle “adli yargı”da doğrudan kendisi hakkında dava açılabilir ise de, doktorun veya kusurlu sağlık personelinin ödeme güçleri yoksa ve adli yargıda açılan davadan sonuç alınamayacaksa, İdareye ve kamu tüzelkişisine karşı “idari yargıda” ayrıca dava açılabilir. Çünkü, İdare ve kamu tüzelkişisi BK.55 (TBK.66) anlamında istihdam eden veya BK.100 (TBK.116) anlamında yardımcı kişi kullanan durumundadır. Kamu Hukuku yönünden özel hukuk kurallarının uygulanamayacağı görüşüne karşı da “görevle bağdaşmayan kişisel kusur” işleyebilecek nitelikteki personeli görevlendirmenin İdare yönünden bir “hizmet kusuru” sayılması gerekeceğini ve bu hizmet kusuru nedeniyle de İdarenin dava edilebileceği görüşünü ileri sürüyoruz.

7- Döner sermaye uygulaması ve sorumluluk

Hastanelerin “Döner Sermaye” biçimindeki paralı tedavi uygulamaları doğrudan doğruya bir ticari faaliyet kabul olunmak ve kamu hizmetlerinden sayılmamak gerekir. Bu nedenle “Döner Sermaye” aracılığıyla tedavi gören hastalar ile kamu hastanesi arasında bir “sözleşme” ilişkisi kurulmuş olmakta ve bu ilişkiye özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Öğretide ve Yargıtay kararlarında ele alındığını görmediğimiz bu konuya kısaca değinmekle yetiniyoruz.

XIII-HEKİMLER VE HASTANELER İLE HASTA ARASINDA SORUMSUZLUK ANLAŞMASI YAPILABİLİR Mİ ?

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun.100. maddesi 2. ve 3.fıkralarında (yeni 6098 sayılı TBK.m.116/3) sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış ise de, gene 818 sayılı BK.99. maddesi 2.fıkrasındaki (698/TBK.m.115/3) "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası" hükmü nedeniyle, hastanelerde hizmet veren hekimlerin hasta ile yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları (tıbbi mevzuat ve hekimlik mesleğinin etik kurallarının da katılımı) ile geçersiz sayılmıştır.

6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu'nun 116.maddesi 3.fıkrasına göre:

"Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fülllerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

Yeni Yasa'nın 115.maddesi 3.fıkrasına göre de:

"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."

Görüldüğü gibi, yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nda hastanelerin ve hekimlerin sorumsuzluk anlaşmaları yapmalarının kesin olarak hükümsüzlüğü, iki ayrı maddede iki kez belirtilmiştir.

XIV-GÖREVLİ MAHKEME

1- Bağımsız çalışan hekimlere karşı açılacak davalarda

a) Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılacak davalarda, 6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 2.maddesine göre (miktar ne olursa olsun) tek görevli mahkeme bundan böyle yalnızca "**Asliye Hukuk Mahkemeleri**"dir.

b) Ölüm ve bedensel zararlar dışındaki davalarda (örneğin ücret anlaşmazlıklarında) görevli mahkeme, miktara göre sulh veya asliye hukuk mahkemeleri olacaktır. İlişkinin ticari niteliği ağır basıyorsa ticaret mahkemelerinin görevli olduğu da düşünülebilir.

2- Özel hastanelere karşı açılacak davalarda

a) Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tesislerden kaynaklanan işletme kusurlarından ve yardımcı kişilerin eylemlerinden (hekimlerin ve diğer sağlık personelinin kusurlarından) dolayı özel hastanelere karşı açılacak davalarda da tek görevli mahkeme, "**Asliye Hukuk Mahkemeleri**" olacaktır. (6100/m.2)

b) Ölüm ve bedensel zararlar dışındaki anlaşmazlardan dolayı açılacak davalarda görevli mahkeme, özel hastaneler şirket olarak örgütlendiklerinden ve ticari faaliyette bulduklarından **Ticaret Mahkemeleri** görevli olacaktır.

