



HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

NUR YÜCEL SARIBAŞ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ

İZMİR

2020

HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN

DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

NUR YÜCEL SARIBAŞ

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk

Anabilim Dalı'na

Yüksek Lisans Tezi

Olarak Sunulmuştur.

İzmir

2020

ÖZET

HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Sarıbaş, Nur Yücel

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Cem ÖZCAN

Temmuz, 2020

Çalışmamızın konusu hekimin tıbbi uygulama hatalarından doğan hukuki sorumluluğudur. Hazırlanmış olan çalışmamız giriş ve sonuç bölümleriyle birlikte beş bölümden oluşmaktadır.

İlk bölüm olan giriş bölümünde çalışmamızın yazılış amacı ve konusu temel düzeyde anlatılmış olmakla birlikte, sonraki bölümlerde bahsedilecek olan konu başlıkları detaylandırılarak aktarılmıştır.

İkinci bölümde tıbbi müdahale kavramı ve konuya ilişkin temel kavramlar açıklanmış olup; bununla birlikte hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti hususuna değinilmiştir.

Üçüncü bölümde tıbbi uygulama hatası (malpraktis) ve komplikasyon kavramları kendi içlerinde özelleştirilerek incelenmiş ve bu iki kavram arasındaki ayrım açıklanmıştır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde hekimin tıbbi uygulama hatasından doğan hukuki sorumluluğu ve hekimin tıbbi uygulama hatasına karşı alabileceği hukuki önlemler incelenmiştir.

Çalışmamızın beşinci ve son bölümünde yapılmış olan araştırmalar sonucu ulaşılan bilgiler ışığında hekimin tıbbi uygulama hatasından doğan hukuki sorumluluğuna ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır.

İncelenmekte olan konu pek çok detaylı alt başlığa sahip olduğundan çalışmamızda konu sınırlandırılmasına gidilmiştir. Bu sebeple çalışmamızda hekimin özel hukuk sorumluluğu temel alınmıştır. Çalışmamızda hekimin idari, cezai ve disiplin sorumluluğu incelenmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Hasta, Tıbbi Müdahale, Hatalı Tıbbi Uygulama, Komplikasyon, Sorumluluk.

ABSTRACT

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PHYSICIAN DUE TO MEDICAL MALPRACTICE

Sarıbaşı, Nur Yücel

Private Law Master's Program

Advisor: Asst. Prof. Dr. Cem ÖZCAN

July, 2020

The subject of our study is the legal responsibility of physician arising from medical malpractice. Our prepared work consists of five parts with the entrance and conclusion section.

Although the purpose and subject of our work in the introduction section of the first chapter is explained at the basic level, the topics to be mentioned in the following sections are detailed and conveyed.

In the second section, the concept of medical malpractice and the basic concepts related to the subject are explained; however, the nature of the legal relationship between the patient and the physician has been mentioned.

In the third section, the concepts of medical malpractice and complication were examined by privatization within themselves and the distinction between these two concepts is explained.

In the fourth section, the legal responsibility of the physician within the scope of medical malpractice and the methods of protection from medical malpractice were examined.

In light of the information obtained as a result of the researches carried out in the fifth and final part of our study, a general assessment was made regarding the legal responsibility of the physician arising from the medical malpractice.

Since the subject being examined has many detailed sub-headings, the subject was limited in our study. For that reason, the private law responsibility of the physician was taken as basis in our study. In our study, the administrative, criminal and disciplinary responsibility of the physician was not examined.

Keywords: Physician, Patient, Medical Intervention, Medical Malpractice, Complication, Responsibility.

Eğitim hayatıma başladığım andan itibaren gerekleştirmem gereken tđm aşamalarda her tđrlđ desteği vererek beni sđrekli motive eden ve bana gđ veren değerli aileme ithafen...

TEŞEKKÜR

Araştırma boyunca yardımlarını ve bilgilerini esirgemediği için Dr. Öğr. Üyesi Cem Özcan'a en içten dileklerimi sunmak isterim. Tezimin hazırlanma aşamasında bildirdiği değerli görüş ve önerileri ile tezimin son haline gelmesindeki katkılarından dolayı kendisine müteőekkirim.



İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	ix
TABLO LİSTESİ.....	xiii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
BÖLÜM 1: GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 2: TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN MAHİYETİ.....	3
2.1. Temel Kavramlar.....	3
2.1.1. Hekim.....	3
2.1.1.1. Hekimin Hukuken Korunan Hakları.....	3
2.1.1.2. Hekimin Hastaya Karşı Yükümlülükleri.....	4
2.1.2. Hasta.....	4
2.1.2.1. Hasta Hakları.....	5
2.1.2.2. Hastanın Yükümlülükleri.....	5
2.1.3. Tıbbi Müdahale.....	5
2.1.3.1. Tıbbi Müdahale Türleri.....	6
2.1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları.....	8
2.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcra Etmeye Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	9
2.1.3.2.2. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Olan Amaçlara Yönelik Olmaması.....	10

2.1.3.2.3. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Esaslara Uygun Olarak Yapılması.....	10
2.1.3.2.4. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızası Alınarak Gerçekleştirilmesi.....	11
2.1.4. Aydınlatılmış Onam.....	12
2.2. Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti.....	14
2.2.1. Sözleşmenin Hukuki Niteliğine Göre Sorumluluk.....	15
2.2.1.1. Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti.....	15
2.2.1.1.1. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	16
2.2.1.1.2. Hizmet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	18
2.2.1.1.3. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	21
2.2.1.1.4. Sözleşme Dışı Sorumluluk.....	22
2.2.1.1.4.1. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk.....	22
2.2.1.1.4.1.1. Haksız Fiilin Unsurları.....	23
2.2.1.1.4.1.1.1. Hukuka Aykırı Fiil.....	23
2.2.1.1.4.1.1.2. Kusur.....	25
2.2.1.1.4.1.1.3. Zarar.....	27
2.2.1.1.4.1.1.4. İliyet(Nedensellik) Bağı.....	28
2.2.1.1.4.2. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk.....	30
2.2.1.2. Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti.....	31
2.2.1.2.1. Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti.....	32
2.2.1.2.2. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti.....	34

2.2.2. Hekimin İlaç Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu.....	38
BÖLÜM 3 : TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) VE KOMPLİKASYON	40
3.1. Tıbbi Uygulama Hatası Kavramı.....	40
3.1.1. Tıbbi Standart Kavramı ve Tıbbi Standarttan Sapma.....	43
3.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramının Tarihsel Gelişimi.....	44
3.1.3. Tıbbi Uygulama Hatasının Örnekler Eşliğinde Sınıflandırılması.....	47
3.1.3.1. Teşhis Hatası.....	49
3.1.3.1.1. Eksik Ön Muayene Yapılması ve Hasta Öyküsünün Yetersiz Alınması.....	50
3.1.3.1.2. Teşhis Amaçlı Yapılacak Tetkiklerde Özensizlik.....	51
3.1.3.2. Tedavi Hatası.....	51
3.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yapılmaması.....	52
3.1.3.2.2. Yanlış Tedavi Yöntemi Seçimi.....	53
3.1.3.2.3. Tıbbi Müdahale Sürecinde Uygulama Hataları.....	54
3.1.3.3. Tıbbi Müdahale Sonrası Yükümlülüklerin İhlali.....	55
3.1.3.4. Organizasyon Kusuru.....	56
3.1.3.5. Hekimin Tedaviyi Üstlenme Kusuru.....	58
3.1.4. Hekimin Uygulama Hatasını Hastaya Bildirme Yükümlülüğü.....	59
3.1.5. Hatalı Tıbbi Uygulamanın Belirlenmesi Bakımından Bilirkişilik.....	59
3.1.6. Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Dünyada Görülen Uygulamalar.....	61
3.2. Komplikasyon Kavramı.....	64

3.2.1. <i>Komplikasyon ile Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Arasındaki Ayrım ve Buna İlişkin Sorumluluklar</i>	65
BÖLÜM 4: HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATASINA KARŞI ALABİLECEĞİ HUKUKİ ÖNLEMLER	70
4.1. <i>Hekimin Hukuki Sorumluluğun Unsurları</i>	70
4.1.1. <i>Hukuka Aykırılık</i>	70
4.1.2. <i>Kusur</i>	71
4.1.3. <i>Zarar</i>	72
4.1.4. <i>İllyet Bağı</i>	73
4.2. <i>Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Sonuçları</i>	74
4.2.1. <i>Maddi Tazminat</i>	75
4.2.2. <i>Manevi Tazminat</i>	76
4.2.3. <i>Zamanaşımı</i>	77
4.3. <i>Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçersizliği</i>	78
4.4. <i>Hekimin Hukuki Sorumluluğuna Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk</i>	79
4.5. <i>Hekimin Tıbbi Uygulama Hatasından Korunma Yöntemleri</i>	79
4.5.1. <i>Tıbbi Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Bu Kapsamda Hastaların Sigorta Tahkim Komisyonuna Müracaat Hakkı</i>	80
BÖLÜM 5: SONUÇ	83
KAYNAKÇA	87

TABLO LİSTESİ

Tablo 1. Sağlık Hizmetini Veren ve Alan Tarafa Göre Hizmetin Özelliği.....	36
Tablo 2. Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Çeşitli Kriterlere Göre Niteliği.....	37
Tablo 3. Tıbbi Hataların Sınıflandırılması.....	49
Tablo 4. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Davalarında Artış Sebepleri.....	64
Tablo 5. Tıbbi Uygulama Hatası ve Komplikasyon Kavramlarının Ayırımı.....	68



KISALTMALAR LİSTESİ

2219 Sayılı Kanun: Hususi Hastaneler Kanunu

5013 Sayılı Kanun: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

AHK: Aile Hekimliği Kanunu

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AMA: American Medical Association

A.Ş. : Anonim Şirket

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz: Bakınız

CD : Ceza Dairesi

CGK: Ceza Genel Kurulu

D. :Daire

DİDDGK: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

DTB: Dünya Tabipler Birliği

E: Esas numarası

HD : Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HHK: Hususi Hastaneler Kanunu

HHY: Hasta Hakları Yönetmeliği

HMEK: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBÜKAHY: İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik

İDDK : İdari Dava Daireleri Kurulu

K: Karar numarası

LGLL: Lillian Goldman Law Library

Md: Madde

s. : Sayfa Sayısı

ss.: Sayfa Aralığı

T: Tarih

TAP: The Avalon Project

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

TCK: Türk Ceza Kanunu

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TDN: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

THKUDSKT: Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu
Tasarısı

TMK: Türk Medeni Kanunu

TOTBİD: Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği

TŞSTİDK: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TTB: Türk Tabipler Birliği

USH: Ulusal Sağlık Hizmetleri

Vb: Ve benzeri , ve bunun gibi

Vd: Ve devamı , ve diğerleri

Vs: Ve saire

BÖLÜM 1: GİRİŞ

Tıp hukuku; sağlık hukukunun inceleme konusu olan bir alt dalı olarak literatürde yer almaktadır. Kavram olarak tanımlanmak istenildiğinde; tıbbi uygulamaların gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan sağlık mensuplarının hakları ve yükümlülükleri, hukuki sorumlulukları, hasta hakları, ilaç hukuku vb. konuları içeren hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hatalı tıbbi uygulama kavramı hemen hemen her gün gündemde olmakla birlikte net olarak olması gereken seviyeye gelebilmesi için bilgi karmaşasından arınması gereken bir kavramdır; çünkü, pek çok alt başlığı ve dünya çapında pek çok örneği ve subjektif yorumu da içinde barındırdığından saptırıcı ve spekülatif durumlarla karşılaşılması muhtemeldir. Tüm bu sebeplerden dolayı da dava sürecine yansıyan durumlar için özellikle de tıbbi uygulama hatalarına dayalı olgular bakımından tıbbi bilirkişiliğin de önemi büyük ölçüde gözlemlenmektedir.

Hekimler tüm bu yaşanan süreç içerisinde karşımıza iki farklı konumda çıkmaktadırlar. Bunlardan birincisi, hekimin yargılama aşamasının taraflarından biri olduğu durum; bir diğeri ise, açılmış olan hatalı tıbbi uygulama davasında bilirkişi olarak atandığı durumdur. Hangi durumda olursa olsun hekim, tıbbi uygulama hatası kavramı ve bunun özelindeki diğer hususlarda belirlenmiş olan hukuki düzenlemelerden bilgi sahibi olmalıdır.

Hatalı tıbbi uygulamalar sonucunda zararın meydana gelmesi durumunda hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluklarına ilişkin yaptırımlar ortaya çıkmaktadır. Tüm bu yaşanan süreç içerisinde karşımıza tıbbi malpraktis ve komplikasyon kavramları çıkmaktadır. Bu kavramlar birbirlerinden çok farklı hukuki sonuçları doğurdıkları halde karıştırılabilmektedirler ve bu da hatalı tıbbi uygulamalar sonucu açılan davaların sonuçlanma süreçlerini uzatmaktadır.

Çalışmamızda tıp hukukunun incelediği en temel ve etkin konulardan biri olan hatalı tıbbi uygulama sonucu ortaya çıkan hekimin hukuki sorumluluğu hususu incelenmiştir.

Çalışmamızın amacı; hatalı tıbbi uygulama kavramını tanımlayarak hangi durumlarda ortaya çıktığını örnekleyerek açıklamak, hekimin tıbbi uygulama hatalarından doğan özel hukuk kapsamındaki sorumluluğuna dikkat çekmek ve hekimlerin tıbbi uygulama hatalarından korunma yöntemlerini belirterek uygulamada karşılaşılan sorunlara

çözüm bulunmasıdır. Çalışmamızda konunun sınırlandırılması adına yalnızca özel hukuktan kaynaklanan sorumluluk durumu incelenmiş olup; hekimin idari, cezai ve disiplin sorumluluklarına değinilmemiştir.

Çalışmamız beş bölümden oluşmakta olup ilk olarak giriş bölümüne yer verilmiştir; bu bölümde çalışmamızın konusu ve amacı açıklanmış olup bununla birlikte sonraki bölümlerde anlatılacak olan konu başlıkları hakkında bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde tıbbi müdahale kavramı ve bununla beraber konunun anlaşılması bakımından gerekli olan diğer temel kavramlardan; hekim, hasta ve aydınlatılmış onam kavramları açıklanmıştır; bunlara ek olarak hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti hekimin bağımsız ya da özel veya kamu hastanesinde sağlık hizmeti gerçekleştirmesine göre ayrıma gidilerek anlatılmıştır ve bunlara ek olarak hekimin ilaç kullanılmasından doğan sorumluluğuna değinilmiştir.

Üçüncü bölümde çalışmamızın temelini oluşturan tıbbi uygulama hatası kavramı tarihsel gelişimi de dahil olmak üzere örnekler eşliğinde açıklanmış olup tıbbi uygulama hatalarına karşı dünyada görülmekte olan uygulamalar ve tıbbi uygulama hatasının belirlenmesinde bilirkişilik müessesesi anlatılmıştır; aynı zamanda tıbbi uygulama hatasının sıklıkla karıştırıldığı bir kavram olan komplikasyon kavramının tanımı ve özellikleri belirtilmiş olup bu iki kavram arasındaki ayırım ve bunlara ilişkin sorumluluklara değinilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde hekimin tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan hukuki sorumluluğunun unsurları, sonuçları ve bununla birlikte hekimlerin hukuki sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliği ve son olarak hekimlerin hukuki sorumluluğuna yönelik uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve hekimin tıbbi uygulama hatasından korunma yöntemleri belirtilmiştir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise yaşanan dönem içerisinde son yıllarda artışa geçmekle birlikte gündemde olan hekimin tıbbi uygulama hatasında önem arz eden hususlara ve tıbbi uygulama hatası sonucu ortaya çıkan durumlara ve bu kapsamda hekimlerin hukuki sorumluluklarına yönelik genel bir değerlendirme yapılmıştır.

BÖLÜM 2 : TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

2.1. Temel Kavramlar

2.1.1. Hekim

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un birinci maddesinde hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için tıp fakültesi diplomasının bulunmasının zorunluluğuna dikkat çekilmektedir.

Hekim kavramının literatürdeki genel tanımlamalarına bakılarak; tıp fakültesinden mezun olmuş, yürürlükteki kanun çerçevesinde kendisine tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi, hasta tedavi etme yetkisi verilmiş ve hastalıkları teşhis ve tedavi etme yeterliliği bulunan kimse olarak tanımlanması mümkündür¹.

Tarihsel süreç içerisinde tedavi amacıyla gerçekleştirilecek olan eylemlerin uygulayıcısı olarak hekimler ve beraberinde büyücüler, falcılar, mitolojik tanrılar, rahipler ve berberler gibi çeşitli meslek gruplarından olan kişiler yer almıştır; günümüzde kabul edilen hekim kavramı Avrupa'da tam anlamıyla 14. yüzyıldan sonra yerleşmiştir².

Yürürlükte bulunan TTB Kanunu'nda da belirtildiği üzere hekimlik mesleğinin icra eden kişi serbest olarak çalışacaksa bir ay içerisinde Tabip Odasına kayıt olmak zorundadır; ancak devlet memuru konumundaki kişiler ile hekimlik mesleğini gerçekleştirmeyen kişiler Tabip Odasına kayıt olmak zorunluluğundan muaftırlar, belirtilen vasıfları taşıyan bu kişiler istedikleri takdirde Tabip Odasına kayıt yaptırabilirler³.

2.1.1.1. Hekimin Hukuken Korunan Hakları

Bir mesleğin gerçekleştirilmesi sonucunda meslek mensuplarının sorumluluğu söz konusu oluyorsa bu durumda mesleki yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi amacıyla eylemlerini gerçekleştiren kişilerin sahip oldukları haklarda mevcuttur⁴.

Hekimlerin yasalar tarafından güvence altına alınmış bulunan birtakım hakları

¹ Tunçer, P. (2019) *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*. 4. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.70

² Tunçer, (2019), s.71

³ Özçetin, B. ve Balaban, M. (2015) *Sağlık Hukuku* . 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.14

⁴ Tunçer, (2019), s. 245

bulunmaktadır. Literatürde hasta ve hekim hukuku alanında yazılmış olan eserlerde genel olarak haklar hususunda bahsedilen bilgiler ışığında hekimlerin haklarını; mesleğini icra ederken baskı altında olmadan serbestçe uygulama, mesleğini gerçekleştirirken etik ilkelere bağlı olma , çağdaş tıp olanaklarından yararlanma, sağlığını koruma, yeterli miktarda gelir düzeyi talep etme, mesleki dayanışma ve yardımlaşma isteme, hastayı reddetme, hastaya iyileşme garantisi vermeme, yönetsel kararlara katılma, konsültasyon isteme, tedaviyi belirleme, hastasına yeterli zaman ayırma, hastadan saygı ve güven talep etme, tanıklıktan çekinme vb. haklar olarak toparlayabiliriz⁵.

2.1.1.2. Hekimin Hastaya Karşı Yükümlülükleri

Hekimlerin temel vazifesi mesleklerini icra ederken etik ve hukuki kurallara uyarak üstlendikleri görevleri yerine getirmektir. Hekimlere yüklenmiş bulunan hukuki yükümlülükleri: hekimin özen, kişisel edim, öykü alma, muayene, teşhis, teşhisi bildirme ve kontrol, tedavi, reçete yazma, tıbbi teknik kullanma, kayıt tutma, sır saklama, organizasyon, mesleki bilgisini geliştirme, kimlik tespiti yapma, kullanılan ürün ve ilaçlarla ilgili yükümlülükler şeklinde sıralayabiliriz⁶.

2.1.2. Hasta

Hasta kavramı pek çok farklı şekilde tanımlanmakla birlikte genelgeçer bir şekilde HHY md. 4'te de belirtildiği gibi sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse olarak tanımlanabilir. Hasta kavramı literatürde sağlık hizmetlerinden faydalanma zorunluluğu mevcut bulunan kimse olarak tanımlanmaktadır; ayrıca, Farsça'da "yorgun" kelimesini karşılamakla birlikte herhangi bir tedavi amacıyla gerçekleştirilecek işleme veya cerrahi müdahaleye rızası bulunan ve gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin pasif tarafını oluşturan kişidir⁷. Beden veyahut ruh sağlığı bozuk olan kişiler hasta olarak tanımlanmakla birlikte estetik müdahalelere başvuranlar, sünnet gibi örfi uygulamaları ya da kürtaj vb. işlemleri gerçekleştirmek için hekimlere müracaat eden kişiler de hasta kavramı içerisinde yer alırlar; buradan çıkarılacak sonuç hasta kavramı içerisinde bulunmak için bir tıbbi zorunluluk

⁵ Türkmen, A. (2013) *Hasta ve Hekim Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, ss. 73 - 77

⁶ Hakeri, H. (2020) *Tıp Hukuku*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 321 - 368

⁷ Tunçer, (2019), s. 67

bulunmasına gerek olmadığıdır⁸.

2.1.2.1. Hasta Hakları

Hasta hakları 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Hastaların sahip olduğu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını; adalet ve hakkaniyete uygun olarak yaralanma, bilgi isteme, sağlık kuruluşunu seçebilme ve değiştirebilme, personeli tanıma ya da seçme ve değiştirme, öncelik sırasının belirlenmesini isteyebilme, tıbbi gerekliliklere göre teşhis, tedavi ve bakım, tıbbi gereklilik haricinde müdahale yasağı, ötenazi yasağı, tıbbi özen gösterilmesi hakkı oluşturmaktadır.

Sağlık durumu hususuyla ilgili bilgi alma hakkını; genel olarak bilgi isteyebilme ve kayıtları inceleyebilme hakkı oluşturmaktadır. Tüm bunlara ek olarak mahremiyete saygı gösterilmesi, tıbbi müdahalede hastanın rızası, aile planlaması hizmetleri ve gebeliğin sonlandırılması, refakatçi bulundurma, insani değerlere saygı gösterilmesi ve ziyaret, dini vecibeleri yerine getirebilme ve dini hizmetlerden faydalanma, hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesi ve son olarak hastaya yeterince zaman ayrılması ve hastanın vaktine riayet edilmesi haklarına da sahiptirler⁹.

2.1.2.2. Hastanın Yükümlülükleri

Hasta-hekim ilişkisi içerisinde hastanın sağlık durumunu düzeltmek adına yapılan müdahale süreci içerisinde hekimlerin uymak zorunda oldukları yükümlülükler olduğu gibi hastaların da bu sürecin en iyi şekilde ilerlemesi için belirli bir çaba göstermeleri ve yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir.

Hastaların yükümlülüklerini şu şekilde sıralayabiliriz: işbirliği yükümlülüğü, hekim tavsiyelerine uyma yükümlülüğü, katlanma ve bildirme yükümlülüğü, ücret ödeme yükümlülüğü ve bunlarla birlikte tedavi sürecinin düzgün bir şekilde ilerleyebilmesi adına sağlık kurumlarınca belirlenen kurallara uyulması vb. olarak belirtilebilir¹⁰.

2.1.3. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale kavramı içerisinde pek çok tanımlandırmayı barındırır; bu sebeple olacak ki literatürde bu kavram için çeşitli tanımlamalar karşımıza çıkmaktadır.

⁸ Özçetin ve Balaban, (2015), s.14

⁹ Hakeri, (2020), ss. 39 - 45

¹⁰ Tunçer, (2019), ss.236 - 245

Tıbbi müdahale kavramına ilişkin literatürde bu hükmün kapsamında kalınarak çeşitli tanımlamalarda mevcuttur¹¹.

Genel olarak yapılan tanımlamalara bakıldığında tıbbi müdahale kavramı, kişinin bozulan sağlığını düzeltme amacıyla yapılan girişimler ya da hayati tehlikesi bulunan kişilerin hayatta kalmasını sağlamak amacıyla yapılan müdahaleler şeklinde ortak bir kavram tanımına ulaşabiliriz¹².

Tıbbi müdahale kavramı hakkında insan üzerinde yapılmış olan tıp biliminin uygulandığı her türlü müdahaledir, şeklinde de bir tanımlama bulunmaktadır¹³. Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 4/g'de tıbbi müdahale kavramı açıklanmış bulunmaktadır.

Tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukla ilgili pek çok yüksek mahkeme kararı bulunmaktadır. Konunun ehemmiyetinin uzun zamanlardan beri hukukumuzda önemli bir yere sahip olduğunun anlaşılması bakımından 1976 tarihli Yargıtay kararını incelemek yerinde olacaktır. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, hekimlerin tıbbi uygulama faaliyetleri kapsamına giren eylemler hakkında örneklendirmede bulunmuştur¹⁴.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye kural olarak hekimler yetkili olmakla birlikte hekimin nezaretinde ve sahip olduğu yetkiler kapsamında sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahalede görev alabilirler¹⁵.

2.1.3.1. Tıbbi Müdahale Türleri

Tıbbi müdahale kavramı geniş bir anlam bütünlüğüne sahip olduğundan dolayı kriterlere ayrılarak alt başlıklarla incelenebilir. Literatürde bulunan ilk olarak inceleyeceğimiz ayırım bakımından rıza ve şifa verme amacı taşıma kriterleri karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi müdahale kavramı incelenirken rıza bakımından çeşitlilik gösteren birçok özel müdahale de mevcuttur.

Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması başlığı kapsamında hüküm bulan 23.

¹¹ Bkz: Atak, B. (2020) *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları* , TOTBİD Dergisi, 19(1), ss. 19 - 26

¹² Günday, R. (2012) *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 3

¹³ Hakeri, (2020), s.32

¹⁴ Saraçoğlu,B.K. (2016). *Hatalı Tıbbi Uygulama (Tıbbi Malpraktis) ve Komplasyondan Doğan Sorumluluklar* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://besimkoraysaracoglu.av.tr/makale?id=19-hatali-tibbi-uygulama>. (Erişim Tarihi: 19.03.2020), s.6

¹⁵ Gökcan, H.T. (2017) *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.45

maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmekte olan; bireylerden insan kökenli biyolojik madde alınması, aşılması ve nakli rıza bakımından çeşitlilik gösteren özel müdahalelerdendir. Rıza bakımından özellik gösteren bir diğer tıbbi müdahale örneği, TŞSTİDK'nın 70. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan büyük cerrahi ameliyatlardır; TMK ve TŞSTİDK'da düzenlenen bu iki tip tıbbi müdahale için de hastanın yazılı rızası alınması gerekmektedir¹⁶.

Tıbbi müdahalelerin bir diğer sınıflandırılma kriteri ise şifa verme amacına (tedaviye) yönelen ve yönelmeyen olarak düzenlenen ayrımıdır. Tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilme amacı çoğunlukla bireye şifa sağlama, bireylerin bozulan sağlığını düzeltme veya koruyucu tıbbi müdahaleler ile sağlığın bozulmasını önleyici eylemler gerçekleştirmektir ve bu ölçütler ilk ayırım olan tedaviye yönelen tıbbi müdahalenin temelini oluşturur; bir diğer ayırım olan tedaviye yönelmeyen tıbbi müdahaleler ise sağlık düzeyini arttırmayı amaçlasalar da temel olarak doğrudan şifa sağlama amacını baz almazlar¹⁷.

Tıbbi müdahale kavramının literatürde bulunan bir diğer sınıflandırma şeklinde ise üç türe ayrıldığı görülmektedir; bunları saymak gerekirse: geleneksel ve yeni tıbbi müdahale, icra ediliş türüne göre tıbbi müdahale ve icra edildiği yere göre tıbbi müdahale olarak üçe ayrıldığını belirtebiliriz¹⁸.

Geleneksel tıbbi müdahale, uzun zamandır bilinmekte olan, genelgeçer niteliği bulunan ve daha önce uygulanmış yöntemler içeren eylemlerdir; bu kapsamda uygulanmak üzere seçilmiş olan yöntemlerin hukuka uygun olarak gerçekleşmiş sayılabilmesi için hastanın veyahut kanuni temsilcisinin rızasının alınmış olarak işleme başlanmış olması gerekir; aynı zamanda tıp biliminin kabul ettiği usul ve esaslara bağlı kalınması gerekir¹⁹.

Yeni tıbbi müdahale, sağlığı bozulmuş olan hastanın önceden uygulanmış olan klasik yöntemlerle sağlık durumunda bir iyileşme meydana gelmeyeceği anlaşıldığı durumlarda temeli bilimsel araştırmalara dayanılarak gerçekleştirilen bir tıbbi

¹⁶ Gülel, İ. (2018) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.44

¹⁷ Gülel, (2018), s.45

¹⁸ Tunçer, (2019), s.167

¹⁹ Türkmen, (2013), s.41

müdahale türüdür²⁰. Hastaya uygulanacak tedavi hakkında detaylı açıklamalar ve olası muhtemel riskler hakkında bilgi verilerek gerçekleştirilir; tüm bunlara ek olarak hastanın veya hasta yakınlarının rızasının alınması gerekir.

