

HEKİMLERİN VE HASTANELERİN SORUMLULUĞU

I- KONUYA GENEL BAKIŞ

Toplum yaşamında kişilerin her zaman ve her durumda birbirlerine karşı yükümlülükleri ve sorumlulukları vardır. İşbölümünde de her meslek sahibi işini görürken, arada sözleşme ilişkisi olsun veya olmasın, kişilere ve çevreye karşı bir takım yükümlülükleri ve sorumlulukları olacaktır. Bunlar arasında hekimlerin ve sağlık hizmeti verenlerin sorumlulukları ve yükümlülükleri, tüm mesleklerin üstünde ve onlardan çok daha fazladır. Çünkü tıp mesleğinin çalışma alanı “**insan bedeni**”dir. Bu işe, hakların en üstünü ve en fazla korunması gerekeni olan “**yaşam hakkı**” ile ilgilidir. Örgütlü toplumun (devletin) temel işlevi insanların canlarını korumak, onların sağlıklı ve güvenli bir yaşam sürmelerini sağlamak olmalıdır. **Sağlık hakkı**, yaşama hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak ne var ki, siyasal hak ve özgürlüklere oranla, sağlık hakkının önemi yeterince kavranamamış ve toplumsal nitelik kazandırılması sürekli savsaklanmıştır. Sağlık konusundaki yasaların çoğu son derece eski, eksik ve yetersizdir. Oysa, sağlık hizmetleri devletin temel işlevleri arasında yer almalı; en yeni ve gelişmiş araç ve gereçlerle donatılmış, en ileri tedavi yöntemlerinin ve tıbbın bütün olanaklarının uygulandığı sağlık kuruluşlarından yurttaşlar parasız yararlanabilmelidirler. Ülkemizde 1961 Anayasası ile getirilen sosyal devlet anlayışının bir uygulaması olan sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi çalışmaları sürekli baltalanmış ve sonunda bu güzel ve insancıl girişim başarısızlığa uğratılmıştır.

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

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

II-HEKİME BAŞVURMA

1- Hasta gözüyle hekim

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

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

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

2- Hekime niçin başvurulur

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

III-SAĞLIK KONUSUNDA YASAL DÜZENLEMELER

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

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

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

Sağlık konusunda yasal düzenlemelere gelince: Sağlık mevzuatı son derece dağınık ve düzensizdir. Bunların büyük bir bölümü çok eski, eksik ve yetersizdir. Örneğin, hekimlik mesleğinin ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 1928 tarihlidir. Bugünkü dille sağlık koruma yasası diyebileceğimiz Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 1930 tarihlidir. Tababeti Adliye Kanunu 1920 tarihlidir. Laboratuvarların işleyişiyle ilgili yasa 1927 ve yönetmelik 1928 tarihlidir. Tıp araç ve gereçlerindeki olağanüstü gelişmelere karşın röntgen ve benzeri görüntüleme araçlarının kullanımı ile elektrikle tanılama ve tedavi yöntemlerine ilişkin yasa 1937 tarihlidir. Hekimlerin uymakla yükümlü olacakları meslek kurallarını belirleyen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 1960 tarihlidir. Son derece ileri ve insancıl bir anlayışın ürünü olan 1961 tarihli Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, anamalcı ve pazar ekonomisine bağlı yönetimler tarafından işlemez hale getirilmiştir. 1987 tarihli Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu yurttaşların sağlığını koruma ve hasta hakları yönünden toplumsal nitelikler taşımamaktadır. Türk Tabipler Birliği Kanunu 1953 tarihli ise de, bir çok maddeleri zaman içinde değiştirilmiştir. Ancak bunların çoğunda hekimlerin, hastanelerin ve sağlık personelinin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını düzenleyen açık hükümler bulunmamaktadır. Yalnızca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin bazı hükümlerinden

yararlanmak olasıdır. Yeni bir düzenleme sayılabilecek olan ve 01.08.1998 gün 23420 sayılı RG’de yayınlanarak yürürlüğe konulan Hasta Hakları Yönetmeğinde, Yargıtay kararlarıyla ve öğretilerdeki görüşlerle oluşturulan kurallar ve ilkeler bir araya getirilerek, yetersiz de olsa, “hasta hakları”nın ve hekim sorumluluklarının daha belirgin olarak ortaya çıkarılması sağlanmaya çalışılmıştır. Bir de Türk Tabipler Birliği Hekimlik Mesleği Etik Kuralları’ndan yararlanmak olasıdır. Yasa ve yönetmeliklerin yetersiz olması karşısında, derli toplu ve eksiksiz bir yasa çıkarılması yerine, bölük pörçük düzenlemelere gidilmesi bizce çözüm değildir. Örneğin, Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği adlı bir taslaktan ve Kötü Hekimlik (Malpraktis) Yasasından söz edilmektedir. Bütün bunların tek bir Sağlık ve Sosyal Yardım Yasasında ve buna bağlı yönetmelikte toplanmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

Hekim ve hastane hatalarından zarar gören kişilerin açacakları davalarda, yasal dayanaklar öncelikle Borçlar Yasası ve Ceza Yasası hükümleri olacaktır. Borçlar Yasası’nın haksız eylemlerle ilgili 41 ve sonraki maddeleri, özellikle ölüm ve beden zararlarında 45 ve 46 maddeleri, sözleşmeye aykırılıkta 96.maddesi, sözleşme ilişkisinde vekâlet sözleşmesinin 389-391 maddeleri, vekâletsiz işgörmeye 410-411 maddeleri uygulama yeri bulacaktır.

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

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

Bunların dışında, normalin üzerinde tedavi ücreti alınması, özel hastanelerin denetimsiz ücret tarifeleri uygulamaları, sırf daha fazla kazanç elde edebilmek için gereksiz tahlil, görüntüleme ve benzeri işlemlerle kabarık faturalar düzenlemeleri, başlangıçta ücret

belirlenmemiş ve kararlaştırılmamış olması fırsat bilinerek aşırı ücret dayatmaları nedeniyle açılacak davalarda, Borçlar Yasası'nın 21. ve sonraki hükümleri ile Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 34.maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8.maddesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 29.maddesi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21.maddesi davaların yasal dayanakları olacaktır.

IV-SAĞLIKTA VE HEKİMLİKTE SORUMLULUK KAVRAMI

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

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

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

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

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

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

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

V-HASTA İLE HEKİM-HASTANE İLİŞKİSİNİN KURULMA BİÇİMLERİ

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

1- Doğrudan hekime başvurma

Hasta doğrudan hekime gider veya hekimi evine çağırırsa, aracısız ve doğrudan bir ilişki kurulmuş olur. Bu bir tür “sözleşmesel ilişki”dir. Eğer, hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim

tarafından seçilmişse, ilişki gene ikisi arasındadır. Ancak, hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Ayrıca, hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin güven ortamında tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinden veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olur.

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

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

2- Hasta başvurmaksızın hekimin zorunlu tıbbi yardımda bulunması

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

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

3- Hastane aracılığıyla hekimle buluşma

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

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

b) Hastanın gittiği yer bir **kamu hastanesi ise**, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki yoktur. Burada hasta yönünden bir “**kamu hizmetinden yararlanma**” söz konusudur. Bu nedenle de, eğer hasta tedaviden zarar görürse, doğrudan hekimi ve sağlık personelini dava edemeyip, **hizmet (görev) kusuru** nedeniyle kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı **idari yargıda** dava açabilir. Çünkü, kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, **hizmet kusuru** sayılmakta, bu hastanelerde

çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa'nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmayıp) Anayasa'nın 129/5. maddesi gereği yalnızca İdare Mahkemesinde ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir.

Ancak, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde “**görevden ayrılabilir kişisel kusuru**” varsa, haklarında “**adli yargı**” yerinde dava açılabilir. (4.HD.17.12.1976, 692-11046 sayılı, 4.HD.30.11.1998, 6342-9531 sayılı, HGK.15.11.2000, E.2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, HGK.26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı, 4.HD.20.03.2003, E.2002/12424 K.2003/3216 sayılı, 4.HD.30.09.2004, 11762-10881 sayılı, 4.HD.17.02.2005, 959-1401 sayılı, 4.HD.18.07.2005,8991-8492 sayılı, 4.HD.14.06.2006, 6510-7216 sayılı, HGKb 07.12.2005, E.2005/4-650 K.2005/711 sayılı, HGK.29.03.2006, E.2006/4-86 K.111 sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi 26.05.2006, E.2006/26 K.2006/75 sayılı kararları.)

c) **Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı hastaneler** de kamu hastanesi ise de, Kurum ile sigortalı arasında bir tür “**sözleşme ilişkisi**” bulunduğu ve bu sözleşmenin türünün “**vekâlet sözleşmesi**” olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, Yargıtay'ın yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş **özel hukuk hükümlerine tabi** tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. Sigortalıların sağlık yardımlarından yararlanmaları ücretsiz değil, **ödedikleri primlerin karşılığıdır**. Bu nedenle, SSK.hastanelerindeki tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı idari yargıda değil **adli yargıda** dava açabilmektedirler. Burada da, kamu hastanelerinde olduğu gibi, görevli doktorun ve yardımcı personelin “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” yoksa, onlara karşı dava açılmaz.(21.HD.10.02.2005 gün 10010-983 sayılı, 21.HD. 11.10.2004 gün 7439-8136 sayılı, 21.HD.09.02.2004 gün E.2003/10347 K.2004/765 sayılı, 21.HD.09.05.2002 gün 2872-4265 sayılı, 4.HD.26.05.2005, 5837-5679 sayılı, 21.HD.11.11.1997gün 6482-7327 sayılı, HGK.11.10.2000 gün ve E.2000/4-1185 K.2000/1279 sayılı, HGK.26.02.2003 gün ve E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, kararları.)

SSK hastanelerinin **Sağlık Bakanlığına bağlanmış olması** durumu, 506 sayılı Yasa'nın özel hükümlerini ortadan kaldırmadığına, Kurumun özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişi niteliği değişmediğine ve sağlık yardımlarının ödenen primler karşılığı olduğu gerçeği gözardı edilemeyeceğine göre, hastane ve hekim hatalarından zarar gören sigortalıların açacakları davalarda yargı yerinin, önceden olduğu gibi, gene **adli yargı** olacağı kanısındayız.

Biz bu konuda daha da ileri giderek, sosyal güvenlik kurumlarının birleştirilmesi yolu seçildiğine göre, tüm sigortalılar ile yeniden oluşturulacak Sosyal Güvenlik Kurumu arasında bir “sözleşme ilişkisi”nin varlığının ve sağlık yardımlarının ödenen primlerinin karşılığı olduğunun dikkate alınması, buna göre hastane ve hekim hataları nedeniyle açılacak davaların adli yargı yerinde görülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

VI-HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2- Hizmet sözleşmesi görüşü

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

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

3- Vekâlet sözleşmesi görüşü

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kurum hastanesi ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.

Davacı, davalı Kuruma ait hastanede bel fitiği ameliyatı olduğunu, ameliyattan iki gün sonra davalılardan hemşirenin vurduğu iğne sonrasında

başlayan ağrılarla birlikte sol ayağını hissetmemeye başladığını, yanlış tedavi nedeniyle ayağını kaybettiğini belirterek istekte bulunduğuna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın salt 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nın uygulanmasından kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır. **Borçlar Yasası'nın 386/2. maddesi** gereğince diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde **vekâlet hükümleri** de uygulanabilecektir. Tarafların hukuki durumları gözetilerek, uyuşmazlığın çözümünde Borçlar Yasası'nın adam çalıştırma ilkeleri ve **vekâlet sözleşmesi** hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılmalı, uyuşmazlığın idari yargı yerinde değil, adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği benimsenmelidir.

(4.HD.26.05.2005, 5837-5679) (Network Yazılım)

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

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

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

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

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

(9.HD.18.11.1991, 8375-143367) (Kazancı Yazılım)

Doktorla hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.

Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/2) Bu nedenle doktorun meslek alanı içinde olan hafif dahi olsa bütün kusurları sorumluluğun unsurları olarak kabul edilmelidir. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür.

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

Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır.

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

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

Doktor ile hasta arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesine dayanır.

Doktorun serbest çalışıyor olması veya bir kurum veya kuruluşa bağlı bulunması, bu esası değiştirmez. Bunun gibi, Sosyal Sigortalar Kurumu doktorunun yanlış ameliyatı sonunda uğranılan zararın tazmini de, Kurum ile

Sigortalı arasında Kurum hastanesine başvurmasıyla vekâlet ilişkisi kurulduğu için, beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.

