

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

*Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

ÖZET

Serbest çalışan hekimin hukukî sorumluluğunu doğuran değişik sebepler mevcuttur. Bunlar, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, haksız fiil, vekâletsiz iş görme ve sözleşmedir. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı haller de uygun düştüğü oranda, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır. Ancak hekimin hasta karşısında sorumluluk sebebi olarak sözleşme en çok karşılaşılan sorumluluk kaynağıdır. Hekimlik sözleşmesi, hekim ile hasta veya kanuni temsilci arasında gerçekleştirilir. Hekimlik sözleşmesinin hukukî niteliği konusu itibarıyla bir edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği vekâlet sözleşmesidir. Hekimlik sözleşmesinin kuruluşu ve sona ermesine ilişkin hükümler uygun düştükleri oranda vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Hekimin, sözleşme ile üstlendiği tıbbî teşhis ve tedavi edimini sözleşmede kararlaştırılan şartlara aykırı olarak hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumlarda sorumluluğu söz konusu olur. Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sözleşmeye aykırı davranışın yanı sıra hekimin kusurlu olması, hastanın bu kusurlu davranıştan dolayı zarar görmesi ve kusurlu davranış ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağının bulunması durumunda, hekim hastaya verdiği zarardan sorumludur. Hasta maruz kaldığı zarardan dolayı hekim maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Hasta, Hekimlik Sözleşmesi, Vekâlet Sözleşmesi.

ABSTRACT

There are certain conditions which lead to legal liabilities for private physicians. These are liabilities related to conduct in pre-contractual meetings, unjust conduct, acting without authority and the Contract. In the absence of any contractual relationship between the Parties other provisions of liability shall be applied. However, the Contract with the patient is the most common source of liability for the physician. The treatment contract is signed between the physician and the patient or their legal agent. Legally, a treatment contract is an attorney agreement which involves the execution of a service. Terms relating to the establishment and termination of the treatment contracts are subject to the terms of attorney agreements where applicable. In cases, where the physician completely or partially fails to perform his medical diagnosis and treatment obligations as stated by the contract, the physician will be held liable. For the physician

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

to be held liable, there must be a violation of the obligations that were undertaken with the treatment contract as well as malpractice; the *patient must be injured or harmed* due to the said malpractice and there must be a causal relation between the malpractice and the damage. The patient can claim compensation from the physician for material or immaterial damages.

Keywords: Physician, Patient, Treatment Contract, Attorney Agreement.

GENEL OLARAK

Kamu hastanesi dışında mesleklerini ifa eden hekimlerin hastalarına karşı üstlendikleri tıbbî teşhis ve tedavi ediminin ifa durumunda doğabilecek sorumluluk halleri hekim-hasta arasındaki ilişkinin niteliğine göre farklılık arz eder.

Sorumluluğun kaynağının sözleşmesel görüşme ilişkisi, sözleşme, haksız fiil veya vekâletsiz iş görme olması arasında tazmin yükümlülüğü için gerekli koşullar ile doğacak hüküm ve sonuçlar arasında bazı farklar olduğundan, sorumluluğun hangi esasa dayandığının belirlenmesi, tazminatın dayanağı ve kapsamı ile ispat yükünün dağılımı bakımından önem taşımaktadır¹. Tazminat, hekimin hastasına karşı kusurlu bir şekilde davranışının sonucu olarak hastaya verilen zararın giderilmesini amaçlar. Zararın giderilmesinde tıbbî tazminat önemli rol oynar. Hekimin hukukî sorumluluğu anılan sorumluluk kaynakları dışında doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir olgunun gerçekleşmesi sonucunda da doğabilir². Bu durumda, yardımcı kişinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk halleri söz konusu olur.

I. HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNU DOĞURAN SEBEPLER

A. Genel Olarak

Hekimin, sağlık ve tıp hukukuna ilişkin kuralları kusurlu olarak ihlal etmesi sebebiyle, idarî ve cezaî sorumluluğu ya da hastasına vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü anlamında özel hukuk (medeni hukuk) sorumluluğu karşımıza çıkmaktadır³.