İcra edilmiş şekline göre yapılan tıbbi müdahale, bedensel bütünlüğü etkileyen ve bedensel bütünlüğü etkilemeyen müdahale olarak ikiye ayrılarak incelenir; bedensel bütünlüğü etkileyen müdahale kapsam itibarıyla cerrahi niteliktedir ve burada uygulanan tıbbi müdahale tıp biliminde genel kabul görmüş metotlar kullanılarak gerçekleştirilir; ayrıca son zamanlarda yaygınlaşan estetik müdahaleler , organ aktarma , cinsiyet değişikliği vb. uygulamalar da bedensel bütünlüğü etkileyen tıbbi müdahalelere örnek olarak gösterilebilir²¹.

Bedensel bütünlüğü etkilemeyen müdahale kavramı ile kastedilen tıbbi müdahale türünde gerçekleştirilecek olan uygulamaların bir bölümü cerrahi nitelikte değilken, diğer bir bölümü az derecede cerrahi müdahale gerektirmektedir²².

İcra edildiği yere göre tıbbi müdahaleler; bağımsız çalışan hekimlerin şahsi muayenehanelerinde gerçekleştirdikleri müdahaleler ve hastanelerde gerçekleştirilen müdahaleler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²³.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilme yetkisi bulunan serbest çalışan hekimler ve hastaları arasında hekimlik veyahut tedavi sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşme ile hekim müdahalede bulunur.

Tıbbi müdahalelerin önemli bir bölümü hastanelerde gerçekleştirilmektedir ve bu sebeple hekim–hasta ilişkisinde, hekimler hastane adına hizmeti veren kişi konumundadır, hastalar kurum vasıtasıyla hekim ile muhatap olur.

Müdahalelerin gerçekleştirilecek olduğu hastaneler ise kendi içlerinde özel ya da kamu hastanesi olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuşlardır.

2.1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları

Hekimlerin gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahaleler, bireylerin yaşam haklarına, bedensel ve ruhsal bütünlüklerine yönelik eylemlerden oluşmaktadır; bu sebeple de bu

²⁰ Turan, A. (2012) *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, 3. Baskı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, s.72 ; Tunçer, (2019), s.168

²¹ Türkmen, (2013), s.41; Tunçer, (2019), s.169

²² Türkmen, (2013), s.45

²³ Tunçer, (2019), s.169

kişilik değerlerini ihlal edici uygulamalar hukuka aykırı olarak değerlendirilir²⁴. Hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilecek olan fiil hukuka aykırı olarak nitelendiriliyorsa bu eylemin hukuka uygun bir hale getirilmesi için yapılacak olan düzenlemeler hukuka uygunluk şartları çerçevesinde gerçekleştirilir²⁵.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması için gerekli olan şartları dört kısımda başlıklara ayırarak inceleyebiliriz. Bu kapsamda tıbbi müdahalenin şartları; yapılacak olan tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili olan sağlık personeli tarafından uygulanması, kanunen belirlenmiş olan amaçlara yönelik olarak gerçekleştirilmesi, tıp bilimine kabul görmüş esaslara uyularak yapılması ve bununla birlikte son olarak tıbbi müdahalenin hastanın rızası alınarak gerçekleştirilmesi şeklinde dört başlık altında sınıflandırabiliriz²⁶.

2.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcra Etmeye Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalenin hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması için, müdahaleyi yapacak olan kişinin kanun tarafından yetkilendirilmiş olması gerekmektedir²⁷.

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerin, hastanın üzerinde olası bir olumsuz tesire yol açmaması bakımından, esas itibarıyla hekimler olmak üzere sağlık personelleri tarafından uygulanması kabul edilmiştir; acil durumlar kapsam dışı bırakılarak, bireylerin yetkilendirilmiş hekimler ve sağlık personelleri haricinde herhangi birine yetki vermesi söz konusu değildir²⁸. Hekimler haricinde sayılan diğer sağlık personelleri; diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları , sünnetçiler , hastabakıcı hemşireler vb. kişilerdir²⁹.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi bulunan

²⁴ Çakal, A. (2018) *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.23

²⁵ Aykın, A.C. ve Çınarlı, S. (2016) *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.267

²⁶ Yılmaz, B. (2017) *Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. 3.Baskı. Ankara: Legal Kitabevi, ss. 3 - 8

²⁷ Aydın, E.F. (2019) *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.21

²⁸ Hakeri, (2020), s.110

²⁹ Aydın, (2019), ss. 21 - 22

kişiler ve bu kişilerin sahip olması gereken vasıflar düzenlenmektedir.

Yürürlükte bulunan TŞSTİDK'daki ek madde 13 ile hekimler ve diş hekimleri haricindeki sağlık personellerinin hastanın teşhis veya tedavi amacıyla başvurduğu herhangi bir sağlık problemi hususunda teşhis, tedavi vd. işlemleri gerçekleştiremeyeceğini ve buna ek olarak reçete veremeyeceklerini hükme bağlamıştır.

1219 sayılı Kanun kapsamında belirlenen bir diğer önem arz eden husus, birinci maddesinde belirtilen, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişinin tıp fakültesinden mezun olmuş olup diplomasının olmasıdır ve buna ek olarak Türk Tabipler Birliği'ne kayıt olması gerekmektedir; bu kanun kapsamında Türkiye'de hekimlik mesleğini gerçekleştirebilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma zorunluluğu aranmamaktadır; ancak bu konuyla ilgili gerekli olan ve bilinmesi gereken istisna oluşturan durum Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'le özel sağlık kuruluşlarında çalışacak doktorların Türk vatandaşı olma zorunluluğu bulunmadığı şeklinde düzenlenmiştir. 6023 sayılı TTB Kanunu'na göre kanun tarafından kendisine yüklenen görevleri yerine getirmeyen hekime 15 günden 6 aya kadar geçici süreyle meslekten men edilme cezası verilir³⁰.

2.1.3.2.2. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Olan Amaçlara Yönelik Olması

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde düzenlenmiş bulunan hüküm çerçevesinde tıbbi müdahalenin sahip olması gereken amaçlara ulaşabilmekteyiz. Bu amaçları derleyecek olursak; teşhis, tedavi, hastalıktan korunma, nüfus planlaması şeklinde belirtebiliriz.

2.1.3.2.3. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Esaslara Uygun Olarak Yapılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için yapılacak olan müdahalenin genel kabul görmüş ilke ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilmesi

³⁰ Yılmaz, (2017), s.5

gerekmektedir³¹.

Tıbbi müdahale kanunen öngörölmüş bulunan amaçlara uygun olarak düzenlenmiş olsa bile meşru olarak kabul edilmesi için tıp biliminde belirli bir fayda sağladığına dair genel bir kanı oluşturmuş, yerleşmiş ve doğruluğu kanıtlanmış kaidelere uygun olarak gerçekleştirilmelidir³².

Hekimlerin kanunlarla belirlenen ve koruma altına alınan haklarından biri olan tedavi sürecinde uygulayacağı yöntemi serbestçe seçme hakkı, hekimleri tıp alanında meydana gelen yeniliklerden haberdar olma ve gelişmeleri takip etme yükümlülüğü altına sokmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11. maddesinde hastaya fayda sağlayıp sağlamayacağı belli olmayan, hekimin sadece konuyla ilgili olarak tecrübe edinmek amacıyla gerçekleştireceği müdahalelere yasak getirilmiştir.

Tıp biliminde genel olarak bilinen ve kabul edilen esaslar tıbbi standart olarak adlandırılmaktadır. Hekimler, tıbbi standardı takip etmek ve uygulamak zorundadırlar. Yerleşik Yargıtay içtihatlarıyla, hekimlerin gerçekleştirecek oldukları her türlü tıbbi müdahale sürecindeki eylemlerinde mesleki yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerektiği ve bununla birlikte hastalarına önem verip özen göstererek tıbbi standartlar çerçevesinde her türlü önlemi almalarının ehemmiyeti belirtilmektedir³³. Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde hükme bağlanan ifadeyle ifadeyle tıbbi standart kavramının tıbbi müdahalede dikkat edilmesi gereken bir husus olduğu belirtilmiştir.

2.1.3.2.4. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızası Alınarak Gerçekleştirilmesi

Tıp hukuku kapsamında, hekimin gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en temel unsur tıbbi müdahalenin uygulanması için hasta ile hekim arasında kurulacak sözleşme ilişkisinde hastanın rızasının bulunmasıdır; hastanın rızası alınmadan sözleşme ilişkisinin kurulması mümkün değildir ve hukuka aykırıdır³⁴. Biyo – Tıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kuralla tıbbi müdahalenin rızaya tabi tutulduğu belirtilmiştir.

³¹ Kahraman, Z. (2016) *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası* , İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), ss. 479 – 510

³² Işık Yılmaz, B.A. (2012) *Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü* , TBB Dergisi, 98, ss. 391 – 392

³³ Hakeri, (2020), s.391

³⁴ Hakeri, (2020), ss. 168 - 171

Tıbbi müdahaleye rıza kavramı tarihsel süreçte ilk olarak 1974 tarihli Nuremberg Yasası³⁵'nda karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda da uygulanmakta olan tıbbi müdahaleye rızaya dair pek çok hukuki düzenleme bulunmaktadır.

1219 Sayılı TŞSTİDK'nın 70. maddesinde; hekimler ve dış hekimlerinin teşhis veya tedavi amacıyla uygulayacak oldukları her türlü tıbbi girişim için hastanın, hasta küçük veyahut kısıtlıysa veli ya da vasisinin rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Anayasamızda düzenlenmekte olan temel hak ve hürriyetler başlığı altında yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı AYM tarafından da en başta gelen haklar olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesiyle, hastanın vücut bütünlüğüne tıbbi gerekliler ve hukuk kuralları çerçevesinde yazılı olarak düzenlenen haller dışında müdahalede bulunulamaz; ayrıca, hastalar rızaları alınmadan bilimsel ya da tıbbi deneylere konu edilemez.

Anayasamız haricinde rıza hususuna ilişkin olarak Türk hukukumuzda yapılmış olan bir başka düzenleme TMK md.23/3 ve 24'te bulunmaktadır. Yargıtay'ın 1977 vermiş olduğu kararı ile tıbbi müdahalede hukuka uygunluk şartlarından en zaruri olanının rıza olduğunu belirtmiştir³⁶.

2.1.4. Aydınlatılmış Onam

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurlardan bir diğer önemli olan husus da hastanın veya yasal temsilcisinin onamıdır; aydınlatma ise tıbbi müdahalede gereken bu onamın (rızanın) sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesinin ön koşuludur³⁷. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için rıza tek başına yeterli olmamaktadır; geçerli ve hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi için hastaya gerekli bilgilendirmelerin yapılmasından sonra rızanın alınması gerektiğinden aydınlatılmış

³⁵ Nuremberg Yasa'sının metin taslağı Andrew Ivy ve Leo Alexander adlı iki hekim tarafından düzenlenmiştir; Nazi döneminde hekimlerin toplanma kamplarında bulunan kişilere yaptıkları insanlık dışı tıbbi müdahale, deney vb. uygulamalarını gerçekleştirmeleri üzerine Nuremberg mahkeme heyetine sunulmuştur. Mahkeme heyeti altı maddeden oluşan taslak halindeki kuralları onaylamıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hurren, E.T. (2002). "Patients' rights: from Alder Hey to the Nuremberg Code", *History and Policy Papers*, 6 Mayıs [Çevrimiçi]. Erişim adresi: <http://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/patients-rights-from-alder-hey-to-the-nuremberg-code> (Erişim Tarihi: 21.03.2020).

³⁶ Badur, E. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.52

³⁷ Subaşı, İ. (2016) *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü – Aydınlatılmış Onam – Tazminat Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.71

onam kavramı kullanılmaktadır³⁸.

Onam kelimesinin , Latince kökeni “sentire” kelimesinden gelmektedir; bununla birlikte bu kelimenin İngilizce karşılığı “consent”dir , sözlük anlamı olarak anlaşma ve bir işi kabul etme şeklinde tanımlanır; çoğunlukla tedavinin kabul edildiğini ifade eden sözcüktür ; aydınlatılmış kelimesi ise İngilizce’de “informed” sözcüğü karşılık bulur ve aydınlatılmış onam kavramı olarak temel alındığında hastanın yapmış olduğu anlaşmanın konusundan haberdar olması olarak açıklanmaktadır³⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “Tanımlar” bölümünde rıza kavramının tanımı; bireylerin tıbbi müdahaleyi özgür iradeleriyle ve aydınlatılmış bir şekilde kabul etmeleri olarak açıklanmaktadır. Literatürde bulunan bazı Anglo - Amerikan kaynaklı çevirilerde aydınlatılmış onam kavramı yerine; “ bilgilendirilmiş rıza , rıza ,onam veya bilgilendirme ” ifadelerine yer verilmektedir⁴⁰.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları kapsamı dahilinde hekimlerin aydınlatma yükümlülüğüne konu olan hususlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Hekimlerin gerçekleştirecek oldukları her türlü tıbbi müdahale için, örneğin; teşhis, tedavi vb. eylemler için hastalarını aydınlatmaları gerekmektedir; bu kapsamda hastanın aydınlatılması gereken konuları; hastanın genel vaziyeti ve bu vaziyetine ilişkin konulan teşhis, hekim tarafından bu durum için öngörülen tedavi yöntemi, uygulanacak olan tedavinin süresi, başarı elde edilme oranı, riskleri, tedavi amacıyla verilecek olan ilaçların kullanım biçimi, yan etkileri ve son olarak tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek tehlikelerin hastaya bildirilmesi vb. şeklinde birkaç başlık altında sıralayabiliriz⁴¹.

HHY md.18’e göre yapılacak olan aydınlatma olabildiğince açık ve anlaşılır bir şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden hastanın sosyal ve kültürel düzeyi dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir.

Aydınlatılmış hasta onamı ile ilgili yapılmış olan uluslararası düzenlemeleri şu şekilde

³⁸ Demir, M. (2018) *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Kitabevi, ss. 174 - 177

³⁹ İlgili, Ö. (2017). *Aydınlatılmış Onam (Informed Consent)* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/faaliyet/2017/0428_ASET/Slaytlar/onderilgili_aydinlatilmisonam.pdf . (Erişim Tarihi: 27.03.2020), ss.10 - 11

⁴⁰ Barloğlu, H.C. (2018) *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.59

⁴¹ Yılmaz, (2017), s. 55

sıralayabiliriz: Lizbon Bildirgesi(1981),Amsterdam Bildirgesi(1994), Bali Bildirgesi(1995), Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi(1997), Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi(2002) ; aydınlatılmış hasta onamı ile ilgili olarak yapılmış olan ulusal düzenlemeler ise sırasıyla şu şekilde belirtebiliriz; TŞSTİDK (1928), HHY (1998), HMEK (1999) ve son olarak Aydınlatılmış Onam Kılavuzu (2013)'dur⁴².

2.2. Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti

Hasta ile hekim arasındaki ya da hasta ile tedaviyi üstlenen kurum arasındaki hukuksal ilişki sürecinde taraflar arasında pek çok haklar ve sorumluluklar meydana gelmektedir; bu kapsamda meydana gelmiş olan haklar ve sorumluluklar önceden kurulmuş olan bir sözleşmeye veya haksız fiile dayanır⁴³.

Somut olayın özelliklerine göre "culpa in contrahendo" sorumluluğunun da mevcut bulunması mümkündür; culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerinden ya da sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk, ifadesine karşılık gelmektedir⁴⁴.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti incelendiğinde; bu ilişkinin tek bir hukuki düzenlemeye dayanmadığını görmekteyiz; hekimin çalıştığı kurum ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde gerekli olan şartlar da herhangi bir uyumsuzluk çıktığında sorumluluk kapsamında uygulanacak olan hukuk kuralına etki etmektedir⁴⁵.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre hekimin sorumluluğunu, sözleşmeye dayanarak kurulan ilişkide vekalet, hizmet ve eser sözleşmesinin özelliğine göre; sözleşme dışı kurulan ilişkide haksız fiilden ve vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğa göre belirleriz.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetini belirlerken başvuru bir diğer kıstas ise bağımsız olarak çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki ve hasta ile hastane

⁴² Sayek, F. (1998). *Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler / Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf . (Erişim Tarihi: 28.03.2020), ss. 3 - 4 ; Barlioğlu, (2018), ss. 68 -74

⁴³ Türkmen, (2013), s.73

⁴⁴ Özdemir, H. (2016) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), ss. 33 – 81.

⁴⁵ Özer, O. (2017) *Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği*, İstanbul Barosu Dergisi, 91(3), ss. 193 – 207 .

arasındaki ilişki olarak karşımıza çıkar; burada ise özel hastane veya kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki incelenmektedir.

2.2.1. Sözleşmenin Hukuki Niteliğine Göre Sorumluluk

Özel hukuka dayalı ilişkilerde zarar meydana geldiğinde bunun sonucu olarak ortaya çıkan sorumluluk kavramı sözleşmeye dayalı olarak kurulan ilişkide sözleşmenin taraflarca hiç uygulanmaması veya eksik uygulanması durumlarında vuku bulmaktadır.

Hasta ile tedaviyi üstlenen hekim arasındaki serbest irade beyanlarının uyuşması ile kurulan sözleşme “Tedavi Sözleşmesi” ya da “Hekimlik Sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır⁴⁶.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği Vekalet akdi (TBK md.502), Eser (İstisna) akdi (TBK md.470) ya da Hizmet akdi (TBK md.393) olarak şekillenmektedir.

Tedavi için hastaneye başvurulması gerektiği durumlarda hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetini belirlerken hastanenin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Tedavinin gerçekleştirileceği hastane özel hastane niteliğinde ise sözleşme ilişkisi hasta ile hastane arasında kurulmuş olur, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim ya da diğer sağlık personeli sözleşmenin tarafı olarak kabul görmemektedirler; hastaların tedavinin gerçekleştirilmesi için kamu hastanesine başvurduğu durumlarda hasta ile hastane arasındaki ilişkisi bir sözleşme ilişkisi değildir, böyle bir durumda hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi olarak addedilmektedir, bu sebeple de ortada bir sözleşme ilişkisi değil idare hukuku ilişkisi meydana gelmektedir ve kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden doğan zararlar özel hukuk kuralları kapsamında değil, kamu hukuku usul ve esaslarına göre belirlenmektedir⁴⁷.

2.2.1.1. Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti

Hekim ve hasta arasında açık ya da örtülü bir sözleşme kurulduğunda, hekimlerin gerçekleştirecek oldukları müdahaleler sonucunda hastada bir zarar meydana gelmesi halinde hekimin hukuki sorumluluğunun dayanağı kurulmuş olan bu sözleşme

⁴⁶ Türkmen, (2013), s.54

⁴⁷ Hakeri, (2020), ss. 375 - 378

olmaktadır; sözleşmeden kaynaklanan bu sorumluluk “hekimin akdi sorumluluğu” olarak adlandırılır. Hekimin akdi sorumluluğunun meydana gelmesi için birkaç unsurun varlığı gerekmektedir. Bu unsurları beş temel başlık altında toplayabiliriz: geçerli bir akit bulunması, bu aktin ihlal edilmesi, hekimin kusurunun bulunması, kusurlu tedavi sonucu bir zarar meydana gelmesi, zarar ile kusur arasında bir illiyet bağı bulunması olarak sıralayabiliriz⁴⁸.

2.2.1.1.1. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Hekimlik sözleşmesi (*Artzvertrag*) kavramı, bağımsız çalışan bir hekim ile hasta ya da hastanın kanuni temsilcisi arasında kurulacak olan ; hekimin teşhis ve tedavi fiilini taraflar arasında kararlaştırılacak belirli bir bedel karşılığında yerine getirme yükümlülüğünün olduğu bir iş görme sözleşmesidir⁴⁹. Doktrinde, hekim ile hasta arasında tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi için kurulan sözleşme çoğunlukla vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü benimsenmektedir.

Vekalet sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesinin benzeştiği noktalara değinmek gerekirse: vekalet sözleşmesinde bir hizmetin ifası veyahut bir işin yapılması gerekmektedir; hekimlik sözleşmesinde de hastanın menfaatine uygun olarak gerçekleştirilecek teşhis, tedavi vb. gibi edimler bulunmaktadır, hekimlik sözleşmesinde de şifa verme garantisi yoktur, uygulanacak olan tedavinin sonucunu garanti etmemektedir, yani vekalet sözleşmesinde olduğu gibi hekimlik sözleşmesinde de hekim edimin sonucundan değil gerçekleştirilecek olan edimden sorumludur; vekalet sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesinin son olarak benzeştiği nokta ücret hususudur, bu bağlamda ücret unsuru sözleşmelerin kurulması için zorunlu bir unsur değildir ancak teamüllerden kaynaklanan bir varlığı bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde tanımı verilmek suretiyle ve devamında da bu sözleşme türüne ait özellikler çerçevesinde düzenlenmektedir ve vekalet sözleşmesinin tanımı TBK md.502'de yapılmış bulunmaktadır; anılan madde hükmüne göre; vekalet sözleşmesi, kişinin bir işinin görülmesi ya da yapması gereken işleminin yapılması amacıyla kendisi yerine bir vekil tayin ederek işlemlerin

⁴⁸ Büyüktosun, Ö. (2018) *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu*, Fasikül Hukuk Dergisi, 10 (101), ss.17 – 21.

⁴⁹ Demir, M. (2008) *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(3), ss. 225 – 252.

gerçekleşmesini vekile yükümlendirdiği sözleşme türüdür⁵⁰.

TBK'nın 502. maddesinin 2. fıkrasına göre, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, kurulmuş olan sözleşmenin özelliklerine uygun düştüğü takdirde hakkında herhangi bir kanunda düzenleme olmayan iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır.

Hasta ile hekim arasında tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için kurulan sözleşme TBK'da düzenlenmeyen bir işgörme sözleşmesi olduğundan vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵¹. Yargıtay'ın hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin niteliğini vekalet sözleşmesi olarak kabul ettiği pek çok kararı bulunmaktadır; konuyu daha net açıklayabilmek adına 1994 tarihli Yargıtay kararını inceleyebiliriz⁵².

Hekimler tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken uygulayacağı yöntemi serbestçe seçme hakkına sahip olduğu gibi sadakat ve özen yükümlülüğüne bağlı olarak eylemlerini gerçekleştirilmesi gerektiği de önemli bir husustur; hekimlerin sahip olduğu yükümlülükler uygun hareket etmemesi sözleşmeyi gerektiği gibi ifa etmemiş sayılmasına sebep olur⁵³.

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu emsal bir kararda; taraflar arasında vekalet sözleşmesine dayalı bir ilişkinin kurulduğu ve bu sebepten ötürü de hekimin uygulayacak olduğu tıbbi girişim sonucunda gerçekleştirilmesi gereken sonucun elde edilememesinden sorumluluğu doğmasa dahi eylemlerinde gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kendi kusuruyla zarara sebebiyet verdiğinin ispatı halinde mesleki yükümlülüğü gereği kusuru hafif de olsa sorumlu tutulacağı ve de hekimlerin edimin ifasını gerçekleştirirken sahip oldukları yükümlülükler uygun hareket etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır⁵⁴.

Vekalet sözleşmesinin konusunu iş görme hususu oluşturmaktadır. Bu bağlamda vekalet sözleşmesinin unsurlarını sıralayacak olursak; iş görmenin herhangi bir zaman

⁵⁰ Vekalet sözleşmesinin literatürdeki tanımı için bkz: Tandoğan, H. (2010) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık,s.355

⁵¹ Hakeri, (2020), s.371

⁵² Lexpera (2020). Yargıtay 13.HD., E.1994/8557, K.1994/2138, T.04.03.1994. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-1994-8557-k-1994-2138-t-04-03-1994>. (Erişim Tarihi: 30.03.2020)

⁵³ Hakeri, (2020), ss. 372 - 374

⁵⁴ E - Uyar (2020). Yargıtay 13. HD, E. 2017/8664, K.2019/6410, T.22.05.2019. Erişim Kaynağı: <https://app.e-uyar.com/karar/index/40d223c3-28d0-43e0-acd9-36778bb31754?q=1994/8557>(Erişim Tarihi: 22.03.2020)

dilimine bağılı olmadan ve sonucun elde edilmemesi riskini taşımadan belirli amaçla yapılması, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için hasta ile hekim arasında şekil şartı aranmaksızın sarih ya da zımni olarak anlaşma sağlanması, hastanın yararlarını gözeterek düzenlenmiş olması ve hastanın iradesine uygun olması, sözleşmenin bağımsız olarak yapılmış olması şeklinde belirtebilir⁵⁵.

Hastanın tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için hekime başvurması ve hekiminde tıbbi müdahaleyi gerçekleştirilmeyi kabul etmesiyle geçerli bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olarak kabul edilir.

Vekalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş kabul edilebilir olması için belirtilen hususların varlığı yeterli olmaktadır; ücret ödenmesinin kararlaştırılması zorunlu bir unsur değildir⁵⁶. TBK 502. maddesinin 3.fıkrasında ücretin zorunlu bir unsur olmadığını belirtmektedir; tarafların sözleşmeden cayabilme hakları TBK md. 512’de düzenlenmiştir. Sağlık mevzuatında, TBK 512’ de düzenlenen vekaletten her zaman azledilebilme ve cayabilme hakkı bağlamında hekimin hastayı reddetmesi hakkını hastaların yararı adına sınırlayan düzenlemeler bulunmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde de hekimlerin sözleşmeden cayma hakkının varlığı ve sözleşmeden cayamayacağı haller düzenlenmiştir:

“Hekim ya da dış hekimi mesleki ya da kişisel nedenlerle, tedaviyi sonlandırmadan hastasını bırakabilir. Fakat, başka bir meslektaşın tedavi veyahut müdahalesine fırsat verecek zamanı önceden hesaplayarak hastayı zamanında haberdar etmesi gerekmektedir. Hastanın terkedilmesi durumunda hayatının tehlikeye girecek olması veya sağlığının zarara uğrayacak olma olasılığı mevcut ise, diğer bir meslektaş bulunmadıkça, hastayı bırakamaz. Hastayı bu suretle bırakan hekim ya da dış hekimi, gerekli bulunduğu veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi sürecine ait gözlem notlarını verir.” ifadesiyle gerekli düzenlemenin yapıldığı görülmektedir.

2.2.1.1.2. Hizmet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

Hizmet sözleşmesinden doğan sorumluluk konusunu inceleyebilmek adına öncelikle hizmet sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK md. 393’ü incelemek yerinde olacaktır. TBK md. 393/1’e göre; işçilerin işverenlerine bağımlı bir şekilde belirlenmiş veyahut

⁵⁵ Subaşı, (2016), s.106

⁵⁶ Yılmaz, (2017), s. 40

belirlenmemiş zaman diliminde iş görme edimini belirli bir ücret karşılığında üstlendikleri sözleşmeler hizmet sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır.

Hizmet sözleşmesinin unsurlarını; ücret, zaman ve bağımlılık olarak sıralayabiliriz⁵⁷. Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getirmesi, bu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran temel unsurdur.

Bağımlılık unsurunun hizmet sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran temel bir özellik olduğuna dair Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır⁵⁸.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurları göz önüne alındığında hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek hatalıdır, çünkü; hekimler hastalarını belirli bir zaman dilimi içerisinde tedavi etmeyi değil, belirlenebilen ya da belirlenmemiş bir zaman dilimi kısıtlamasına tabi olmadan özgürce tedavi etme edimini üstlenmektedir⁵⁹. Buna ek olarak hekim gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahale sürecinde uygulayacağı teşhis ve tedavi yöntemlerinde hastanın direktif ve talimatlarına bağımlı değildir; mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler çerçevesinde eylemlerini gerçekleştirmektedir⁶⁰.

Hekimin, mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ve hekimlik meslek kurallarına ek olarak belirlenebilen veya belirlenemeyen bir zaman diliminde çalışmalarını yürütmek için ve hastaneye gelerek hastaları muayene ve tedavi işlemlerini gerçekleştirmek üzere özel bir hastaneye anlaşma gerçekleştirdiğinde hastane emir ve talimatlarına bağlı olarak edimlerini ifa eder; bu şekilde hastane ile hekim arasında kurulan sözleşme hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁶¹.

Buna rağmen; hastaneye tıbbi müdahale için başvuran hastalarla hekim arasında mevcut bulunan sözleşme hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmamaktadır; artık burada sözleşmenin tarafları sadece hastaneye hastadır , hekim ise sadece teşhis ve tedavi edimini yerine getiren olarak ifa yardımcısı konumundadır ve burada hastaneye

⁵⁷ Yılmaz, (2017), s.34

⁵⁸ Yargıtay 10 HD., E.2006/16493, K.2007/4738, T.27.03.2007. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/10-hukuk-dairesi-e-2006-16493-k-2007-4738-t-27-3-2007>. (Erişim Adresi: 23.03.2020)

⁵⁹ Kılıç Güneş, B. (2016) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. 1.Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 52

⁶⁰ Bayraktar, K. (1972) *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*. İstanbul: Sermet Matbaası, s. 35 ; Kılıç Güneş, (2016), s.52

⁶¹ Sarıtaş, H (2006) *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi, ss. 34 - 35

bağlı olarak çalıştığı için de TBK md. 116 kapsamında ifa yardımcısının sorumluluğuna başvurulabilir.