3- SSK Hastanelerinin hizmet ve görev kusurları nedeniyle açılacak davalarda

Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı iken Sağlık Bakanlığı'na bağlanan ve çoğu Eğitim ve Araştırma Hastanesi adını alan hastanelerdeki hatalı ve kusurlu tedaviler ile savsama, geciktirme gibi hizmet kusurlarından kaynaklanan davalarda yıllarca **Asliye Hukuk Mahkemeleri** görevli sayılmış iken, bu hastanelerin Sağlık Bakanlığı'na bağlanmasından sonra, Yargıtay'ın ilgili Özel Dairesi yanlışlığa düşerek İdari Yargı'nın görevli olduğu yönünde yanlış kararlar vermeye başlamıştır.

4- Kamu hastanelerinin hizmet kusurları nedeniyle açılacak davalarda

Sırf kamu hizmetlerinden kaynaklanan **hizmet kusurları** nedeniyle İdari Yargı'da, hekime veya sağlık personeline karşı değil, **Devlete veya ilgili kamu kurumuna karşı** dava açılabilecektir.

İdari Yargı'da, bugüne kadar süregelen ve pek çok hak kayıplarına neden olan uygulamada, özellikle, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma ve bedensel zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında, 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'nda engelleyici bir hüküm bulunmamasına karşın, kısmi dava açılmasına ve hesap raporuyla belirlenen miktarın artırılmasına olanak tanınmıyor; İdare Mahkemeleri dava dilekçesindeki istek tutarı ile sınırlı olarak karar veriyorlardı. Örneğin, dava dilekçesinde 30.000 TL. maddi tazminat istenmiş olup da, bilirkişi 70.000 TL. hesaplamışsa, 40.000 TL'lık bölümü istenemiyordu.

Bu olumsuz, yanlış ve haksız uygulama yeni yasa değişikliğiyle son buldu. 30.04.2013 gün 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 11.04.2013 gün 6459 sayılı Kanun'un:

a) 4.maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenerek, 6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 107.maddesindeki "Belirsiz Alacak Davası" benzeri bir düzenleme getirildi. Maddi hükmü şöyle:

"Tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."

b) Ayrıca yukardaki hüküm, yalnız yeni açılacak davalara değil, halen devam etmekte olan ve kanun yolu aşamasında bulunan davalara da uygulanacaktır. Bunun için Yasa'nın 5.maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'na geçici 7. madde eklendi ve *"Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır"* denildi.

c) Yasa değişikliği ve yeni bir uygulama olmazı nedeniyle **"nasıl dava açılacağı"** konusunda şu kısa bilgileri verelim:

aa)6100 sayılı HMK'nun 107.maddesinde olduğu gibi, gerek ölüm nedeniyle destekten yoksunlukta ve gerekse bedensel zararlarda bir miktar "harca esas değer" bildirilip, olay anlatılacak ve ne tür tazminat istendiği (maddi ve manevi), zarar türleri (destekten yoksunluk, beden gücü kaybı) açıklanacaktır. Kuşkusuz manevi tazminatın bölünmezliği ilkesince, manevi tazminat yönünden kısmi istekte bulunulamayacaktır.

bb)Gene 6100 sayılı yeni HMK'nın dava açılmasına ilişkin hükümlerinde olduğu gibi, eldeki belgeler dava dilekçesine eklenecek; ilgili yerlerden istenecek belgeler hakkında açıklama yapılacaktır. Daha sonra davalının cevabına göre "delil listesi" verilecek ve dava dilekçesine eklenen belgelerden başka yeni belgeler varsa onlar da delil listesi ekinde mahkemeye sunulacaktır.

d) Yasadaki bu yeni hükme göre, İdari Yargı'da ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılan davaların şöyle sonuçlanması gerekmektedir:

Mahkemece gerekli incelemeler yapıldıktan ve tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra, hesap bilirkişisinden rapor alınacak; raporlara itirazlar incelendikten ve gerekiyorsa bilirkişiden ek rapor alındıktan sonra, davacı "harç" tamamlayacak ve mahkeme, önceleri olduğu gibi dava dilekçesindeki miktarla bağlı kalmayıp, bilirkişi raporundaki miktar üzerinden tazminata hükmedecektir.

5- Kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle açılacak davalarda

Devlet hastanelerinde, üniversite hastanelerinde ve SSK hastanelerinde çalışan kamu görevlisi hekimlerin ve sağlık personelinin haksız eylem niteliğinde “**görevden ayrılabilir kişisel kusurları**” varsa, haklarında adli yargıda dava açılabilir. Hele bir de, kişisel kusuru olan görevli ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olmuşsa, kendisine karşı **Adli Yargı** yerinde dava açılacağı hususunda en küçük bir kuşku duyulmamalıdır.