Herhangi bir kurum ya da kuruluşa bağlı olmadan, mesleğini serbest olarak sürdüren hekimin sorumluluğu, hastası ile girmiş olduğu dört farklı hukukî ilişki temelinde söz konusu olabilir. Hekimin hukukî sorumluluğunu doğuran bu sebepler, *culpa in contrahendo*, *vekâletsiz iş görme*, *haksız fiil* ve *sözleşme* olarak şekillenmektedir. İnceleme konumuzu, bu sebeplerin içinden serbest çalışan hekimin sözleşmeye dayalı hukukî sorumluluğu olarak belirlemiş olmakla birlikte, diğer sorumluluk sebeplerine de çalışmamızda yer vermiş bulunmaktayız.

¹ Demir, Mehmet; **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, AÜHFD., C. 57, 3, 2008, 225-228.

² Demir, 229; Abik, Yıldız; **Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Sansının Kaybı**, AÜHFD., C. 54, 3, 2005, 241 vd.

³ Hekimin, tıbbî müdahalesi ve mesleki faaliyetleri açısından kusursuz sorumluluğu sınırlı hallerde söz konusudur. Bunlar, adam çalıştırmanın sorumluluğu (BK. m. 66), yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk (TBK. m.116), eser malikinin sorumluluğu ve özel yasalarda yer alan, tipik tehlikeli olgulara dayalı tehlike sorumluluğu durumlarıdır. Ancak çalışmamız kapsamında bunların üzerinde ayrıca durmayacağız. Bu konuda bilgi için bkz. **Özpınar**, Berna: **Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara 2007.

B. Hekimin Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Culpa in contrahendodan kaynaklanan sorumluluk⁴, sözleşme kurulması sürecinde, sözleşmenin kurulması amacıyla hukukî değerlerini birbirlerinin etkisine açan tarafların, hem yaşam, sağlık ve mülkiyet, hem de malvarlığına ilişkin değerlerinin diğer tarafça korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur⁵. Doktrin ve uygulamada, sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerinde bulunmak; sözleşme görüşmelerini uygun olmayan bir zamanda yarıda bırakmak; karşı tarafın menfaatlerini yeterince açıklamada bulunmayarak gereği gibi dikkate almamak; özensiz bir şekilde bilgi ve öğüt vermek; koruma ve muhafaza yükümlerinin ihlal edilmesi Culpa in Contrahendo olarak kabul edilen durumlardır⁶. Hukukî niteliği oldukça tartışmalı⁷ olan Culpa in Contrahendo'dan doğan sorumluluk, Türk hukukunda, kanuni veya edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine ve aynı zamanda TMK. m. 2 de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır⁸. Buna göre, birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas ya da işlem yapma temasına girişen kişiler arasında, içeriği sadece koruma (veya genel davranış) yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi doğar. Bu ilişkiye katılanlardan biri, koruma yükümlerini ihlal ederse, bundan diğer taraf aleyhine

⁴ Culpa in contrahendo, *sözleşme görüşmelerinden ya da sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk* ifadesine karşılık gelmektedir. Eren, Fikret; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara 2015, 1128.; Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Bası, C. I, İstanbul 2014**, 488 vd.; Akyol, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İkinci Bası, İstanbul 2006**, 115 vd.

⁵ Eren, 1129; “Sözleşme kurulması sürecindeki kusurdan sorumluluk (culpa in contrahendodan sorumluluk) güven sorumluluğu kapsamına dâhildir. Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında ve sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalden kaynaklanan sorumlulukları da kapsayan bir üst kavramdır.” Kırca, Çiğdem; *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Ankara 2004, 137 vd.

⁶ Eren, 1128; Kırca, 160 vd.; Demir, Mehmet; *“Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı” Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Ankara 2009, Armağan, 265; Uygur, Atiye; *Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu*, Ankara 2009, 20.

⁷ Culpa in contrahendodan sorumluluğun hukuki niteliği ile ilgili görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 1130 vd.; Kırca, 138 vd.; Demircioğlu, H.Reyhan; **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara 2009, 41 vd.; Baygın, Cem; **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması**, AÜEHFD., 2000, C. IV, S. 12, 345 vd.