Yargıtay, özel hastanelerde çalışan hekimlerin gerçekleştirdikleri müdahaleler sırasında hastaya zarar verdikleri hallerde hekimin sorumluluğunu hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi TBK md.66'ya göre adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamına dahil etmektedir ve meydana gelen zararı sözleşme hükümlerinin kapsamında saymayarak haksız fiil hükümlerini uygulamaktadır⁶². Ancak önemle belirtmek gerekir ki; hasta, teşhis ve tedavi işlemlerinin gerçekleştirilmesi için özel hastane ile bir sözleşme yapmaktadır ve hekim, hastaya ifa yardımcısı sıfatını kullanarak gerekli müdahaleleri gerçekleştirmektedir; hekim, hastane ile arasındaki sözleşme gereği üstlendiği yükümlülükleri yerine getirirken hastanın zarar görmesi sonucu ortaya çıktığından ve tüm bunlara ek olarak TBK md.66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar gören ile adam çalıştırın arasında bir sözleşme bulunmadığı ama burada hasta ile hastane arasında bir hizmet sözleşmesi bulunduğundan TBK md.116 bağlamında ifa yardımcısının sorumluluğuna başvurulması gerektiği hususu dikkate alınmalıdır⁶³.

Literatürde bulunan diğer kaynaklara bakıldığında Alman ve İslam Hukuku'na göre hasta ve hekim tarafından kurulmuş bulunan sözleşme hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır; bu sözleşmeye göre hekimler bir hizmeti gerçekleştirmesi beklenen esnaf ve sanatkâr statüsünde kabul edilmiştir⁶⁴.

Doktrinde düzenlenmiş bulunan bazı görüşlere göre; aile hekimliği, belirli ya da belirli olmayan bir zaman dilimi içerisinde aileye sağlık sorunlarıyla alakalı olarak hizmet gerçekleştirdiğinden aile hekimiyle aile arasında hizmet sözleşmesi bulunduğu savunulmaktadır⁶⁵; ancak hizmet sözleşmesinin kanun hükmünde bulunan tanımında da belirtildiği gibi bağımlılık unsuruna sahip olduğundan aile hekimi ile aile arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak addedilmesi mümkün gözükmemektedir; aile hekimleri de hastalarından direktif ve talimat almaksızın sadece mesleki yükümlülükleri doğrultusunda tedavi edimini ifa etmektedirler.

⁶² Özdemir, H. (2013) *Hekimin Fülinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtayın Görüşü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(105), ss. 263 – 290.

⁶³ Özdemir, (2013), ss. 265 - 287

⁶⁴ Kılıç Güneş, (2016), ss. 52 - 53

⁶⁵ Ekşi, A (2012) *İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği*, Tıp Hukuki Dergisi, 1(2), ss. 27 - 46 , s.32 ; Kılıç Güneş, (2016), s.53

Ülkemizde aile hekimliği 5238 sayılı Aile Hekimliği Kanunu ile düzenlenmektedir. Aile hekimleri sözleşmeli hekim olarak çalıştırılmaktadırlar; bu durum da hasta ile hekim arasındaki ilişkinin niteliğinin belirlenmesinde farklı değerlendirmelere yol açmaktadır. Aile hekimliği hizmeti ücretsizdir. Aile hekimleri ve aile sağlığı personelleri, vazifeleriyle ilgili ya da kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru gibi kabul edilmektedirler.

Tüm bu sahip olunan özellikler dikkate alındığında hasta ile aile hekimi arasındaki ilişkinin özel hukuk niteliğinde bir sözleşme ilişkisi olmadığı, kamu hukuku niteliğinde bir ilişkinin mevcut bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır ; uygulamada da aile hekimlerinin eylem ve işlemlerine karşı açılan davalar idari yargıda görülmektedir⁶⁶.

2.2.1.1.3. Eser Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

İnsan emeğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, maddi bir varlığı olsun ya da olmasın, bir bütün görüntüsü veren ve ekonomik bir değere sahip olan her ürün eser olarak adlandırılmaktadır⁶⁷. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 470 ilâ 486. maddeleri arasında Eser Sözleşmesi kavramı ve özellikleri düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu md. 470'e göre; yüklenicinin iş sahibinden alacağı belirli bir bedel karşılığında eser oluşturma edimini üstlendiği sözleşmeler eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Eser sözleşmesinin temel unsurları; kişinin faaliyeti neticesinde bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığı olarak da ücret ödenmesi hususunun ortaya çıkmasıdır⁶⁸.

Eser sözleşmesinin vekalet sözleşmesinden ayrıştığı en temel özellik, vekalet sözleşmesinde vekil adına yapılan işin istenen sonuca ulaşması için güvence verilmemesidir⁶⁹. Bir hekim hastasına yapacağı tıbbi müdahale ile onu iyileştirmeyi taahhüt etmesi gibi bir durum hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesinden kaynaklandığı hallerde söz konusu olamaz.

Yargıtay'ın, hekimlerin tedavi amacı taşımayan sadece estetik müdahaleler içeren ya da diş protezlerinde uygulanan tıbbi müdahaleleri eser sözleşmesinin konusuna dahil

⁶⁶ Hakeri, (2020), ss. 374 - 375

⁶⁷ Petek, H. (2012) *Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi* , Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), ss. 657 – 716

⁶⁸ Yılmaz, (2017), s. 34

⁶⁹ Aykın ve Çınarlı, (2016), s. 238

edileceğine ait kararları bulunmaktadır.

Estetik cerrahi, protez, diş estetiği, el bacak protezi vs. gibi durumların insan vücudunda yeni bir oluşumla meydana getirilmesi eser sözleşmesinin kapsamını oluşturmaktadır⁷⁰.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkide hekimin diş tedavisi amaçlı gerçekleştirdiği müdahalenin vekalet sözleşmesi sayıldığı ve diş protezi işini gerçekleştirmesinin ise eser sözleşmesi kabul edildiği vb. örnekler ile ilgili verilmiş Yargıtay kararları bulunmaktadır⁷¹.

2.2.1.1.4. Sözleşme Dışı Sorumluluk

Hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi sonrasında hastada maddi veya manevi zararlar meydana gelebilir; bu müdahaleden sorumluluğun kaynağı sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi sözleşme dışı sorumluluk hallerinden olan haksız fiilden veya vekaletsiz iş görmeden de kaynaklanabilir⁷².

2.2.1.1.4.1. Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Hekim ile hasta arasında açık veya örtülü olarak gerçekleştirilmiş bir sözleşmenin bulunmadığı hallerde yaygın olarak hekimin sorumluluğunun kaynağını haksız fiil oluşturmaktadır. Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkileri Borçlar Kanunu'nun 49 ila 76. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Hekimin, hastasının vücut bütünlüğüne ya da kişisel haklarına yönelik gerçekleştireceği kusurlu ve hukuka aykırı fiilleri haksız fiil kavramını ortaya çıkarmaktadır⁷³.

Hastalar tıbbi müdahale sonucu hekimin sorumluluğunun hem sözleşmeden hem de haksız fiilden kaynaklandığı durumlarda bunlardan herhangi birine dayanarak tazminat talebinde bulunabilirler⁷⁴.

⁷⁰ Aykın ve Çınarlı, (2016), s. 238

⁷¹ Bkz: Yargıtay 15.HD., E. 2006/4800, K.2007/5945, T.03.10.2007. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-2006-4800-k-2007-5945-t-3-10-2007>. (Erişim Tarihi: 25. 03. 2020)

⁷² Yavuz İpekyüz, F. (2015) *Hekimin Tazminat Sorumluluğu* , Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), ss. 19 – 61.

⁷³ Kılıç Güneş, (2016), s. 80; Doktrinde, sorumluluğun hem haksız fiilden hem de sözleşmeden kaynaklanabileceğine dair açıklama için bkz: Hakeri, (2020), s. 373

⁷⁴ Yörдем, Y. (2019) *Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11(39), ss. 129 – 155.

Hekim ile hasta arasında sözleşmenin bulunmadığı ve hekimin sorumluluğunun bu sebepten dolayı haksız fiile dayandırıldığı hallere örnek olarak; tıbbi müdahalenin özel hastanede gerçekleştirilmesi veya sözleşmenin taraflarının özel hastane işleticisi ve hasta olduğu durumlar verilebilir ⁷⁵.

Yargıtay kararlarına göre taraflarının hasta ile özel hastane olduğu bir sözleşme ilişkisi kurulduğunda hastanenin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayandırılır; bu durumda da hekimin hastanede hizmet sözleşmesi kapsamında çalıştığı kabul edildiğinden sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur ve haksız fiilden kaynaklanan zararlardan hekim tazminat sorumlusudur⁷⁶.

2.2.1.1.4.1.1. Haksız Fiilin Unsurları

Hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunun oluşabilmesi için gerekli olan unsurlar dört tanedir, bunlar; hukuka aykırı bir fiilin varlığı, kusur, zarar, illiyet (nedensellik) bağı olarak düzenlenmektedir.

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale için hastanın rızası alınmamışsa (hastanın rızasının aranmadığı istinai durumlar hariç) ve bu müdahalede hekimin kusuruyla hastaya zarar verilmişse, hukuka aykırı müdahale ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağı bulunuyorsa hekimin sorumluluğuna gidilir ⁷⁷.

2.2.1.1.4.1.1.1. Hukuka Aykırı Fiil

Kusur sorumluluğunun bir türü olan haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. Kişiler, hukuk düzeninin bireylere sağladığı vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumaya yönelik hakları ihlal ettiği veya hukuk düzeni tarafından belirlenmiş olan kişileri zararlardan korumaya yönelik emir ve yasaklara uyulmadığı takdirde hukuka aykırı fiil gerçekleşmiş olur⁷⁸.

Kanun koyucu tarafından hukuka aykırılığın ortadan kalktığı durumlar TBK md.63'te; zarar görenin rızası, daha üstün özellikte özel ya da kamusal yarar, zarar verenin eylemlerinin haklı savunma niteliği içermesi, yetkili kamu makamlarının müdahalesini zamanında gerçekleştirilemeyecek olması halinde kişilerin haklarını kendi güçleriyle

⁷⁵ Hakeri, (2020), s. 374

⁷⁶ Yavuz İpekyüz, (2015), ss. 27 - 28 ; Hakeri, (2020), s. 375

⁷⁷ Şenol, (2015), s. 119

⁷⁸ Yavuz İpekyüz, (2015), ss. 28 - 29

koruması ya da zorunluluk halleri olarak sayılmıştır.

Kişinin rızası olmasa bile kamusal yararın daha ağır bastığı ve önemli ölçüde kamusal yararın sağlanacağı durumlarda yapılacak olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları sağlanmış kabul edilmektedir⁷⁹.

Çocukların ebeveynlerinin rızası dışında aşılanmalarının “üstün özel veya kamusal yarar” sebebiyle hukuka aykırı sayılmaması Yargıtay kararlarıyla açıklanmıştır⁸⁰. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 04.05.2015 tarihli kararında konuya ilişkin olarak⁸¹;

“Ana babanın çocuklarla alakalı karar verirken çocuklarının çıkarlarını ve yararlarını göz önünde bulundurmaları gerekir. Buna aykırı bir davranış haksızdır. Küçüğe uygulanacak müdahalenin gayesi, özelliği ve sonuçları ile gerçekleştirilmemesi durumunda meydana gelebilecek neticeler hususunda aydınlatılmış olmalarına rağmen ana ve babanın haklı neden belirtmeden müdahaleye karşı çıkmaları halinde çocuğun üstün yararı temel alınarak müdahalenin gerekliliğine dair sonuca varılmalıdır. Ana ve babanın rıza vermemeleri çocuğun üstün yararına aykırı ise rıza aranmamaktadır.” şeklinde bir karara varmıştır⁸².

Ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı bir rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır; ancak bu durum kanun koyucu tarafından tazminatta indirim sebebi olarak düzenlenmiştir ve bu husus TBK md.52’de düzenlenmektedir.

Hekim gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahaleyi hastanın beden ve ruh bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirmektedir; bundan dolayı tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmiş olması için hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması

⁷⁹ Konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilmiş emsal kararlar bulunmaktadır.

Bkz: Yargıtay 4. HD., E.1976/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-1976-6297-k-1977-2541-t-07-03-1977>. (Erişim Tarihi:27.03.2020)

⁸⁰ Aykın ve Çınarlı, (2016), s. 338

⁸¹ Yargıtay 13. HD., E.2014/43786, K. 2015/198, T.13.01.2015. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2014-43786-k-2015-198-t-13-1-2015>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020)

⁸² Devletin anne - baba rızası aramaksızın çocuklara zorunlu aşı uygulamasına ilişkin olarak Yargıtay’ın vermiş olduğu diğer kararlar için bkz: Yargıtay 2. HD., E. 2015/637, K. 2015/10057,T. 13.5.2015, Erişim Kaynağı:<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2015-637-k-2015-10057-t-13-5-2015>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020) ; Danıştay’ın hukuka uygunluk şartlarına ilişkin olarak verdiği kararı incelemek için bkz: Danıştay 10. D., E. 2001/4681, K. 2005/671, T. 23.2.2005, Erişim Kaynağı:<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-daire-e-2001-4681-k-2005-671-t-23-2-2005>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020)

gerekmektedir⁸³.

Hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmesi için hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda ; örneğin hasta ayırt etme gücünden yoksunsa, geçirmiş olduğu kaza sonucu bilinci kapalıysa ve de yakınlarına da ulaşamıyorsa, ayrıca tüm bunlara ek olarak müdahalenin gerçekleşmesi için beklemek hastada daha büyük zararlar meydana getirebilecekse daha üstün nitelikli bir özel yararın varlığı mevcut olduğundan rıza alınmadan müdahalenin gerçekleştirilmesi hukuka aykırı değildir⁸⁴.

Bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla kişinin beden bütünlüğüne rızası dışında daha üstün bir kamusal yararın gerçekleştirilmesi için aşı yapılması halinde uygulanacak olan bu tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilir⁸⁵.

2.2.1.1.4.1.1.2. Kusur

Hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuka aykırı bir fiilin varlığına ek olarak kusur unsurunun da bulunması gerekir; kusur unsuru hem sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta kurucu unsur olarak kabul edilir.

Kusur kavramı hukuk düzeni tarafından hoş görülme ve bununla beraber aynı zamanda kınanan davranış biçimidir⁸⁶. Sorumluluk hukuku kapsamında tanımlanan kusur unsuru, kast ve ihmal olarak iki şekilde incelenmektedir; kast ve ihmal olarak gerçekleştirilen ayırım tazminatın miktarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir⁸⁷.

Kast, eylemin sonucunun hukuka aykırılığı meydana getireceği bilindiği halde yine de gerçekleştirilmesidir; örneğin , hekimin tedavi ücretini arttırmak amacıyla tedavi süresini bilinçli bir şekilde uzatması, hasta üzerinde gereksiz müdahalelerde bulunması ve ameliyat etmesi vs. kasıtlı davranıştır ; ihmal ise hukuka aykırı sonucun oluşması istenmediği halde bu sonucun meydana gelmemesi için gereken özenin

⁸³ Kahraman, (2016), s.479

⁸⁴ Yavuz İpekyüz,(2015), ss. 29 - 30

⁸⁵Saltık, A. (2019). *Aşı Reddinin Sağlık Hukuku Boyutu* [Çevrimiçi] . Erişim Adresi: <http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/asireddipaneli/asireddininsaglikhukukuboyutu.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.03.2020); Yavuz İpekyüz, (2015), s.30

⁸⁶ Oğuz, H. (2016) *Sorumluluk Hukukunda Kusur*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(28), ss. 273 – 286.

⁸⁷ Oğuz, (2016), s.282

gösterilmemesidir; örneğin, by pass ameliyatı sonrası hastanın kalbinde sargı bezi unutulması⁸⁸ ihmali davranıştır⁸⁹.

Hekimin gerçekleştirdiği eylemde ihmali değerlendirirken; gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin zorluğu ve taşıdığı risk unsuru dikkate alınırken, hekimin kişisel mazeretleri, örneğin ; hekimin bakmakla yükümlü olduğu hasta sayısındaki fazlalık veya yorgun olması vb. gibi gerekçeler dikkate alınmamaktadır⁹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda kusur kavramına ilişkin açıklamada bulunmaktadır⁹¹.

Hekimin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda karşımıza meslek kusuru kavramı çıkmaktadır. Meslek kusuru kavramı ile kastedilmekte olan husus hekimin yalnızca meslek kurallarına aykırı davranışları değil bununla birlikte gereken dikkat ve özeni göstermeden gerçekleştirdiği eylemlerin sonucu olarak ortaya çıkan durumdur . Meslek kusuru, hekimlerin sahip oldukları tıbbi bilgi seviyesine göre tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken gereken özeni göstermemiş olmaları neticesinde tedavinin hatalı olarak vuku bulmasını ifade etmektedir⁹².

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde hekimlerin mesleki standartlara uymaları zorunluluğu düzenlenmektedir. Hekimin meslek kusuru gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahalede vb. eylemlerde objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ile meydana gelmektedir⁹³.

Hekim, somut olayın niteliklerine ve olayın gerçekleşmiş olduğu andaki şartlara göre hukuk düzeni tarafından belirlenmiş bulunan tıbbi standartlara uygun olmayan bir müdahalede bulunmuş ise tıbbi uygulama hatası (medical malpractice) yaptığı kabul edilmektedir⁹⁴. Yargıtay 13. HD.'nin 14.03.1983 tarihli kararında; sağlık personelinin

⁸⁸ Yargıtay 13. HD., E. 2011/7697, K. 2011/10489 , T. 30.06.2011. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hd-e-2011-7697-k-2011-10489-t-30-06-2011>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020)

⁸⁹ Yavuz İpekyüz, (2015), ss. 31 - 32

⁹⁰ Hakeri, (2020), s. 437

⁹¹ Bkz: Yargıtay HGK., E. 2011/592, K. 2012/25, T. 01.02.2012. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2011-4-592-k-2012-25-t-1-2-2012>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020)

⁹² Bostancıoğlu Uygur, A. (2019) *Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi* , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(144), ss. 355 – 381.

⁹³ Bostancıoğlu Uygur, (2019), s.379

⁹⁴ Bostancıoğlu Uygur, (2019), s.355

kusuruna ilişkin açıklamada bulunmaktadır⁹⁵.

2.2.1.1.4.1.1.3. Zarar

Hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna başvurulabilmesi için hekimin gerçekleştirmiş olduğu fiilin hukuka aykırı ve kusurlu olmasının yanında hastanın ruh sağlığında ya da beden bütünlüğünde maddi veya manevi olarak nitelendirilebilecek bir zarara yol açmış olması gerekmektedir.

Haksız fiilden kaynaklı bir zarar meydana geldiğinde doğrudan zararların tazmin edilmesi mümkün iken, yansıma zararların tazmin edilmesi iki istisnai durum dışında mümkün değildir; bu iki istisnai durumdan ilkinin destekten yoksun kalma tazminatı, ikincisini ise manevi tazminat oluşturmaktadır⁹⁶.

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde haksız fiilden doğan sorumluluk hususuyla ilgili zarar verenin meydana getirdiği her türlü zarardan sorumlu olacağını belirtmiştir. Kanun koyucu bu şekilde düzenlemiş olduğu madde hükmü ile haksız fiilden bahsedilmek için kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile birlikte gerçekleştirilen fiille bir başkasına zarar verilmiş olması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Hekim ile hasta arasında sözleşmeden kaynaklı bir hukuki ilişki yoksa ve gerçekleştirilen hatalı tıbbi müdahalede vekaletsiz iş görmenin unsurları bulunmuyorsa; örneğin , hekimin kişisel problemler sebebiyle hastanın hayatına son vermesi ya da hekimin kişiye haber vermeden, aydınlatılmış onamını almadan kişinin üzerinde deney gerçekleştirmesi ve buna benzer durumlarda hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğuna gidilmektedir⁹⁷.

Haksız fiilden dolayı zarar uğradığını iddia eden taraf zararını ve zarar verenin kusurlu olduğunu ispatlamakla mükelleftir⁹⁸; ancak zarar gören ve zarar veren kavramlarını tıp hukuku açısından inceleyecek olduğumuzda meslek kurallarına aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesi kusur unsuruna bir karine teşkil edeceğinden hastanın sadece

⁹⁵ Yargıtay 13. HD., E.1982/7237, K.1983/1783, T.14.03.1983. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-1982-7237-k-1983-1783-t-14-03-1983>. (Erişim Tarihi: 28.03.2020)

⁹⁶ Hakeri, (2020), s.437

⁹⁷ Yördem, (2019), s.136

⁹⁸ Haksız fiilden dolayı zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispatla yükümlü olduğuna dair düzenlenen madde hükmü TBK md. 50'de yer almaktadır.

hekimin meslek kurallarına aykırılığını ispat etmesi yeterli olacaktır⁹⁹.

Zarar; kişinin malvarlığında oluşan eksilme sebebiyle maddi olabileceği gibi kişisel değerlerde, ruh sağlığında bozulma sebebiyle de manevi olarak iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Hastanın uğramış olacağı doğrudan veya dolaylı zararlara ve hasta yakının uğrayacağı yansıma zararlara örnek olarak ; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya kaybedilmesi, , eşin ya da yakının sağlığının bozulması ya da ölmesi nedeniyle destekten yoksun kalma, ölüm nedeniyle meydana gelen giderler, cenaze masrafları verilebilir, bunlar maddi zararlar olarak nitelendirilmektedir ; hekimin tedavi hatası sonucunda hastanın yaşama istek ve sevincinde (hasta açısından) önemli sayılabilecek derecede bir eksiklik meydana gelmişse bu da manevi zarara bir örnek teşkil etmektedir¹⁰⁰. Kişinin gerçekleştireceği eylemin hem haksız fiil hem de borca aykırılık teşkil edebileceği durumlar mevcuttur; böyle bir durumda karşı tarafın meydana gelen maddi ve manevi zararını tazmin edebilmesi için en iyi giderim olanağı sağlayacak olan sorumluluk sebebine başvurulabilir¹⁰¹.

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken hastanın tedavi edilmesi gereken hasta organı yerine işlevini yerine getiren sağlıklı organının ameliyat edilmesi durumunda veya hastanın ameliyatı gerçekleştirilirken hastanın tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği uzvunda makas vb. bir cisim unutulduğunda ve buna benzer çeşitli durumlarda; hekim , hasta ile arasındaki hekimlik sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükleri ihlal etmesinin yanında hekimin haksız fiil sorumluluğu meydana gelmektedir; bunun sonucunda hasta hekime karşı tazminat talebinin karşılanmasında TBK md.60 hükmüne göre zararının tazmininde en iyi giderim olanağını sağlayan sorumluluğa dayanır¹⁰².

2.2.1.1.4.1.1.4. İlliyet (Nedensellik) Bağı

Hekimin uygulayacağı müdahalelerde gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilinden kaynaklı sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı ve kusurlu davranışı ile bu davranışın sonucu meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunması

⁹⁹ Hakeri, (2020), s.442

¹⁰⁰ Yördem, (2019), ss. 147 - 151

¹⁰¹ Özdemir, (2016), ss. 39 - 40

¹⁰² Özdemir, (2016), s. 39

gerekmektedir.

Çeşitli durumlarda illiyet bağının kesilmesi hususu meydana gelmektedir, illiyet bağının kesilmesine yol açan sebepleri üç grupta toplayabiliriz, bunlar; mücbir sebepler, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur¹⁰³.

İlliyet bağının; mücbir sebep , üçüncü kişinin kusuru veya gerçekleştirmiş olduğu eylem, zarar görenin kusuru veya gerçekleştirmiş olduğu eylem ile kesildiğinde bu şartlar altında hekimin sorumluluğuna gidilemez¹⁰⁴.

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı tıbbi müdahale ile hastada ortaya çıkan zarar arasında mevcut bulunan nedensellik bağının ispat yükü hastaya aittir; hastanın “ilk görünüş ispatı”nı gerçekleştirmesi yeterlidir, yani kuvvetli ihtimalin ispatlanması yeterli sayılacaktır¹⁰⁵.

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı tıbbi müdahale ile hastada oluşan zarar arasındaki illiyet bağını ispat yükü hastaya aittir; hastanın “ilk görünüş ispatını gerçekleştirmesi yeterlidir, yani kuvvetli ihtimalin ispatlanması yeterli sayılacaktır¹⁰⁶. Doktrinde illiyet bağı kavramının yetersiz olduğu ve bunun yerine hukuka aykırılık bağı¹⁰⁷ kavramının kullanılmasını uygun görüldüğü bir görüş de bulunmaktadır¹⁰⁸.

Hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunda da sözleşmeden doğan sorumluluğunda olduğu gibi hukuka aykırı eylemin “genel yaşam deneyimlerine, olayların olağan akışına göre neden olabileceği zararlı sonuçlarından sorumludur¹⁰⁹.

İlliyet (nedensellik) bağının belirlenmesinde kullanılan ölçüt hekimin gerçekleştirecek olduğu müdahaleyi özenli bir şekilde gerçekleştirmiş olması halinde zararın meydana geldiği sonucun kesin denilebilecek bir ihtimalle önlenebilecek olmasıdır¹¹⁰.

¹⁰³ Aykın ve Çınarlı, (2016), ss. 212 - 216

¹⁰⁴ Kılıç Güneş, (2016), s.81

¹⁰⁵ Yılmaz, (2017), s.180

¹⁰⁶ Yılmaz, 2017, s. 180

¹⁰⁷ Haluk Tandoğan illiyet bağı kavramının yetersiz olduğu görüşündedir ve bu sebeple de hukuka aykırılık bağı kavramını ileri sürmüştür, Bkz: Tandoğan, H. *Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, Ankara 1977.

¹⁰⁸ Bahsi geçen görüş için bkz: Sindel, E. (2016) Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu , *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119), ss. 243 – 255.

¹⁰⁹ Seçer, Ö. (2013) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), ss. 107 – 148.

¹¹⁰ Üstündağ, M.E. (2012) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), ss. 87 – 93.

2.2.1.1.4.2. *Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk*

Vekaletsiz iş görme kavramı iş görenin işi gerçekleştirebilmek için iş görme yükümlülüğü içeren bir sözleşme vb. bir anlaşma olmadan iş sahibine karşı bir yükümlülüğünün veya yetkisinin bulunmaması durumudur¹¹¹.

Vekaletsiz iş görme kavramının üç objektif unsuru bulunmaktadır bunları şu şekilde sıralayabiliriz: iş görme , işin başkasına ait olması ve işi yapanın vekaletinin olmaması; bunlara ek olarak iş görenin belirli bir amaca yönelmiş iradesinin olması gibi bir subjektif unsuru bulunmaktadır¹¹². Vekaletsiz iş görme hususu TBK 526 ila 531. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Literatüre bakıldığında hekimin vekaletsiz iş görmesi hususuna ilişkin çeşitli tanımlamalar bulunmaktadır; bunlardan birkaçını örneklemek ve bu tanımlamalardan yola çıkan ortak noktalar ile hekimin vekaletsiz iş gördüğü durumları açıklamak konunun özünün anlaşılması adına faydalı olacaktır. Acil müdahale edilmesi gereken veya ameliyatın genişletilmesinin gerektiği durumlar gibi hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasının mümkün olmadığı şartlar altında vekaletsiz iş görme halinin vuku bulduğu kabul edilmektedir¹¹³.

Hastanın hayatını kurtarmak ya da ağır bir zarar görmesini engellemek gibi zaruri durumun olduğu hallerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde ve ameliyat sürecinde meydana gelen bir durum sonucu ameliyatın genişletilmesi gerektiğinde hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; bu şartlar altında da vekaletsiz iş görme kavramı oluşmuş olup TBK'da bulunan vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır¹¹⁴.

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerde olayın özelliğinden sebeple hekim ve hasta arasında serbest iradeye dayalı sözleşme ilişkisi kurulmadığı durumlarda yani hekim hastanın iradesine bağlı bulunmadan hastanın iyileştirilmesi sağlamak için hastaya tıbbi müdahalede bulunduğu anda vekaletsiz iş görme kavramı ortaya çıkmaktadır¹¹⁵.

Hekimin ameliyatın devamında daha önceden gerçekleşeceği bilinmeyen

¹¹¹ Tunçer, (2019), ss. 198 - 199

¹¹² Reyhani Yüksel, S. (2016) *Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu* , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , 21(2) , ss. 793-804.