Bu konuda Yargıtay kararlarından seçtiğimiz örnekler şöyledir:

Kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğan davaya genel mahkemelerde bakılmalıdır.

Davacı, davalı Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğüne bağlı hastanede göz-katarakt ameliyatı olduğunu, doktor olan diğer davalıların kusurlu eylemleri sonucu sağ gözünde görme kaybı meydana geldiğini ileri sürerek tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece, davalı Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü hakkında açılan davada yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliğine, diğer davalılar hakkında açılan davanın ise husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Anayasa m.129/5’de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılacağı benimsenmiştir. Ne var ki , bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanılma alanı ile, eş anlatımla, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Özellikle, **haksız eylemlerde**; kamu görevlisinin, Anayasa’nın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, yukarıda adı geçen ve **doktor olan davalıların kişisel kusuruna dayanılarak** manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. O nedenle, Anayasanın 129/5. maddesi hükmünün göz önünde tutulabilmesi söz konusu değildir. Mahkemece, işin esasının incelenmesi; **davalıların kişisel kusurlarının bulunup bulunmadığının araştırılması** ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerle, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

4.HD.14.06.2006, E.2006/6510 K.2006/7216

Doktor olan davalıların kişisel kusuruna dayanılarak açılan davaya adli yargıda bakılmalıdır.

Anayasa’nın 129/5.maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlıdır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davacılar, davalı gerçek kişilerin kişisel kusurlarına dayanmışlardır. Şu durumda mahkemece, öncelikle bu iddia doğrultusunda inceleme yapılmalı, bu bağlamda tarafların tüm delilleri toplanıp değerlendirilmeli, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin hizmetten ayrılabilen kişisel kusur oluşturabilecek davranışları bulunup bulunmadığı araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

HGK.29.03.2006, E.2006/4-86 K.2006/ 111

Doktorun kişisel kusuru ileri sürülmesine göre, işin esasına girilip, adli yargının görevli olup olmadığı incelenmelidir.

Davacılar H.A.’nın askerlik ödevi sırasında yaşamını yitirmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerinde bulunmuşlardır. Mahkemece, davalı B.K. hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş; davalı Milli Savunma Bakanlığı’na yönelik davada ise, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görevli bulunduğu belirtilerek görevsizlik kararı oluşturulmuştur.

Davacılar, davalı doktor B.K.’nin ölenin tedavi sürecinde görevini yerine getirmediğini; adigeçenin rahatsızlığının artarak sürmesine rağmen hastaneye sevkini yapmadığını ve ölümlü sonuçlanan olayda kişisel kusuru bulunduğunu; davalı Milli Savunma Bakanlığı’nın ise istihdam eden olarak sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkemece, davaya konu olayın askerlik hizmetine ilişkin bulunduğu ve hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana geldiği gerekçe gösterilerek yazılı biçimde karar verilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görevi, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzluklar ile sınırlıdır. (1602 sayılı Yasa m.20) Somut olay, asker kişileri ilgilendirmekle birlikte; askerlik hizmetine ilişkin bulunmamaktadır. Davalı doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüştür. Bu bakımdan görevsizlik kararı yerinde görülmemiştir. Mahkemece işin esasının çözümlenmesi için kararın bozulması gerekmiştir. (

4.HD.18.07.2005, E.2005/8991 K.2005/8492)

Kişisel kusura dayanılarak kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümlerine göre, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

Davacılar vekili, davacıların Sağlık Bakanlığı Nevşehir Kadın Doğum ve Çocuk Hastanesi'nde dünyaya gelen çocuklarının, nöbetçi doktora, doğum sırasında haber verildiği halde hastaneye gelmemesi (kişisel kusuru) sonucu, çocuğun özürü hale geldiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat davası açmışlar; Davalı vekilince idari yargının görevli olduğu ileri sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

Mahkemece, davanın kişisel kusura dayandırıldığı gerekçesiyle, Davalı vekilinin görev itirazı reddedilerek, görevlilik kararı verilmiştir.