(9.HD.18.11.1991, 8375-14336) (İş Hukuku Dergisi, 1992, sf.120)

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

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

(HGK.11.12.2002, E.2002/13-1011 K.2002/1047) (Network Yazılım)

4- Eser sözleşmesi sayılabilecek tıbbi işlemler

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

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

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

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

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

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

Somut olayda, eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. **Yapılan iş, BK. 360. maddesi gereğince, kabule zorlanamayacak derecede ayıplı bir iştir.** Bu durumda,

davacının hayat boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle duymuş olduğu üzüntünün karşılığı olarak manevi tazminat isteğinin kabulü gerekir.

(15.HD. 03.11.1999, 4007-3868) (Network Yazılım)

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

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

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

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

(13.HD.05.04.1993, 131-2741) (Network Yazılım)

5- Hekimin vekâletsiz işgörme durumunda kalması

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

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

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

6- Hekimin haksız eylemi

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

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

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

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

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

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

“**Âcil hastalar ve yaralıların** özel hastanelere başvurması halinde ilk ve âcil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte bir **âcil ünitenin oluşturulması zorunlu** olup, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine

getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.”

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

VII-HEKİM SORUMLULUĞUNUN TÜRÜ

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

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

1- Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi varsa

Bağımsız çalışan bir hekime başvuran hasta ile hekim arasında bir tür sözleşme ilişkisi (tedavi-hekim sözleşmesi) kurulmuş olacağından, hekimin sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelemek gerekecektir. Bu sorumluluk çerçevesinde, hekim, tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken mesleğinin tüm gereklerini yerine getirmek, tıp biliminin bütün olanaklarından olabildiğince yararlanmak, yanlış tanı ve tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetimini asla savsaklamamak ve “yüksek özen” göstermek zorundadır. Buna sözleşme içi, **kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu** ya da **ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu** diyebiliriz. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre de, hekimin kusurunun saptanmasında nesnel ölçülere göre değerlendirme yapılması, kusurun derecesine bakılmayıp, hekimin **“en hafif kusurdan”** dahi **“tam kusurlu”** sayılması gerekmektedir. (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291K.2004/370 sayılı, 13.HD. 19.10.2006, 10057-13842 sayılı, 13.HD.10.10.2006,10068-13288sayılı,13.HD.12.06.2006,6704-9459sayılı,13.HD.06.07.2006, 5518-11185 sayılı, 13.HD.28.11.2005, 11159-17474 sayılı, 13.HD.26.10.2004, 6493-15431 sayılı, HGK.26.02.2003, E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, 13.HD.15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 06.11.2000, 8590-9569 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı, 14.03.1983, 7237-1783 sayılı, 4.HD.07.03.1977, 6297-2541 sayılı kararları)

2- Hekim yardımcı kişi kullanmışsa

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü Borçlar Yasası 100.maddesine göre sorumlu olur. Bu da sözleşme içi **“kusursuz sorumluluk”**tur. Yardımcı kişiler, hemşire, hastabakıcı, asistan, röntgen ve benzeri görüntüleme uzmanları, laborant ve benzeri teknik elemanlardır. Hekimin **“yardımcı**

kişilerden sorumlu” olması durumunda, kusurun derecesi ve kusur oranlarının dağılımı, hastanın açtığı davada inceleme konusu yapılmamalı ve tam kusura göre tazminata hükmedilmelidir. (13.HD.22.05.2003, 2333-6348)

3- Hekim, yardımcı kişi durumunda ise

Hasta, doğrudan hekime değil de, hastaneye başvurmuşsa ve hastane yönetimi onun bakımı için bir hekimi görevlendirmişse, hekim hastanenin “yardımcı kişisi” konumundadır. Bu durumda, hastaya karşı hastane sözleşme içi “**kusursuz sorumlu**” olur ve görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle “**yardımcı kişiden sorumlu**” (BK.m.100) olur. Hastanenin ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları “**ortaklaşa ve zincirleme**”dir. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre “hekim en hafif kusurdan dahi tam kusurlu” sayıldığından, her ikisi hastaya karşı **tam kusur esasına göre** tazminat ödemekle yükümlü olurlar. Hastanın açtığı davada hastane ile hekim ve diğer hastane personeli arasında kusur oranlarının paylaşılmasına gerek yoktur. Bu paylaşırma ancak tarafların birbirlerine karşı açacakları dönme (rücu) davasında söz konusu olabilir.

4- Hekim, vekâletsiz iş görmüşse

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

5- Hekim, kamu hastanesi görevlisi ise

Hastanın bir kamu hastanesine başvurması durumunda, hastane ve hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi söz konusu olmaz. Kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, **hizmet kusuru** sayılmakta, bu hastanelerde çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa’nın 40/2. maddeleri nedeniyle) **haklarında doğrudan dava açılmayıp** Anayasa’nın 129/5. maddesi gereği yalnızca İdare Mahkemesinde ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilmektedir.

Ancak, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde “**görevden ayrılabilir kişisel kusuru**” varsa, haklarında adli yargıda dava açılabilmektedir. (HGK.29.03.2006, E.2006/4-86 K.111 sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi 26.05.2006, E.2006/26 - K.2006/75 sayılı, 4.HD.14.06.2006, 6510-7216 sayılı, 4.HD.18.07.2005,8991-8492 sayılı, HGK. 26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı, HGK.15.11.2000, E.2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, 4.HD.30.11.1998, 6342-9531 sayılı, 4.HD. 17.12.1976, 692-11046 sayılı, Uyuşmazlık Mahkemesi 05.03.1966 gün E. 65/64 K.1966/1 sayılı ve 17.03.1986 gün 1985/20-1986/27 sayılı kararları.)

Yargıtay kararlarında, kamu hastanesi hekiminin veya öteki sağlık personelinin “**görevden ayrılabilir kişisel kusurları**” şöyle açıklanmaktadır:

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

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

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

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

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

VIII-HEKİMİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

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

Hekimin işi hastalığı tanılmak ve hastayı tedavi etmektir. Tedavi etmekten amaç, öncelikle **iyileşmesini ve eski sağlığına kavuşmasını sağlamaktır.** Bu olanaksız ise, **hastalığı kontrol altına almak**, ağrılarını sızılarını yakınmalarını dindirmek ve en aza indirmektir. Eğer hastalık, (kalp ve göğüs hastalığı, astım, diyabet, sindirim rahatsızlıkları,

ülser, karaciğer gibi) sürekli izlenmesi ve denetim altında tutulması gereken rahatsızlıklardan ise, hekim ile hastanın karşılıklı anlaşmaları durumunda, hekimin görevi öncelikle hastalığın doğru tanımını yapmak, hastanın bedensel yapısını her yönüyle incelemek ve tedavinin olası yan etkilerini belirlemek, daha sonra tedaviye başladığında düzenli olarak **hastalığın ve tedavinin seyrini sürekli izlemek, kayıtlarını tutmak**, hastayı sürekli **bilgilendirmek** ve tedavi süresince **yüksek özen** göstermektir.

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

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

Bu genel değerlendirmelerden sonra, hekimlerin sorumluluğuna yol açan başlıca yükümlülüklerini şöyle bölümlendirebiliriz:

1- Hastalığı belirleme (Tanı-teşhis) yükümlülüğü

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

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

2- Tedavi yöntemini seçme ve uygulama yükümlülüğü

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

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

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

3- Hastayı ve yakınlarını aydınlatma ve onamlarını alma yükümlülüğü

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

Aydınlatma borcunun yerine getirilmesi bakımından hastaya, her şeyden önce muayene sonucu konulan tanı (teşhis) üzerinde bilgi verilmelidir. Hasta, yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna, yani muayene sonucu elde edilen bulguların hastaya açıklanmasına **“tanı aydınlatması”** adı verilmektedir. İkinci olarak hastaya, muayene sonucu saptanan hastalık tedavi edilmediği (önerilecek tıbbi elatma uygulanmadığı) takdirde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Buna da **“süreç aydınlatması”** denilmektedir ki, amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tıbbi elatmaya razı olmasını sağlamaktır. Sonuç olarak **hasta, uygulanması düşünülen tıbbi elatmanın türü, şekli, kapsamı, olumsuz sonuçları (tehlikeleri) hakkında kesin aydınlatılmalıdır**. (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14, Hasta Hakları Yön.m.15, TTB Meslek Etiği Kuralları m.26)

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

Yargıtay 4. HD. 7.3.1977 gün ve 1976/6297 E. 1977/2541 sayılı kararında “Rızanın hukukten geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda **yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir**. Bu itibarla ki, **ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukukten değerli olan bir rızadır** ” denilmiştir. (YKD.1978/6-907)

Aydınlatma borcu, öğretide Anayasa'nın 17. maddesi ile Medeni Yasanın kişilik hakkını koruma amacına yönelik hükümlerine (m.24,25) ve ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesine dayandırılmakta; rızanın

geçerli olabilmesi için, hastanın, onama açıklamasından önce elatmanın türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde **aydınlatılması** gerektiği savunulmaktadır. Bu açıdan genel nitelikli bir hüküm, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14.maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu maddenin 2. fıkrasının 2'nci cümlesine göre **“Teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.”** Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15.maddesine göre de “Hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların yararları ve olası sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, hastalığın seyri ile sonuçları konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir.”

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

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

Hastanın tedavi ve ameliyat öncesinde yeterli derecede aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş olması, “aydınlatılmış bilgi” çerçevesinde ameliyata ve tedaviye razı edilmesi, hekimi ceza yasası yönünden de sorumlu olmaktan, suçlu duruma düşmekten kurtaracaktır. Yeni TCK 26.maddesi 1.fıkrasına göre “Hakkını kullanan kişiye ceza verilmez” ise de, 2.fıkra göre “kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde” hareket edilmiş (tıbbi elatmada bulunmuş) olmalıdır.

Tıbbi elatmaların hukuka uygunluğu konusunda (2) temel şart aranmaktadır:

Birincisi hastanın (veya kanuni temsilcisinin) rızasının alınmış olması; ikincisi ise tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uyulmuş olmasıdır.

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

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

Hukukumuzda baskın olan görüş ve Yargıtay'ca benimsenen, hasta ile hekim arasında “Vekalet Sözleşmesi” kurulduğu yönündedir. Böyle olunca da Borçlar Yasası 386. maddesine göre değerlendirme yapmak durumundayız. Bilindiği gibi sözleşmede tarafların ehliyeti sözkonusudur. Her ne kadar davacıların murisinin (ölen hastanın) ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olduğu ileri sürülmemiş ise de, (74) yaşında olduğundan, Vekalet

Sözleşmeleri yapılması sırasında halen **uygulamada** gözetilen hususlar üzerinde durmak gerekmektedir. Halen, **Noterler** 65 yaşını geçen kişilerden **vekaletname için** hekim raporu istemektedirler. Bunun yasal bir dayanağı yoksa da bu bir **teamül** halini almıştır. Bize göre de, 74 yaşındaki hastanın (ameliyat için) kendisinin rızası yeterli olmayıp yakınlarının (eşinin ve çocuklarının) rızalarının alınmaları, en azından haberdar edilmeleri gerekirdi.

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

a) Hastanın kanser hastası olduğu, ameliyat sırasında hastalığın bağırsaklardan, mide, böbrek ve karaciğere kadar yayıldığına ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

b) Durum böyle ise de, ameliyat ivedi miydi sorusu yanıtız bırakılmıştır.

c) Hasta ve yakınları, hastalık ile ameliyatın gerekliliği hakkında yeteri kadar aydınlatılmamışlar ve onama yönteminde gerçekleştirilmemiştir.

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

4-Aldatmama ve yanıltmama yükümlülüğü

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

5- Sır saklama yükümlülüğü

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

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

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

6- Kayıt tutma yükümlülüğü

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

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

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

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

7- Yüksek özen gösterme yükümlülüğü

Hekim, hastanın tedavisini gerçekleştirirken özenli hareket etmekle yükümlüdür. (BK.390/2, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.2, 14/1) Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin "vekâlet sözleşmesi" olarak nitelenmesine göre, vekilin göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü, BK.390 maddesiyle açıklanmaktadır. Buna göre "Vekilin sorumluluğu, genel olarak, işinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır." Ancak, ondan farklı olarak hekimin özen yükümlülüğü nesnel ölçülerle değerlendirilmelidir. Hekim, gerek teşhisi koyup (hastalığı

belirleyip), en uygun tedavi yöntemini seçerken, gerek seçilen tedavi yöntemini uygularken ve gerekse hastayı bilgilendirme (aydınlatma) görevinin yerine getirirken hep özenli hareket etmek zorundadır.