¹¹³ Hakeri, (2020), s.373

¹¹⁴ Yılmaz, (2017), s.187

¹¹⁵ Türkmen, (2013), s. 55

komplifikasyon vb. bir durum ve hastaya da anlatılmasının mümkün olmadığı yeni bir bulgunun oluşması sonucu hasta için hayati tehlikenin oluşacağı durumlarda yapılmakta olan tıbbi müdahalenin genişletilmesi gerekir ve bu halde de hastanın rızası beklenemeyeceğinden beklenmesi halinde tehlikenin artacağından bahisle müdahale gerçekleştirilip ameliyat kapsamı genişletilebilir¹¹⁶.

Ameliyatın genişletilmesi halinde vekaletsiz iş görme hususunun geçerli olabilmesi için çeşitli kriterler belirlenmiştir, bunları şu şekilde sıralayabiliriz¹¹⁷:

- 1) Hasta için hastanın rızası alınarak gerçekleştirilen müdahaleden daha fazla oranda risk içeren ve beklenmeyen bir acil durumun meydana gelmesi,
- 2) Hastanın rızasının alınması için geçecek sürenin hasta bakımından daha büyük risklere yol açacağı belli olması,
- 3) Hastanın ölüm tehlikesi söz konusu olması,
- 4) Tıbbi standartlar kapsamında genişletilmenin öngörülemez olması

Yukarıda belirtilmiş bulunan literatürdeki vekaletsiz iş görmeye ilişkin çeşitli tanımlamalar ışığında hekimin vekaletsiz iş gördüğü durumlar: acil durumlar ve ameliyatın devamı esnasında ortaya çıkan zorunlu bir durum halinde ameliyatın genişletilmesi olarak belirtilebilir.

Vekaletsiz iş görmenin gerçekleşebilmesi tıbbi bir zorunluluk durumunun meydana gelmesi sonucunda oluşsa bile hastanın daha önce belirtmiş olduğu isteklerinin de dikkate alınması gerekmektedir; bu konu HHY'nin 24. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen bir diğer husus ise hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmenin rızaya bağlı olmamasıdır.

2.2.1.2. Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti

Hastaların tedavi için sağlık kurumlarına başvurduğu hallerde tedavi esnasında meydana gelen komplifikasyon ve malpraktisten (hatalı tıbbi uygulama) kaynaklanan zararlarının tazmininde tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık çalışanıyla birlikte

¹¹⁶ Seçer, (2013), s.118

¹¹⁷ Günday, (2012), ss. 13 - 14

tedavi için başvuru hastanesinin de sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹¹⁸. Bu kapsamda sağlık kurumlarının sorumluluğu hususunda yapılacak inceleme hastanesinin kamu hastanesi ya da özel hastane olması bakımından ikili bir ayrıma gidilerek gerçekleştirilecektir.

2.2.1.2.1. Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti

Nüfusta meydana gelen artış, tıp dünyasında meydana gelen gelişmeler ve sağlık bilincinin yükselmesiyle de ortaya çıkan daha kaliteli hizmet talebinin artması kamu hastanelerinin sağlık hizmetinde yetersiz kalmasına yol açmış ve özel hastanelerin sayısında hızla artışa sebep olmuştur¹¹⁹.

Türk hukukunda özel hastaneler ile ilgili düzenlemeler 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nda bulunmaktadır. Mevcut bulunan hastanelerden hangilerinin özel hastane sıfatına haiz olduğu 2219 sayılı kanunda düzenlenirken ; özel hastanelerin çalışma esasları da Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. HHK md.1'de özel hastanesinin tanımına yer verilmektedir.

2219 sayılı kanunda açıklanan bir diğer düzenleme ise sağlık kuruluşunun özel hastane olarak nitelendirilebilmesi için toplumun geneline hizmet vermesi gerektiğidir; Hususi Hastaneler Kanunu'nun 2. maddesinde sağlık kuruluşunun özel hastane olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan toplumun geneline hizmet verme şartı özel şirket vb. kuruluşların kendi bünyelerindeki personellerine sağlık hizmeti vermek için işlettikleri sağlık kurumlarının özel hastane sayılmayacağı belirtilerek bir ayrıma gidilip açıklanmıştır.¹²⁰

Tedavinin gerçekleştirileceği hastane özel hastane olduğu takdirde hekim ya da diğer sağlık personeli hasta ile kurulacak olan sözleşmenin tarafı olmazlar ; sözleşme hasta ile özel hastane işleticisi arasında kurulmaktadır , hasta direkt olarak hekim ile değil hastane ile muhatap olmaktadır ; hekim ifa yardımcısı sıfatıyla hastane adına tedavi, teşhis vb. işlemleri gerçekleştirmektedir¹²¹. Yargıtay kararlarında özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi sonucunda hastanesinin sorumluluğu TBK md. 66¹²² kapsamında kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmiştir; hekimin sorumluluğu ise

¹¹⁸ Özçetin ve Balaban, (2015), s.227

¹¹⁹ Tunçer, (2019), s.333 ;Özçetin ve Balaban, (2015), s.228

¹²⁰ Özçetin ve Balaban, (2015), s.228

¹²¹ Hakeri, (2020), ss. 375 - 377

¹²² TBK md. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenlemektedir.

sadece haksız fiil sorumluluğu olarak belirtilmiştir ve haksız fiilden kaynaklanan zararlar da zararı meydana getiren hekim veya ilgili sağlık personeli tazminat sorumlusudur¹²³.

Yargıtay 13. HD. 21.12.2001 tarihli kararında hastanenin istihdam eden sıfatıyla sorumlu olacağını belirtmiştir¹²⁴. Özel hastane işleticisi ve hasta arasında kurulmuş olan sözleşme “hastaneye kabul sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Hastaneye kabul sözleşmesi üç şekilde yapılmaktadır, bunlar ; tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi, hekimlik (tedavi) sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi şeklindedir¹²⁵.

Tam hastaneye kabul sözleşmesi hastaya tedavi imkanı ile beraberinde yeme-içme, barınma vb. hizmetleri sunmaktadır; hastaya bu sözleşme ile hastanenin kadrolu sağlık personelleri aracılığıyla muayene ve tedavi işlemlerine başlanır , burada önemle belirtmek gerekir ki tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim hastane tarafından seçilmektedir ve hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır¹²⁶.

Hastaneye kabul sözleşmesi kurulurken sözleşme için spesifik koşullar belirlenmemişse kendiliğinden tam hastaneye kabul sözleşmesi gerçekleşmiş kabul edilir ve esas olarak kabul edilen sözleşme budur¹²⁷.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hasta ile hekim arasında kurulan bir tedavi sözleşmesi ve hasta ile hastane işleticisi arasında ise tedavi dışında kalan barınma , yeme – içme, vs. hizmetler için kurulan bir sözleşme mevcuttur; tedavi ile ilgili meydana gelebilecek zararlar da sadece hekim sorumlu tutulur , hastane işleticisinin sorumluluğuna tedavi dışında kalan hizmetlerden kaynaklanan zararlar için başvurulmaktadır¹²⁸.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde hasta ayrı ayrı hem

¹²³ Hakeri, (2020), ss. 434 - 435

¹²⁴ Kazancı (2020). Yargıtay 13. HD., E. 2001/9800, K.2001/11883, T. 21.12.2001. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2001-9800.htm&kw=Mahkemece,+hasta+ile+doktorlar+arasındaki+ilişkinin+vekalet+ilişkisi+olduğu,+veki+lin+özen+görevinin+bulunduğu+hafif+kusurundan+dahi+sorumlu+olduğunu,+Adli+Tıp+Genel+Kuru+lu+raporuna+göre+anılan+doktorların+olayda+`5/8`+oranında+kusurlu+buldukları#fm>. (Erişim Tarihi:01.04.2020)

¹²⁵ Tunçer, (2019), s.334

¹²⁶ Karan, G. (2015) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 156 - 157

¹²⁷ Yılmaz, (2017), s.256

¹²⁸ Karan, (2015), s.50

hastane işleticisiyle hem de hekimle tedavi sözleşmesi kurmaktadır; hastane işleticisi bu sözleşme türünde hem tedaviden hem de gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği diğer hizmetlerden sorumludur; hekimin sorumluluğu sadece tedaviden kaynaklanmaktadır ve tedaviden meydana gelen zararlardan hekim ile hastane işleticisi müteselsilen sorumludurlar¹²⁹.

2.2.1.2.2. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Mahiyeti

Teşhis, tedavi vb. işlemler için hasta kamu hastanesine müracaat ettiği takdirde aralarında kurulan ilişki özel hukuk bağlamında bir sözleşme ilişkisi olmamakla birlikte sadece kamu hukuku ilişkisi oluşmaktadır¹³⁰.

Kamu hastaneleri, devlet ya da başka bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulmuş ve işletilmekte olan, vatandaşlara sağlık hizmeti verme amacı taşıyan ve kamu yönetimi içerisinde bulunan teşekküllerdir¹³¹.

Kamu hastaneleri özel hastanelerden farklı olarak kazanç elde etme amacı gütmeyen aksine kamu yararına hizmet verme amacını devlet ya da kamu tüzel kişilikleri tarafından kurulup işletilerek gerçekleştirirler¹³².

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale vb. işlemler sonucu ortaya çıkan zararlar bakımından zararın tazminine yönelik özel hukuk kurallarına değil kamu hukukunun usul ve esaslarına başvurulmaktadır. Devlet hastanelerinde uygulanan tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zarara hekimin sebep olduğu hallerde de devletin sorumluluğuna gidilir; çünkü , devlet hastanesinde çalışan hekim kamu görevlisidir¹³³.

Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 numaralı maddeleri kamu mesleği mensuplarının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasında; hekime karşı rücu davası açılarak kusuru oranında tazminata mahkum edileceği düzenlenmiştir. Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; kamu hastanelerinde gerçekleşen tıbbi müdahale sonucu zararın tazmini için en üst idari birim olan Sağlık Bakanlığı'na karşı hastanın dava açacağı kuralı belirlenmektedir.

Kamu hastanelerinde veya kamuya ait sağlık kuruluşlarında görev yapan hekimler

¹²⁹ Tunçer, (2019), ss.334 - 335; Yılmaz, (2017), s.256; Karan, (2015), ss. 49 - 50

¹³⁰ Türkmen, (2013), s.59

¹³¹ Kılıç Güneş, (2016), s. 62

¹³² Kılıç Güneş, (2016), s.62

¹³³ Tunçer, (2019), s. 335

devlet memuru statüsünde bulduklarından tıbbi müdahale esnasında hastaya hizmet kusuru sebebiyle zarar verildiği takdirde hekime doğrudan dava açılmaz¹³⁴.

Yargıtay'ın çeşitli yıllar içerisinde konuya ilişkin olarak verilmiş kararları bulunmaktadır¹³⁵. İdarenin kusuruna dayanan sorumluluğu, Fransız Danıştay'ı ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin uygulamalarından esinlenilerek uygulamada hizmet kusuru kavramı olarak adlandırılmaktadır¹³⁶.

Kamu hastanelerinde kamu personeli olan hekim ya da diğer sağlık mensuplarının tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken özensiz, dikkatsiz ve kusurlu fiillerinde kamu görevlisinin şahsi kusuru meydana gelmektedir ve bu durumda meydana gelen zararların tazmininde kamu görevlisi aleyhine haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğa yönelik dava açılır¹³⁷.

Kamu personelinin ifasıyla yükümlü olduğu görevle bağlantılı olmayan veya dolaylı olarak görevi ile alakalı olan kusur kamu personelinin bizzat kusuru halidir ki bu da kişisel kusur olarak adlandırılmaktadır¹³⁸.

¹³⁴ Yılmaz, (2017), s.257

¹³⁵ Yargıtay 13. HD. 19.04.2005 tarihli kararını konuya örnek olarak inceleyebiliriz.

Bkz: Yargıtay 13. HD., E.2004/15895, K.2005/6610, T.19.04.2005. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2004-15895.htm&kw=Davacı,+velisi+bulunduğu+kızı+Pelin%27in+kolunun+zarar+görmesine+görevini+g ereği+gibi+yerine+getirmeyen+davalı+doktor+Kürşat+Tamer+Özer%27in+#fm>. (Erişim Tarihi:01.04.2020)

¹³⁶ Bozdağ, A. (2010) *İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması* , Türk İdare Dergisi, 82 (468), ss.33 – 48.

¹³⁷ Kılıç Güneş, (2016), s. 64 ; Sarıtaş, (2006), s. 129

¹³⁸ Hakeri, (2020), s.378

Tablo 1. Sağlık Hizmetini Veren ve Alan Tarafa Göre Hizmetin Özelliği (Kaynak: Türkmen, (2013), s.60)

Sağlık Hizmeti Veren Taraf		Sağlık Hizmeti Alan Taraf	Hizmetin Niteliği
Kamu Hukukuna Bağlı Olarak Hizmet Verenler	Özel Hukuka Bağlı Olarak Hizmet Verenler	HASTA	Kamusal sağlık kuruluşlarında hizmet ücretsizdir; kar amacı güdülmez.
Kamusal Sağlık Kuruluşları	Özel Sağlık Kuruluşları (Özel Hastaneler ve Bağımsız Çalışan Hekimlerin Muayenehaneleri)		Özel sağlık kuruluşlarında hizmet ücretlidir; kar amacı güdülür.

Tablo 2. Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Çeşitli Kriterlere Göre Niteliği
(Kaynak: Türkmen, (2013), s.61)

Tedavi Hizmeti Alan Alan	Tedavi Hizmeti Veren	Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Türü	Hekimin Konumu	Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği
Hasta	Bağımsız Çalışan Hekim	Sözleşme İlişkisi Haksız Fiil İlişkisi Vekaletsiz İş Görme İlişkisi	Serbest Çalışan Hekim	Borçlar Hukuku İlişkisi (Özel Hukuk Kuralları)
Hasta	Özel Hastane	Sözleşmesel İlişki "Hastaneye Kabul Sözleşmesi"	Çalıştırılan Eleman / İfa Yardımcısı	Borçlar Hukuku İlişkisi (Özel Hukuk Kuralları)
Hasta	Kamu Hastanesi	Kamusal Hizmet İlişkisi	Kamu Personeli	Kamu Hukuku İlişkisi (İdare Hukuku Kuralları)

2.2.2. Hekimin İlaç Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu

Dünya Sağlık Örgütü'nün yapmış bulunduğu tanım kapsamında ilaç kavramı; fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, kullananın yararına değiştirmek veyahut incelemek saikiyle kullanılan ya da kullanılması öngörülen madde ya da üründür¹³⁹. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde ilaç kavramının tanımlaması yapılmaktadır.

Hekimlerin gerçekleştirmiş oldukları tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu;

1.Müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi,

2.Müdahalenin tıbbi standartlara uygun gerçekleştirilmesi,

3.Hastanın gerçekleştirilecek müdahale hakkında aydınlatılmış onamının alınması ile sağlanmaktadır; hekimin ilaç tedavisinden doğan sorumluluğu açısından bu unsurları uyarlayacak olduğumuzda hastaya en uygun ilaç tavsiyesi, endikasyon unsuruna uygunluk ile ilacın olası muhtemel yan etkileri konusunda aydınlatma ve rıza hususu ön plandadır¹⁴⁰.

Hekimler ilacın kullanılmasına özgü gereken bilgileri eksiksiz olarak hastasına anlatmalı ve gerekli görüldüğü takdirde bu ilaçları reçeteye yazmalıdır ; ilacın kullanımı sonucu ortaya çıkan yan etkiler konusunda hastayı aydınlatmada gereken özeni göstermezse bu sebeple meydana gelecek zararlardan sorumludur¹⁴¹.

Hekim herhangi bir ilaç araştırmasında yer almıyorsa ilacın üretimiyle alakalı bir sorumluluğu bulunmamaktadır; lâkin ilacın kullanımına yönelik hatalarından sorumluluğu mevcuttur, bu hataları sayacak olursak; reçeteye yanlış ilacın yazılması veyahut doğru ilacın dozajının yanlış verilmesi ya da reçetenin okunaksız yazılması şeklinde belirtebiliriz¹⁴².

Amerikan Tıp Enstitüsü'nün 1999 yılında hazırladığı rapora göre, ilaçların yanlış kullanımı tıbbi hataların sebepleri arasında önemli bir paya sahiptir; bu rapora göre her

¹³⁹ Gökcan, H.T. (2017) *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.498

¹⁴⁰ Akyıldız, S. (2016) *Sağlık Hukuku Rehberi*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.625

¹⁴¹ Yılmaz, (2017), s.238

¹⁴² Hakeri, H., Akyıldız, S., Çelik, F. ve Somer, P. (2013) *Tıp Hukuku Atölyesi 1*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.179 - 180

yıl 770 bin kişi ilaçların advers¹⁴³ etkilerinin yol açtığı nedenlerle zarar görmekte ya da hayatlarını kaybetmektedirler¹⁴⁴.

İlaç dozunun yanlış ayarlanmasının tıbbi uygulama hatası olduğuna ilişkin Danıştay'ın 2003 yılında vermiş olduğu kararı konunun öneminin anlaşılması adına iyi bir örnek teşkil etmektedir¹⁴⁵.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde hekimin hastasını hastasını tedavi ederken hiçbir ayırım gözetmeden teşhis ve tedavi işlemlerinde gerekli özeni göstermesi gerektiği hükme bağlanmıştır; hekimin gereken dikkati ve özeni göstermesi gereken hususa tedavi sürecinin bir parçası olan ilacın seçimi, dozunun belirlenmesi ve hastanın ilacın kullanımı ile ilgili aydınlatılması da dahildir¹⁴⁶.

¹⁴³ Advers etkinin tanımı için bkz: Farmakovijilans Derneği (2005). *Tanımlar* [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.farmakovijilansderneği.org/icerik.php?id=108>. (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹⁴⁴ Somer, (2014), s.177

¹⁴⁵ Danıştay Başkanlığı - İDDK., E.2002/716, K.2003/91, T.07.03.2003. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2002-716-k-2003-91-t-7-3-2003>. (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹⁴⁶ Yılmaz, (2017), s.238

BÖLÜM 3: TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) VE KOMPLİKASYON

3.1. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramı

Tıp biliminin temel felsefesini ve altın kuralını oluşturan ilk ilke “*Asla Zarar Verme!*”¹⁴⁷’dir¹⁴⁸. Hekimler bu temel ilkenin ışığında hastalara gerekli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmektedirler ; ancak, bazı hallerde gerçekleştirilen bu tıbbi müdahalelerin sonucunda hastanın tedavi için başvurmuş olduğu sağlık problemi ortadan kalkmayabilir veya daha başka sorunlar meydana gelebilir, bu durumda da hastanın yapılan hatalı tıbbi uygulama sonucu bir zarar gördüğü anlaşıldığında hekimlerin tıbbi uygulama hatasından (malpraktis) doğan sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁴⁹.

Malpraktis kelimesi Latince kökene sahip bir sözcük olmakla beraber “Male” ve “Praxis” sözcüklerinden türetilmiştir; “kötü hatalı uygulama” anlamına gelmektedir¹⁵⁰. Malpraktis kavramı, gereken özenin gösterilmemesi ile birlikte tıbbi uygulama hataları neticesinde meydana gelen ve bununla beraber görevi kötüye kullanmayı tanımlayan bir ifadedir¹⁵¹.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde¹⁵² hekimliğin kötü uygulanması (malpractice) başlığı altında tıbbi uygulama hatası kavramı açıklanmaktadır.

Yapılan tanımlamadan da çıkarılması gereken temel sonuçlardan biri hastanın tanı veya tedavi sürecinde meydana gelen istenmeyen durumların hepsini tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmemesi gerektiğidir.

¹⁴⁷ “*Primum Non Nocere* ” olarak Hipokrat tarafından söylenildiğine inanılan tıp fakültelerinde öğrencilere öğretilen temel kuraldır ; hekime her şeyden önce herhangi bir tıbbi müdahalenin yol açabileceği olası zararları hatırlatma vurgusu taşımaktadır ; Almanca “*Zuerst einmal nicht schaden*”, Fransızca “*D’abord, ne pas nuire*” ve İngilizce “*first, do not harm*” şeklinde çevrilmiştir. [Wikipedia]. (2020 , 04 Nisan) *Primum Non Nocere*. [Wiki Makalesi].

Erişim Adresi: https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum_non_nocere

¹⁴⁸ Üstün, Ç. (2009) *Tıp’ta Etiğin Yerini Belirlemek (Türkiye Açısından Kısa Değerlendirme)* , Sağlık Hukuku Digestası, 1(1), ss. 115 – 119.

¹⁴⁹ Polat, (2019), ss. 283 - 287

¹⁵⁰ Tunçer, (2019), s.73

¹⁵¹ Değdaş, U.C. (2018) *Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* , Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(6), ss. 41 – 65.

¹⁵² Özkara, E. (2020) *Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp*. 3.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 80 - 81

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı 3.md.; sağlık görevlilerinin kast ya da kusur veyahut ihmal sonucunda standart uygulamayı gerçekleştirmemesi, bilgi ya da yetenek noksanlığı veya hatalı teşhis ya da tedavi gerçekleştirilmesi vb. şekillerde ortaya çıkan zarar meydana getiren fiilleri tıbbi kötü uygulama olarak tanımlamaktadır.

Black's Law Dictionary hatalı tıbbi uygulama kavramını¹⁵³;

“Bir doktorun, aynı tıbbi uzmanlığa sahip bir hekim veya cerrahın benzer şartlar altında kullanacağı bakım ve yetenek derecesini kullanamaması.” ifadeleriyle tanımlamaktadır.

Dünya Tabipler Birliği'nin (DTB) 1992 yılında gerçekleşmiş olan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş bildirmede¹⁵⁴ tıbbi uygulama hataları kavramı *“hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri noksanlığı veyahut hastayı tedavi etmemesi sonucu oluşan zarar”* olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁵.

DTB'nin Malpraktis Bildirgesi'nde, tıbbi uygulama esnasında bilgi ya da beceri yetersizliği neticesinde meydana gelen durumlar istenmeyen sonuç olarak belirtilmiştir; bu durum sonucunda ortaya çıkan zarardan hekimin sorumluluğunun meydana gelmediği açıklanmıştır.

Dünya Tabipler Birliği 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda Malpraktis Bildirgesi olarak adlandırılan sonuç bildirmede aşağıda sıralanan gerekçelerle tıbbi uygulama hatasından kaynaklı davaların arttığını belirtmektedir¹⁵⁶:

“a) Tıbbi bilginin artması, tıbbi teknolojinin gelişmesi, hekimlerin geçmişte yapamadıkları bazı işlemleri yapmaya itmektedir, bu ilerlemeler çoğunlukla ağır riskleri de içerir.

b) Hekimler üzerinde tıbbi hizmetlerin artan maliyeti ile ilgili baskı vardır.

c) Elde edilebilir, varolan sağlık hizmetine ulaşma hakkı, garanti edilemeyen

¹⁵³Garner, B. A. (2004) *Black's Law Dictionary*. 8nd edition. United State of America: Thomson West , s. 978

¹⁵⁴ Dünya Tabipler Birliği'nin (The World Association) 1992 yılında “Tıpta Yanlış Uygulama” konulu yayınladığı tebliğde, tıbbi uygulama hatalarına bağlı davaların sayında artışın olması sebebiyle konuya ilişkin açıklamalara ve tanımlamalara yer verilmek zorunda kalmıştır. (Polat, 2019, s.19)

¹⁵⁵ Polat, O ve Pakiş, I. (2011) *Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu*, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2(3), ss. 119 – 125

¹⁵⁶ Polat, O. (2019) *Tıbbi Uygulama Hataları* . 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 283 - 284

sağlıklı olma ve kalma hakkıyla karıştırılmaktadır.

d) Medya hekimlerin yeteneği, bilgisi, davranışı ve hastaya yaklaşımını sorgulayan olumsuz tutumu ile, hastaları hekimlere karşı dava açmaya teşvik etmektedir.

e) Artan davalar karşısında defansif=korumacı tıp uygulamasının dolaylı olmayan sonuçları dava konusu olmaktadır.”

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1977 tarihli kararında yapmış olduğu açıklama ile hekimlerin hatalı tıbbi uygulamadan sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır¹⁵⁷.

Hukuken tıbbi uygulama hataları incelenirken aşağıda sıralanmakta olan durumlar irdelenmektedir¹⁵⁸:

1. Hastanın zarar gördüğü durumun büyük ve açık bir ihmal sonucu meydana gelmiş olması,
2. Hastanın zararını meydana getiren sebebin önceden giderilebilecek olan bir bilgi eksikliği sonucu oluşması,
3. Hekimin risklerini ve sonuçlarını bilerek hastasına tıbbi müdahaleyi uyguladığı durumlarda olduğu gibi kastın mevcut bulunması.

Hekim tarafından gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin, tıbbi uygulama hatası (malpraktis) olarak nitelendirilebilmesi için şu unsurların bulunması gerekmektedir¹⁵⁹:

1. Meslek ve sanatta deneyimsizlik,
2. Hastanın bilinçli olarak zarar görmesine yol açmak,
3. Hasta ile kurulmuş olan hekimlik sözleşmesine aykırı davranışta bulunmak,
4. Hatalı veya risk içeren muayene sonucu hastanın zarar görmesi,
5. Müdahale sırasında kullanılacak olan tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılması neticesinde hastaya zarar vermek.

¹⁵⁷ Yargıtay 4. HD., E.1976/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-1976-6297-k-1977-2541-t-07-03-1977>. (Erişim Tarihi: 05.04.2020)

¹⁵⁸ Polat, (2019), s.21

¹⁵⁹ Birtek, F. (2007) *Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon – Malpraktis Ayırımı*, İstanbul Barosu Dergisi, 81(5), ss. 1937 – 2006.

3.1.1. Tıbbi Standart Kavramı ve Tıbbi Standarttan Sapma

Hekimlerin gerçekleştirecekleri tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan temel unsurlar kanunlarla ve teamüllerle belirlenmiş bulunan ana prensiplere ve sahip oldukları yükümlülüklerle uygun olarak gerçekleştirmeleridir; tüm belirlenmiş kaidelere uygun hareket etmeleri hastalara uygulanacak olan teşhis, tedavi ve tedavi sonrası bakım için önem arz etmektedir ve hekimler için altın kurallardan olan önce zarar verme(*primum non concere*) ve hastaya yarar sağla prensipleri ışığında her zaman güncel kalmalı ve bilinen ve denenmiş olan metotlara aykırı davranmamalıdır, tıbbi standardı takip etmeli ve gerektiği şekilde uygulamalıdır¹⁶⁰.

Hastalar, yaşadıkları sağlık problemi vb. durumların teşhisinin, tedavisinin ve sonraki bakımının çağa uygun olarak güncel tıbbi bilgi ve teknolojinin standartlarına uyacak şekilde gerçekleştirilmesini isteme hakkına sahiptirler.

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalede özen yükümlülüğüne aykırı davranışı esasında tıbbi standart eksikliğinden kaynaklanmaktadır¹⁶¹. Tıbbi standartlara uygun olarak tıbbi müdahalenin vb. işlemlerin gerçekleştiği hallerde herhangi bir olumsuz durum ortaya çıksa dahi hekimin kusuru meydana gelmemektedir; çünkü, hekim sahip olduğu yükümlülüklerle ve tıbbi standarda uygun hareket etmiştir¹⁶².

Özet bir ifadeyle açıklayacak olursak, hekimin kusurundan söz edebilmek için tıbbi standardı gerçekleştirdiği eylemde uygulamamış olması gerekmektedir. Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlarda hekimin tıbbi standarda uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği çeşitli sözleşmeler ve tüzüklerle de desteklenerek açıklanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.05.2017'de vermiş olduğu kararında konuya ilişkin olarak bilinmesi gereken ulusal ve uluslararası düzenlemelere de yer vererek tıbbi standart hususunun önemini açıklamaktadır¹⁶³.

Kural olarak bakıldığında hekimlerin tıbbi standart çerçevesinde eylemlerini gerçekleştirmesi gerekmektedir; ancak, tıp biliminde meydana gelen gelişmeler tıbbi

¹⁶⁰ Tıbbi standart kavramının literatürdeki tanımı için bkz: Hakeri, (2020), s.392

¹⁶¹ Hakeri, (2020), s.391

¹⁶² Hakeri, (2020), ss. 392 - 393 ; Hancı, (2006), s.30

¹⁶³ Yargıtay CGK., E. 2017/271 K.2017/278 T.16.05.2017. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-271-k-2017-278-t-16-5-2017> . (Erişim Tarihi: 07. 04.2020).

standardı da statik olmaktan çıkarmakta ve devamlı olarak değişim ve beraberinde gelişim sürecine yöneltmektedir. Dinamik bir yapıya sahip olan tıp bilimindeki gelişmeler sonucu tıbbi standardın dışına çıkılması yani tıbbi standarttan sapma meydana gelmektedir; önemle belirtmek gerekir ki bu kavram zarara sebep olacak uygulamaları değil yasal hükümler çerçevesinde yeni yöntemlerin uygulanmasını ifade etmektedir.