Davalı vekilinin, olumlu görev uyumsuzluğu çıkarılması yolundaki dilekçesi üzerine, dava dosyası Danıştay Başsavcılığına gönderilmiş; Danıştay Başsavcılığı görev konusunun incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesi'nden istemiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Anayasa'nın 125/Son madde ve fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu, 129/5 madde ve bendinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurları nedeniyle doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılabilmesi, 657 sayılı Kanun'un 13.maddesinde de, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun genel hükümlere göre personele rücu hakkının saklı olduğu hükümlerinin yer aldığı, buna göre, anılan hastanenin Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir kamu kuruluşu, müdahaleyi yapmayan doktorun ise devlet memuru olması karşısında, kamu hizmeti yürüten Sağlık Bakanlığı'nın bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davada, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerektiği; bu hususların saptanması ise, İdare Hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde İdari Yargı yerlerinin görevli olduğu, 2247 sayılı Yasa'nın 10.maddesine göre yapılan başvurunun kabulü gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

Sonuç: Davanın çözümünde "ADLİ YARGI"nın görevli olduğuna, bu nedenle Danıştay Başsavcılığının başvurusunun reddine oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

(Uyuşmazlık Mahkemesi 05.06.2006 gün E.2006/26 K.2006/75 sayılı kararı) (RG.07.10.2006/26312)

(Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi 05.03.1966 gün E. 65/64 K.1966/1 sayılı ve 17.03.1986 gün 1985/20-1986/27 sayılı kararları)

Doktorun görevden ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklanan maddi ve manevi zarar nedeniyle açılan davanın incelenme yeri adli yargıdır.

Kamu görevlisi doktor ile hasta arasında iki tür ilişki söz konusudur: Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bir hastaya tedavi amacıyla el atma ve tıbbi yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer ile doktorun görev ve sıfatı (kamu görevlisi oluşu), sonucu değiştirmeyeceği gibi, doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini, kamu kurallarından değil, hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri, idare hukuku değil, tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurullarla bağlıdır. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktoru seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktor ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5.maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü **zarar**, memur ya da **kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir.** Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.

Görülmektedir ki, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, ister kamusal, ister sözleşmesel kabul edilsin, her iki durumda da **doktorun "görevinden ayrılabilir nitelikte salt kişisel kusuru"** söz konusudur.

Somut olayda, ağaçtan düşerek kolunu kıran davacı Devlet Hastanesine giderek tedavi olmak istemiş; davalı doktor tedaviye hemen başlamadığı ve görevini savsakladığı için hastanın durumu ağırlaşmış ve kangren olan kol, başka bir Devlet Hastanesinde, omuz hizasından kesilmiştir. Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucu davalı doktorun zamanında gerekli tedaviyi yapmadığı, kusurlu olduğu saptanmış; ayrıca davalı doktor ceza mahkemesinde yargılanıp TCK.459/2.maddesine göre cezalandırılmış ve mahkemenin kararı onanıp kesinleşmiştir. Böylece,

davalı **doktorun kişisel kusurunu oluşturan ve görevden ayrılabilen eyleminin** Anayasa'nın 129.maddesi kapsamında yer almayacağı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesinin uygulama yeri bulunmadığı belli olmuş; hakkında **adli yargı** yerinde kişisel kusuruna dayanılarak dava açılmasında bir yanlışlık bulunmamıştır.

Benzer nitelikteki birçok davada olduğu gibi, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 gün ve 2000/4-1650-2000/1690 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiş, hatta husumet ehliyetinin varlığı yanında "salt kişisel kusura" dayanılarak dava açılmış olması dahi yargı yerinin görevli kabul edilmesi için yeterli bulunmuştur.

HGK. 26.09.2001 E. 2001/4-595 K. 2001/643

Doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüşse, incelenme yeri adli yargıdır.