⁸ Serozan, Rona; *“Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”*, MHAD 1968, 108 vd.; Eren, 1128.; Akyol, 50.; Şenocak, Zarife; **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara 1995, İfa Yardımcısı, 277 vd.

doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır⁹. Sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisi, bir edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak değerlendirilmekte ve borç henüz edim yükümleri doğmadan, kişilerin sosyal temasa geçmiş olmaları nedeniyle yan yükümlerin (koruma yükümlerinin) ihlalinden doğmaktadır¹⁰. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin en önemli kaynağı sözleşme ilişkisi olsa da, hekimin Culpa in Contrahendo'dan da sorumluluğu doğabilir. Hekim sözleşme görüşmeleri öncesinde kusurlu olarak, hastasının zarar görmesine neden olur ise bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girer¹¹. Hekimin, uzmanlık alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabileceği izlenimi vererek oyalaması; gerek olmadığı halde cerrahi bir müdahaleye ikna edebilmek için sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgi vermesi ya da herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması gibi durumlarda, hekimin Culpa in Contrahendo sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.

C. Hekimin Vekâletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluğu

Hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için tıbbî müdahalede bulunan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve hastanın rızasının da olumlu ya da olumsuz yönde var olmadığı durumlarda, hekimin, hastanın yararına tıbbî bir müdahalede bulunması halinde vekâletsiz iş görmeden söz edilmektedir¹². Örneğin, bilinci kapalı bir hastaya, hekimin tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapacağı müdahale TBK. m. 526-527'de düzenleme altına alı-

⁹ Culpa in Contrahendo'dan sorumluluk için yapılan bir diğer tartışma ise, doğan zararın tazmin edilmesi için BK. m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerinin mi yoksa TBK. m. 112 ve devamında yer alan borca aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağı meselesidir. Bu iki seçenek, özellikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (TBK. m. 66 m. 116), ispat yükü (TBK. m. 49 m. 112) ve zamaşımı (TBK. m. 60 m.125) konularında birbirlerinden farklı düzenlemeler getirmektedir. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Eren, 1130 vd.; Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III. Cilt., 2. Baskı, İstanbul 1998, 248 vd.; Tekinay, S/Akman, S/Burcuoğlu, H/Altıp, A.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 975 vd.; Oğuzman/Öz, 489 vd.

¹⁰ Eren, 41.; Serozan, 108 vd.; Kirca, 108.

¹¹ Demir, Mehmet: "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları" Ankara Barosu AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, Koşullar, 153.

¹² Vekâletsiz iş görme ile ilgili olarak bkz. Brennecke, Philipp; Aertzliche Geschaefsführung ohne Auftrag, Düsseldorf 2009, 97 vd; Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiy-le Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957, 74 vd.; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 3.Baskı, Ankara 1987, 676 vd.; Zevkililer, A/Gökyayla, E.; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2014, 508 vd.; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Bası, 2015, Özel, 830; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2013, 1323 vd.

nan vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilir ve hukuka uygun görülür¹³. Aynı şekilde, bir toplantı ya da seyahat esnasında aniden fenalaşan bir kişiye, yakında bulunan bir hekimin ilk müdahalede bulunması yine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilir. Bu hallerde, hastanın varsayılan rızasına ve üstün özel yararına uygun bir tıbbî müdahale olduğundan, bunun haksız bir fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz (TMK. m. 24/II.)¹⁴. Vekâletsiz iş görme hükümlerine başvuru bir başka durum ise, ameliyat devam ederken beklenmeyen ve hayati önem taşıyan bir durumun ortaya çıkmasıdır. Kural olarak hekim, hastasını aydınlatarak rızasını almış ve yapacağı tıbbî müdahale bu şekilde başlamıştır. Ancak, tıbbî müdahale devam etmekte iken daha önceden tespit edilememiş olan hayati bir durum ortaya çıkarsa ve hekim hastasının rızasını almadığı halde (ya da varsayılan rızasına dayanarak) ameliyata devam ederse yine vekâletsiz iş görmüş kabul edilir. Hekimin buradaki amacı hastanın ağır bir zarara uğramasını engellemek ya da hastanın hayatını kurtarmaktır¹⁵. Bu amaçla hareket eden hekim, hasta ile aralarında hekimlik sözleşmesi var olsaydı, göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür (TBK. m. 527). Vekâletsiz olarak tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekimin bu fedakârlığı, ona sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekime nazaran daha az özenli hareket etme hakkı vermez¹⁶. Diğer yandan TBK. m. 527/I'e göre, "vekâletsiz iş gören, iş sahibinin ağır bir zarara uğramasını engellemek için faaliyette bulunmuşsa, sorumluluğu daha hafif olarak takdir edilir"¹⁷ hükmünün, hekimlik faaliyeti açısından uygulanması uygun değildir. Zira insan hayatı ve sağlığı üzerinde faaliyet gösteren hekimin, her hal ve şart altında özenli hareket etmesi asıldır¹⁸.