Hekim, kural olarak kabul edilmiş olan tıbbi standardı uygulamakla yükümlüdür; bununla beraber Hasta Hakları Yönetmeliği'nde hastaya karşı gerçekleştirilecek olan eylemler hakkında hasta, tıptaki gelişmeler ışığında uygulanmasını isteme hakkı düzenlenmektedir, bu sebeple de hekimin gelişmelere bağlı olarak meydana gelen yeni yöntemleri kurallar çerçevesinde uygulaması halinde hekimin sorumluluğu meydana gelmeyecektir yani hekimin aleyhine tıbbi standarttan sapma sebebiyle bir sonuç doğmayacaktır.

Hekimlerin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken istisnai durumlar dışında her zaman hastanın aydınlatılmış onamını alması gerekmektedir, ayrıca hastalar açısından hatırlatılması gereken mühim bir detayda hastanın vermiş olduğu rızasını geri çekebilme hakkının her zaman mevcut olduęudur¹⁶⁴.

Yeni yöntemlerin uygulanacağı müdahalelerde daha kuvvetli bir onayın mevcut bulunması gerektiği sonucunu doğurmaktadır; hekimler yeni metotları uygularken bu yöntemin dayanak noktalarını, önceden yapılmış deneyler sonucu elde edilen tecrübeleri ve ortaya çıkacak sonucun yarar-zarar istatistiğini değerlendirmelidir.

3.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramının Tarihsel Gelişimi

Tıp biliminin ortaya çıkışı insanlık tarihi kadar eskiye dayanmaktadır; kişiler hastalıklarını iç ve dış etkenlere bağlı oluşan alışılmış sebeplere değil doğaüstü güçlerin etkisi ile meydana gelen durumlar olarak kabul etmişlerdir ve bu sebeple de tıpla uğraşan , insanların hastalıklarına “doğaüstü duruma” çözüm arayan kişiler özel kişiler olarak kabul edilmişlerdir¹⁶⁵.

Hekimlerin gerekli dikkati ve özeni göstermeyerek hastayı zarara uğratan

¹⁶⁴ Hakeri, (2020), ss. 124 - 125

¹⁶⁵ Özpınar, B. (2007) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*. 1. Baskı. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.6

eylemlerinden sorumlu tutulması fikri de binlerce yıl öncesine dayanmaktadır.

MÖ 1754 yılında Hammurabi Kanunu¹⁶⁶'nda hekimlerin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken verdiği zarar sonucu cezalandırılması gerektiğine ilişkin katı düzenlemeler yer almaktadır; kurallara göre, hekim ameliyat sırasında hasara yol açan bir hata yaparsa cezalandırılır¹⁶⁷.

MÖ 5. Yüzyılda Antik Yunan'da hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının etik davranışlar sergilemeleri için Batı tıbbının kurucusu olarak atfedilen Hipokrat (Hippokrates) tarafından oluşturulduğu düşünülen Hipokrat Yemini¹⁶⁸ meydana gelmiştir; yemin yıllar içerisinde çeşitli formatlarda karşımıza çıksa dahi temel husus "zarar verme" "do no harm" söylemidir¹⁶⁹.

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin ilk kayıtlı dava 1374 yılında Stratton v. Swanlond davasıdır¹⁷⁰; bir cerrah kendisine başvuran kadının yaralanmış elini tedavi etmeye çalışır; ancak, kadın, cerrahın kendisini iyileştireceğini söylediği halde gerçekleştirdiği müdahaleden sonra elinde deformasyon oluştuğunu belirterek cerrahı dava etmiştir, açılan dava usulden reddedilmiş olduğu halde yargıç hekimlerin ihmalkar davranışları nedeniyle zarar meydana geldiğinde sorumlu tutulacaklarını ve buna ek olarak hastayı

¹⁶⁶ Hammurabi Kanunu hakkında detaylı bilgi için bkz: King,L.W. (2008). *The Code of Hammurabi* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

¹⁶⁷ Weiss&Paarz Medical Malpractice Attorneys. (2017). *The History of Medical Malpractice* [Çevrimiçi].

Erişim Adresi: <https://www.weisspaarz.com/history-of-medical-malpractice/>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020) ;

Hammurabi Kanunları hakkında detaylı bilgi için bkz: Yale Law School-LGLL - TAP (2008). *The Code Of Hammurabi* [Çevrimiçi].Erişim Adresi: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. (Erişim Tarihi:08.04.2020)

¹⁶⁸ "Doktor olma yolunda önemli bir adım olarak tıp öğrencileri Hipokrat Yemini'ni etmelidirler; ve bu yemindeki sözlerden en önemlisi de "önce zarar verme"dir." Schmerling, R.H. (2015, Ekim 14). *First Do No Harm* [Blog Yazısı]. Erişim Adresi: <https://www.health.harvard.edu/blog/first-do-no-harm-201510138421>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

¹⁶⁹ Tyson, P. (2001, Mart 27). *The Hippocratic Oath Today* [Blog Yazısı]. Erişim Adresi: <https://www.pbs.org/wgbh/nova/article/hippocratic-oath-today>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020)

¹⁷⁰ "1374 tarihli Stratton v. Swanlond davası sıklıkla hatalı tıbbi uygulama yasasının "14. yüzyıl atası" olarak anılmaktadır. Baş yargıç John Cavendish , Agnes Stratton'un kocasının eli ağır bir şekilde ezilmiş olarak cerrah John Swanlond ile tedavi işlemini gerçekleştirmesi için belirli bir ücret karşılığı anlaşılır; ancak hastanın elinde tedavi sonrası kalıcı ve ağır deformasyonlar oluşur, bu sebeplede Stratton sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle Swanlond'a dava açar, dava şikayet dilekçesindeki hata nedeniyle reddedilmiş olsa da tıbbi bakım standartlarını belirlemede bir mihenk taşı olacak ilke belirlenmiştir. Cavendish; hekimin ihmali sonucu hastaya zarar vermesi halinde sorumlu tutulabileceğine hükmederken,tedaviyi başaramasa bile gerekli tıbbi standartlara uygun ve özen yükümlülüğüne bağlı kalarak eylemini gerçekleştiren hekimin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir." Gilman ve Bedigian (2020). *A History Of Medical Malpractice In The United States* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.gilmanbedigian.com/a-history-of-medical-malpractice-in-the-united-states>. (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2020).

kurallara uygun, özenli ve düzgün bir şekilde tedavi ettikleri halde hasta iyileşemezse sorumlu tutulmayacaklarını belirterek günümüzde bile geçerli olan ilkelere öncülük etmiştir¹⁷¹.

1374 döneminde kabul edilmiş olan bu ilke sadece cerrahları değil, o dönemde farklı bir meslek olarak kabul edilmiş bulunan doktorları, eczacıları ve berberleri de kapsamaktadır¹⁷².

Malpraktis kavramı karşımıza 1768 tarihinde İngiltere’de yayınlanan ve Sir William Blackstone tarafından yazılan “İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar” (*Commentaries on the Laws of England*) adlı eserde çıkmaktadır; bu döneme kadar tıbbi müdahale sonucu meydana gelen olumsuz durumlar doğaüstü bir hal olarak kabul edilmekteyken, Blackstone; tıbbi hataları, ihmal ya da beceri eksikliği içeren hekimin, cerrahın ya da eczacının yönetimi şeklinde tanımlamıştır¹⁷³.

Amerika Birleşik Devletleri’nin tıbbi uygulama hatasına ilişkin ilk davası George Washington’un göreve başlamasından 4 yıl sonra 1794 yılında meydana gelmiştir; davacı, doktorun ameliyatı ustaca gerçekleştirmek için söz verdiğini ancak bunu gerçekleştiremediğini ve sonuç olarak karısının öldüğünü belirtmiştir ve dava sonucunda da kazanmış olup 40 İngiliz Sterlini almıştır¹⁷⁴.

1847 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nin günümüzde de en büyük hekimler ve tıp öğrencileri kuruluşu olan Amerikan Tabipler Birliği (AMA) kuruldu, kuruluşun oluşumu Dr Nathan Smith Davis’in New York Tıp Birliği’ne ulusal bir kongrede (1845) yaptığı çağrısından 2 yıl sonra gerçekleşmiştir ve bu kuruluşun temel amaçları arasında tıp eğitiminde uygulamadaki standartların yanı sıra etik tıbbi uygulamaların oluşmasını sağlamaktır¹⁷⁵.

1883 yılında Yargıç Tindal tıbbi ihmal kavramını oluşturmuştur, bu tanıma göre; hekimlik mesleğini yerine getiren kişiler, mesleğinin gerektirdiği her türlü bilgi ve becerilerini makul seviyede geliştirmelidir¹⁷⁶.

¹⁷¹ Weiss&Paarz, (2017), s.4

¹⁷² Demir, (2010), s.4

¹⁷³ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.348

¹⁷⁴ Weiss&Paarz, (2017), s.5

¹⁷⁵ Weiss&Paarz, (2017), s.6

¹⁷⁶ Özpınar, B. (2007) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamaların Hukuki Sonuçları*. 1. Baskı. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.9

1835 – 1865 yılları arasında ABD’de tıbbi uygulama hatası vakalarında büyük bir artış görülmektedir; bu davaların büyük bir kısmı kırık ve çıkıklara ilişkin olan davalar oluşturmaktadır; avukatlar, hekimlerin kişilerin hasarlı uzuvlarını kurtarmaya çalışmak yerine ampute ettiğini, gerekli beceri, bakım ve özeni göstermediklerini iddia ettiler¹⁷⁷.

1970 tıbbi uygulama hataları gerekçesiyle artan davaların sonucu olarak yüksek tazminat miktarları oluşmuş ve bu da devletlerin doktorların sigorta primlerini düşürmek adına yeni yasalar çıkarmasına yol açtı, Kaliforniya’da bulunan bazı eyaletler belirli türden zararları karşılamak için yasalar çıkardı ve son olarak doktorlar yüksek tazminatlar karşısında kendi sigorta şirketlerini kurarak kendilerini sigortalamaya başladılar¹⁷⁸.

New York’ta 1984 yılında gelişen dramatik bir malpraktis davası kapsamlı bir mevzuat geliştirilmesine neden olmuştur; 18 yaşında ki Libby Zion tedavi için hastaneye babası tarafından getirildi, ancak sağlık durumu gece boyunca kötüleşmeye devam etti ve öldü; babası Sidney Zion pek çok ihmali davranışın bulunduğuna dair ve buna ek olarak doktorların uzun saatler çalıştığını ve bunun sonucunda gereken dikkati toplayamadıklarına bahisle dava açmıştır; dava sonucunda jüri müdahaleyi gerçekleştiren hekimleri ve hastaneyi suçlu bulmuş ve ayrıca New York sakinlerinin, hekimlerin ve asistan hekimlerin çalışabileceği süreyi sınırlayan yasalar düzenlenmiştir¹⁷⁹.

3.1.3. Tıbbi Uygulama Hatasının Örnekler Eşliğinde Sınıflandırılması

Tıbbi uygulama hataları genel olarak bakıldığında; dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte tecrübesizlik – noksanlık , özen eksikliği, emir ve yönetmeliklere uymamak gibi temel sebeplerden kaynaklanabilir¹⁸⁰.

Bakıldığı zaman Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’da yapmış olduğu tanımlamada tıbbi hata kavramının bu unsurlar ile meydana geldiğini belirtmiştir. HMEK md.13’e göre tıbbi hata (malpraktis); “*Bilgisizlik, tecrübesizlik*

¹⁷⁷ Weiss&Paarz, (2017), s.7

¹⁷⁸ Weiss&Paarz, (2017), s.8 ; Polat, (2019), s.297

¹⁷⁹ Weiss&Paarz , (2017), s.9

¹⁸⁰ Ertem, O., Oksel, E. ve Akbıyık, A. (2009). “Hatalı Tıbbi Uygulamalar (Malpraktis) ile İlgili Retrospektif Bir İnceleme” , *Dirim Tıp Gazetesi*, 1 Ocak [Çevrimiçi]. Erişim Adresi:https://www.researchgate.net/publication/237515190_Hatali_Tibbi_Uygulamalar_Malpraktis_ile_Ilgili_Retrospektif_Bir_Inceleme (Erişim Tarihi: 10.04.2020), s.3

veyahut özensizlik sebebiyle hastanın zarara uğraması -Hekimliğin Kötü Uygulaması-” olarak adlandırılmaktadır.

Sağlık Bakanlığı Hizmet Kusuru Genelgesi’nde bakanlık aleyhine tıbbi uygulama hatası kapsamında açılan davalarda yaygın olarak karşılaşılan hata türlerini şu şekilde açıklamaktadır: hatalı teşhis ve tedavi, ameliyat öncesinde ya da sonrasında gerçekleşen komplikasyonlar, doğum öncesi ve sonrası süreçte meydana gelen komplikasyonlar, hastane idaresinin eylemleri sonucu oluşan sorunlar, yanlış enjeksiyon, yanlış laboratuvar tetkikleri, poliklinik ve sevk işlemlerinde hatalı yönlendirmeler ve son olarak acil servis hizmetlerinin yetersizliğidir. Çeşitli dönemlerde farklı yazarlar tarafından tıbbi hatalar için pek çok farklı sınıflandırma yapıldığı gözlenmektedir.

Tıbbi hatalar 1990 yılında ilk defa Reason tarafından aktif hatalar ve gizli hatalar olmak üzere iki başlık altında sınıflandırılmıştır; bu kapsamda aktif hatalar, müdahaleyi gerçekleştiren ve bu müdahale sürecinde görevli olan sağlık çalışanları açısından meydana gelen ve etkileri de anında ortaya çıkan hatalardır; gizli hatalar ise, sağlık çalışanlarının kontrolü dışında gerçekleşen ve hatalı bakım, yanlış kurulum, kötü veya zayıf yapılanmış kuruluşlar ve bunların verdiği hatalı kararlar vb. sebeplerle gerçekleşen hatalardır¹⁸¹.

Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin bir diğer sınıflandırma ; iletişim noksanlığı ve kayıt hataları, yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyonda hatalar, aydınlatma ve onamda hatalar, tanı hataları, hatalı karar, girişim hataları ve teknik hatalar, terk etme ve özen eksikliği olmak üzere yedi başlık altında toplanmıştır¹⁸².

1993 yılında Leappe, Lawthers, Brennan ve Johnson tarafından tanı hataları, tedavi hataları, profilaktik hataları ve diğer hatalar olmak üzere bir ayrıma gidilerek tıbbi hata incelenmiştir¹⁸³.

Çalışmamızın bu bölümünde tıbbi uygulama hatası kavramı; teşhis hatası, tedavi hatası, tıbbi müdahale sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru, hekimin

¹⁸¹ Saygın, T. ve Keklik, B. (2014) *Tıbbi Hata Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: Isparta İli Örneği*, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 17(2), ss. 99 – 118.

¹⁸² Polat, (2019), s. 35

¹⁸³ Seren İntepeler, Ş. ve Dursun, M. (2012) *Tıbbi Hatalar ve Tıbbi Hata Bildirim Sistemler* , Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, 15(2), ss. 129 – 135.

tedaviyi üstlenme kusuru başlıkları altında incelenecektir.

Tablo 3. Tıbbi Hataların Sınıflandırılması (Kaynak: Leappe et al., (1993), s.144)

TANI HATALARI	→Tanyı geciktiren hatalar →Teşhis amaçlı testlerdeki eksiklikler →Önceden kullanılan testlerin kullanılması →Testlerin sonuçlarının izlenmesine ilişkin hatalar
TEDAVİ HATALARI	→Operasyon, prosedür veya testin sonuçlandırılması sürecinde gerçekleştirilen hatalar →Tedavide uygulanacak olan ilaçların dozunda ya da uygulanış şeklinde yapılan hatalar →Hastalara uygunsuz bakım yapılması →Anormal test sonuçlarına cevap verilmesi
PROFİLAKSİ HATALARI	→ Profilaktik tedavilerde ve yetersiz izlem veya tedavinin takibinde görülen hatalar
DİĞER HATALAR	→ İletişim hataları → Ekipman yetersizlikleri →Sistem, yönetim ve organizasyonla ilgili eksiklikler

3.1.3.1. Teşhis Hatası

Teşhis kavramı ile kastedilen, hastalığın tanımlanmasının veya hastada meydana gelen belirtilerin sebebinin bulunmasının, hastaya yapılan kontrollerin ve testlerin sonucu ulaşılan verilerin değerlendirilmesi ile gerçekleştirilen yöntemdir¹⁸⁴.

Hekimlerin teşhis yükümlülüklerini yerine getirmelerine dair bir hukuksal düzenleme mevcut olmamakla birlikte; hekim, teşhis amaçlı gerçekleştirilecek tüm tıbbi

¹⁸⁴ Gökcan, (2017), s.290

müdahaleleri ve tetkikleri yapmalı bunların sonucunda da elde ettiği verileri tıp biliminin gereklerine uygun biçimde değerlendirmelidir; ancak önemle belirtmek gerekir ki hekimlerin teşhiste başarılı olma zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁸⁵.

Teşhis ya da tanı hatalarını iki başlık altında inceleyebiliriz, bunlar şu şekildedir; eksik ön muayene yapılması ve hasta öyküsünün yetersiz alınması ve de teşhis amaçlı yapılacak tetkiklerde özensizlik.

3.1.3.1.1.Eksik Ön Muayene Yapılması ve Hasta Öyküsünün Yetersiz Alınması

Hastaya gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin olumlu ve doğru bir şekilde sonuçlandırılması için hastanın öyküsünün doğru ve tam bir şekilde alınması (anamnez) ve ayrıca teşhis amaçlı muayenenin gereği gibi yapılması önem teşkil etmektedir¹⁸⁶. Hasta öyküsünün eksik ya da yetersiz alınması hususunun önemini örnek eşliğinde açıklayacak olursak; kadın – doğumda hastanın öyküsünün gerektiği şekilde alınması önemlidir, hastanın menstruasyon döngüsünün tarihine ilişkin bilgiyi olası muhtemel bir gebelik durumuna karşın jinekoloğuna vermesi gerekmektedir¹⁸⁷.

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale öncesinde hastanın ön muayenesinin yapılması ve bunun sonucunda da ameliyat için gereken her türlü verinin kaydı tutulmalıdır, kan grubunun belirlenmesi ve kan sayımı, göğüs grafisi, EKG vd. önemli veriler ameliyat öncesindeki muayene sürecinde tamamlanmalıdır¹⁸⁸.

Yargıtay'ın hekimin hastasına uygulayacağı müdahale yöntemini belirlemeden önce hastasının fiziki özelliklerine ve bünyesine yönelik incelemeler yapması gerektiğine ilişkin kararı mevcuttur¹⁸⁹.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hastanın gözünde bulunan tel parçasını muayene esnasında tespit edemeyen ve bunun sonucunda da esasen gerçekleştirmesi gereken tedaviyi gerçekleştiremeyip sadece göz damlası vermiştir, hastada sonrasında kontrol amaçlı olacak muayeneye gitmemiştir, tüm bunların sonucunda hasta ile hekim

¹⁸⁵ Hakeri, (2020), s. 401 ; Karan, (2015), ss. 149 - 151

¹⁸⁶ Hakeri, (2020), s.405

¹⁸⁷ Tunçer, (2019), s.41

¹⁸⁸ Tunçer, (2019), s.42

¹⁸⁹Bkz:Yargıtay 4. HD., E. 1976/692, K.1976/11046, T.17.12.1976. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hd-e-1976-692-k-1976-11046-t-17-12-1976>. (Erişim Tarihi: 10.04.2020) ; Yargıtay 4.HD, E. 2009/10899 K.2010/225 T.18.01.2010. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2009-10899-k-2010-225-t-18-01-2010>. (Erişim Tarihi: 12.04.2020).

bölüşük kusurlu bulunmuşlardır¹⁹⁰.

3.1.3.1.2. Teşhis Amaçlı Yapılacak Tetkiklerde Özensizlik

Hekimler, hastanın başvurmuş olduğu şikayete ile ilgili olarak uygulayacakları tıbbi müdahale yöntemini doğru bir şekilde seçebilmesi ve uygulayabilmesi için gerekli tetkikleri ve konsültasyonu istemelidir; hekimin bu tetkikleri yaptırmadan hatalı bir teşhiste bulunması halinde kusur sorumluluğu oluşacaktır¹⁹¹. Konunun önemiyetini bir örnekle açıklayacak olursak; hasta baş ağrısı ve bununla birlikte kusma şikayetini hekime bildirdiği halde, hekimin tomografi veya emar çektirmeden, hastayı gerekli incelemeleri yapmadan göndermesi ve ardından hastanın beyin kanaması geçirmesi durumunda hekimin teşhis amaçlı tetkikleri gereği gibi yaptırmamasından dolayı sorumluluğu doğacaktır¹⁹².

Teşhis amaçlı tetkiklerde özensizlik durumunda hekimlerin sorumluluğunun doğduğuna ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi teşhise yönelik tetkiklerde özensizlik sonucu hastada daha ağır bir zarar gelmesiyle hekimin sorumluluğunun oluştuğuna dair açıklamada bulunmuştur¹⁹³.

3.1.3.2. Tedavi Hatası

Teşhis/tanı işlemlerinden olan anamnez, tetkik vb. eylemlerin gereği gibi yerine getirilmesinin ardından elde edilen verilerle hasta için en uygun tedavi yöntemi seçilerek bir sonraki aşamaya geçilir. Tedavi kavramı; hastanın sağlık probleminin çözümlenmesi/hastanın iyileştirilmesi, hastalığa neden olan faktörün etkisinin azaltılması için izlenen süreçtir¹⁹⁴. Önemle belirtmek gereken bir diğer husus da hekimin tedavi özgürlüğü ilkesi gereği tedavi sürecinde uygulayacağı yöntemi seçme hakkı bulunmasıdır¹⁹⁵. Tedaviye ilişkin olarak mevzuatımızda hekimlerin sorumluluklarını ve hastaların haklarını düzenlemek amacıyla oluşturulmuş hükümler bulunmaktadır.

¹⁹⁰ Gökcan, (2017), ss. 292 - 293

¹⁹¹ Hatırnaz Erol, G. (2017) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 5.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 336 - 337

¹⁹² Hatırnaz Erol, (2017), s.337

¹⁹³ Bkz:Yargıtay 13. HD, E. 2001/380 K. 2001/1303 T. 8.2.2001. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2001-380.htm&kw=`2001/380`+e#fm> . (Erişim Tarihi: 15.04.2020)

¹⁹⁴ Tunçer, (2019), s.74

¹⁹⁵ Günday, (2012), s.59

Tedavi aşamasında hekimin yapması gereken; gerçekleştirecek olduğu tedavi yöntemini tıbbi standartlara uygun olarak yapmak, ortaya çıkabilecek riskleri önlemeye çalışmalı ve özen yükümlülüğüne uygun davranmalıdır¹⁹⁶. Hekimin tecrübesizliği veya konuya ilişkin bilgisindeki yetersizliği sebebiyle hatalı tedavi yöntemi seçilmesi de tıbbi uygulama hatası teşkil etmektedir¹⁹⁷.

Tedavi hatası hususunu; tıbbi müdahalenin yapılmaması, yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, tıbbi müdahale sürecinde uygulama hataları olmak üzere üç başlık altında inceleyeceğiz.

3.1.3.2.1. Tıbbi Müdahalenin Yapılmaması

Tedavi hatasını oluşturan en temel husus gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalenin yapılmaması veyahut geç yapılması durumudur¹⁹⁸. Hekimin hukuki sorumluluğu hastanın kendisine teşhis ve tedavi için başvurduğu andan itibaren başlamaktadır¹⁹⁹. Hekimlerin acil durumlar, resmi veya insani görevler kapsamında hastaya müdahalede bulunmama hakkı yoktur; hekimler sadece mesleki ve şahsi nedenlerin mevcut olması halinde hastayı reddedebilir²⁰⁰. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde bu husus düzenlenmektedir.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı (Malpraktis Yasası) 3. Maddesinde tıbbi kötü uygulamayı tanımlamıştır. Anılan madde hükmüne göre; hekimin tedaviyi uygulamaması veya yanlış uygulaması malpraktisin konusunu oluşturmaktadır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında; hekimlerin, hastanın tedavi için başvurduğu sorununa yönelik önlemleri almasının ve gereken tedaviyi de geciktirmeden uygulamasının önemine dikkat çekmektedir²⁰¹. Konuyu daha iyi açıklayabilmek adına birkaç yargı kararını inceleyebiliriz.

Örneğin; hekimin gerçekleştirmesi gereken müdahaleyi yapmamasına ilişkin olarak, Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 2006 tarihinde vermiş olduğu kararında, travmalı hastayı gözlem altında tutması gerekirken, hastayı taburcu etmesi hekimin cezalandırılmasını

¹⁹⁶ Gökcan, (2017), s.295

¹⁹⁷ Gökcan, (2017), s.296

¹⁹⁸ Hakeri, (2020), s.408

¹⁹⁹ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.367

²⁰⁰ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.368

²⁰¹ Hakeri, (2020), s.408

gerektirmektedir; yine başka önemli bir hata olan müdahalede geç kalınması ya da hastayı görmeden tedavi uygulanması durumunun hastaya zarar vermesi sonucu hekimin sorumluluğunun doğduğuna ilişkin Yargıtay 9.CD.'nin 2007 tarihli kararında, hekim acil servise gelen hastayı görmeden başka bir sağlık personeline telefonla talimat vererek müdahale ettirmiştir ve bundan 2 saat sonra muayene edip başka bir hastaneye sevk ettirmiştir ve hasta ölmüştür, tüm bu sebepler ışığında hekimin kusuru mevcut olmuş olup sorumluluğu meydana gelmiştir²⁰².

3.1.3.2.1. Yanlış Tedavi Yöntemi Seçimi

Anayasa ve mevzuatımızda derlenmiş olan ancak direkt olarak yazılı bir kurala bağlı olmayan hekim haklarından çağdaş, bilimsel tıp olanaklarını uygulama hakkı ve tedavi yöntemini seçme hakkı hekimlerin sahip oldukları özelliklerde gerçekleştirilecek oldukları tıbbi müdahaleler açısından önem arz eden haklardandır.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da belirtildiği üzere, hekimler tedavi yöntemine ilişkin çeşitli olasılıkları değerlendirmeli ve hasta için en uygun olanı seçmelidir. Seçilmiş olan tedavi yöntemi doğru yerde, doğru kişi tarafından ve doğru zaman diliminde uygulanmalıdır; bu hususlardaki hatalar hekimin kusurlu davrandığını göstermektedir²⁰³.

Hekim uygulayacağı tedavi yöntemini seçerken; hasta için tehlike ihtimalinin en az olduğu ve daha az acı verecek yöntemin seçilmesine dikkat edilmesi genel olarak kabul edilmektedir örneğin; başka ve daha tehlikesiz narkoz yöntemini kullanmak yerine daha az yan etkisi bulunan ancak, hasta bakımından kullanılması önerilmeyen yeni bir narkoz yöntemini kullanan hekim, bu durum sonucunda hastanın kolunun kangren olması sebebiyle kesilmesinden sorumlu tutulmuştur²⁰⁴. Bu hususun önemine ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar²⁰⁵ bulunmaktadır²⁰⁶.

²⁰² Gökcan, (2017), ss. 296 - 297

²⁰³ Hakeri, (2020), s.410

²⁰⁴ Günday, (2012), s.63; Hakeri, (2020), s. 411

²⁰⁵ Yargıtay 13. HD'nin 2014 tarihli kararı örnek olarak incelenebilir. Bkz: Aykın, A. ve Çınarlı, S. (2016) *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss.373 -374

²⁰⁶ Yargıtay'ın konuya ilişkin olduğu bir başka kararı için bkz: Aykın, A. ve Çınarlı, S. (2016) *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.374

Deschenaux²⁰⁷'a göre;

“Seçilmiş tedavi yöntemi, tıp biliminin umumiyetle kabul gören kurallarına aykırıysa ve hasta tedavi sürecinde gereksiz olarak tehlikeye uğratılmış böylece de güvenilir ve emin yolu tercih etme ilkesine uyulmamışsa, hekim bu surette ortaya çıkan zararlardan sorumludur. ²⁰⁸”

Hekimin, yanlış tedavi yöntemi seçimi sebebiyle meydana gelen sorumluluğu tıpkı teşhis koymama ve teşhiste gecikmeden doğan sorumluluğunda olduğu gibi kast ve ihmali davranışla gerçekleşebilir, ancak; bu ayırım sadece tazminat miktarının belirlenmesinde önem teşkil etmektedir²⁰⁹.