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

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

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

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

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

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

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

Kafasına çivi batması tanısıyla pansumanı yapıp, tetanoz aşısı uygulanarak yatış işlemi yapılmadan evine gönderilen sigortalı işçi, sonradan gelişen rahatsızlığı üzerine hastaneye yatırılmışsa da, Adli Tıp Kurumu raporuna göre "künt kafa travmasına bağlı kafa tası kırığından kaynaklanan menenjit sonucu ölmüştür. (10.HD.09.11.1999, 6175-8022)

Göğüste meme bölgesinde tümoral kitle ve batında fitik yakınmalarıyla özel hastaneye gelen 61 yaşındaki kadın hastaya, aynı anda iki ameliyatın ard arda yapılması kararı verilmiş; ilk olarak göğüsteki kitleyi alan ameliyat ekibinin işi bittikten sonra, hasta, aynı masada fitik ameliyatı yapacak ekibe teslim edilmiş; bu ikinci ameliyat sırasında tansiyonu düşen ve kanama nedeniyle bilinci kaybolan hasta yoğun bakımda iken ölmüştür. Yapılan incelemede ölümün inferior dalının kopması ve gelişen kanamadan ileri geldiği, bu damar arızasının ameliyat sırasında olduğu, zamanında fark edilip onarılmadığı için ölüme yol açtığı saptanmış; ameliyat ekibi sorumlusu operatör kusurlu bulunmuştur. (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370)

Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen kişinin, görevli doktor ve hemşire tarafından yeterli kontrol ve muayene ile gelişen klinik bulgulara uygun müdahalede bulunmaması nedeniyle, yaralı ölmüş; doktor ve hemşire kusurlu bulunmuşlardır. (4.CD. 11.02.2004, 2003/1064-2004/2055)

Sezaryanla doğum yaptırılırken, doğum sırasında diyatermik makineden kaynaklanan nedenlerle davacının iki ayağında derin yanıklar oluşmuş, bir yıl boyunca hiçbir iş yapamadan tedavi görmek zorunda bırakılmıştır. (4.HD.07.10.2003, 1529-11279)

Koltuk altındaki kütlelenin alınması amacıyla yapılan ameliyat sırasında sinirlerin de kesilmesi sonucu, hastanın sol kolu felç olmuştur. (13.HD. 15.10.2002, 7925-10687)

Hemşirenin hatalı iğne yapması sonucu küçük bir çocuğun kolu omuz hizasından kesilmiştir. (21.HD.11.11.1997, 6482-7327)

Hastanede göğüs hastalıkları uzmanı olan doktorun, göğüs ağrısı şikâyeti ile acil servise getirilen işçiyi muayene ve tedavi etmeyip dispensere göndermesi sonucu, hasta işçi yolda araç içinde ölmüştür. (4.HD.23.10.2003, 7161-12474)

Fıtık tanısıyla ameliyata alınan hastanın, ameliyat sırasında bağırsağındaki kesilmeye bağlı olarak gelişen peritonit sonucu ölümüne neden olunmuştur. (10.HD.17.09.2002, 5311-6401)

Over kisti tanısıyla batın ameliyatı olan hastanın, karnında 15 cm. çapında gazlı bez unutulmuş; hasta iki yıl acılar içinde kıvranmış, dolaştığı çeşitli hekimler ağrıların nedenini saptamada zorlanmışlar; en son bir operatör tarafından batını açıp bakma önerisi üzerine ağrıların nedeni anlaşılmış ve gazlı bez bulunduğu yerden çıkarılarak hasta sağlığına kavuşturulmuştur. (13.HD. 28.11.2002, 11318-12909)

Üst solunum yolları rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvuran hastaya, doktorun yazdığı pronopen adlı iğnenin görevli sağlık memuru tarafından kalçadan yapılmasının hemen ardından bacağı uyuşmaya başlamış; yapılan kontrol ve tedaviye rağmen iğne sırasında siyatik sinirinin delinmesi nedeniyle hasta felç olmuş ve %28.2 oranında beden gücü kaybına uğramıştır. (13.HD.06.07.2006, 5518-11185) (İBD.2007/2-840)

Doktor kontrolunda doğum yapıldığı sırada bebeğin omur sinirleri zedelenmiş ve bebek sakat olarak doğmuştur. (13.HD.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380) (İBD.2006/2-840)

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

IX-SORUMLULUK NEDENLERİ

1- Sorumluluğun ölçüsü

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

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

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

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

13. H.D. 4.3.1994, 8557-2138

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

Kusur, sorumluluğun subjektif şartıdır. BK. kusuru kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır. (BK.m.41) İhmalde, bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir; buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalin de, hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır. Anlayışlı, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en

ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. Şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

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

Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, **olayın bir uzman önünde inceltirilmesine de ihtiyaç yoktur.** Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadide de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır. Bu görüş, Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır. Kaldı ki; maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine de gerek yoktur. **Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye inceltirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.**

13.H.D. 14.03.1983,7237-1783

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

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

13.HD. 6.11.2000, 8590-9569

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

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

13.HD.4.2.2003, E. 2002/12276 K. 2003/1077

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

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

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

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

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

13.HD. 12.06.2006, 6704-9459 (Kazancı Yazılım)

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

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

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

2- En hafif kusurdan tam sorumluluk

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

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

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

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

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

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

Doktor en hafif kusurdan dahi tam sorumludur.

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

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

Hekim, kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumludur.

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

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

Tıbbi alanda hizmet veren doktor vekâlet sözleşmesine göre sorumludur.

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

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

Vekil konumunda olan doktor, hafif dahi olsa, bütün kusurlarından sorumludur.

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

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

Doktor en hafif kusurundan dahi tam sorumludur.

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

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

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

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

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

13.HD. 08.07.2005, 3645-11796 (Kazancı Yazılım)

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

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

Kaldı ki mahkeme kararında gerekçe olarak gösterilen disiplin cezalarının bir kısmının davaya konu olayla herhangi bir ilgisi de bulunmamaktadır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X-SORUMLULUĞUN VE KUSURUN SAPTANMASI

1- Yargıtay görüşleri

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

a) **Hekim, yüksek özen borcu nedeniyle en hafif kusurundan tam sorumlu** kabul edildiğine göre, eğer tıbbi hata açık ise, Bilirkişi Kurulu'nca bunun saptanması yeterli olup, hastanın kusura katılımı da yoksa, **ayrıca kusur oranının belirtilmesi gerekmez.** (13.HD.26.10.2004, 6493-15431 sayılı ve 06.11.2000, 8590-9569 sayılı, 15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı kararları)

b) **Eğer maddi olgular hekimin hatasını açıkça ortaya koyuyorsa, ayrıca bilirkişi incelemesine gerek yoktur.** Yukarıda yer verilen Yargıtay kararında açıklandığı gibi "Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda

gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettilmesine de ihtiyaç yoktur. Gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre, bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, ayrıca **doktorun kusurlu olup olmadığına bilirkişiye incelettilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.**(Yargıtay13.H.D. 14.03.1983,7237-1783)

c) **Hukuk mahkemelerinde hekime ve hastaneye karşı açılan tazminat davalarında, Sağlık Bakanlığı Yüksek Sağlık Şurası'nın, sorumluluğun varlığına ve yokluğuna ilişkin raporları geçerli değildir.** Her ne kadar, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75.maddesinde CMUK. 66/3. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu bilirkişi durumunda ise de, hukuk davalarında HMUK.276/2 maddesinde öngörülen nitelikte resmi bilirkişi değildir. Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurasına başvurup başvurmamakta serbesttir ve onun raporuyla bağlı bulunmamaktadır. (HMUK.m.286) Kısaca, hukuk davalarında, mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası raporlarına itibar etme zorunlulukları yoktur. (13.HD.15.10.2002, 7925-10687) Doktorun sorumluluğunu tayin ederken Hâkim, olayların özelliklerine uymayan, dayanakları gösterilmeyen, inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bu rapor hukuk mahkemesini değil, ceza mahkemesini bağlar. (13.HD. 04.03.1994, 8557-2138) (Ayrıca bkz: 13.HD.14.03.1983, 1982/7237-1983/1783 sayılı, 4.HD.07.03.1977, 1976/6297-1977/2541 sayılı, 13.HD. 09.04.2002, 1376-3840 sayılı, 13.HD.09.05.2000, 1146-4438 sayılı,

d) Mahkemece görevlendirilecek bilirkişi kurullarının, maddi olguları, hekim hatası ile hastanın uğradığı zarar arasındaki **nedensellik bağı**nı ortaya çıkaracak şekilde saptamada bulunmaları yeterli olup, ötesi mahkemece değerlendirilecektir. Yargıtay'ın bir kararında denildiği gibi "Tazmin sorumluluğu için kusurlu davranış ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı'nın kurulabilmesi gereklidir. Maddi ve hukuksal gerekçeler ışığında, uygun nedensellik bağı'nı ortaya koyacak uzman bilirkişilerden oluşturulacak kuruldan alınacak raporlar ve yargıcın objektif yargısıyla, hekimin eyleminin zararlı sonucu doğurup doğurmadığı yönünden yapılacak bir değerlendirmeye sonuca varılmalıdır." (13.HD.09.11.1999, 6175-8022)

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

2- Bilirkişi raporlarının geçerliliği

Hekim ve hastane hatalarından kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan davalarda, Yüksek Sağlık Şurası'nın raporlarında çoğu kez hekimlerin çok açık bir biçimde korunup kollandığı görülmekte; aynı eğilimler biraz daha yumuşatılmış olarak Adli Tıp Kurumu'nun veya hekimlerden oluşan başka bilirkişi kurullarının raporlarında da gözlemlenmektedir. Denebilir ki, hekimler arasında müthiş bir meslek dayanışması vardır. Bu doğru değildir. Mahkemeler bilirkişi incelemesi için görevlendirdikleri hekimleri uyarmalı ve bilirkişiliğin anlam ve amacı konusunda kendilerini uyarmalıdır.

Hekimlerden oluşan bilirkişi kurullarının tarafsız olamadıklarına ilişkin örnekler pek çoktur.

a) Önce **Yüksek Sağlık Şurası**'ndan çarpıcı bir örnek verelim:

Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 14.03.1083 gün 7237-1783 sayılı kararında açıklandığı üzere: "hastanın karnında 2 metre gazlı bez unutulması" Yüksek Sağlık Şurası tarafından "olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğu bir yana itilerek, gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının az da olsa mümkün olaylardan olduğu" biçiminde açıklanmıştır.

Gene 13.HD. 15.10.2002 gün 7925-10687 sayılı kararına konu olan, davacının koltuk altındaki tümör alınırken sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu felç olması olayında, Yüksek Sağlık Şurası, ameliyatı yapan hekimi kusursuz bulmuştur.

13.HD. 09.04.2002 gün 1376-3840 sayılı kararında yer alan olayda, davacı sağ bacağındaki şişme ve morarma nedeniyle hastaneye gitmiş; yapılan anjiyografi sırasında hastane mikrobu kapması sonucu ayağı kesilmiş; bu olayda da Yüksek Sağlık şurası hekimi ve hastaneyi kusursuz bulmuştur.

b) **Adli Tıp Kurumu** da çoğu kez çelişkili ve yetersiz raporlar vermektedir:

Konu, hekim ve hastanelerle ilgili davalar olunca, Adli Tıp Kurumu, başka konulardaki raporlarından farklı olarak, biraz çekimser, sakıngan ve çelişkili raporlar vermektedir. Birkaç örnek verelim:

HGK.23.06.2004 gün E.2004/13-291 K.2004/370 sayılı kararının konusunu oluşturan olayda, aynı anda hem göğüs ve hem fitik ameliyatı yapılan hastanın ikinci ameliyat sırasında damarının kesilmesi ve onarılmayarak batının kapatılması sonucu ölümü" ile ilgili Adli Tıp Kurumu'nun 07.02.2001 gün 270 sayılı raporunda, ikinci ameliyatı yapan hekime 4/8 kusur verilmiş, kalan 4/8'in kime ve neye yükleneceği açıklanmamış; buna rağmen mahkeme tam kusur esasına göre hüküm kurmuştur.