Davacıların desteğine üniversite hastanesinde uygulanan tedaviden sonuç alınamayarak ölmüş olmasında, doktor kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istenmiştir. Mahkemece, hem görevli idare ve hem de gerçek kişi doktor yönünden idari yargının görevli olduğuna karar verilmiş ve bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Yukarda açıklandığı gibi, tedavide doktor kusuru bulunduğu iddiası ile üniversite idaresi ve gerçek kişi olan doktor birlikte dava edilmişlerdir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idare mahkemelerinde ancak ilgili idare kurumu dava edilebilir. Bu yasal düzenlemeye göre gerçek kişilere karşı idare mahkemelerinde dava açılmaz. Bu durumda gerçek kişi doktora karşı açılmış olan dava için de görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde her iki davalı için de görevsizlik kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı idda ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı doktor hakkında dava dilekçesindeki açıklamalar değerlendirildiğinde, kişisel kusuruna dayanıldığına anlaşılmışına, bu yöndeki savı inceleme görevinin adli yargıya ait bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

HGK.15.11.2000, E.2000/4-1650 K.2000/1690

XIV-ZAMANAŞIMI

1- Hasta-Hekim ilişkisinde

Hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay kararlarında "**vekillik sözleşmesi**" olarak kabul edildiğinden, (BK.m.386/2, TBK.m.502/2) hekime karşı açılacak tazminat davalarının zamanaşımı süresi BK.m.126 (TBK.m.147) gereği **(5) yıl** olacaktır.

Şu kadar ki, hekimin eylemi, ceza yasası yönünden suç sayılır nitelikte ise **uzamış ceza zamanaşımı** süresi uygulanacaktır. Bu ise yeni TCK m.66'ya göre, ölümlerde **(15) yıl**, bedensel zararlarda **(8) yıldır**.

2- Özel Hastanelerin sorumluluğu ve yardımcı kişilerden sorumlulukta

Özel hastaneler ve paralı sağlık hizmetleri yönünden hasta ile ilişkinin sözleşmeye dayandığı konusunda anlaşmazlık yoksa da, ne tür bir sözleşme olduğu tartışılmaktadır. Ortaya atılan görüşler hastane yönünden "**Hastaneye Kabul Sözleşmesi**", hekim yönünden "**Hekim Sözleşmesi**" ya da her iki sözleşmenin bir arada yapılması biçimindedir. Yasal dayanak konusunda BK. 41'den (TBK.49) söz edilmekle birlikte BK.55. ve 100. maddeleri (TBK.66 ve 116.maddeleri) öne çıkmaktadır.

Bize göre, özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekimden hastabakıcıya ve teknik personeline kadar **yardımcı kişi** kullanmak durumunda bulduklarından ve "**Hasta Kabul Sözleşmesi**" ile hasta ve hastane yönetimi arasında sözleşmesel ilişki kurulduğundan, hem türü tanımlanamayan Hasta Kabul Sözleşmesi'ne BK.125. (TBK.146.) maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan ve hem de BK.100'üncü maddesi (TBK.116'ncı maddesi) çerçevesinde **yardımcı kişilerden sorumluluk** söz konusu olduğundan, BK.m.125'deki (TBK.m.146'daki) **(10) yıllık zamanaşımının** uygulanması gerekmektedir.

3- Kamu Hastanelerine karşı açılacak tazminat davalarında

a) Kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, hizmet kusuru sayılmakta, bu hastanelerde çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa'nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmayıp) Anayasa'nın 129/5. maddesi gereği yalnızca İdare Mahkemesinde ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir. Buna göre, İdareye karşı açılacak tazminat (tam kaza) davalarında 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'nın 13. maddesi gereği **zamanaşımı süreleri (1) ve (5) yıl** olduğundan, davalarında bu sürelerde açılması gerekmektedir. Bedensel zararlarda sürenin başlangıcı, kesin maluliyete ilişkin raporun öğrenildiği tarih olacaktır.

b) Ancak şunu ekleyelim ki, ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle İdari Yargı'da (1) ve (5) yıllık süreler geçirilmeden bir kez dava açıldıktan sonra, yukarıda görevli mahkeme bölümünde açıkladığımız gibi, (11.04.2013 gün 6459 sayılı Yasa ile 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'nın 16.maddesine eklenen 4.fıkra ile) artık dava süresince hüküm altına alınacak tüm tutarlar zamanaşımına uğramayacak; harç tamamlama aşamasında da davalı zamanaşımı definde bulunamayacaktır.