3.1.3.2.3. Tıbbi Müdahale Sürecinde Uygulama Hataları

Tedavi kavramı; hekimin, hastanın sağlığında meydana gelen problemleri veya meydana gelebilecek sorunları teşhis ettikten sonra gerçekleştirdiği iyileştirme çabasıdır. Tıbbi müdahale sürecinde görülen tedavi hataları; profilaksi, cerrahi işlem, psikolojik tedavi, ilaçla tedavi, gözlem altında tutma gibi ana başlıklar altında toplanmaktadır²¹⁰.

Tedavi, hekimlerin hastaya karşı birincil sorumluluğudur ve tedavi yalnızca hastalık meydana geldiğinde değil profilaksi²¹¹ dediğimiz önleme amaçlı eylemleri de içermektedir; profilaksiye örnek olarak aşılama ve karantinayı verebiliriz²¹².

Ameliyat sürecinde hastanın işlem uygulanan organında yabancı cisim unutulması doktrinde “tedaviye eşlik eden hata” olarak adlandırılmaktadır; hasta vücudunda sık unutulmuş cisimlere örnek olarak kompres, tampon vb. cisimler verilebilir²¹³.

Hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması hususuna ilişkin hekimler iki farklı

²⁰⁷ Henri Deschenaux ve Pierre Tercier 1973 yılında “La Responsabilite Civile” adlı kitapta hekimin meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilecekleri şartları düzenlemişlerdir; Salim Özdemir 1983 yılında “Sorumluluk Hukuku” adıyla bu kitabı çevirmiştir.

²⁰⁸ Özpınar, (2007), ss. 55 - 56

²⁰⁹ Özpınar, (2007), s.46

²¹⁰ Günday, (2012), ss.65 - 66

²¹¹ “Profilaksi (önleyici tedavi ya da önleyici tıp), hastalık tedavisinin aksine hastalık meydana gelmeden hastalığın önlenmesidir. Primer ve sekonder profilaksi olarak ikiye ayrılır. Primer profilaksi hastalıkların oluşumunu önlemek, sekonder profilaksi ise var olan bir hastalığın ilerlemesini engellemek amacıyla yapılan girişimleri tanımlar. Profilaksi kelimesinin kökeni, önceden önleme veya koruma anlamına gelen [Yunanca] "προφύλασσω" kelimesinden gelmektedir”. [Wikipedia].(2008, Aralık 8) *Profilaksi*. [Wiki Makalesi]. Erişim adresi: <https://tr.wikipedia.org/wiki/Profilaksi>

²¹² Günday, (2012), s.65

²¹³ Hakeri, (2020), s.408

görüşü savunmaktadırlar; birinci grup, tıbbi müdahale esnasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulmasını şanssızlık olarak değerlendirmekte ve hekim ne kadar tecrübeli ve özenli olursa olsun yine de bu durumun gerçekleşebileceğini savunmaktadır; ikinci grup ise, hekimin hastanın vücudunda yabancı bir cisim unutulmasını tamamıyla hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi yani göstermesi gereken özeni göstermediği şeklinde kabul etmektedir²¹⁴.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında ameliyat esnasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulması hususunda hekimin sorumluluğunun meydana geldiğini kabul etmektedir²¹⁵.

Yargıtay'ın hastanın vücudunda gazlı bez unutulması hususunda hekimin sorumlu tutulduğuna ve hatta bilirkişiye başvurulmasına dahi lüzum bulunmadığına ilişkin kanaatini açıkladığı başkaca kararları da mevcut bulunmaktadır²¹⁶.

3.1.3.3. Tıbbi Müdahale Sonrası Yükümlülüklerin İhlali

Hekimler sahip oldukları özen yükümlülüğüne yalnızca tedavi süreci içerisindeki yükümlülükleri bakımından değil, tıbbi müdahaleyi tamamladıktan sonraki yükümlülükleri açısından da bağlı kalmak mecburiyetindedirler²¹⁷. Tıbbi müdahalenin bir parçası olan tedavinin gerçekleştirilmesinden sonra çoğu zaman hasta ile hekim arasındaki ilişki son bulsa da belirli durumların varlığı halinde hekimin tedavi sonrası yükümlülükleri meydana gelebilir.

Hekimlerin, tedavi sonrasında ortaya çıkan ilk yükümlülüğü hastanın tedavi sonrasında gündelik hayata döndüğünde nelere dikkat etmesi gerektiği hususunda hastayı bilgilendirmek, tavsiyelerde bulunmak ve uyarmaktır²¹⁸.

Hekim tedaviyi gerçekleştirdikten sonra aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak; hastaya kullanacağı ilacın advers (yan) etkilerini detaylı bir şekilde açıklamalı ve örneğin; ilacın advers (yan) etkisi olarak uyku hali görülebileceği, bu sebeple de ilaç alındığı zamanlarda araç kullanılmaması gerektiği ya da başka bir örnek olarak;

²¹⁴ Hakeri, (2020), s.409

²¹⁵ Hakeri, (2020), s.409

²¹⁶Bkz:Yargıtay 13.HD, E.1982/7237, K.1983/1783 ,T.14.03.1983. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-1982-7237-k-1983-1783-t-14-03-1983>. (Erişim Tarihi: 22.04.2020).

²¹⁷ Hakeri, (2020), s.416

²¹⁸ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.447 ; Hakeri, (2020), s.416

hastalığın tekrarlamaması için gerekiyorsa sigara ya da alkol kullanılmaması hususunda hastanın uyarılması ve oluşabilecek komplikasyonlar noktasında bilgilendirilmesini gösterebiliriz²¹⁹.

Hekimlerin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdikten sonra hastayı gözetim ve kontrol altında tutması ve koruma tedbirlerini de gerektiği yerine getirmesi de tedavi sonrası yükümlülükler örnek teşkil etmektedir²²⁰.

Hekimlerin tedavi sonrası yükümlülüklerini ihlal etmeleri Yargıtay tarafından da kusurlu bulunmalarına sebebiyet vermektedir; bu konuda yıllar içerisinde verilmiş olan birkaç Yargıtay kararını konunun özünü anlamak açısından inceleyebiliriz²²¹.

3.1.3.4. Organizasyon Kusuru

Uluslararası kabul edilebilirliğe sahip olan sözleşmeler, ulusların kendi mevzuatı ve çeşitli kuruluşların içerdiği hükümler kişilerin sahip oldukları yaşam haklarını ve gerekli standartlar çerçevesinde uygulanması gereken sağlık hakkını düzenlenmekte ve koruma altına almaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) sağlık kavramının tanımında sağlığı; bedensel, ruhsal ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali olarak kabul etmektedir²²².

Biyo – Tıp Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde sağlık hizmetlerinin ihtiyaç duyulduğunda herkese adil bir şekilde yararlandırılması gerektiği ve sağlık alanında gerçekleştirilecek olan müdahalelerde kişilerin rızasının alınması gerektiği de hükme bağlanmıştır. Biyo – Tıp Sözleşmesi 5. maddesinde hükme bağladığı; ifade ile kişinin gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale için rızasının gerekli olduğunun önemini belirtmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde hasta haklarının tanımı gerçekleştirilirken sağlık hizmetlerine vurgu yapılmaktadır.

AİHS 2. maddesi ile kişilerin yaşam hakkını koruma altına almış ve bu madde kapsamında devletlerin kendi yetki sınırları çerçevesinde kişilerin yaşam haklarını

²¹⁹ Gökcan, (2017), s.237

²²⁰ Hakeri, (2020), ss. 416 - 417

²²¹ Yargıtay 12. CD., E.2013/16857, K.2014/13362, T.30.05.2014. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-16857.htm&kw='2013/16857'#fm>. (Erişim Tarihi: 23.04.2020) ; Yargıtay 4.HD., E.2003/307, K.2003/5910, T.06.05.2003. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=4hd-2003-307.htm&kw=2003/+307#fm>. (Erişim Tarihi: 25.04.2020)

²²² Fişek, N. (1982) *Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları (Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları – I)* , Modern Yönetim Semineri, Erişim Adresi: https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html . (Erişim Tarihi: 17.04.2020)

korumak için yapması gereken yükümlülükler ve alması gereken tedbirler olduğu sonucuna varılmaktadır.

Devletlerin sağlık konusunda göstermesi gereken bu çaba sağlık kuruluşlarının oluşumunu ve bu kuruluşların sorumluluklarını ve uymaları gerekli olan kuralların belirlenmesi ihtiyacını meydana getirmiştir.

Sağlık kuruluşu olan hastanelerin yükümlendirildikleri eylemlerde kusurlu davranışların meydana gelmesi halinde hastanenin kamu veya özel olması fark etmeksizin hastane yönetiminin birinci derece sorumluluğu gerçekleşmektedir; burada meydana gelen kusur da organizasyon kusuru olarak adlandırılmaktadır²²³.

Danıştay 10. Dairesi E.1994/3258 K.1995/2379 sayılı ve T.03.05.1995 tarihli kararında, sağlık hizmetini gerçekleştirmekle yetkili olan sağlık kuruluşlarından özel veya kamu hastanesinin uygulayacak oldukları tıbbi müdahaleden sağlık hizmeti sağlayıcısı olduklarından bahisle sorumlu olacaklarını belirtmiştir²²⁴.

Hastanelerin kamu hastanesi olsun özel hastane olsun herhangi bir fark gözetmeksizin sahip oldukları yükümlülükleri; asli yükümlülük olan tedavi, sadakat ve özen yükümlülüğü, kayda geçirme, sır saklama, cihazların güvenli ve çalışır durumda olması, 24 saat hizmet devamlılığının sağlanması, gerekli hijyen kurallarına uyulması, acil durum önlemlerinin alınması vb. şeklinde sıralayabiliriz ve bu hususlarda gerçekleştirilecek olan olası kusurlar organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkmaktadır²²⁵.

Genel olarak bakıldığında özel hastanelerde meydana gelen organizasyon kusuru kapsamına giren birkaç hususu; yetki, temsil, nöbet ve hastanın kendisine vereceği zararın önüne geçilmesinde alınacak tedbirlerde eksiklikler şeklinde belirtebiliriz²²⁶.

Danıştay'ın sağlık kuruluşlarında meydana gelen organizasyon kusuru sonucu meydana gelen idarenin sorumluluğuna ilişkin vermiş olduğu çeşitli kararlar mevcuttur; konunun anlaşılması bakımından 2007 tarihinde Danıştay'ın vermiş olduğu

²²³ Hakeri, (2020), ss. 418 - 419

²²⁴ Günay, (2012), s.91; Danıştay'ın ilgili kararında konuya ilişkin kısım için bkz: Lexpera (2020). Danıştay Başkanlığı - 10. Daire, E.1994/3258, K.1995/2379, T.03.05.1995.
Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-daire-e-1994-3258-k-1995-2379-t-3-5-1995>. (Erişim Tarihi: 27.04.2020)

²²⁵ Aykın ve Çınarlı, (2016), ss. 485 - 486

²²⁶ Karan, (2015), ss. 153 - 154

kararı inceleyebiliriz²²⁷.

3.1.3.5. Hekimin Tedaviyi Üstlenme Kusuru

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) birinci maddesinde tedavi işlemini gerçekleştirebilmek için aranılan şart hükme bağlanmıştır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un birinci maddesinde belirtilen bu hükme göre; tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmek için tıp fakültesinden mezun olmak dışında herhangi bir şart belirtilmemiştir, sadece hekimlik sıfatının kazanılmış olması yeterli sayılmıştır.

Hekimin aldığı eğitim seviyesine göre kazanacağı uzman veya pratisyen hekimlik sıfatları ile tıbbi müdahalede bulunmalarına ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir²²⁸. Ancak önemle belirtmek gerekir ki tıbbi müdahalede bulunulması için pratisyen ve uzman hekim arasında bir ayrıma gidilmemiş olması hekimlerin bilgi ve deneyim sahibi olmadıkları konularda tıbbi girişimde bulunabilecekleri anlamına gelmemektedir²²⁹.

Hekimler, kendisine hastalığının teşhisi ve tedavisi için başvuran hastasının başvurduğu hususa ilişkin gereken derecede bilgi ve deneyime sahip değilse, böyle bir durumda hastalarını, başvuru hususa dair uzman bir başka hekime yönlendirmelidirler²³⁰.

Hekimin normal şartlarda hastanın rahatsızlığına çözüm bulması için yeterli tecrübe ve bilgi birikimine sahip ise müdahalede bulunması gerektiğini belirtmiştik; eğer ki hekim mesleki yeterliliğe sahip olmadan ve edindiği tecrübeleri aşan seviyede bilgi gerektiren bir müdahaleyi gerçekleştirirse ve bu sebeplerle de hastalığın tedavisi için gereken tıbbi standart yerine getirilmezse hekimin yaptığı bu kusurlu davranış hekimin tedaviyi üstlenme kusuru olarak adlandırılmaktadır²³¹.

“Alman hukukunda incelenmekte olan bir emsal olayda, parmağı kesici bir cisimle kesilen hastanın, kopan parmak ucuyla beraber başvurduğu genel cerrah,

²²⁷ Lexpera (2020) Danıştay Başkanlığı - İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2004/721, K.2007/2030, T.18.10.2007. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/idari-dava-daireleri-kurulu-e-2004-721-k-2007-2030-t-18-10-2007>. (Erişim Tarihi: 28.04.2020)

²²⁸ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.453

²²⁹ Gökcan, (2017), ss. 303 - 304

²³⁰ Hatırnaz Erol, G. (2017) *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.352

²³¹ Gökcan, (2017), s.304

mikro cerrahi hususunda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığı halde parmağı dikmiş, fakat kangren gelişmiştir. Cerrahın acil müdahaleyi gerçekleştirdikten sonra hastayı uygun bir uzmana veya kliniğe göndermemesi kusur olarak değerlendirilmiş ve hekimin kasten yaralama suçu işlediği kabul edilmiştir”²³².

Hekimlerin uzmanlık alanları dışında kalan hususlarda tıbbi müdahale girişimlerinin üstlenme kusuru olarak kabul edildiğine ilişkin çeşitli Yargıtay kararları bulunmaktadır; konunun hukukumuz açısından da önemli bir yere sahip olduğunun anlaşılması adına birkaç karar incelemekte fayda olacaktır²³³.

3.1.4. Hekimin Uygulama Hatasını Hastaya Bildirme Yükümlülüğü

Hekim gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalede tıbbi uygulama hatası yapmış olduğuna dair herhangi bir şüpheye sahipse veya tıbbi uygulama hatası gerçekleştirdiğine dair kesin olarak neticeye ulaşmışsa ve bu uygulama hatası hastanın sağlığının korunması adına ek tedbirler alınmasını gerektirecek öneme sahipse bu durumu hastasına bildirme yükümlülüğü oluşmaktadır; aksi takdirde uygulama hatasını hastadan saklamasından dolayı yine başka bir tıbbi uygulama hatasına sebebiyet verecektir²³⁴.

3.1.5. Hatalı Tıbbi Uygulamanın Belirlenmesi Bakımından Bilirkişilik

Tıbbi uygulama hatalarında, gerçekleştirilen müdahale sonucu ortaya çıkan durum açısından hekimin sorumluluğunun mevcudiyetinin belirlenmesi adına bilirkişilik uygulamaları büyük bir öneme sahiptir. Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalarda hekimin kusurunun belirlenmesi adına bilirkişiler bakım standartlarına uygun davranışların sergilenip sergilenmediğine yönelik tespitler yapmaktadırlar.

Bakım standartları belirlenirken; müdahalenin gerçekleştirildiği yerin, eylemin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi adına teknik donanım olarak yeterlilik seviyesi , müdahalenin zaruri şartlarda yapılıp yapılmadığı vb. gibi ortam koşulları ve uygulamayı gerçekleştiren kişinin yetkinlik seviyesi göz önünde tutulur²³⁵.

Bilirkişilik, hukukumuzda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)

²³² Gökcan, (2017), s.304

²³³ Bkz: Aykın ve Çınarlı, (2016), s.462 ; Yargıtay 4. HD., E.1976/692, K.1976/11046 , T.17.12.1976. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hd-e-1976-692-k-1976-11046-t-17-12-1976>. (Erişim Tarihi: 03.05.2020)

²³⁴ Hakeri, (2020), s.433 - 434

²³⁵ Pakiş, I. (2014) *Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik* , Adli Bilimler Dergisi, 13(3), ss.51 – 59.

düzenlenmektedir. Mahkeme tarafından çeşitli durumlarda bilirkişiye başvurulması gerektiğine karar verilir; bu hususlar HMK md. 266'da düzenlenmektedir.

Hastada, gerçekleştirilen tıbbi müdahale sürecinde herhangi bir zarar meydana gelmesi durumunda oluşan zararın hekimin kusurlu olacağı bir tıbbi uygulama hatası sonucunda meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi adına tıbbi bilirkişilerin görüş bildirmesi gerekmektedir²³⁶.

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin olarak açılacak davanın konuya ilişkin olan ameliyat dosyası getirilmeden ve dosya tıbbi bilirkişi incelemesine verilmeden müzekkere çerçevesinde hazırlanan rapor yetersiz kabul edilecek olup verilecek hükme hukuki bir dayanak yapılamaz²³⁷. Tıbbi konularla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından, sadece hakimlik eğitimi ve deneyimi ile sonuca bağlanması mümkün olmayan durumlar mevcuttur; bu sebeple de bu durumların mevcut olduğu hallerde 1930 'lu yıllarda ilk olarak Yüksek Sağlık Şurası (YSS), Adli Tıp Kurumu, üniversitelerin anabilim dalları, hakem hastaneler, özel dal hastaneleri, uzmanlık dernekleri vd. kurumlarından bilirkişi görüşü istenmektedir²³⁸.

Ancak önemle belirtmek gereken bir husus var ki YSS'den bilirkişi görüşü alma zorunluluğu TŞSTİDK'nın 75. maddesinde düzenlenmekteydi; fakat bu durum Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 tarihli kararı uyarınca iptal edilmiş ve söz konusu madde hükmü yürürlükten kaldırılmıştır²³⁹.

Uygulamada bakıldığında bilirkişilik görevi için Adli Tıp Kurumu daha çok görevlendirilmiştir²⁴⁰; bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlar mevcuttur.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus Adli Tıp tarafından verilen raporlara öncelik verildiği şeklindeki bir kanı hatalıdır, önemli olan hazırlanan raporun içeriğinin ve niteliğinin yargılama süreci için gerekli olanları yansıtmasıdır; Adli Tıp

²³⁶ Polat, (2019), ss. 159 - 161

²³⁷ Hakeri, (2020), s.431

²³⁸ Savaş, H. (2007) *Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması*, Terazi Hukuk Dergisi, 2(15), ss. 119 – 126.

²³⁹ Anayasa Mahkemesi E.2009/69, K.2010/79 sayılı ve T.03.06.2010. Erişim Kaynağı: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-10.htm>.

(Erişim Tarihi: 10.05.2020).

²⁴⁰ Örnek bilirkişi raporu için bkz: Cantürk, A. *Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik*. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu. Lefkoşa, KKTC. 16-17 Ekim 2014.

tarafından hazırlanmış bulunan rapor gerekli niteliklere sahip olmadığı hallerde üniversite öğretim üyelerinden üç kişilik bilirkişi heyeti oluşturulur ve hazırlanmış olan bu dosya bu oluşturulan heyete gönderilerek rapor tekrardan hazırlanır; yine aynı şekilde Adli Tıp raporlarına itiraz edildiğinde üniversite öğretim üyelerinden oluşturulmuş olan üç kişilik heyetten rapor alınır²⁴¹.

Oluşturulmuş olan raporlar arasında bir uyumsuzluk bir çelişki olduğu takdirde bu farklılıklar giderilmeden somut olay hususunda bir karar verilemez ve verilecek olan karar bakımından da müdahaleyi gerçekleştiren hekimin almış olduğu disiplin cezaları göz önünde tutularak hekimi sorumlu kabul etmek mümkün değildir²⁴². Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1974 tarihli kararı bilirkişi görüşünü zorunlu tutmuştur²⁴³.

3.1.6. Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Dünyada Görülen Uygulamalar

Dünya Tabipler Birliği'nin (The World Medical Association) 1992 yılında düzenlemiş olduğu 44. Genel Kurulu'nda "Tıpta Yanlış Uygulama" konulu bildirisinde tıbbi uygulama hatası (tıbbi malpraktis) kavramını açıklamış ve bununla birlikte bakım ile tedavi esnasında gerçekleşen hekimin hatası olmayan durumlarda meydana gelen sonuçların komplikasyon olarak değerlendirildiğini ve bu sebeple de tıbbi uygulama hatası (malpraktis) ve komplikasyon arasındaki ayrımın belirlenmesi gerektiğini açıklamıştır²⁴⁴.

OECD²⁴⁵'nin 2005 yılında yayınlamış olduğu "Insurance Coverage of Medical Malpractice in OECD Countries " başlığı altındaki raporda tıbbi uygulama hatasına bağlı vakalar ve bu vakalara yönelik açılmış bulunan davalarda zaman içerisinde yüksek oranda artış meydana geldiği ve bu artışın hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi sektöre uğrattığına dair açıklamalarda bulunulmuştur²⁴⁶.

Amerika'da "Bilgilendirilmiş Onay Doktrini" hasta hakları açısından büyük bir öneme

²⁴¹ Hakeri, (2020), ss. 432 - 433

²⁴² Hakeri, (2020), s.433

²⁴³ Yargıtay 13. HD., E.1974/2637, K.1974/2492, T.14.10.1974. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hd-e-1974-2637-k-1974-2492-t-14-10-1974>. (Erişim Tarihi: 14.05.2020)

²⁴⁴ Gökmen, H. ve Güleç, S. (2010) Tıbbi Malpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortaları , Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, 1(1), ss. 9 – 16.

²⁴⁵ Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD). OECD (1961). *Who We Are* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.oecd.org/about/> . (Erişim Tarihi : 25.05.2020).

²⁴⁶ Günday, (2012), s.30

sahip olan belgelendirme unsuru olarak kabul görmektedir; doktrin kapsam bakımından hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahale öncesi bilgilendirilmiş onamının alınması gerektiği hususunu zorunlu kılmaktadır ve bununla birlikte, bilgilendirilmiş onay doktrini özellikle; cerrahi müdahaleler, ağır ilaç tedavileri ve risk taşıyan diagnostik prosedürler açısından önem arz etmektedir²⁴⁷.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, hasta gerçekleşen tıbbi müdahalede bir tıbbi uygulama hatasına maruz kaldığını düşünüyorsa bu konuda hakkını aramak için alanında uzmanlaşmış bir avukata başvurur, avukat ilk olarak hastadan konunun gelişim aşamalarıyla ilgili bilgileri alır ardından bu bilgileri denetim kuruluna verir ve bilirkişi atanmasını ister, bilirkişi yaptığı incelemeler sonucunda hatalı tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği iddia edilen sağlık kuruluşu veya hekim hakkında oluşturulan dosyanın incelenmesine karar verirse kurul incelemeyi gerçekleştirir ; eğer ki bu aşamalar çok uzun sürerse ve net bir karar verilemezse o halde dosya mahkemeye gönderilir daha sonra hakim ve jüri üyeleri mahkemedeki yargılamanın ardından sonucu belirler²⁴⁸.

Hollanda'ya bakıldığında tıbbi uygulama hatasının meydana geldiği hallerde cezalandırma işlemleri iki dış denetim sistemi ile gerçekleştirilmektedir; genellikle ilk olarak tıbbi kurul kararı ile verilen disiplin cezaları verilmekte ya da ikinci olarak medeni hukuk kuralları çerçevesinde tazminat davaları açılmaktadır²⁴⁹.

İsveç'te "Hasta Tazminat Sigortası" vb. uygulamalar ile tüm sağlık kuruluşları uzun yıllardan itibaren uygulanan sistemle kendi bünyeleri altında çalışan sağlık mensuplarının gerçekleştirebilecekleri tıbbi uygulama hatalarına karşı önlem olarak sağlık personellerini sigorta yaptırma zorunluluğuna tabi kılmıştır²⁵⁰.

İngiltere'de gerçekleştirilen sağlık hizmetlerinin önemli bir kısmı devlet tarafından karşılanmaktadır; bu sebeple olacak ki, Ulusal Sağlık Hizmetleri'ne (USH) bağlı devlet hastaneleri ve kuruluşları işlemlerin büyük bir çoğunluğunu gerçekleştirmektedirler ve USH genel olarak sağlık hizmetlerini satın alan sağlık otoriteleri ve bu hizmetlerin sağlayıcıları olan hastaneler ve halk sağlığı kurullarından oluşur²⁵¹.

²⁴⁷ Günday, (2012), s.29

²⁴⁸ Polat, (2019), ss. 297 - 298

²⁴⁹ Polat, (2019), s.313

²⁵⁰ Barlıoğlu, (2018), s.137

²⁵¹ Polat, (2019), ss.301 - 312

İngiltere'de uzun bir süreçte USH bünyesindeki kurumların eylemlerinden dolayı meydana gelen tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalarda hükme bağlanan tazminat miktarı uygulamayı gerçekleştiren hekim, hastane ve diğer kuruluşlar arasında paylaşmış bununla birlikte hekimler kendi paylarına düşen miktarın karşılanması adına sigortalanma ihtiyaçlarını gerçekleştirmek için tıbbi savunma kurumlarına üye olmuşlardır; ancak, zamanla tazminat miktarlarındaki artışla hekimler kendi kazançları ile bu miktarı karşılayamayacakları anlaşıldığından , USH kurumları kendilerine bağlı kuruluşlarda çalışan hekimlerin gerçekleştirmiş oldukları eylemlerden doğan sorumluluğu üstlenmişlerdir²⁵².

Tıbbi uygulama hatalarına (malpraktis) ilişkin olarak son yıllarda ulusal ve uluslararası platformda dava sayılarında çok sayıda artış meydana geldiği gözlemlenmektedir; genel olarak malpraktis davalarının artış sebeplerini bir tablo çerçevesinde açıklamak mümkündür.

²⁵² Barlıoğlu, (2018), s.137

Tablo 4. Tıbbi Uygulama Hatası (malpraktis) Davalarında Artış Sebepleri (Kaynak: Gökmen ve Güleç , (2010), s.30)

Tıp Eğitiminde Mevcut Bulunan Yetersizlikler	Eğitim sürecinde gerçekleşen yetersizliklerin uygulamaya geçildiğinde olumsuz etkilere yol açması
Tıpta ve Tıpta Kullanılan Teknolojideki Hızlı Gelişmeler	Tıp biliminde meydana gelen gelişmeleri takip edememe veya teknolojik gelişmeleri suistimal etme ve gerektiği gibi uygulayamama
Sağlık Sistemindeki Sorunlar	Sağlık sisteminde mevcut bulunan sorunların hekimleri sorumlu durumda bırakması
Medya	Medyanın basın, yayın vb. araçlarla kamuoyunu etkilemesi
Yüksek Tazminatlar	Gerçekleşen vaka neticesinde zarar görenlere ve avukatlara cazip gelen tazminat miktarları
Sivil Toplum Örgütlerinin Sayısındaki Artış ve Bu Örgütlerin Etkilerinin Artması	Toplum içerisinde çeşitli etkinlik vb. yöntemle ile malpraktis ve hasta hakları konularında toplumun bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi
Hasta Beklentilerinin Artması	Hastaların, sağlık hizmetlerinde artan rekabet ile aldıkları hizmeti sorgulamaları ve seçici olmaları

3.2. *Komplikasyon Kavramı*

Hekimler gerçekleştirecek oldukları tıbbi müdahalelerde tıbbi standarda bağlı kalarak eylemlerini icra etmeleri gerektiği çeşitli kanun hükümleri ve sözleşmelerde hükme

bağlanmıştır. Bazı durumlarda hekimler her ne kadar tıbbi standartlara vb. yükümlülüklerine uygun davranırsa da ve müdahale sırasında oluşabilecek risklere karşı gerekli önlemleri alsada meydana gelebilecek zararların engellemediği gözlemlenmektedir; işte bu gibi hallerde komplikasyon olarak adlandırılan kavram karşımıza çıkmaktadır. Komplikasyon kavramının tanımına ilişkin olarak literatürde çeşitli tanımlamalar mevcuttur²⁵³.