13.HD. 08.07.2005 gün 3645-11796 sayılı kararının konusunu oluşturan somut olayda, doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davranan ve oluşan enfeksiyonu tedavi etmeyerek ölüme yol açan davalı doktor, Adli Tıp Genel Kurulu raporunda 2/8 kusurlu bulunmuş, bu oran dışında kimin kusurlu sayılacağına açıklaması yapılmamış; raporda ayrıca davalı hastanenin kusurlu bulunmadığı sonucuna varılmış ve mahkeme bu rapora göre hüküm kurmuş ise de, Yüksek Daire, her türlü özen borcunu yerine getirmeyen davalı doktorun "en hafif kusurundan bile" tam kusurlu kabul edilmesi gerektiği, diğer davalı hastanenin de, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermemesi nedeniyle davalı doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu; davacının kusuru söz konusu olmadığına göre, davalıların zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerektiği sonucuna varmış; bu gerekçeyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Bir başka olayda, Adli Tıp Kurumu 25.07.2003 gün 4022 sayılı raporunda doktor 4/8 kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur kimseye verilmemiş, bununla ilgili bir açıklama da yapılmamıştır.

Gene Adli Tıp Kurumu 23.03.2005 gün 115 sayılı raporunda, hatalı iğne yaparak davacının felç olmasına sebep olan hemşireyi 4/8 kusurlu bulmuş, kalan 4/8 kusur için bir açıklama yapılmamıştır.

Kurumun bazı raporları ise içinden çıkılmaz bir durumdadır. Örneğin, safra kesesi için ameliyata alınan hastaya ameliyat endikasyonu konulmaması ve yanlış anestezi

uygulanması sonucu ölüm olayında, Adli Tıp Kurumu'nun 10.12.2003 gün 7058 sayılı raporunda, ameliyatı yapan operatör 8/8 kusurlu bulunmuş; ayrıca anestezi uzmanına da 4/8 kusur verilmiş; böylece 8/8 ya da %100 oranı aşılarak içinden çıkılmaz bir durum yaratılmıştır.

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

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

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

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

İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır. (13.HD. 06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380) (İBD.2006/2-840)

Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, davacının vücudunda kalan madde konusunda tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağına olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son merci niteliğinde bulunmayan Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'ndan alınan bilirkişi raporu yetersiz olup, hükme dayanak alınamaz.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş, üniversitelerden konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın birbiriyle uyumlu olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı taraf, yargıç ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir. (13.HD.28.11.2005, 11159-17474) (İBD.2006/2-850)

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu gereğince davanın reddine karar verilmiş ise de, anılan rapor, davacının ameliyat sırasında vücudunda, operasyonda kullanılan maddenin unutulmuş olması nedeniyle, davalıların kusurlu olup olmadıklarının tespitine yeterli değildir. Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, hastanın her iki ameliyatına ilişkin ameliyat ve tabele kağıtları, çekilen tüm filmler, epikriz ve Adli Tıp raporları da birlikte gönderilerek, üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak, konusunda uzman , akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, hastanın vücudunda sargı bezinin işaretlenmesinde kullanılan radyopak maddenin unutulmasında davalı doktorlara atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf ,mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorların yukarıda açıklanan ilkeve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir. (13.HD. 12.06.2006, 6704-9459)

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

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

XI-HASTANELERİN SORUMLULUĞU

A) ÖZEL HASTANELER

1- Konuya genel bakış

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

Kimi özel hastanelerin en son tıbbi yeniliklerle ve teknik donanımlarıyla, ünlü ve başarılı uzman hekim kadrolarıyla kamu hastanelerinden daha ilerde ve güvenilir olmalarına karşılık, tedavi ve bakım ücretlerinin yüksekliğinden yakınılmaktadır. Mesleğin etik kurallarına sıkı sıkıya bağlı otuzbeş hekimden oluşan bir kurulun 2006 yılında yaptığı incelemelere göre, özel hastanelerin ticarethane gibi işletildikleri,daha çok kazanmak ve kâr etmek amacıyla gereksiz ameliyatlar yapıldığı, hiç gereksinim yokken pek çok tahliller, elektro, görüntülü çekimler (röntgen, ultrason, tomografi, anjiyo) yapıldığı, normal fiziki bulguları olan hastalardan bile 10 ve üzerinde tahlil istendiği, aynı incelemeler üç dört kez yapılmış gibi gösterildiği ve faturalandığı, ayakta yapılabilen veya bir iki gün yatırılarak yapılan işlem ve ameliyatlarda bile (fitık, kolesistektomi, laparoskopik işlemler) hastaların 15-20 gün yatırıldığı, yakınma olmasa bile değişik organlarda kanser, hepatit, AİDS taraması yapıldığı, hemen her gebe kadına normal doğum yerine sezaryen ameliyatı yapıldığı, kalça ve diz protezleri ile protez kullanılan diğer durumlarda da hastalara gerekmediği halde bu ameliyatların yapıldığı ve bu malzemelerin söz konusu hastalarda uygun olmadığı halde kullanıldıkları, hastaların gereklilik yokken birkaç hekim tarafından muayene ve tedavi edildikleri, neredeyse bir hekim tarafından tedavi edilme yönteminin ortadan kalktığı, bütün bunların sonucu hastaların veya yakınlarının önlerine kabarık bir fatura konulup çok yüksek bir ücret ödemek zorunda bırakıldıkları saptanmıştır.(09.08.2006 günlü Hürriyet Gazetesi'nin haberi)

2- Özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği

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

a) Sözleşme ilişkisi

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

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

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

Bu görüşümüzü destekleyen bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir:

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

b) Vekâletsiz işgörme ilişkisi

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

Bu zorunluluk yasadaki kaynaklanmakta olup, bu konuda 2219 sayılı Yasa’nın 32’nci maddesinde “**Ani bir arıza veya kaza sonucu ivedi tedavisi gereken kişilerin** özel hastanelere başvurmaları veya getirilmelerinde, **hastane, derhal acele tedavilerini yapmak zorundadır.** Bunlardan yoksun olanların yatırılarak tedavileri gerekiyorsa hastanenin parasız kısmına alınırlar. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu yoksul hastaları, başka yere nakledilebilir duruma gelinceye

kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan yoksul hastaların gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir” denilmiştir.

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

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

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

c) Haksız fiil ilişkisi

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

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

Yukarda sayılan suç sayılır eylemlerden başka, özel hastaneye getirilen ve ivedi tıbbi yardım gerektiren ağır hasta veya yaralı, ilkyardım birimine alınmayıp, kapıdan geri çevrilirse bu da ceza yasası yönünden suç oluşturur (TCK.98) Ayrıca, yukardaki bölümde de belirttiğimiz gibi, 2219 sayılı Yasa’nın 32’nci maddesine göre “**Ani bir arıza veya kaza sonucu ivedi tedavisi gereken kişilerin** özel hastanelere başvurmaları veya getirilmelerinde, **hastane, derhal acele tedavilerini yapmak zorundadır**” ve Özel Hastaneler Tüzüğü 28’inci maddesine göre: “Acil hastalar ve yaralıların özel hastanelere

başvurması halinde ilk ve acil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte **bir acil ünitenin oluşturulması zorunlu olup**, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.” Bu kişiler ve öteki sorumlular, eğer yasa ve tüzükte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyip, ağır hastayı veya yaralıyı kapıdan geri çevirirlerse, haklarında kamu davası açılır ve eylemlerinin saptanması durumunda cezalandırılırlar.

3- Özel hastanelerin sorumlulukları

a) Yükümlülükler

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

b) Nedensellik bağı

Hastaya verilen zararlı sonuçtan hastanenin sorumlu tutulabilmesi için, hastane işletmesinin yükümlülükleri ve kamusal görevleri ile zararlı sonuç arasında “**nedensellik bağı**” kurulabilmesi baş koşuldur. Kimi zaman bu bağı kurulmasında duraksamalar görülmektedir. Örneğin, ameliyat yapan hekim ve yardımcıları hastanenin personeli değilse, hekim ameliyat için hastaneyi kendisi doğrudan seçmişse, bu gibi durumlarda hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunmadığı, bu nedenle doğabilecek zarardan hastane işletmesinin sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmektedir. Yargıtay’ın bir kararında böyle bir sonuca varılmış, “Ameliyatı yapan doktorların davalı hastanede çalışmadıkları, ancak anlaşma yaparak hastalarını anılan hastaneye yatırarak ameliyat ettikleri, böylece doktorlar ile hastane arasında BK. m.55 anlamında bir ilişki bulunmadığı sabit olmasına göre, davalı şirketin, davalı doktorların kusurlu davranışlarından tutulmalarına olanak bulunmamaktadır. BK. 55 maddesine göre davalı şirketin istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, emretme. talimat verme ve denetleme yetkisi bulunması gerekir. Oysa davalı şirket ile doktorlar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemez” denilmiştir. (13.HD.22.02.1999, 384-1128)

Bizce Özel Daire’nin bu kararı, aynı dönemlerde, daha önce ve daha sonra verdiği kararlarla çelişmektedir. Çünkü, davalı doktorlar her ne kadar hastanenin personeli değilse de, oraya ameliyat için gerekli araç ve gereçlerle gelmemişler, bunlar ve gerekli koşullar hastane tarafından sağlanmıştır. Hastane yönetimi, ameliyat için doktorlara yer ve araç gereç vermekle kısa süreli de olsa onları “yardımcı kişi” gibi kullanmış ve bundan bir kazanç elde etmiştir. Ayrıca hasta da hekimlerin seçtiği hastanede ameliyat olmayı kabul etmekle, hekimler ile hastane arasındaki anlaşmanın güven ortamına girmiştir. Burada hastane yönünden bir “kusursuz sorumluk” söz konusudur. Bu görüşümüzü destekleyen, önceki karardan dört yıl sonraya ait 4.Hukuk Dairesi’nin 07.10.2003 gün 1529-11279 sayılı kararında:

“Davalı şirket, ameliyatın tesisinde yapılmasını kabul etmekle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Davacı, davalı doktorun önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde ameliyat edilmeyi onaylamış; davalı şirket de tesislerinde ameliyat ve tedavinin yapılmasını kabul etmiştir. Şu durumda **davacı ile davalı doktor arasında doğrudan doğruya ve sağlık tesisi ile de davalı doktorun aracılığıyla hukuki ilişki kurulmuştur.**

Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını, bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve davalı şirket de tesisinde hastanın ameliyat edilmesini kabul etmekle, aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuştur. Diğer bir anlatımla, davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen bir biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan davalı şirket doktorla birlikte sorumludur” denilerek işin doğrusu gösterilmiştir.

(Şişli 4.Asliye Hukuk Mah. 2000/118-2002/1916 sayılı dosyasından alınmıştır.)

c) Yüksek özen borcu

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

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

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

d) En hafif ihmalden tam sorumluluk

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

e) Yardımcı kişilerden sorumluluk

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

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

B) KAMU HASTANELERİ

1- Yasal düzenlemeler

Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu tüzelkişisi tarafından, **kamu hukuku kurallarına göre** işletilen sağlık kuruluşlarıdır. Amaçları, **Anayasa'nın 56.maddesinin** devlete yüklemiş bulunduğu "**sağlık hizmetleri**"ni vermektir. Maddenin 5.fıkrasına göre "Devlet, herkesin hayatını, **beden ve ruh sağlığı** içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırmak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla **sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp** hizmet vermesini düzenler." Aynı maddenin 6.fıkrasına göre ise "Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1.maddesi, kamu hastanelerine örnek olarak devletin resmi hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından açılmış hastaneleri göstermiştir. Bunlara üniversite hastanelerini ve askeri hastaneleri de eklemek gerekir.

Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı olan ve bugün Sağlık Bakanlığı'na devredilmekle birlikte 506 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde faaliyetlerini sürdüren Sigorta Hastaneleri de kamu hastanesi ise de, bunların statüleri farklı ve tartışmalıdır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. Bu nedenle, SSK. hastanelerinde tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı idari yargıda değil, adli yargıda dava açabilmektedirler. Burada da, kamu hastanelerinde olduğu gibi, görevli doktorun ve yardımcı personelin "görevden ayrılabilir kişisel kusurları" yoksa, onlara karşı dava açılmamaktadır.(21.HD.10.02.2005 gün 10010-983 sayılı ve 11.10.2004 gün 7439-8136 sayılı, HGK.26.02.2003 gün ve E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, HGK.11.10.2000 gün ve E.2000/4-1185 K.2000/1279 sayılı, 21.HD.11.11.1997,gün 6482-7327 sayılı kararları)

2- Kamu Hastanesi ile hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği

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

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

Ancak, tedavinin zararlı sonucundan, kamu görevlisi doktorun veya yardımcı personelin haksız eylem niteliğinde "**görevden ayrılabilir kişisel kusurları**" varsa, haklarında **adli yargıda** dava açılabilir. (HGK.26.09.2001, E.2001/4-595 K.2001/643

sayılı, HGK.15.11.2000, E. 2000/4-1650 K.2000/1690 sayılı, 4.HD.30.11.1998, 6342-9531 sayılı, 4.HD. 17.12.1976, 692-11046 sayılı kararları)

3- Kamu hastanelerinin sorumlu tutulabilme koşulları

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

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

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

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

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

4- Kamu hastanesi hekimlerinin “görevden ayrılabilir” kişisel kusurları

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

“Doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun el atma ve yardım yapma yetkisini, kamu kurallarından değil, tıp kurallarından alır. En önemlisi **tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri, idare hukuku değil, tıp bilimi**

belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdır. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktoru seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktor ile hasta arasında tedavi ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü **zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil, tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp mesleğinin uygulanması sırasında meydana gelmektedir.** Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır." (HGK.26.09.2001 E.2001/4-595 K. 2001/643)

Şu halde, sağlık hizmetlerinin gereği gibi yapılmamasından, yani "hizmet kusuru"ndan dolayı İdareye karşı "İdari yargı"da ve hekimlerle öteki sağlık personelinin "görevden ayrılabilir kişisel kusurları" nedeniyle "adli yargı"da dava açılacaktır.

Bu konuda Yargıtay kararlarından örnekler şöyledir:

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

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

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

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

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

Dava konusu olayda, davalı doktorun, sünnet işini tıbbi şartlara uymadan, özensiz ve dikkatsiz bir biçimde yaptığı iddia edilmektedir. Bu durumda davalının

eylemi kamu hukukundan doğan yetkisinin kullanılması ile ilgili olmayıp, kişisel kusurunu oluşturur. Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından, işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi anılan yasal düzenlemeye ve usule aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.”

(4.HD. 30.11.1998, 6342-9531)

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

(4.HD. 17.12.1976, 692-11046)

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

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

5- Kişisel kusurun görevi yapmaktan kaynaklanması

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

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

(4.HD. 23.10.2003, 7161-12474)

“Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen kişinin, görevli doktor ve hemşire tarafından yeterli kontrol ve muayene ile gelişen klinik bulgulara uygun

müdahalede bulunmaması nedeniyle, yaralı ölmüş; doktor ve hemşire kusurlu bulunmuşlardır.”

(4.CD. 11.02.2004, 2003/1064-2004/2055)

“Davacılar, davalı doktorun, ölen tedavi süresince görevini yerine getirmediğini, adıgeçenin rahatsızlığının artarak sürmesine rağmen hastaneye sevkini yapmadığını ve ölümle sonuçlanan olayda kişisel kusuru bulunduğunu, davalı Milli Savunma Bakanlığı’nın ise istihdam eden olarak sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkemece, davaya konu olayın askerlik hizmetine ilişkin bulunduğu ve hizmetin yerine getirilmesi sırasında meydana geldiği gerekçe gösterilerek yazılı biçimde karar verilmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi’nin görevi, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar ile sınırlıdır. Somut olay, asker kişileri ilgilendirmekle birlikte, askerlik hizmetine ilişkin bulunmamaktadır. Davalı doktorun kişisel kusuru ileri sürülmüştür. Bu bakımdan görevsizlik kararı yerinde görülmemiştir. Mahkemece işin esasının çözümlenmesi için kararın bozulması gerekmiştir.”

(4.HD.18.07.2005, 8991-8492)

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

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

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

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

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

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

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

bağdaşmayan kişisel kusur” işleyebilecek nitelikteki personeli görevlendirmenin İdare yönünden bir “hizmet kusuru” sayılması gerekeceğini ve bu hizmet kusuru nedeniyle de İdarenin dava edilebileceği görüşünü ileri sürüyoruz.

7- Döner sermaye uygulaması ve sorumluluk

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

C)SSK HASTANELERİ

1- Özel Hukuk hükümlerine tâbi tüzel kişiliği olan bir kuruluş sayılması

Sosyal Sigortalar Kurumu’na bağlı sigorta hastanelerinin hukuksal durumu öteden beri tartışmalıdır. Bu hastanelerde tedavi gören sigortalıların uğradıkları zararlar nedeniyle açılan davalarda kimi zaman İdari Yargı, kimi zaman Adli Yargı görevli sayılmış; Adli Yargı’daki iş bölümü konusunda da bazan İş Mahkemeleri ve bazan da Asliye veya Sulh Hukuk Mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay’ın artık tutarlı hale gelen en son kararlarına göre, SSK Hastanelerinden zarar görenlerin SSK Başkanlığı’na karşı açacakları tazminat davalarında miktara göre Asliye Hukuk veya Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevli olacakları kabul edilmiştir. SSK Hastanelerinin Sağlık Bakanlığı’na devredilmesi nedeniyle Kurum Avukatlarının İdari Yargı’nın görevli olacağına ilişkin itirazları da geçerli olmayıp halen Yargıtay’ın son kararları bu davaların Adli Yargı yerinde görüleceği şeklindedir.

SSK Hastanelerinin kamu kurumları olmalarına karşın, özel hukuk hükümlerine tabi olacaklarının gerekçesi, Yargıtay kararlarında şöyle açıklanmıştır:

SSK, 4792 ve 506 sayılı yasalara göre kurulmuş özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan bir kuruluştur. Bu nedenle, SSK. hastanelerinde tedaviden zarar gören hastalar, Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı idari yargıda değil, adli yargıda dava açabilirler. Burada da, kamu hastanelerinde olduğu gibi, görevli doktorun ve yardımcı personelin “görevden ayrılabilir kişisel kusurları” yoksa, onlara karşı dava açılmamaktadır.(21.HD.10.02.2005 gün 10010-983 sayılı ve 11.10.2004 gün 7439-8136 sayılı, HGK.26.02.2003 gün ve E.2003/21-95 K.2003/113 sayılı, HGK.11.10.2000 gün ve E.2000/4-1185 K.2000/1279 sayılı, 21.HD.11.11.1997,gün 6482-7327 sayılı kararları)

2- Sigortalılar ile SSK Hastaneleri arasındaki ilişkinin hukuksal nedeni

SSK hastaneleri kamu hastaneleri dışında ve özel hukuk kurallarına bağlı kuruluşlar olarak kabul edildiği için, hasta ile hastane ve hekim arasındaki ilişki sözleşmeye dayandırılmaktadır. Buna göre hasta ile hekim arasında olduğu gibi, hasta ile hastane arasında da BK. m. 386/2 anlamında “vekalet sözleşmesi” ilişkisi bulunduğu görüşü ileri sürülmektedir.

Yarg. 9. HD. 18.11.1991 gün 8375-14336 sayılı kararının karşı oy yazısında, hekim ile hasta arasındaki vekalet sözleşmesi olduğu görüşü doğru bulunmakla birlikte, hastane ile hasta arasındaki ilişkinin **506 sayılı yasanın 33.maddesine** dayandığı ileri sürülmüştür. Gerçekten, söz konusu maddeye göre Kurum’un sigortalılara her türlü sağlık yardımı yapma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük sigortalı olmaktan ve prim ödemekten kaynaklandığına

göre, aradaki ilişki düpedüz **özel hukuk** hükümlerine tabi “**sözleşmesel**” ilişki kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, SSK Hastanelerinde sigortalılara yapılan **sağlık yardımları** bedelsiz (ücretsiz) değil, **ödenen primlerin karşılığıdır**.

SSK.Hastaneleri,Sağlık Bakanlığı’na devredilmiş olsalar dahi durum değişmemekte, sağlık hizmetleri ödenen primlerin karşılığı olarak verilmektedir. Tedavi ve her türlü sağlık yardımı ücretli olunca da aradaki ilişkinin Özel Hukuk hükümlerine tabi olması gerekir. Bugün sosyal güvenlik kurumları aynı çatı altında birleştirilmeye çalışılmakta ise de, sigortalılara yapılan sağlık yardımlarının paralı olduğu gerçeği kabul olunmalı; anlaşmazlıklar Özel Hukuk hükümlerine göre çözüme bağlanmalıdır.

3- SSK’na karşı açılacak davalarda “Adli Yargı”nın görevli kabul edilmesi

Görevli Mahkeme konusu yıllarca tartışılmıştır. Yargıtay 9. HD. 28.11.1989 gün 8994-10422 sayılı, 4. HD. 4.2.1991 gün 90/14104-91/676 sayılı, 21. HD. 11.11.1997 gün 6482-7327 sayılı kararlarına göre görevli mahkeme “asliye ve sulh hukuk” mahkemeleridir. 4. HD.nin 31.1.1995 gün 94/8103-95/658 sayılı bir başka kararında ise, 506 sayılı yasanın 32-35. maddelerine dayanılarak “-Davaya bakmak Asliye Hukuk Mahkemesinin görevinde olmayıp, İş Mahkemesinin görevidir.” denilmiştir. Gene 4. HD 10.11.1998 gün 5202-86888 sayılı kararının “karşı oy “ açıklamasında idari yargının görevli olacağı savunulmuştur. 21.Hukuk Dairesi, yukarda belirtilen 11.11.1997 gün 6482-7327 sayılı karardan ve o yıllarda verdiği benzer kararlarından dönerek örneğin 9.5.2002 gün 2872-4265 sayılı kararında “Yanlış tedavi ve teşhis nedeniyle SSK.ya karşı açılacak davalarda İş Mahkemesi’nin görevli olacağı görüşünü benimsemiştir. (Bkz: Yargı Dünyası, 2003/2-109, sayı: 86) – Ancak ne var ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.02.2003 gün 2003/21-95 E. 2003/113 K. sayılı kararıyla “Genel Mahkemelerin” görevli olduğu sonucuna vararak, şimdilik konuya son noktayı koymuştur.

SSK Hastanelerinin statüsü ve yargı yeriyle ilgili son karar özetleri aşağıdadır:

“SSK Hastanesinde görev yapan doktorun hizmet içi görev kusuruna dayanılarak açılan tazminat davasına genel hükümler çerçevesinde genel mahkemelerde bakılmak gerekir.

Dava nitelikçe SSK Başkanlığı Hastanesinde, Kurum doktorunun ameliyat hatası nedeniyle bedensel zarara uğranıldığından bahisle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davada, kamu görevlisi bulunan doktorun hizmetten sayılmayan hizmet içi görev kusuruna, giderek, çalıştırılanın haksız eylemine dayandığından davanın yasal dayanağı belirgin olarak BK 55, 386/2 ve Anayasa’nın 129/5 maddeleridir. Başka bir anlatımla, uyuşmazlık 506 sayılı Yasa’dan kaynaklanmadığı gibi, 5521 sayılı Yasa’nın 1.maddesinde öngördüğü koşullar da somut olayda oluşmadığından, İş Kanunu’nundan kaynaklanmadığı açıktır. Hal böyle olunca, uyuşmazlığın çözüm yerinin 506 sayılı Yasa’nın 134 ve 5521 sayılı Yasa’nın 1.maddesi gereğince İş Mahkemesi değil, Genel Mahkemeler olduğu görülmektedir.

Öte yandan, SSK Başkanlığı 4792 ve 506 sayılı Yasalara göre kurulmuş özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan bir kuruluş olmasına göre, bu tür uyuşmazlıkların Adli Yargı yerinde görüleceğinden kuşku duyulmamak gerekir.”

(21.HD.10.02.2005, 2004 /10010 -2005/983)

“SSK Hastanesi hemşiresinin görev kusuru nedeniyle açılan dava Adli Yargı’da görülmek gerekir.

Dava, kamu görevlisi bulunan hemşirenin hizmetten ayrılmayan hizmet içi görev kusuruna, giderek çalıştırılanın haksız eylemine dayandığından, davanın yasal dayanağı belirgin olarak BK’nun 55 ve Anayasa’nın 129/5 maddeleridir. Başka bir anlatımla, uyuşmazlık 506 sayılı Yasa’dan kaynaklanmadığı gibi, 5521 sayılı

Yasa'nın 1.maddesinde öngördüğü koşullar da somut olayda oluşmadığından, 1475 sayılı Yasa'dan da kaynaklanmadığından, uyuşmazlığın çözüm yeri İş Mahkemesi olmayıp miktara göre Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemesidir.”

(21.HD. 11.10.2004, 7439-8136)

SSK'na ait hastaneler hakkındaki davalara Adli Yargı yerinde bakılmak gerekir.