c) İdari Yargı'da açılacak davalarda "**zamanaşımı süreleri**" ile "**dava açma süreleri**" birbirine karıştırılmamalıdır. Şöyle ki:

aa)2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'nın 7.maddesine göre "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı bir süre gösterilmemişse, Danıştay'da ve İdare Mahkemelerinde **(60) gündür**. Bu süreler içinde idari yargıya başvurulmazsa, dava reddedilir. Bu durumda, alacak hakkı zamanaşımına uğramamış olmasına karşın, süresinde dava açılmadığı için **dava edilebilme niteliği** yitirilmiş olacaktır.

bb)Dava açma sürelerinin başlangıcı konusunda, "**yanıt bekleme süresi**" ile "**dava açma süresi**" de birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Dava açmadan önce ilgili İdare'ye başvurulmuş ise (60) günlük yanıt bekleme süresi "dava açma süresi" değildir. Eğer İdare yanıt vermişse, yanıtın alındığı günden başlanarak (60) gün içinde dava açmak gerekecektir.

İdare yanıt vermemişse, (60) günlük "yanıt bekleme süresi" dolduktan sonra, (60) gün içinde dava açılacaktır.

Bu konuda İdari Yargılama Yasası'nda belirsizlik vardır. İdareye başvurduktan sonraki (60) günlük dava açma süresinin hukuksal niteliği tartışmalıdır. Kimileri **hak düşürücü süre** olduğunu söylemekte, kimileri de Yasa'nın 13.maddesindeki (1) ve (5) yıllık **zamanaşımı süreleri içinde birkaç kez İdareye başvurulabileceği**, zamanaşımı süresi içinde her zaman dava açılabilceği düşüncesindedirler. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

4- Sigortalıların tedavi gördükleri hastanelere karşı açacakları davalarda

Bugün artık Sağlık Bakanlığı'na devredilmekle birlikte 5510 sayılı (önceki 506 sayılı) Yasa hükümleri çerçevesinde faaliyetlerini sürdüren Sigorta Hastaneleri (Eğitim ve Araştırma Hastaneleri) de kamu hastanesi ise de, bunların statüleri hep tartışılmıştır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş **özel hukuk hükümlerine tabi** tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. Yeni bir yasa olan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 1.maddesi 2.fıkrasında da, Kurum'un kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan **özerk**, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda **özel hukuk hükümlerine tâbi** bir kuruluş olduğu" açıklanmıştır.

Öte yandan, sigortalıların sağlık yardımlarından yararlanmaları ücretsiz değil, **ödedikleri primlerin karşılığıdır**. Bu nedenle, SSK.hastanelerindeki tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı idari yargıda değil **adli yargıda** dava açabilmekte idiler. Ancak SSK. hastaneleri Sağlık Bakanlığına bağlandıktan sonra,Yargıtay'ın ilgili dairesi, İdari Yargı'nın görevli olduğu yönünde kararlar vererek yanlışa düşmüştür.

Bize göre, sigortalılara bakan hastaneler ile sigortalılar arasındaki ilişki 5510 sayılı Yasa'dan ve yürürlükten kalkan önceki sosyal güvenlik yasalarından kaynaklanmakta olup, 5510 sayılı Yasa'nın 62.maddesi 1.fıkrasına göre:

“Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür.”

Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için de Yasa'nın 67.maddesinde açıklanan prim ödeme koşullarının yerine getirilmiş olması, sigortalının prim borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

Yasa'nın bu hükümlerinden anlaşılacağı üzere, sigortalılara yapılan sağlık yardımları ücretsiz olmayıp, **“ödedikleri primlerin karşılığı”**dır. O halde Kurum ile sigortalılar arasındaki ilişki, özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisidir. Böyle olunca da BK.125.maddesindeki (yeni TBK.146.maddesindeki) 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerekir.

Ancak, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin zamanaşımı hükmü, özel yasalarda ayrı bir hüküm bulunmaması durumunda uygulanacağından, 5510 sayılı Yasa'nın 97/1.maddesine (önceki 506 sayılı Yasa'nın 99/2. maddesine) göre, zamanaşımı süresinin **(5) yıl** olması gerekmektedir. Bu süre, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin “vekillik sözleşmesi” olarak nitelenmesine de uygun düşmekte; bu yönden de BK.126'daki (TBK.147'deki) **beş yıllık zamanaşımı süresi** ile uyumlu bulunmaktadır.