Sağlık hukuku bakımından hekimler kusur sorumluluğuna dayalı olarak gerçekleştirecek oldukları eylemlerde meydana gelen zararlardan sorumlu tutulurlar; komplikasyon kavramına ilişkin olarak yapılan tanımlamalardan da yola çıkıldığı takdirde, komplikasyon esasen "izin verilen risk" olarak kabul edilmekte ve bu kavram dahilinde tıbbi müdahale sürecinde hekimlerin yeterli özeni ve dikkati gösterdikleri halde bile olumsuz sonuçların gerçekleşebileceği, bu durumların tıbbi müdahalenin olağan riskleri olarak değerlendirildiğinden, hekimler komplikasyon sebebiyle sorumlu tutulamaz²⁵⁴. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde hekimlerin ve dış hekimlerinin gerçekleştirecek oldukları müdahalelerin sonucunda hasta bakımından şifa gerçekleşmiş olmasa bile eğer ki hekim gerekli dikkati ve özeni göstermişse o halde kınanamayacağı, eleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

3.2.1. Komplikasyon ile Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Arasındaki Ayrım ve Buna İlişkin Sorumluluklar

Komplikasyon kavramı hukuk alanı içerisinde kullanıldığında "izin verilen risk" olarak tanımlanmaktadır; bunun yanı sıra tıbbi bir kavram olarak şu şekilde tanımlandığı görülmektedir; *“hastanın ya da doktorun sebebiyet vermediği; fakat gerçekleşmesi tıbbi standartlara göre öngörülebilir fakat istenmeyen yan olay, yan etki veyahut netice”*.

Dünya Tabipler Birliği'nin (DTB) kabul ettiği bildirme ile tıbbi uygulama hataları kavramını *“ hekimin tedavi esnasında standart müdahaleyi gerçekleştirmemesi,*

²⁵³ Bayraktar 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu'nda komplikasyon kavramına ilişkin olarak malpraktisin korkutuculuğuna karşı doktorun kaçış yaratması adına yeni üretilen bir terim olduğunu belirten açıklamada bulunmuştur. Günday, R. (2012). *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. I. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s.117 ; Sevindik Atıcı, E. Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezaî Sorumlulukları. Yüksek Lisans Tezi. Çukurova Üniversitesi. Adana, s.69

²⁵⁴ Hakeri, H. (2014) *Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı* ,Toraks Cerrahisi Bülteni, 5(1), ss. 23 – 28.

yetenek noksanlığı ya da hastanın tedavisinin gerçekleştirilmemesi ile meydana gelen zarar” olarak tanımladığından önceki bölümlerde bahsetmiştik; bununla birlikte komplikasyon kavramına ilişkin olarak literatürde bulunan tanımlamalar ışığında ortaya çıkan genel kaniya göre, hekimin gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahale sürecinde tıbbi standartlara uygun olarak uygulamayı gerçekleştirdiği halde meydana gelmesi önlenemeyen zararlar şeklinde bir tanımlama yapabiliriz.

Hekimlerin veya sağlık personellerin gerçekleştirecek oldukları eylemlerinden sorumlu tutulup tutulamayacaklarına ilişkin olarak bir değerlendirme yaparken bakılması gereken en önemli ve temel unsur kusurun varlığıdır. Gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu meydana gelen zarar hekimin veya sağlık personelinin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkmış olmalı ve bununla birlikte kusur ile zarar arasında da geçerli nedensellik bağının bulunması gerekmektedir²⁵⁵.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi Canterbury v. Spence davasında günümüzde de genelgeçer olarak kabul edilen birkaç unsur belirlenmiştir; aydınlatılmış onamın komplikasyondaki sorumluluğa etkisini belirten kriter olan, tıbbi müdahale için başvuruda bulunan hastanın kendisine hekim tarafından müdahaleden önce açıklanmayan riskin, müdahale sırasında gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulacaktır ifadesi hekimlerin komplikasyondan sorumlu tutulmalarının şartını ortaya koymaktadır²⁵⁶.

Komplikasyon ve tıbbi uygulama hatası arasındaki temel farkta bu noktada karşımıza çıkmaktadır. İki kavramın tanımlarından da anlaşılacağı üzere, komplikasyonda, öngörülebilir bir zarar ve bu zararın doğmaması için önlem alındığı halde önlenememesi; tıbbi uygulama hatasında (malpraktis) ise hekimin zararın engellenebilmesi açısından gerekli önlemleri almamış olması, tıbbi standartlara uygun davranmaması veya da gerçekleştirecek olduğu müdahale ile ilgili bilgi, beceri ya da deneyim vb. eksiklerinin olması halleri mevcuttur.

Özetle diyebiliriz ki, komplikasyonda hekimin bir kusuru bulunmaz ve bu sebeple de

²⁵⁵ Yüksel, C. *Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik*. Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi. İstanbul, ss.111 – 112

²⁵⁶ Eker Kazancı, B. (2013) *Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi – Haksız Tahrik*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, ss. 1309 - 1358

meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz, tıbbi uygulama hatasında ise hekim kusurludur ve bu sebeple gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahale sonucu meydana gelen zarardan kusuru oranında sorumlu tutulacaktır; ancak burada önemle belirtilmesi gereken bir husus da şudur ki, hekimin gerçekleşen komplikasyondan sorumlu tutulmaması için gerçekleşmesi muhtemel zarar hakkında hastayı aydınlatmış olmalı ve oluşabilecek riskler hakkında da bilgilendirip rızasını almış olmalıdır.

Komplikasyon ve malpraktis kavramları arasındaki ayrımı açıklarken belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus; önlem alınmayan, fark edilmeyen, doğru yönetilmeyen ve tekrarlayan komplikasyonların malpraktise dönüşebileceğidir²⁵⁷; tüm bu sebeplerden dolayı komplikasyonlar meydana geldiğinde hasta doğrudan ve derhal bilgilendirilmeli, oluşan durum kendisinden gizlenmemelidir²⁵⁸.

Komplikasyon ve tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kavramları arasındaki ayrımı temel olarak özetleyerek bir tablo ile açıklayabiliriz.

²⁵⁷ Doğru yönetilmeyen ve tekrarlayan komplikasyonların malpraktise dönüşebileceği durumlar için bkz: Zengin , N. (2012) *Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir?*, *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*. İstanbul: Galenos Yayınevi, 114-121.

²⁵⁸ Zengin, (2012), s.117

Tablo 5. Tıbbi Uygulama Hatası ve Komplikasyon Kavramlarının Ayrımı (Kaynak: Barlıoğlu , (2018), s.54 ; Değdaş, (2018), s.50)

Tıbbi Müdahale Sonrası Meydana Gelen Zararlı Sonucun zelliği		Tıbbi Müdahale Sonrası Meydana Gelen Zararlı Sonucun Adı	Tıbbi Müdahale Sonrası Meydana Gelen Zarardan Hekimin Sorumluluğu
ngrlemeyen	nlenemeyen	Kaza , tesadüf	Sorumluluk oluşmaz.
ngrlebilen	önlenemeyen (nlem alınmaya çalışılmış)	Komplikasyon	Sorumluluk oluşmaz. (ngrlebilen zararlı sonuç hususunda hasta bilgilendirilmiş ve rızası alınmış olmalı; meydana gelen zarara hekim kusurlu fiille neden olmuş olmamalıdır.)
ngrlebilen	önlenebilen (yeterli önlem alınmamış veya hekimin bilgi, beceri eksikliği)	Tıbbi Uygulama Hatası	Hekim kusuru ile sonucu meydana getirdiğinden sorumluluk oluşur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 02.07.2014 tarihli bir kararında tıbbi müdahale öncesi hastadan alınması gereken rızanın sadece ameliyat için değil müdahale sırasında oluşabilecek olası riskler hakkında, önlenmeye çalışılan ancak önlenemeyecek olan durumlar hakkında yani kavram tanımını da yapmış olduğumuz komplikasyonlar ile ilgili olarak aydınlatılmış rıza olarak alınmasının önemi açıklanmıştır²⁵⁹.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2008/15195, K.2009/5671, T.28.04.2009 sayılı kararında²⁶⁰ tıbbi müdahale sürecinde penisilin enjekte edilen hastada hasar meydana gelmesi ve bu meydana gelebilecek komplikasyon durumu hakkında hastanın müdahale öncesinde bilgilendirilmemiş olmasını tıbbi kusur olarak kabul etmiştir²⁶¹.



²⁵⁹ Yargıtay 13. HD., E. 2013/23012, K. 2014/22561, T.02.07.2014.

Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2013-23012-k-2014-22561-t-2-7-2014>. (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

²⁶⁰ Yargıtay 13. HD., E.2008/15195, K.2009/5671, T.28.04.2009.

Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2008-15195-k-2009-5671-t-28-04-2009>. (Erişim Tarihi: 30.05.2020).

²⁶¹ Gökcan, (201:7), s.324

BÖLÜM 4: HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU VE HEKİMİN TIBBİ UYGULAMA HATASINA KARŞI ALABİLECEĞİ HUKUKİ ÖNLEMLER

4.1. Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Unsurları

Hekimin gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahalede bir malpraktis gerçekleştirilmesi halinde sorumluluğunun meydana gelmesi genellikle bir sözleşmeden kaynaklanmakla birlikte; hekim ile hasta arasında sözleşmenin bulunmadığı durumlarda hekimin haksız fiil sorumluluğu oluşmaktadır.

Hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi sonucu hekimin sorumluluğunun gerçekleşmesi adına geçerli bir sözleşmenin meydana gelmiş olması gerekir. Hekim ile hasta arasında kurulmuş olan sözleşme hükümlerine göre hekimin gerçekleştirmekle sorumlu olduğu teşhis, tedavi vb. eylemlere ilişkin yükümlülüğüne aykırı davranışı ile sözleşmeyi ihlal etmesi sonucu meydana getirdiği zararı tazmin yükümlülüğü hukuki sorumluluğunun bir neticesi olarak ortaya çıkmaktadır²⁶². Hekimin tıbbi uygulama hatası sonucu tazminat sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekmektedir²⁶³.

4.1.1. Hukuka Aykırılık

Hekimin gerçekleştirdiği fiil hukuka aykırı olduğu takdirde hekimin hukuki sorumluluğu meydana gelmektedir; hekimin sorumlu tutulacağı mevcut bir kusurunun bulunması gerekir ve bunun da en temel örneği; hekimin gerçekleştireceği müdahalede özen yükümlülüğüne aykırı davranması ve gerekli dikkati göstermemesidir²⁶⁴.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayalı olarak kurulduğu durumlarda hukuka aykırılık hali sözleşmenin ihlali ile meydana gelmekte iken haksız fiil ilişkisinin mevcut bulunduğu durumlarda hukuka aykırılık unsuru kişilerin malvarlığında ya da şahıs varlığında mevcut bulunan korunan değerlere zarar

²⁶² Yılmaz, (2017), s.18

²⁶³ Polat, (2019), s.285

²⁶⁴ Tunçer, (2019), s. 206

verilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır²⁶⁵. Hekim gerçekleştirmekle yükümlü olduğu teşhis, tedavi vb. eylemlerin ifasını gerektiği şekilde gerçekleştirmezse ve bunun sonucunda hastada bir zarar meydana gelirse, hekim zararlı sonucun oluşmasında kusurunu bulunmadığını ispat etmedikçe hastanın zararını karşılamak zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi bu hususu hükme bağlamaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda; hekimlerin hafif kusurlarından bile sorumlu tutulacaklarını ve meslekleri gereği uymakla yükümlü oldukları kurallara uymaları gerektiğini ve karar sonucunda hekimin sahip olduğu yükümlülüklerini ihlal etmesiyle hukuka aykırı davranış gerçekleştirdiğini, bu nedenle de tazminat sorumluluğunun meydana geldiğini belirtmiştir²⁶⁶.

Hekimin hastasının beden bütünlüğüne herhangi bir müdahalede bulunması, tıp mevzuatı ve sözleşme hükümlerine uygun kabul edildiği müddetçe hukuka uygundur; hekimin eylemlerini hukuka aykırı hale getiren, belirlenmiş kurallara aykırı davranışdır²⁶⁷. Hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulama hatasından sorumlu olması için fiilin hukuka aykırı olması tek başına yeterli değildir, bununla beraber hukuka uygunluk sebeplerinin de mevcut olmaması gerekir; gerçekleştirilen tıbbi uygulamaya hastanın rıza göstermiş olması, hastanın üstün yararının bulunması ve kamu yetkisinin kullanılması hekimin hukuka aykırı fiilini hukuka uygun duruma getirecek sebeplerdendir²⁶⁸.

4.1.2. Kusur

Kusur kavramının tanımı hukuki açıdan yorumlandığında; hukuk kuralları ve hukuk düzeni çerçevesinde hoş karşılanmayan ve bununla birlikte kınanan davranış biçimi olarak açıklanması mümkündür²⁶⁹. Hekimin sözleşme hükümleriyle uyuşmayan davranışı sebebiyle meydana gelen hukuka aykırı eylemi sonucu oluşan zararlardan sorumlu tutulabilmesi veyahut hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmadığı hallerde hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin hukuka aykırı eyleminin yanı sıra kusurlu olması unsuru da aranmaktadır.

²⁶⁵ Hakeri, (2020), s.435

²⁶⁶ Günday, (2012), s. 35

²⁶⁷ Gökcan, (2017), s.1049

²⁶⁸ Seçer, (2013), s.136

²⁶⁹ Hakeri, (2020), s.435

Hekimin tıbbi müdahalelerinden doğan sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğu olarak meydana gelmektedir²⁷⁰. Hekimin hem akdi sorumluluğunun hem de akit dışı sorumluluğunun bir unsuru olan kusur kavramının bir diğer karşılığı, hekimin teşhis, tedavi vd. sahip olduğu yükümlülükleri kasten veya ihmalen ihlal etmiş olmasıdır²⁷¹.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundaki kusur kavramı ile haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğundaki kusur kavramı arasındaki fark sadece ispat yükü açısından; haksız fiil sorumluluğunda ispat yükü hastadadır²⁷².

Yargıtay'ın hekimlerin kusurlu davranışları sebebiyle sorumlu olduklarına ilişkin vermiş olduğu çeşitli kararlar mevcuttur ve hepsinde de ortak olan kanı hekimlerin objektif kusur çerçevesinde hafif kusurunda dahi zararın tümünden sorumlu olacağıdır²⁷³.

4.1.3. Zarar

Hekimin tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan sorumluluğuna başvurulabilmesi için sözleşme hükümlerine aykırı davranış ve bununla beraber hekimin kusurunun mevcut olmasının yanı sıra gerçekleştirilen eylem sonucu hastanın zarara uğramış olması gerekmektedir²⁷⁴.

Zararın oluşmadığı yerde hukuk sorumluluk meydana gelmez. Zarar, dar ve geniş anlamda kullanılmak suretiyle iki anlam içermektedir; geniş anlamda zarar kavramı hem maddi hem de manevi zararı kapsarken, dar anlamda zarar kavramı ise sadece maddi zararı kapsamaktadır²⁷⁵.

Hekimlerin tıbbi uygulama hataları sonucu hukuki sorumlulukları kapsamında ortaya çıkan maddi zarar kavramı, hekimlerin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken uymakla yükümlü oldukları kurallara bağlı bir tedavi gerçekleştirmiş olsalardı hastada meydana gelecek sağlık durumu ile gerçekleştirilen hatalı uygulama sonucu hastada meydana gelen mevcut durum arasında para ile karşılanabilecek zararı; manevi zarar kavramı

²⁷⁰ Tunçer, (2019), s.208

²⁷¹ Yılmaz, (2017), ss.19 - 20

²⁷² Yılmaz, (2017), s. 179

²⁷³ Polat, (2019), s. 286 ; Hakeri, (2020), s.436 ; Yargıtay 13. HD' nin 2006 tarihli kararında hekimin kusurundan olan sorumluluğunun önemini belirtmiştir,

Bkz: Lexpera (2020). Yargıtay 13. HD., E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2006-10057-k-2006-13842-t-19-10-2006>. (Erişim Tarihi: 15.06.2020)

²⁷⁴ Hakeri, (2020), s.77

²⁷⁵ Yılmaz, (2017), s.19

ise, hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulama hatası sonucu hastanın ruh sağlığında meydana gelen değişimler ve yine bedensel olarak duyulan acılar, yaşama sevincinde azalma vb. zararları ifade eder²⁷⁶.

Hastalık sebebiyle gerçekleştirilen teşhis, tedavi vb. giderler, ölüm gerçekleşmişse cenaze masrafları, tıbbi müdahale sonrası eşlerden birinin sağlığının bozulması ve bunun devamında destekten yoksun kalınması ve bunlar gibi durumlar sonrasında kişinin malvarlığında azalma meydana geldiği için bu durumları maddi zarara örnek gösterebiliriz²⁷⁷.

Hasta ve hekim arasında herhangi bir sözleşmenin kurulmadığı hallerde; örneğin; hekimin ifa yardımcısı konumunda olduğu yani sözleşmenin sadece hastane ile hasta arasında bulunduğu durumlarda, hekimin tıbbi uygulama hatası sonucu hastada meydana gelen zararların tazmininde hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak zarar giderilir²⁷⁸. Hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararın tazminin gerçekleştirileceği durumlarda meydana gelen doğrudan zararlar tazmin edilirken, yansıma zararlar (hasta yakınlarını etkileyen durumlar) iki istisna haricinde tazmin edilmez, bu iki istisna şunlardır: destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat²⁷⁹. Hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulama hatası sonucu meydana gelen zararın haksız fiile dayandırılarak tazmin edilmesi isteniyorsa, zarar gören hasta; hukuka aykırılığı, kusuru, zararı ve illiyet bağıını ispatlamak zorundadır²⁸⁰.

4.1.4. İlliyet Bağı

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalede mevcut bulunan tıbbi uygulama hatası sonrası hekimin hukuki sorumluluğuna başvurularak zararların tazmin edilebilmesi için hekimin kusurlu davranışı ve bu kusurlu eylem sonucunda hastada oluşan zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir²⁸¹.

Hekimin sadece özen yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunması meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için yeterli değildir; hekimin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu hastanın yaralanması, hastanın ölümüne sebep olunması vb. sonuçlar

²⁷⁶ Yılmaz, (2017), s. 19

²⁷⁷ Aykın ve Çınarlı, (2016), s.200

²⁷⁸ Hakeri, (2020), s.437

²⁷⁹ Hakeri, (2020), s.437

²⁸⁰ Kılıç Güneş, (2016), s.80

²⁸¹ Polat, (2019), s.286

ortaya çıkarsa hekimin sorumluluğu oluşmaktadır; özetle diyebiliriz ki, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı olan icrai veya ihmali davranışları ile bunların sonucunda ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı ilişkisi bulunması gerekmektedir²⁸².

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğundan bahsedilmek için hekimin özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği fiiler ile oluşan zarar arasında illiyet bağı bulunması gerektiğinden bahsetmiştik; hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna da başvurulabilmesi için hekimin gerçekleştirmiş olduğu eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir²⁸³.

İllyet bağı mücbir sebep(kaza), üçüncü kişinin kusuru veya mağdurun (zarar görenin, hastanın) kusuru ile kesilebilir ve bunun sonucunda bu üç sebepten biriyle illiyet bağı kesilirse hekimin sorumluluğuna başvurulamaz²⁸⁴.

İllyet bağını kesen sebepleri birer örnek ile ilişkilendirerek açıklayacak olursak²⁸⁵:

1) Mücbir Sebep (kaza): Hekimin tıbbi müdahale gerçekleştirdiği esnada gerçekleşen deprem sebebiyle hastanın ölmesi veya göçük altında kalarak yaralanması illiyet bağını kesen mücbir sebebe örnek olarak gösterilebilir.

2)Üçüncü Kişinin Kusuru: Hekimin tedavi amaçlı hastaya kullanması amacıyla verdiği ilaçtan farklı bir ilacın eczacı tarafından hastaya verilmesi ve bu sebeple hastanın zarar görmesi halinde illiyet bağı üçüncü kişinin kusuru ile kesilmiş olur.

3) Mağdurun (zarar görenin, hastanın) Kusuru: Hastanın, hekimin kendisine verdiği tavsiyelere uymayarak iyileşme sürecini uzatması veya iyileşmemesi durumunda hasta oluşan zarara sonuca kendisi yol açtığından illiyet bağı kesilmiştir.

4.2. Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Sonuçları

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu teşhis, tedavi vb. amaçlı eylemleri sırasında yapmış olduğu tıbbi uygulama hatası sebebiyle hastaya maddi veyahut manevi bir zarar

²⁸² Hakeri, (2020), s.437

²⁸³ Yördem, (2019), s. 148 ; Kılıç Güneş, (2016), s. 81

Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararı için bkz:

Kazancı (2020). Yargıtay 10. HD., E.1999/6175, K.1999/8022, T.09.11.1999. Erişim Kaynağı: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10hd-1999-6175.htm&kw=tazmin+sorumluluğu+için+davranış+ile+zararla+sonuç+arasında+uygun+nedensellik>

+bağının+kurulabilmesi+gereklidir.#fm. (Erişim Tarihi: 16.06.2020)

²⁸⁴ Kılıç Güneş, (2016), s.81; Yılmaz, (2017), s. 133

²⁸⁵ Alkanat, M. B. (2002) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 11(5), ss. 177 – 180.; Tunçer, (2019), s.209 ; Yılmaz, (2017), s. 133

verildiğinin ispat edilmesi halinde hasta maddi ya da manevi zararları hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında tazmin edilir²⁸⁶.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet veyahut eser sözleşmesinden kaynaklandığı hallerde açılacak olan tazminat davalarında yetkili mahkeme Tüketici Mahkemeleridir; hastanın tedavi veya teşhis amacıyla kamu sağlık kuruluşlarına başvurduğu hallerde tıbbi uygulama hatası sedeniyle açılan tazminat davalarında ilişki kamu hukuku ilişkisi niteliğinde olduğundan İdare Mahkemeleri yetkilidir; hekimlerin tıbbi uygulama hatalarına karşı menfaatlerini sigortalayan şirkete açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında Asliye Ticaret Mahkemeleri sorumludur ve bununla birlikte tıbbi uygulama hatası sebebiyle açılacak tazminat davalarında Genel Yetkili Mahkeme, davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yeri mahkemesidir²⁸⁷.

Hekimin kusurlu olduğunun sabit olduğu durumlarda tazmin etmekle yükümlü olacağı iki tür tazminat bulunmaktadır, bunlar; maddi ve manevi tazminattır ve önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus ise tazminat miktarının belirlenmesi hususunda hekimin sorumluluğunun hasta ile arasında kurulmuş bulunan bir sözleşmeye dayanması veya da hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanması bir fark oluşturmamaktadır²⁸⁸.

4.2.1. Maddi Tazminat

Hastanın tıbbi uygulama hatası sonucu uğradığı zararlardan biri olarak maddi zararlardır ve bu zararın tazmini için ödenen tazminat da maddi tazminat olarak adlandırılmaktadır²⁸⁹.

Hekimin veya özel hastanenin teşhis, tedavi vb. işlemler amacıyla kendisine başvuran hastaya karşı bu işlemleri gerçekleştirirken kusurlu davranışları bulunduğu ispatı halinde maddi bir kaybı oluşan hasta birey zararının tazminini talep edebilecektir²⁹⁰. Maddi zararların tazmini için açılan tazminat davasında, hekimin tıbbi uygulama

²⁸⁶ Yörдем, (2019), s.149

²⁸⁷ Öndül Avukatlık Bürosu (2019). *Malpraktis Davaları Nedir?* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.ondul.av.tr/?s=malpraktis> . (Erişim Tarihi: 16.06.2020)

²⁸⁸ Hakeri, (2020), s.438

²⁸⁹ Hakeri, (2020), s.439

²⁹⁰ Karan, (2015), s.165

hatası sonucu ve hastanın iradesinin dışında malvarlığında meydana gelen ekonomik eksilmelerin giderilmesi amaçlanmaktadır²⁹¹.

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık durumlarında da uygulanabilir ve TBK'nın 114. maddesi'nde düzenlenen bu hükme dayanılarak hekimin kusurlu olması halinde hasta zararlarının tazminini ister haksız fiil sebebiyle ister sözleşmeye aykırılık sebebiyle isteyebilir²⁹².

6098 sayılı kanuna göre, vücut bütünlüğünün ihlal edilmesinden doğan zararlar ölüm halinde meydana gelen zararlar ve bedensel zararlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. TBK md.53'te ölüm halinde doğan zararlar hüküm altına alınmış iken; TBK md. 54'te bedensel zararlar belirlenmiştir.

Maddi tazminat olarak hastanın, hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulama hatası sebebiyle yapmak mecburiyetinde kaldığı harcamalarının karşılığı belirlenir, bunlara örnek olarak; tedavi masrafları, ilaç masrafları, tıbbi uygulama hatası sonucu yapılması gereken yeni bir ameliyatın masrafı, rehabilitasyon masrafları, hekimin kusurunun yol açtığı hastanın bedensel bütünlüğünde oluşan hasar sebebiyle hastanın çalışma gücünün kaybı sonucu meydana gelen kazanç kaybı, ulaşım masrafları gösterilebilir²⁹³.

Hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi uygulama hatası sonucunda maddi tazminat ödemekle yükümlü olduğu kabul edildiğinde kural olarak tazminat doğrudan zarar gören kişiye ödenir, ancak; hekimin zamanında yapması gereken tedavi amaçlı eylemi, örneğin; zamanında hastaya insülin iğnesinin yapılmaması sonucu hastanın ölmesi halinde hastanın yakınları “destekten yoksun kalma tazminatı” isteyebileceklerdir²⁹⁴.

4.2.2. Manevi Tazminat

Manevi zarar kavramı, bir kimsenin şahıs varlığında meydana gelen iradesi ve rızası dışında oluşan eksilmeleri ifade etmektedir; manevi zararı hekim ve hasta arasında kurulmuş bulunan ilişki bakımından tanımlayacak olursak; hekimin gerçekleştirmiş

²⁹¹ Özdemir, (2016), ss. 69 - 70

²⁹² Kalaycı Ölçüm, M.B. (2019) *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık

²⁹³ Özdemir, (2016), s.70

²⁹⁴ Hakeri, (2020), s.440

olduğu tıbbi uygulama hatası sonucu hastanın acı, ızdırap vb. duygulara sahip olması ve yaşama sevincinde meydana gelen azalmadır²⁹⁵.

Manevi zarar miktarı belirlenirken zarar görenin zararının karşılanması ve hastanın duyduğu psikolojik rahatsızlığın giderilmesi amaçlandığından parayla ölçülemeyen hususlar mevcut bulunduğundan yalnızca hakim tarafından takdir edilmesi mümkündür²⁹⁶.

Manevi tazminat davası açmak için gereken şartları şu şekilde sıralayabiliriz²⁹⁷:

“ 1) Hastaya kusur içeren sağlık hizmeti sağlanmış olması,

2) Hastaya sağlık hizmeti sunulurken gereken dikkatin ve önemin verilmemiş olması,

3) Kusurlu sağlık hizmeti gerçekleştirilmesi nedeniyle, hastanın maneviyatında bozulma veya zarar meydana gelmesi,

4) Kusur içeren sağlık hizmeti gerçekleştirilmiş olması nedeniyle, hastanın kişilik haklarının zarara uğraması,

5) Hastanın maneviyatında ortaya çıkan zararlar kusurlu sağlık hizmeti arasında illiyet bağının mevcut olması ”.

Yargıtay’ın manevi tazminat konusunda vermiş olduğu pek çok karar bulunmaktadır; konunun anlaşılması adına bir Yargıtay kararlarını incelemek yerinde olacaktır²⁹⁸.

4.2.3. Zamanaşımı

Tazminat taleplerine ilişkin olarak hukukumuzda özel olarak zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Hekim ve özel sağlık kuruluğu aleyhine zarar gören hastanın haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararının tazmini için zamanaşımı süresi TBK md. 72

²⁹⁵ Karacabey, U. (2015) *Hekimin Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi*, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), ss. 41 – 75.; Türe, O. (2017) *Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, 12(127), ss. 32 – 41.

²⁹⁶ Tunçer, (2019), s. 208

²⁹⁷ Kılıç Güneş, (2016), s.101 ; Akyıldız, S. ve Özkan, H. (2012) *Hasta – Hekim Hakları ve Davaları*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 318 – 319

²⁹⁸ Bkz: Lexpera (2020). Yargıtay 13. HD., E.2017/6006, K.2019/851, T.30.01.2019. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2017-6006-k-2019-851-t-30-1-2019>. (Erişim Tarihi: 17.06.2020)

çerçevesinde değerlendirilir ve 2 ila 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir²⁹⁹.

Hekimlik sözleşmesi Yargıtay kararlarında vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir; bu sebeple olacak ki hekimin tazminat sorumluluğunda belirlenecek olan zamanaşımı süresi TBK md. 147'ye göre 5 yıllık süreye tabi tutulmuştur³⁰⁰. Tüm bu açıklamalar sonucunda zamanaşımı bakımından incelendiğinde zarar gören hastanın sözleşmeye dayanarak zararını tazmin etmek için dava açması daha avantajlı olacaktır³⁰¹.

Vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilecek olan hekimlik sözleşmesinde hekimin sorumluluğunun zamanaşımı süresi zararın öğrenildiği andan itibaren başlamaktadır³⁰².