Somut olayda uyuşmazlık, Kurumun çalıştırdığı doktorların özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı tazminat davasıdır. Vekil, vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

Öncelikle, davacı ile davalı Kurumun çalıştırdığı doktor ve sağlık personeli ile onları çalıştıran Kurum arasındaki hukuki ilişkiyi incelemek gerekir.

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

(9.HD. 18.11.1991, 8375-143367)

Sosyal Sigortalar Kurumu, 4792 ve 506 sayılı Yasalara göre kurulmuş özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan bir kuruluş olmasına göre, bu tür uyuşmazlıkların Adli Yargı yerinde görüleceğinden kuşku duyulmamak gerekir.”

HGK. 26.02.2003 E. 2003/21-95 K. 2003/113

SSK Hastanesine karşı açılacak davalara adli yargıda bakılmak gerekir.

Davacı, davalı Kuruma ait hastanede bel fitiği ameliyatı olduğunu, ameliyattan iki gün sonra davalılardan hemşire S.A.'nın vurduğu iğne sonrasında başlayan ağrılarla birlikte sol ayağını hissetmemeye başladığını, yanlış tedavi nedeniyle ayağını kaybettiğini belirterek istekte bulunduğuna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın salt 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nın uygulanmasından kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır. Eldeki davada, Yargıtay HGK'nun 26.02.2003 gün E. 2003/21-95 K.2003/113 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Borçlar Yasası'nın 386/2.maddesi gereğince diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet hükümleri de uygulanabilecektir. Tarafların hukuki durumları gözetilerek, uyuşmazlığın çözümünde Borçlar Yasası'nın adam çalıştırma ilkeleri ve vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği sonucuna varılmalı, uyuşmazlığın **idari yargı yerinde değil, adli yargı yerinde** görülüp çözümlenmesi gerektiği benimsenmelidir.

(4.HD.26.05.2005, 5837-5679)

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

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

XIII-GÖREVLİ MAHKEME

1- Bağımsız çalışan hekimlere karşı açılacak davalarda

Görevli mahkeme, kuşkusuz miktara göre **Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemeleri** olacaktır. İlişkinin ticari niteliği ağır basıyorsa Ticaret mahkemelerinin görevli olduğu da düşünülebilir.

2- Özel hastanelere karşı açılacak davalarda

Bunlar şirket olarak örgütlendiklerinden ve ticari faaliyette bulduklarından görevli mahkeme **Ticaret Mahkemeleri** olacaktır. Eğer dava konusu ücret anlaşmazlığı ise, daha doğrusu aşırı ücret alınmışsa **Tüketici Mahkemelerinin** görevli olması gerekir.

3- SSK Hastanelerinin hizmet ve görev kusurları nedeniyle açılacak davalarda

SSK Başkanlığı'na karşı Adli Yargı'da ve miktara göre Sulh Hukuk veya Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılacaktır. Ayrıca görevli personel dava edilemeyecektir. Bu konuda yukarıda geniş açıklamalar yapıldığından ve Yargıtay kararlarından örnekler verildiğinden kısaca belirtmekle yetiniyoruz.

4- Kamu hastanelerinin hizmet kusurları nedeniyle açılacak davalarda

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

5- Kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle açılacak davalarda

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

Bu konuda Yargıtay kararlarından seçtiğimiz örnekler şöyledir:

Kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğan davaya genel mahkemelerde bakılmalıdır.

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

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

(4.H.D. 14.06.2006, 6510-7216)

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

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

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

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

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

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

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

(4.H.D. 18.7.2005, 8991-8492)

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

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

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

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

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Anayasa'nın 125/Son madde ve fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu, 129/5 madde ve bendinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurları nedeniyle doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılacağı, 657 sayılı Kanun'un 13.maddesinde de, kişilerin kamu

hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları, kurumun genel hükümlere göre personele rücu hakkının saklı olduğu hükümlerinin yer aldığı, buna göre, anılan hastanenin Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir kamu kuruluşu, müdahaleyi yapmayan doktorun ise devlet memuru olması karşısında, kamu hizmeti yürüten Sağlık Bakanlığı'nın bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davada, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerektiği; bu hususların saptanması ise, İdare Hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde İdari Yargı yerlerinin görevli olduğu, 2247 sayılı Yasa'nın 10.maddesine göre yapılan başvurunun kabulü gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

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

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

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

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

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

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

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

bulunmadığı belli olmuş; hakkında **adli yargı** yerinde kişisel kusuruna dayanılarak dava açılmasında bir yanlışlık bulunmamıştır.

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

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

Doktorun kişisel kusuru ileri sürülerek açılan davanın incelenme yeri adli yargıdır.

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

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

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

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

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

XIV-ZAMANAŞIMI KONUSU

1- Hasta-Hekim ilişkisi

a) Hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay kararlarında "**vekalet sözleşmesi**" olarak kabul edildiğinden, BK. m. 386/2 ve BK. m. 126 gereği zamanaşımı süresi **(5) yıl** olacaktır. Şu kadar ki, hekimin eylemi, ceza yasası yönünden suç sayılır nitelikte ise **uzamış ceza zamanaşımı** süresi uygulanacaktır. Bu ise yeni TCK m.66'nın 1.fıkrası (e) bendine göre **(8) yıldır**.

2- Özel Hastanelerin sorumluluğu ve yardımcı kişilerden sorumluluk

Özel hastaneler ve paralı sağlık hizmetleri yönünden hasta ile ilişkinin sözleşmeye dayandığı konusunda anlaşmazlık yoksa da, ne tür bir sözleşme olduğu tartışılmaktadır. Ortaya atılan görüşler hastane yönünden "**Hastaneye Kabul Sözleşmesi**", hekim yönünden "**Hekim Sözleşmesi**" ya da her iki sözleşmenin bir arada yapılması biçimindedir. Yasal dayanak konusunda BK. 41'den söz edilmekle birlikte yasanın 55. ve 100'üncü maddeleri öne çıkmaktadır. Bize göre, özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekimden hastabakıcıya ve teknik personeline kadar **yardımcı kişi** kullanmak durumunda

bulduklarından ve “**Hasta Kabul Sözleşmesi**” ile hasta ve hastane yönetimi arasında sözleşmesel ilişki kurulduğundan, hem türü tanımlanamayan Hasta Kabul Sözleşmesi’ne BK.125. maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan ve hem de BK. 100’üncü maddesi çerçevesinde **yardımcı kişilerden sorumluluk** söz konusu olduğundan, BK. m. 125’ deki **(10)** yıllık zamanaşımının uygulanması gerekmektedir.

3- Kamu Hastaneleri

Kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, hizmet kusuru sayılmakta, bu hastanelerde çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa’nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmayıp) Anayasa’nın 129/5. maddesi gereği yalnızca İdare Mahkemesinde ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir. Buna göre, İdareye karşı açılacak tazminat (tam kaza) davalarında 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası’nın 7. ve 13. maddeleri gereği **(60) günlük hak düşürücü süre** sözkonusu olduğu unutulmamalıdır.

4- SSK.Hastaneleri

SSK hastaneleri kamu hastaneleri dışında ve özel hukuk kurallarına bağlı kuruluşlar olarak düşünülmekte; hasta ile hastane ve hekim arasındaki ilişki sözleşmeye dayandırılmaktadır. Kimilerine göre hasta ile hekim arasında olduğu gibi, hasta ile hastane arasında da BK. m. 386/2’ye göre “vekalet sözleşmesi” vardır ve bu nedenle zamanaşımı **(5)** yıldır. Kimilerine göre de hasta ile kurum arasındaki ilişki 506 sayılı yasadan doğduğuna ve bu yasada zamanaşımı süresi belirtilmediğine göre BK. m. 125’in uygulanması ve zamanaşımının **(10)** yıl olması gerekir.

Yargıtay 9. HD. 18.11.1991 gün 8375-14336 sayılı kararının karşı oy yazısında, hekim ile hasta arasındaki vekalet sözleşmesi olduğu görüşü doğru bulunmakla birlikte, hastane ile hasta arasındaki ilişkinin 506 sayılı yasanın 33. maddesine dayandığı, sözkonusu yasada ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden BK. m. 125’deki (10) yıllık sürenin uygulanacağı savunulmuştur. (İş H. Der. 1992, sf.120)

Bize göre, SSK hastaneleri ile sigortalılar arasındaki ilişki 506 sayılı yasadan kaynaklanmakta olup, yasanın 32-36 maddelerine göre Kurum’un sigortalılara ve yakınlarına sağlık yardımları yapma yükümlülüğü bulunmakta, bu yükümlülüğün bedeli primlerle ödenmekte, böylece Kurum ile sigortalılar arasında karşılıklı yükümlülükler dayalı bir sözleşme ilişkisi kurulmuş bulunmaktadır. İlişkilerin yasal dayanağı 506 sayılı S.S.Yasası olduğuna göre de, Kurum hastanelerinin ve sağlık personelinin sigortalı hastalara ve yakınlarına karşı açılacak davaların zamanaşımı süresi yasanın 99/2. maddesine göre **(5) yıl** olması gerekmektedir.

XV-HEKİMLERE VE HASTANELERE KARŞI DAVA AÇILMASI

1- Dava türleri

Hekimlerin ve hastanelerin sorumlulukları çerçevesinde, hukuka aykırı eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararlar nedeniyle şu tür davalar açılabilir:

- a) Ölüm nedeniyle maddi ve manevi tazminat,
- b) Geçici veya kalıcı bedensel zararlar nedeniyle maddi ve manevi tazminat,
- c) Yanlış tanı ve tedavi yüzünden uğranılan zararlar için maddi ve manevi tazminat,
- ç) Tedavinin olağandan fazla ve gereksiz yere uzatılması nedeniyle tazminat,

- d) Gereksiz ameliyat ve tedavi nedeniyle tazminat,
- e) Hastayı aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hastanın ve yakınlarının onamı alınmadan tedaviye başlanması ve ameliyat yapılması nedeniyle tazminat,
- f) Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle tazminat,
- g) İvedi yardım gerektiren durumlarda hekimin görevini yapmayarak hastanın ölümüne veya sakat kalmasına neden olmasından dolayı maddi ve manevi tazminat,
- h) İvedi ve ilk yardım hizmetini yerine getirmeyerek ağır yaralıyı veya hastayı kapıdan geri çeviren hastane yönetimine karşı maddi ve manevi tazminat,
- i) Gereksiz tedavi masrafları yaptırılması ve aşırı ücret alınması nedeniyle tazminat.

2- Ölüm nedeniyle tazminat davaları

Hekim veya hastane hatası yüzünden ölen hastanın yakınları maddi ve manevi tazminat davası açabilirler. Destekten yoksun kalanlar genellikle ölen kişinin eşi, çocukları, annesi ve babasıdır. Yetişkin çocuklar, kural olarak, destek tazminatı isteyemezler. Ancak Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında destekliğin yalnız parasal olmayacağı, yardım ve hizmet ederek de destek olunabileceği kabul olduğundan, birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek olan tüm aile bireyleri bu gibi durumları kanıtladıkları takdirde destek tazminatı isteyebilmektedirler. Ev kadınları bir kazançları olmasa bile ev hizmetlerini yaparak destek sağladıklarından, eşi ve çocukları destek tazminatı isteyebilirler. Çocuklarını ölen annesine baktıran yetişkin evlât da destek tazminatı isteyebilmektedir. Yardım ve hizmet ederek desteklikte, aktif dönem söz konusu olmadığı için, destekten yoksunluk ölenin yaşam süresinin sonuna kadar hesaplanmaktadır. Eşler de emeklilik günlerinde birbirlerine yardım ve hizmet ettikleri için, aktif dönemden sonraki emeklilik dönemi de hesaplamada gözetilmektedir. Aktif dönem hesabı, ölenin gerçek kazançları üzerinden yapılmak gerekecek; ücret bordroları veya vergi bildirimleri gerçek kazancı yansıtmıyorsa, yöntemince araştırma yapılacak, tanık dinlenecek, gerektiğinde meslek kuruluşlarından bilgi istenecektir.

Manevi tazminat konusuna gelince: Yukardaki bölümlerde Yargıtay kararlarından örneklerle açıkladığımız gibi, tüm mesleklerin üstünde yüksek özen yükümlülüğü olan ve en hafif kusurundan dahi tam sorumlu kabul edilen hekimden istenecek tazminatın ölçüsü de yüksek olacaktır.