4.3. Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçersizliği

Sorumsuzluk anlaşmasının tanımı 6098 sayılı Kanun'un 115. maddesinde;

“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağıyla alakalı anlaşmalar hükümsüz kabul edilmektedir. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan olası bir borç nedeniyle sorumlu tutulmayacağına yönelik olarak önceden yapılan her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, yalnızca kanun veya yetkili makamlarca verilen izinle gerçekleştirilebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağına yönelik önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Hekim ve hasta arasında teşhis, tedavi vb. eylemleri gerçekleştirmek amacıyla güven duygusunun bulunduğu ve hekimin hasta karşısında bu sebepten dolayı üstün kabul edildiği bir ilişki bulunmaktadır ve bununla birlikte hekim vekil sıfatına sahip olduğundan hafif kusurundan bile sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir ve bu hususun da hükme bağlandığı TBK md. 115/3'te görülmektedir; bu sebeple hekim ile hasta arasında kurulacak olan sözleşmede sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak verilecek olan hükümler batıldır³⁰³.

²⁹⁹ Hakeri, (2020), ss. 444 – 445

³⁰⁰ Hatırnaz Erol, G. (2017) *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.425

³⁰¹ Hakeri, (2020), s.445

³⁰² Yavuz İpekyüz, (2015), ss. 51 – 52

³⁰³ Yılmaz, (2017), s.275 ; Alkanat, (2002), s.180

4.4. Hekimin Hukuki Sorumluluğuna Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

Hasta ile hekim arasında veya sağlık kuruluşları ile hasta arasında tıbbi uygulamalar sebebiyle meydana gelebilecek olan tıbbi uygulama hataları sonucu oluşan özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklar davaya dönüştürülmeden arabuluculukla çözüme kavuřturulabilecektir³⁰⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 4. maddesinde;

“Sistematik yöntemler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, tarafların karşılıklı olarak anlaşmalarını ve bu yolla çözümlerini tarafların kendilerinin bulabilmesini gerçekleştirmek amacıyla aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlayan, tarafların çözüm üretemediklerinin anlaşılması durumunda uygun bir çözüm yöntemi önerisi getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve kamu hizmeti olarak yürütölen ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm tekniği” şeklindeki ifade ile arabuluculuğun tanımı yapılmıştır.

Arabuluculuk yönteminin en önemli avantajı gizlilik prensibine yönelik uygulamaları barındırmasıdır; tıbbi uygulama hatalarına karşı açılan davalar sırasında zarar gören hasta tarafından sıklıkla kullanılan tümce “ *Doktorum benimle konuşsaydı, aydınlatmış olsaydı dava yoluna başvurmazdım*” ifadeleridir; buradan da anlaşılacağı gibi hastalar çoğunlukla iletişime ve uzlaşmaya açıktırlar ve önemle belirtilmesi gereken bir husus, hekimler, açılan davayı kaybetmekten değil bu yargılama sürecinde yaşattığı ve yaşayacağı stres ve bunun devamında oluşabilecek itibar kaybından endişe duymaktadırlar, bu sebeptendir ki gizlilik ilkesinin temel alındığı arabuluculuk yönteminin kullanılması her iki taraf açısından da daha etkili ve olumlu bir çözüm yolu olacaktır³⁰⁵.

4.5. Hekimin Tıbbi Uygulama Hatasından Korunma Yöntemleri

Hekimlerin tıbbi uygulama hatalarını engellemek adına alabilecekleri en etkili önlem hastanın hekime olan güvenini sağlamak ve bu güveni hak etmeye yönelik olarak gerekli yükümlölükleri yerine getirmektir³⁰⁶.

³⁰⁴ Polat, (2019), s. 292

³⁰⁵ Polat, (2019), ss. 291 – 292

³⁰⁶ Barlıoğlu, (2018), s. 121

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun hazırlamış olduğu insan hakları bildirgesi taslağında her bireyin sosyal güvenlik hakkına haiz olduğu , devletin sağlığın geliştirilmesi, hastalıkların ve kazaların engellenmesi ve sağlık bakımı ve geçinme imkanını kaybedenler için tazminat sağlanması gerektiğini belirtmiştir; devlet, hekim ve hastanelerin gerçekleştirmiş oldukları tıbbi müdahaleler sonucu hastaya vermiş oldukları zararların artması ve bu sebeple de açılan davalarda yüksek oranda artış gözlemlenmesi sebebiyle serbest, kamu ve özel sektörde çalışan tüm hekimlere zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunlu kılınmıştır; zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası sayesinde hekim, gerçekleştirmiş olduğu zarara sebep olan eylem hakkında tazmin etmekle yükümlü olacağı tazminatı sigorta şirketine devredebilmektedir³⁰⁷.

4.5.1. Tıbbi Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Bu Kapsamda Hastaların Sigorta Tahkim Komisyonuna Müracaat Hakkı

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun Ek 12. maddesi;

“ Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler, dış hekimleri ve tıpta uzmanlık kanuna göre uzman kabul edilenler, tıbbi kötü uygulama sebebiyle kendilerinden karşılanması istenebilecek zararlar ile bağlı oldukları kurum tarafından kendilerine yöneltilecek olan rüculara yönelik olarak sigorta yaptırmak mecburiyetindedirler. Sigorta priminin yarısı hekimler tarafından, kalan miktar döner sermayesi mevcut olan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayeye sahip olmayan kurumlarda kurum bütçelerinden karşılanır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini bağımsız bir şekilde gerçekleştiren hekim, dış hekimi ve tıpta uzmanlık kanuna göre uzman kabul edilenler, tıbbi kötü uygulama nedeniyle bireyleri uğratacakları zararlar ile bu nedenle kendilerine yöneltilecek rüculara yönelik mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak mecburiyetindedirler.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini bağımsız bir şekilde gerçekleştirenler kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar ise bağlı oldukları özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca yaptırılmaktadır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı

³⁰⁷ Kılıç Güneş, (2016), ss. 90 – 91

hekimler tarafından, yarısı istihdam edenlerce karşılanır. İstihdam edenlerce sağlık çalışanı bakımından ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesintiye uğratılamaz, bunlarla ilişkin hüküm içeren sözleşmeler yapılamaz.

Zorunlu sigortalarla bağlantılı güvence miktarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenir. Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için 5000 Türk Lirası idari para cezası verilir.”

“Hekim Sorumluluk Sigortası” olarak bilinen Tıbbi Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nı tanımlamakta ve bilinmesi gerekli olan özellikleri ayrıntılarıyla açıklamaktadır.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.1'de sigortanın niteliği belirtilmektedir.

Anılan madde hükmüne göre;

“1219 sayılı Kanunun Ek 12'nci maddesi kapsamında, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık kanuna göre uzman kabul edilenler poliçe dahilindeki mesleki faaliyeti gerçekleştirirken, sözleşme tarihinden önceki 10 senelik dönemdeki ya da sözleşme süresi içerisinde mesleki faaliyeti sebebiyle meydana getirdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu istemle ilişkili yargılama giderleri ve hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine istenen tazminat talebine bağlı olarak makul giderlere yönelik poliçede belirlenen limitler dahilinde güvence sağlar.

Ancak 10 senelik dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u aşamaz ve 1 aydan fazla sigortasız kalınan süreçte ortaya çıkan durumlara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlara yönelik sigorta koruması yoktur. Sigortalının mesleki faaliyete son vermesi durumunda, birinci paragrafta bulunan güvenceye ek olarak, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetleri sebebiyle sözleşmenin sona erme tarihinden 2 sene sonrasına kadar meydana gelebilecek istemler de güvence kapsamındadır”.

1219 sayılı kanun Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nı zorunlu hale getirmiştir; bu uygulama ile hekimlerin faaliyet gösterdiği

alana göre riziko – prim dengesi sağlanmış olur ve sağlık hizmetlerinin daha verimli bir şekilde gerçekleştirilmesine fırsat verir, hem hekimler hem de hastalar açısından hukuki bir korumadır³⁰⁸.

Önemle belirtmek gereken bir diğer nokta ise uzayan dava süreçleri ile vakit kaybı yaşanmadan uyuşmazlıkların çözümü noktasında büyük bir kolaylık sağlayan Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulması hususudur. Tıbbi uygulama hatası sonucu zarar gören hastalar Türk Ticaret Kanunu'nda da hükme bağlandığı üzere zararlarının sigorta bedelini karşılayan miktarının tazminini belirtilen zamanaşımı sürelerine bağlı kalmak suretiyle direkt olarak sigortacıdan isteyebileceklerdir; hem hekimler hem hastalar açısından büyük bir hukuki koruma sağlayan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası hükümleri kapsamında hastalar, zararlarının tazmininin gerçekleştirilmesi amacıyla sigorta tazminatı talebiyle Sigorta Tahkim Komisyonu'na müracaat edebileceklerdir³⁰⁹.

³⁰⁸ Yalçınkaya, V. (2018) *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* , Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), ss.132 – 142.

³⁰⁹ Kubilay, H. (2018) *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Güncel Durum* , Yargı Dünyası Aylık İçtihat, Mevzuat Ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, 23(266), ss. 17 – 57

BÖLÜM 5: SONUÇ

İnsanlık tarihi boyunca hekim ile hasta arasındaki ilişki sürecinde önemli değişiklikler ve gelişmeler meydana gelmiştir ve bu süreç içerisinde birden fazla uyumsuzluğu barındırmış ve bunun sonucunda da çeşitli kavramların ortaya çıkmasını sağlamıştır. Hekim ile hasta arasında meydana gelen uyumsuzlukların çözümü noktasında da en temel husus kavram karmaşasına son vermek ve hem hastaların hem de hekimlerin karşılaşacakları sorunlar karşısında sahip oldukları hakları ve korunma yöntemlerini öğrenmelerini sağlamaktır.

Hekim ile hasta arasında uyumsuzluklara konu olan en temel kavram tıbbi uygulama hatasıdır. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kavramı, günümüzde de sıklıkla bu konuya ilişkin davaların artmasıyla birlikte önem arz eden bir konu haline gelmiştir. Hasta ile tedavi amacıyla kendisine başvuran hasta arasındaki ya da hasta ile tedaviyi üstlenen kurum arasındaki hukuksal ilişki sürecinde taraflar arasında pek çok haklar ve sorumluluklar mevcut bulunmaktadır; bu kapsamda meydana gelmiş olan haklar ve sorumluluklar önceden kurulmuş olan bir sözleşme ilişkisine veya haksız fiile dayanmaktadır.

Hukukumuzda Yargıtay kararlarının büyük bir çoğunluğunda tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim ile tedavi amacıyla kendisine başvuran hasta arasında bir vekalet sözleşmesinin bulunduğu karara bağlanmıştır, bu sözleşme literatürde hekimlik sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır.

Hekimin gerçekleştirecek olduğu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en önemli ve dikkat edilmesi gereken husus tıbbi müdahalenin uygulanması için hasta ile hekim arasında kurulacak sözleşme ilişkisinde hastanın rızasının bulunmasıdır; hastanın rızası alınmadan sözleşme ilişkisinin kurulması mümkün değildir ve hukuka aykırıdır.

Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşmenin kurulmadığı durumlarda hekimin sorumluluğu haksız fiile dayandırılmaktadır; bu hususa ilişkin örnek olarak; tıbbi müdahalenin özel hastanede gerçekleştirilmesi veya sözleşmenin taraflarının özel hastane işleticisi ile hasta olduğu ve hekimin de ifa yardımcısı sıfatında olduğu durumu gösterebiliriz. Burada önemle belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise Yargıtay'ın hastanın, teşhis ve tedavi işlemlerinin gerçekleştirilmesi için özel hastane ile bir sözleşme yaptığı hallerde hekimin kusurundan doğacak sorumluluklarda TBK md.

66'ya göre adam çalıştırmanın sorumluluğunu esas alması problemidir; kanaatimizce, hekim, hastaya ifa yardımcısı sıfatını kullanarak gerekli müdahaleleri gerçekleştirmektedir; hekim, hastane ile arasındaki sözleşme gereği üstlendiği yükümlülükleri yerine getirirken hastanın zarar görmesi sonucu ortaya çıktığından ve tüm bunlara ek olarak TBK md.66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar gören ile adam çalıştırıcı arasında bir sözleşme bulunmadığı ama burada hasta ile hastane arasında bir hizmet sözleşmesi bulunduğundan hekimlerin kusurlarına ilişkin sorumlulukta TBK md.116 bağlamında ifa yardımcısının sorumluluğuna başvurulması gerektiği hususunun dikkate alınması gerekmektedir.

Tedavi amacıyla hastaneye başvurulması halinde ikili bir ayırım söz konusudur; hastanın özel hastaneye başvurduğu durumlarda sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmuş kabul edilir ve hekim ifa yardımcısı sıfatında olduğundan sadece haksız fiil sorumluluğuna tabi tutulur, burada hastane ile hasta arasındaki sözleşme hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır; hastanın kamu hastanesine müracaat ettiği durumlarda ise hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi değil idare hukuku ilişkisi kurulmuş olur.

Tıbbi uygulama hataları genel olarak bakıldığında; dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik – yetersizlik, özen eksikliği, emir ve yönetmeliklere uymamak gibi temel sebeplerden kaynaklanabilmektedir bu sebeple de tıbbi uygulama hatalarında, gerçekleştirilen müdahale sonucunda zarar gören hasta bakımından hekimin sorumluluğunun belirlenmesi adına bilirkişilik uygulamaları büyük bir öneme sahiptir.

Hekimlerin tıbbi uygulama hatasından doğan hukuki sorumluluğunun belirlenebilmesi adına sıklıkla karıştırılan komplikasyon ve tıbbi uygulama hatası kavramları arasındaki temel farkları ayırt edebilmek gerekmektedir; komplikasyonda, öngörülebilir bir zarar ve bu zararın doğmaması için önlem alındığı halde önlenememesi; tıbbi uygulama hatasında (malpraktis) ise hekimin zararın engellenebilmesi açısından gerekli önlemleri almamış olması, tıbbi standartlara uygun davranmaması veya da gerçekleştirecek olduğu müdahale ile ilgili bilgi, beceri ya da deneyim vb. eksiklerinin olması halleri mevcuttur.

Komplikasyonda hekimin bir kusuru bulunmaz ve bu sebeple de meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz, tıbbi uygulama hatasında ise hekim kusurludur ve bu sebeple gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahale sonucu meydana gelen zarardan kusuru oranında sorumlu tutulacaktır; fakat burada önemle belirtmek gerekir ki hekimin gerçekleşen komplikasyondan sorumlu tutulmaması için gerçekleşme ihtimali bulunan zarar hakkında hastayı aydınlatmış olmalı ve oluşabilecek riskler hakkında da bilgilendirip rızasını almış olmalıdır.

Hekimin tıbbi uygulama hatası sonucu tazminat sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekmektedir. Tüm bu unsurlar sağlandığı takdirde hekimin gerçekleştirmiş olduğu teşhis, tedavi vb. müdahaleleri sırasında yapmış olduğu tıbbi uygulama hatası sebebiyle hastaya maddi veyahut manevi bir zarar verildiğinin ispat edilmesi halinde hasta maddi ya da manevi zararları hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında tazmin edilir. Burada dikkat edilmesi gereken bir önemli nokta tazminat taleplerine ilişkin olarak hukukumuzda özel olarak zamanaşımı sürelerinin düzenlenmiş olmasıdır; Yargıtay tarafından da hekim ve hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinden zamanaşımı süresi zararın öğrenildiği tarihten itibaren beş yıl olarak kabul edilir; ancak, hekimin ifa yardımcısı konumunda olduğu ve sözleşmenin hasta ve özel hastane arasında kurulduğu hallerde hekimin yalnızca haksız fiil sorumluluğuna başvurulacağından zamanaşımı iki ila on yıllık süreye tabidir.

Hekimin, TBK md. 115/3'te belirtilen *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”* ifadesi gereği hasta ile arasındaki sözleşmede yapacağı herhangi bir sorumsuzluk anlaşması geçersizdir.

Günümüzde de hukuki uyuşmazlıkların çözümünde büyük bir kolaylık ve hız sağlayan arabuluculuk yöntemi tıbbi uygulama hataları sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde de büyük bir öneme sahiptir; temel prensip olarak gizliliği esas alması sebebiyle yargılama sürecinde hekim ve hasta tarafından yaşanan stresin ve bunun devamında oluşabilecek itibar kaybından endişe duyulmasının önüne geçerek her iki taraf bakımından da etkin, olumlu ve hızlı bir şekilde sorunu çözümlene imkanı sunmaktadır.

Hekim ile hasta arasında büyük problemlere yol açan tıbbi uygulama hatasının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir; ancak, 1219 sayılı kanun Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nı zorunlu hale getirerek insan hakları bakımından en temel ve önemli haklardan biri olan sağlık hakkının en iyi şekilde yerine getirilmesi için sağlık hizmetlerini gerçekleştiren hekimlerin olası bir tıbbi uygulama hatası sonucu karşılaşacakları tazminat talebi endişesiyle müdahalelerini gerekli dikkati ve özeni göstermeden yapmalarının önüne geçilmiş ve bu şekilde de mesleki faaliyetlerine gerektiği şekilde odaklanmaları sağlanmıştır; böylelikle Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası hem hekim hem de hasta açısından önemli bir hukuki koruma yöntemi olmuştur; bununla birlikte Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi sayesinde, hastalar tıbbi uygulama hatası sonucu meydana gelen zararlarının sigorta bedeline kadar olan kısmına ilişkin tazmini noktasında sigorta tazminatı talebi ile Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilmeleri uyuşmazlıkların çözümü noktasında uzayan yargı süreçlerini kısaltmak ve mağduriyetleri önlemek açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyıldız, S. (2016) *Sağlık Hukuku Rehberi*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Akyıldız, S. ve Özkan, H. (2012) *Hasta – Hekim Hakları ve Davaları*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Alkanat, M. B. (2002) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 11(5), ss. 177 – 180.
- Atak, B. (2020) *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları* , TOTBİD Dergisi, 19(1), ss. 19 – 26.
- Aydın, E.F. (2019) *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. 1.Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aykın, A.C. ve Çınarlı, S. (2016) *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Badur, E. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu [Çevrimiçi]*. Erişim Adresi:<http://www.ankarabarosus.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/6098son.pdf>. (Erişim Tarihi: 27.03.2020).
- Badur, E. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Barlıoğlu, H.C. (2018) *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bayraktar, K. (1972) *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*. İstanbul: Sermet Matbaası.
- Birtek, F. (2007) *Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon – Malpraktis Ayrımı*, İstanbul Barosu Dergisi, 81(5), ss. 1937 – 2006.
- Bostancıoğlu Uygur, A. (2019) *Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi* , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(144), ss. 355 – 381.
- Bozdağ, A. (2010) *İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması*, Türk İdare Dergisi, 82 (468), ss.33 – 48.

Büyüktosun, Ö. (2018) *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu*, Fasikül Hukuk Dergisi, 10 (101), ss.17 – 21.

Cantürk, A. *Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik*. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu. Lefkoşa , KKTC. 16-17 Ekim 2014.

Çakal, A. (2018) *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Değdaş, U.C. (2018) *Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* , Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(6), ss. 41 – 65.

Demir, A. (2010). *Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis)* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://slideplayer.biz.tr/slide/12238406/>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

Demir, M. (2008) *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(3), ss. 225 – 252.

Demir, M. (2018) *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Kitabevi, ss. 174 – 177.

Eker Kazancı, B. (2013) *Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi – Haksız Tahrik*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, ss. 1309 – 1358.

Ekşi, A (2012) *İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği* , Tıp Hukuki Dergisi, 1(2), ss. 27 – 46.

Ertem, O., Oksel, E. ve Akbıyık, A. (2009). “Hatalı Tıbbi Uygulamalar (Malpraktis) ile İlgili Retrospektif Bir İnceleme” , *Dirim Tıp Gazetesi*, 1 Ocak [Çevrimiçi]. Erişim Adresi:https://www.researchgate.net/publication/237515190_Hatali_Tibbi_Uygulamalar_Malpraktis_ile_Ilgili_Retrospektif_Bir_Inceleme (Erişim Tarihi: 24.04.2020).

E - Uyar, *Yargıtay Kararları* [Çevrimiçi]. Erişim Kaynağı : <https://app.e-uyar.com/karar/index/40d223c3-28d0-43e0-acd9-36778bb31754?q=1994/8557>(Erişim Tarihi: 22.03.2020).

Farmakovijilans Derneği (2005). *Tanımlar* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.farmakovijilansderneği.org/index.php>. (Erişim Tarihi: 02.04.2020).

Fişek, N. (1982) *Sağlık Hizmetleri ve İşçi Sağlığı Ailelerinin Sağlık Sorunları (Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları – I)* , Modern Yönetim Semineri, Erişim Adresi: https://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html . (Erişim Tarihi:26.04.2020).

Garner, B. A. (2004) *Black's Law Dictionary* . 8nd Edition. United State of America: Thomson West.

Gilman ve Bedigian (2020). *A History Of Medical Malpractice In The United States* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.gilmanbedigian.com/a-history-of-medical-malpractice-in-the-united-states>. (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2020).

Gökcan, H.T. (2017) *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gökmen, H. ve Güleç, S. (2010) *Tıbbi Malpraktis Riskinin Yönetiminde Bir Araç Olarak Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortaları* , Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, 1(1), ss. 9 – 16.

Günel, İ. (2018) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Günday, R. (2012) *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Hakeri, H., Akyıldız, S., Çelik, F. ve Somer, P. (2013) *Tıp Hukuku Atölyesi 1*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, H. (2014) *Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı* , Toraks Cerrahisi Bülteni, 5(1), ss. 23 – 28.

Hakeri, H. (2020) *Tıp Hukuku*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hancı,H.İ. (2006) *Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hatırnaz Erol, G. (2017) *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hatırnaz Erol, G. (2017) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 5.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Işık Yılmaz, B.A. (2012) *Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü* , TBB Dergisi, 98, ss. 389 – 410.

İlgili, Ö. (2017). *Aydınlatılmış Onam (Informed Consent)* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/faaliyet/2017/0428_ASET/Slaytlar/onderilgili_aydinlatilmisonam.pdf . (Erişim Tarihi: 27.03.2020).

Kahraman, Z. (2016) *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası* , İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), ss. 479 – 510.

Kalaycı Ölçüm, M.B. (2019) *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*. 1.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Karacabey, U. (2015) *Hekimin Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi* , Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), ss. 41 – 75.

Karan, G. (2015) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kazancı, *Yargıtay Kararları* [Çevrimiçi]. Erişim Kaynağı: www.kazanci.com.tr , (Erişim Tarihi:01.04.2020).

Kılıç Güneş, B. (2016) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. 1.Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Koç, S. (2014) *Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu*, Toraks Cerrahisi Bülteni, 5(1), ss. 14 – 22.

Kubilay, H. (2018) *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Güncel Durum* , Yargı Dünyası Aylık İçtihat, Mevzuat Ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, 23(266), ss. 17 – 57.

Leape L. L., Lawthers A. G., Brennan T. A. and Jhonson W. G. (1993) “Preventing Medical Injury”, *Quality Review Bulletin* , Mayıs [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8332330/>. (Erişim Tarihi: 26.04.2020).

Lexpera, *Yargıtay Kararları* [Çevrimiçi]. Erişim Kaynağı: <https://www.lexpera.com.tr> , (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

OECD (1961). Who We Are [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.oecd.org/about/> (Erişim Tarihi : 25.05.2020).

Oğuz, H. (2016) *Sorumluluk Hukukunda Kusur*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(28), ss. 273 – 286.

Öndül Avukatlık Bürosu (2019). *Malpraktis Davaları Nedir?* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.ondul.av.tr/?s=malpraktis> . (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

Özçetin, B. ve Balaban, M. (2015) *Sağlık Hukuku* . 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özdemir, H. (2013) *Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtayın Görüşü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 25(105), ss. 263 – 290.

Özdemir, H. (2016) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), ss. 33 – 81.

Özer, O. (2017) *Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği*, İstanbul Barosu Dergisi, 91(3), ss. 193 – 207 .

Özkara, E. (2020) *Hukuk Öğrencileri ve Uygulayıcıları İçin Adli Tıp*. 3.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özpınar, B. (2007) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*. 1. Baskı. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Pakiş, I. (2014) *Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik* , Adli Bilimler Dergisi, 13(3), ss.51 – 59.

Petek, H. (2012) *Sportif Faaliyetlere İlişkin Seyirci Sözleşmesi* , Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), ss. 657 – 716.

Polat, O ve Pakiş, I. (2011) *Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu* , Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2(3), ss. 119 – 125.

Polat, O. (2019) *Tıbbi Uygulama Hataları* . 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Resmi Gazete (2020) , Erişim Kaynağı : <https://www.resmigazete.gov.tr> , (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

Reyhani Yüksel, S. (2016) *Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu* , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , 21(2) , ss. 793-804.

Saltık, A. (2019). *Aşı Reddinin Sağlık Hukuku Boyutu* [Çevrimiçi] . Erişim Adresi: <http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/asireddipaneli/asireddininsaglikhukukuboyutu.pdf>. (Erişim Tarihi: 28.03.2020).

Saraçoğlu, B.K. (2016). *Hatalı Tıbbi Uygulama (Tıbbi Malpraktis) ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://besimkoraysaracoglu.av.tr/makale?id=19-hatali-tibbi-uygulama>. (Erişim Tarihi: 22.03.2020).

Sarıtaş, H (2006) *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Bilge Yayınevi, ss. 34 – 35.

Savaş, H. (2007) *Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması* , Terazi Hukuk Dergisi, 2(15), ss. 119 – 126.

Savaş, H. (2013) *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis – Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları* . 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sayek, F. (1998). *Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler / Dünya Tabipler Birliği Avrupa Konseyi Birleşmiş Milletler Unesco Avrupa Tabip Birlikleri Forumu* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararasi_belgeler.pdf . (Erişim Tarihi: 21.03.2020).

Saygın, T. ve Keklik, B. (2014) *Tıbbi Hata Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: Isparta İli Örneği*, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 17(2), ss. 99 – 118.

Schmerling, R.H. (2015, Ekim 14). First Do No Harm [Blog Yazısı]. Erişim Adresi: <https://www.health.harvard.edu/blog/first-do-no-harm-201510138421>.(Erişim Tarihi: 08.04.2020).

Seçer, Ö. (2013) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), ss. 107 – 148.

Seren İntepeler, Ş. ve Dursun, M. (2012) *Tıbbi Hatalar ve Tıbbi Hata Bildirim Sistemler* , Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi, 15(2), ss. 129 – 135.

Sevindik Atıcı, E. *Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları*. Yüksek Lisans Tezi. Çukurova Üniversitesi. Adana.

Sindel, E. (2016) *Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu* , Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), ss. 243 – 255.

Subaşı, İ. (2016) *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü – Aydınlatılmış Onam – Tazminat Sorumluluğu*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tandoğan, H. (2010) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:2*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tunçer, P. (2019) *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*. 4. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Turan, A. (2012) *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, 3. Baskı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, s.72.

Türe, O. (2017) *Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu* , Terazi Hukuk Dergisi, 12(127), ss. 32 – 41.

Türkmen, A. (2013) *Hasta ve Hekim Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Tyson, P. (2001, Mart 27). The Hippocratic Oath Today [Blog Yazısı]. Erişim Adresi: <https://www.pbs.org/wgbh/nova/article/hippocratic-oath-today>. (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

Üstün, Ç. (2009) *Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek (Türkiye Açısından Kısa Değerlendirme)* , Sağlık Hukuku Digestası, 1(1), ss. 115 – 119.

Üstündağ, M.E. (2012) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), ss. 87 – 93.

Weiss & Paarz Medical Malpractice Attorneys. (2017). *The History of Medical Malpractice* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.weisspaarz.com/history-of-medical-malpractice/> . (Erişim Tarihi: 02.04.2020).

[Wikipedia]. (2008, Aralık 8) *Profilaksi*. [Wiki Makalesi]. Erişim adresi: <https://tr.wikipedia.org/wiki/Profilaksi>

[Wikipedia]. (2020 , 04 Nisan) *Primum Non Concere*. [Wiki Makalesi]. Erişim Adresi: https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum_non_nocere

Yalçınkaya, V. (2018) *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* , Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), ss.132 – 142.

Yale Law School-LGLL - TAP (2008). *The Code Of Hammurabi* [Çevrimiçi].Erişim Adresi: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. (Erişim Tarihi:08.04.2020)

Yavuz İpekyüz, F. (2015) *Hekimin Tazminat Sorumluluğu* , Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), ss. 19 – 61.

Yılmaz, B. (2017) *Açıklamalı – İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. 3.Baskı. Ankara: Legal Kitabevi.

Yördem, Y. (2019) *Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu* , Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11(39), ss. 129 – 155.

Yüksel, C. *Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik* . Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi. İstanbul.

Zengin , N. (2012) *Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir?, Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*. İstanbul: Galenos Yayınevi.