3- Bedensel zararlar nedeniyle maddi ve manevi tazminat

Bedensel zararlar geçici ve kalıcı olarak iki türdür. Eğer geçici işgöremezlik durumu söz konusu ise kazanç kaybı ile birlikte tedavi için yapılan her türlü masraflar istenebilecektir. Kalıcı bir sakatlık (sürekli işgöremezlik) söz konusu ise, kazançlarda bir azalma olmasa bile, beden gücü kayıp oranına göre "güç kaybı tazminatı" ve tedavi giderleri istenecektir. Kuşkusuz her iki durumda da istek kalemlerine manevi tazminatı da eklemek gerekecektir. Şunu da belirtelim ki, hatalı ameliyat veya tedavi sonrası hasta tamamen iyileşmiş olsa dahi, çekilen sıkıntılar için manevi tazminat istenebilir. Özellikle estetik ameliyatlarda bu gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.

Kol veya bacakta uzuv kaybı söz konusu ise, henüz takılmamış olsa dahi, protez (takma kol veya bacak) bedeli de istenebilecektir. Kalıcı sakatlık veya hastalık yaşam boyu bazı ilaçların kullanılmasını gerekli kılıyorsa veya gelecekte bazı zorunlu tedaviler ve ameliyat gerekiyorsa bunların dahi istenmesi olanaklıdır.

4- Yanlış tanı ve tedavi nedeniyle yitirilen zaman ve harcanan para nedeniyle tazminat

Hekimin yeteneksizliği, bilgi eksikliği, deneyimsizliği sonucu yanlış tanı ve tedavi nedeniyle zaman kaybedilmiş, iş ve güçten kalınmışsa, hem bu yönden uğranılan zararlar, hem gereksiz yere ödenen paralar ve yapılan masraflar ve ayrıca manevi tazminat istenebilir.

5- Kusurlu ameliyat yüzünden uğranılan her türlü zararlar istenebilir

Mahkeme dosyalarından aldığımız ve Yargıtay denetiminden geçmiş aşağıdaki örneklerde görüleceği gibi, kusurlu ameliyat ve tedavi yüzünden uğranılan zararlar söz konusudur.

Örnek: 1- Bir batın ameliyatı sırasında içerde 15 cm. çapında gazlı bez unutulmuş, hasta iki yıl boyunca acılar içinde kıvrılırken ağrıların sebebi bir türlü anlaşılammış; ağrıların dayanılmaz bir hale gelmesi üzerine genç bir hekim batını açma önerisinde bulunmuş ve böylece gazlı bez vücuttan çıkarılmıştır.

Örnek: 2- Karaciğer kistinden rahatsız olan hastanın ameliyatı sonrasında içerde koher pensinin unutulması nedeniyle hasta yıllarca ağrılar içinde kıvrılmış, çalışmamış, işlerini görememiştir.

Örnek:3- Böbrek ameliyatı olan hastanın karnında 2 metre uzunluğunda gazlı tampon unutulmuş; hasta on yıl boyunca ağrı çektikten sonra, sebebi anlaşılıp ikinci ameliyatla gazlı tampon çıkarılmıştır. (13.HD. 14.03.1983, 7237-1783)

Örnek::4- Burnundan rahat nefes alamayan davacıyı ameliyat eden doktor, ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu bulamadığı ve çıkartamadığı için, onu orada öylece bırakmış, durumdan hastasını bilgilendirmemiş; davacı uzun süre burnunda kırık iğne ucu olduğunu bilmeden acı çekmiş, doktor allerjiden geçerek onu oyalamış; en sonunda başka bir doktora giden davacının röntgeni çekilerek durum anlaşılmış ve ikinci ameliyatla kırık iğne ucu çıkarılmıştır. (13.HD.06.11.2000, 8590-9569)

Yukardaki örneklerde zarar gören hastanın açacağı maddi ve manevi tazminat davasında istek kalemlerini şöyle sıralayabiliriz:

- a) Kusurlu ve acı çektirici ameliyatlarda sırasında kusurlu hekime ve hastaneye ödenen ameliyat, ilaç ve her türlü tedavi masrafları ile tedavi için yol, yeme içme vs. her tür yan giderler.
- b) Sıkıntılı günlerde başvuru alan hekimlere ve en son hastayı kurtaran hekime ödenen paralar, ameliyat, tedavi, ilaç masrafları, yol giderleri vs.
- c) Sıkıntılı günlerde iş ve kazanç kayıpları.
- d) Manevi tazminat.

6- Tedavinin başka bir hastalığı tetiklemesi nedeniyle tazminat

Hastalık tam anlamıyla belirlenmeden (doğru teşhis konmadan) ve olası yan etkileri hesaba katmadan tedaviye başlamak hastaya zarar verebilir ve hekimi sorumlu kılar. Örneğin, damar sertliğini önlemek ve kolesterolü düşürmek için verilen ilaçların böbrekler üzerindeki etkisi sürekli denetlenmelidir. Romatizma ilaçlarının ülser ve benzeri mide hastalıklarına yol açıp açmayacağı araştırılmalıdır. Diyabet hastasının tedaviden ne derece etkileneceği gözlemlenmelidir. Tedavi sırasında uygulanan ilaçların alerjiye neden olup olmayacağı da hesaba katılmalıdır. Bütün bu örnekler ve benzerlerinin yanlış tedaviden kaynaklandığının saptanması durumunda hekim sorumlu olacak; hastanın maddi ve manevi tazminat istemi ile birlikte ortaya çıkan rahatsızlıkları tedavi ettirmesi veya ettirecek olması nedeniyle yapacağı masraflar da istenebilecektir.

7- Hekim ve hastane hatasından kaynaklanan çeşitli zararlar

Ameliyat ve tedavi için gittiği hastanede, ameliyathanenin ve odaların bakımsızlığı ve sağlık kurallarına yeterince uyulmaması nedeniyle hastane enfeksiyonu denilen mikrobu kapam hasta, bir süre daha hastanede yatmak ve tedavi edilmek zorunda kalmışsa, bu yüzden uğradığı zararları (iş ve kazanç kaybı, tedavi gideri, çekilen sıkıntı) isteyebilir.

8- Estetik ameliyatların istenen biçimde yapılmaması veya başarısızlıkla sonuçlanması nedeniyle tazminat

Estetik elatmalarda, beden gücünde eksilme olmamakla birlikte, ameliyat başarısızlıkla sonuçlanmışsa ve istenmeyen bir durum ortaya çıkmışsa, zarar gören kişi ekonomik geleceğinin sarsıldığını veya ruhsal sarsıntıya uğradığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat isteyebilir.

9- Hastanın aydınlatılmadan ve onamı alınmadan ameliyat ve tedavi edilmesi nedeniyle uğranılan zararlar

Hasta veya yakınları aydınlatılmadan ve onamları alınmadan yapılan tedavi ve ameliyat olumsuz sonuçlanmışsa, hasta ölmüş veya bedensel zarara uğramışsa, kuşkusuz, yukarda anlatıldığı gibi hastanın veya yakınlarının tazminat isteme hakları olacaktır.

Yukardaki bölümlerde açıklandığı gibi, ameliyat ve tedavi öncesi hastanın veya yakınlarının yeterince aydınlatılması ve bilgilendirilmesi, ameliyat ve tedavinin olası sonuçlarının açık bir biçimde anlatılması ve hastanın onamı (ameliyata ve tedaviye razı olup olmadığının sorulması ve yazılı onamının alınması) şarttır. Çünkü, ancak yapılacak tıbbi elatmanın türü, şekli, kapsamı ve sonuçları üzerinde önceden aydınlatılmış bir hasta özgür istenciyle karar verip elatmaya onay verebilir. Hasta, neye razı olduğunu bilmelidir. Hasta, önceden aydınlatılmadığı, yani neye razı olduğunu bilmeden irade açıklamasında bulunduğu takdirde, onama geçersiz ve dolayısıyla yapılan tıbbi elatma da kural olarak hukuka aykırıdır. (HHY m.22/1 ve m.24)

Acaba hasta aydınlatılmadan ve rızası alınmadan ameliyat edilmiş olup da, bir hata yapılmaksızın ameliyat başarılı geçmişse, gene tazminat söz konusu olacak mıdır ? Bunun yanıtını verebilmek için somut olaylara bakılmak gerekir. Eğer ameliyat yerine başka ve daha hafif bir tedavi uygulansaydı hasta bu yoldan sağlığına kavuşacak idiyse, gereksiz yapılan ameliyat giderlerinin geri istenebileceği, ayrıca manevi tazminatın dahi söz konusu olacağı kanısındayız. Bunun en tipik örneği, normal doğum yerine sezaryene başvurulmasıdır. Kalp damar hastalıklarında da gereksiz anjiyografiye başvurulması veya balon uygulaması yerine ameliyat (Bypass) yapılması, böbrek taşları ilâç tedavisiyle düşürülebilecek iken hastanın ameliyata alınması gibi tıbbi elatmalar dava konusu olabilir ve zararın kanıtlanmasında hastanın aydınlatılmamış ve özellikle onamı (rızası) alınmamış olması başlı başına haklılık nedeni olur.

Yukardaki bölümlerde birkaç kez açıkladığımız gibi, Yeni Türk Ceza Yasası'nın 26.maddesi 2.fıkrasına göre ameliyat ve tedavi öncesinde, hastanın aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş olması, tedavinin olası sonuçları hakkında uyarılarda bulunulması ve böylece "aydınlatılmış bilgi" çerçevesinde rızasının alınmış olması, hekimi sorumluluktan ve suçlu duruma düşmekten kurtaracaktır.

10-Sır saklama ve kayıt tutma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat

a) Yukardaki bölümlerde belirttiğimiz gibi, hekim, hastasını tedavi ederken öğrendiği sırlarını ve tedavinin şeklini gizli tutmakla yükümlüdür. Hastanın onayı olmadan açıklarsa ve bundan bir zarar doğarsa sorumlu olur ve zarar gören hasta maddi ve manevi tazminat isteyebilir. (TCK m.134,258; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4/1; Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.9/1-c; CMUK m.48; HMUK m.245)

b) Öte yandan hekimin hastanın kayıtlarını tutmaması ve dosyalanmaması yüzünden bir zarar doğarsa bu da dava konusu olabilir. (Hasta Hakları Yönetmeliği m.16-17; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.72; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.32; Özel Hastaneler Tüzüğü m. 29)

11- Ağır hasta ve yaralıya ilk yardım yapılmaması nedeniyle tazminat

a) Nerede olursa olsun, ivedi yardım gerektiren yaralıya veya ağır hastalık geçirmekte olan kişiye gereken **ilk yardımda** bulunmayan hekim ceza yasasına göre bir **suç** işlemiş olur. (TCK.m.83 ve 98) Tıbbi yardımın yapılmaması nedeniyle hasta ölür veya sakat kalırsa, hekimden maddi ve manevi tazminat istenebilir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 3.maddesine göre: “Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı **âcil vakalarda**, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.”

b) Hastane ilgilileri de, ağır yaralı veya ağır hastayı kabul etmeyip kapıdan geri çevirirlerse, onlar da suç işlemiş olurlar. Hastanelerin **ilk yardım servislerini** hizmete açık tutmaları, kamusal nitelikli sorumluluk üstlenmeleri zorunlu tutulmuştur. Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği m.57’ye göre “Âcil müdahaleyi gerektiren tıbbî, cerrahi vaka, kaza ve yaralanma olaylarında yaralıların veya ağır hastaların başvurmaları halinde, derhal yataklı tedavi kurumlarına kabul edilerek, gereken ameliyat ve tedavileri zamanında yapılır.” Özel Hastaneler Kanunu 32.maddesine ve Özel Hastaneler Tüzüğü’nün “**âcil hastalar ve yaralılar**” başlıklı 28.maddesine göre: “Âcil hastalar ve yaralıların özel hastanelere başvurusu halinde ilk ve âcil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte bir âcil ünitenin oluşturulması zorunlu olup, yapılacak tıbbi yardım ve alınacak önlemlerin yerine getirilmesinden mesul müdür, bulunmaması halinde nitelikleri yönetmelikte belirtilen nöbetçi tabip yükümlüdür.”

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yukarda belirttiğimiz gibi TCK 83 ve 98. maddelerine göre suç oluşturur ve suçtan zarar görenler hastane yönetimini, sorumlu müdürü ve nöbetçi hekimi dava edebilirler.

Yeni Türk Ceza Yasası’nın 83.maddesi’nin gerekçesinde “Bir sağlık kuruluşunda görev yapan hekimin, **durumu acil olan hastaya tıbbi yardımda bulunmaması** sonucunda hastanın ölmesi durumunda, **ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğinin** kabul edilmesi gerektiği, **ihmali** davranışla öldürme suçunun **kasten** işlenebileceği gibi, **taksirle** de işlenebileceği; belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişinin, **bu yükümlülüğe aykırı davranışının bilincinde olduğu halde**, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise, **taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekeceği**; hekimin, **âcil vakalarda hastaya bakmaması**, tedavi edici eylemlerde bulunmaması durumlarında kasten adam öldürme (olası kast) ve taksirle adam öldürme suçlarının oluşacağı” açıklanmıştır.

Yeni TCK 98.maddesine göre de: “Yaşı,hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye **hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen** ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Maddenin 2.fıkrasına göre: “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Görüldüğü gibi, ivedi elatma ve tıbbi yardım gerektiren ağır yaralı ve hastaların derhal ilk yardım servislerine alınmayıp hastane kapılarından geri çevrilmeleri, hekimlerin nerede ve hangi durumda olursa olsun ivedi durumlarda (âcil vakalarda) hastaya bakmamaları Yeni Türk Ceza Yasası'na göre ağır suç olarak görülmekte; özellikle 83.maddede müebbet hapse kadar varan çok ağır cezalar yer almış bulunmaktadır.

12-Aşırı ücret alınması nedeniyle tazminat

Devletin, daha doğrusu yasama ve yürütme organlarının Anayasa'daki ve Uluslararası sözleşmelerdeki sağlıklı yaşam hakkına ve sağlık hizmetlerinden eşit yararlanma haklarına ilişkin hükümleri gözardı ederek, son yıllarda sağlığı ticarileştirmesi ve bunu açıkça desteklemesi sonucu, özel hastaneler olağanüstü sayıda artmış; buralarda (yukarda değindiğimiz) akıllamaz ve asla bağışlanmaz hekim ve hastane hatalarının (kusurlarının) yanı sıra, neredeyse soygun diyebileceğimiz pahalı bir tedavi ve aşırı ücret alma durumu alabildiğine artmıştır. Can kaygısıyla hekime ve hastanelere koşan hastalar ve yakınları, o ruh hali içinde para konusunu düşünecek durumda olmadıklarından, sonradan önlerine konulan kabarık faturalar karşısında şaşkına dönmekte, paraları yoksa borca girmekte veya varlarını yoklarını satıp hastane parasını ödemek zorunda bırakılmaktadırlar.

Ücret konusunda, Sağlık Mevzuatında yeterli düzenleme, açıklama ve yaptırım yoktur. Özellikle Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ücret konusuna yer verilmemiş olması, hastayı aydınlatma ve rızasını alma bölümlerinde tedavi sonrası ödeyeceği ücrete ilişkin bilgilendirme konusuna hiç değinilmemiş bulunması büyük eksikliklerdir. Her ne kadar Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 34.maddesi'nde “Özel hastanelerde yatan hastalardan sınıflarına göre alınacak gündelik ücretler, Sağlık Bakanlığı'nın uygun gördüğü miktarları geçemez” denilmiş ise de, ticari şirket olarak işletilen özel hastaneleri yüksek ücret alma yönünden durdurmak olanaksızdır.Çünkü, ameliyat sırasında kullanılan gereçler, tedavi sırasında yapılan tahliller, alınan ilaçlar, kullanılan kimyasal maddeler ile görüntüleme aygıtları için alınan ücretler, dışarıdakilerin birkaç katı, hatta on-onbeş katı olabilmektedir. Bir de yapılan işlemler abartılmaktadır. Örneğin, çok sayıda lökosit sayılmış, kan tahlili yapılmış, fazla serum veya kan verilmiş gibi liste ve hesap döküm cetvelleri alabildiğine kabartılmakta, bunların denetimi olanağı bulunmamaktadır. Oysa, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8.maddesi'nde “Hekimlik mesleğine ve tedavi kurumlarına ticari bir nitelik kazandırılmaz” denilmiş; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21.maddesi'nde insan vücudunun ticari kazanç konusu edilemeyeceği açıklaması yapılmıştır.Bunların dışında, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 29.maddesi'nde “Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir” denilmiş ise de, bütün bunlar sağlık ticaretini engellemek için yeterli değildir. Tabipler Birliği ücret tarifelerinde de “taban ücretler”in belirlenmesiyle yetinilmekte; tavan ücret listeleri yapılmamaktadır. Bu konuda asıl görev, kuşkusuz, Sağlık Bakanlığı'na düşmektedir.

Aşırı ücret nedeniyle dava konusuna gelince: Bu konuda yasal dayanak, kuşkusuz, öncelikle Borçlar Yasası hükümleri olacaktır. BK.21 ve sonraki maddeleri, haksız eylemlere ilişkin 41. ve sonraki maddeleri, sözleşmeye aykırılığa ilişkin 96 ve sonraki maddeleri, vekillik sözleşmesine ilişkin 389-391 maddeleri ve vekâletsiz işgörmeye ilişkin 410-411 maddeleri olacak; bunların yanı sıra yukarda açıklanan Sağlık Mevzuatı hükümlerinden yararlanılacaktır.

Bir de şunu ekleyelim: Özel hastane yönetimlerinin, faturayı ödeyemeyen hastaları âdeta hapsedip salıvermediklerini; hattâ daha ürkütücü olanı, ağır yaralı olarak getirilen hastanın birkaç günlük ilk yardım tedavisinden sonra, hasta yakınlarının yüksek ücret alınacağını öğrenip bir kamu hastanesine sevkini istemeleri durumunda da, para ödenmedikçe hastayı teslim etmek istemediklerini sıkça duymaktayız. Bunun suç olduğu, bu gibi olaylarla karşılaşanların C.Savcılığı'na başvurmaları gerektiği kanısındayız.

XVI-KUSUR VE SORUMLULUK KONUSUNDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Yukardaki bölümlerde Yargıtay kararlarından örneklerle açıkladığımız gibi, hekimin ve hastanelerin kusur ve sorumluluklarının belirlenmesinde, ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri arasında uygulama farklılıkları vardır.

1- Hukuk hâkimi, Yüksek Sağlık Şurası kararlarıyla bağlı değildir.

Ceza mahkemelerinde, 1219 sayılı Yasa'nın 75.maddesi ile CMUK. 66/3. maddesi gereği, öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunludur. Hukuk davalarında ise böyle bir zorunluluk yoktur. (HMUK.m.286) Üstelik Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, yargıç, hekimlerin ve hastanelerin sorumluluklarını belirlerken, olayların özelliklerine uymayan, dayanakları gösterilmeyen, inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporları ile bağlı değildir. (13.Hukuk Dairesi'nin 15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı, 14.03.1983, 1982/7237-1983/1783 sayılı, 09.04.2002, 1376-3840 sayılı, 09.05.2000, 1146-4438 sayılı ve 4.HD.07.03.1977, 1976/6297-1977/2541 sayılı kararları)

2- Hukuk hâkimi, ceza davasında saptanan maddi olgularla bağlı ise de, bilirkişi raporlarıyla bağlı değildir.

a) Bilindiği gibi, Borçlar Yasası 53.maddesine göre, hukuk hakimi, ceza dosyasındaki maddi olgularla bağlı ise de, bilirkişi raporlarıyla bağlı değildir. Bu nedenle, ceza dosyasındaki Yüksek Sağlık Şurası raporu veya başka raporlarla bağlı olmayan yargıç, yeniden bilirkişi incelemesi yaptıracak ve **Borçlar Yasası ile sağlık mevzuatı çerçevesinde** tazminat isteminin haklılığını ortaya çıkaracak sorumluluk unsurlarını saptamaya çalışacaktır.

b) Ancak, hekim veya hastane personeli ceza yasaları yönünden suçlu bulunmuşlar ve hüküm giymişlerse, Ceza Mahkemesi'nin **kesin mahkûmiyet kararı**, hukuk hâkimini bağlayacağından, ayrıca kusur aranmasına ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek kalmayacaktır. Çünkü Yargıtay, hekim yüksek özel borcu nedeniyle (kusur oranı ne olursa olsun) **en hafif kusurundan dahi tam kusurlu** saymaktadır.

c) Ceza mahkemesinde ceza yasası yönünden suçlu bulunmayan ve aklanan hekimin eylemi (**yüksek özen sorumluluğu**), Borçlar Yasası yönünden **haksız eylem** niteliğinde ise, hukuk hakimi, hekim hatası bulunup bulunmadığının ve zarar ile eylem arasındaki nedensellik bağı olup olmadığının saptanması yönünden bilirkişi incelemesi yaptıracaktır.

3- Eğer zarar gören hastanın ayrıca kusura katılımı yoksa, bilirkişi kurulu hatanın varlığını saptamakla yetinmeli, ayrıca kusur oranı belirtmemelidir.

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

(13.HD.26.10.2004, 6493-15431 sayılı ve 06.11.2000, 8590-9569 sayılı, 15.10.2002, 7925-10687 sayılı, 04.03.1994, 8557-2138 sayılı kararları)

4- Hekimin kusuru açıkça belli ise, bunun saptanmasıyla yetinilmelidir.

a) Yukarıda Yargıtay kararlarından verdiğimiz örneklerde, hekimin ameliyat sonrasında hastanın batınında gazlı bez veya herhangi bir aleti unutmuş olması, hatalı tedavinin kesin kanıtlanmış bulunması durumunda artık hukuk mahkemesinde ayrıca bilirkişi incelemesine gerek duyulmamalıdır. (13.H.D.14.03.1983, 7237-1783)

b) Mahkemece görevlendirilecek bilirkişi kurullarının, maddi olguları, hekim hatası ile hastanın uğradığı zarar arasındaki **nedensellik bağı**nı ortaya çıkaracak şekilde saptamada bulunmaları yeterli olup, ötesi mahkemece değerlendirilecektir. Yargıtay'ın bir kararında denildiği gibi:

"Tazmin sorumluluğu için kusurlu davranış ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağı'nın kurulabilmesi gereklidir. Maddi ve hukuksal gerekçeler ışığında, uygun nedensellik bağı'nı ortaya koyacak uzman bilirkişilerden oluşturulacak kuruldan alınacak raporlar ve yargıcın objektif yargısıyla, hekimin eyleminin zararlı sonucu doğurup doğurmadığı yönünden yapılacak bir değerlendirmeye sonuca varılmalıdır." (13.HD.09.11.1999, 6175-8022)

5- Adli Tıp Kurumu raporuyla yetinmek de doğru değildir.

Konu, hekim ve hastanelerle ilgili davalar olunca, Adli Tıp Kurumu, başka konulardaki raporlarından farklı olarak, biraz çekimser, sakıngan ve çelişkili raporlar vermektedir. Bununla ilgili Yargıtay kararlarına yansıyan somut örnekleri yukarıda verdik. (Bakınız: IX- Kusur ve Sorumluluğun Saptanması; 2- Bilirkişi raporlarının geçerliği bölümü)

Adli Tıp Kurumu, çeşitli uzmanlık dallarından hekimlerin katıldığı kurullarda dosyaları incelemekte ve "kurul olarak" karar verip rapor düzenlemektedir. Oysa her hastalığın ve buna bağlı hekim hatalarının ilgili "uzmanlar kurulu" tarafından incelenmesi gerekir. Oysa Adli Tıp Kurulu'nda karara katılan tek bir uzmandır.

6- Öncelikle, uzmanlar kurulundan rapor alınmalıdır.

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

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

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

Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, operasyonda vücutta yabancı bir madde kalmasının olağan olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son merci niteliğinde bulunmayan Adli Tıp Kurumu raporu yetersiz olup, **üniversitelerdeki uzman kişilerden** oluşturulacak bilirkişi kurulundan, doktor hatası olup olmadığına ilişkin yargıç ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekir. (13.HD.28.11.2005, 11159-17474) (İBD.2006/2-850)

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu gereğince davanın reddine karar verilmiş ise de, anılan rapor, davalıların kusurlu olup olmadıklarının tespitine yeterli değildir. **Üniversite öğretim üyelerinden** oluşturulacak, konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, hastanın vücudunda sargı

bezinin işaretlenmesinde kullanılan radyoopak maddenin unutulmasında davalı doktorlara atfi kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf ,mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorların yukarda açıklanan ilkeve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir.

(13.HD. 12.06.2006, 6704-9459)

(İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu tarafından 28-29 Eylül 2007 tarihinde düzenlenen "Meslek İçi Eğitim Semineri" konuşma metni)