¹³ Güven, Kudret: *Kişilik Hakları ve Otanazi*, Ankara 2000, 123.

¹⁴ Eren, 606; Yılmaz, Battal; "Aydınlatılmış, Rıza", *Sağlık Hukuku Digestası*, S. 1, 2009, 175; Kirkit, Ecem; *Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, 2016 Adana, 107; Zeytin, Zafer: "Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu" Roche Sağlık Günleri, 1/Tebliğler, İstanbul 2007, 102.

¹⁵ Ayan, Mehmet; *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 1991, 61; Brennecke, 228 vd; Zevkliler, 377 vd.; Tandoğan, 681 vd.; Doğan, Murat; *Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Sempozyumu*, 16-17 Ocak 2009 Mersin, 43; Yavuz, 475 vd.

¹⁶ Ott, Werner E.: *Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, Zurich 1978, 79.

¹⁷ Tandoğan, Vekâletsiz, 214 vd.

¹⁸ Hastayı ağır bir zarar tehlikesinden korumak için müdahalede bulunan hekime sadece zorunlu ve faydalı masrafların (TBK. m. 529/I) değil, mutad bir tedavi ücretinin de ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Hastanın gerçekleşen tıbbî müdahale sonrasında icazet vermesi halinde ise, hekim ve hasta arasında normal bir hekimlik sözleşmesi ilişkisi ortaya çıkacağı için ücret ödenmesini talep hakkı da kıyas yolu ile uygulanan genel hükümlere göre doğacaktır. Ayan, 114; Resioğlu, Seza: *Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler*, V. Sempozyum, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, 13; Ott, 80.

Hekim tarafından yapılan vekâletsiz iş görme niteliğindeki tıbbî müdahale, hastanın daha önce tedaviyi reddettiği bilinerek veya somut olayın özelliklerine göre bilinmesi gerekerek yapılmış ise, hekim tıbbî müdahale nedeniyle meydana gelen bütün zararlardan ve kazadan dahi sorumlu tutulur. Ancak, hastanın olumsuz iradesi hukuka ve ahlaka aykırı ise dikkate alınmayacağı gibi, bir haksız fiilden bedeni bir zarara uğrayan kişinin, tedavi yoluyla zararının artmasına engel olmak mümkün olduğu halde, buna rıza göstermemesi bir müterafik (ortak) kusur niteliğinde kabul edilir¹⁹.

D. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Tıbbî müdahaleler sonucu, genellikle hastanın mutlak hak niteliği taşıyan kişilik değerleri yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü vb.- ihlal edilmektedir. Hasta ve hekim arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi yok ise, vekâletsiz iş görmenin şartları da mevcut değilse, hekim haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulabilir (TBK. m. 49 vd.). Kaldı ki, taraflar arasında kurulmuş geçerli bir hekimlik sözleşmesi olsa bile, hekimin hastanın beden ve ruh bütünlüğüne yönelik her türlü davranışı aynı zaman da haksız fiil de teşkil edebilir²⁰. Örneğin, hekimin kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek, hasta organ yerine sağlıklı organı ameliyat etmesi ve maddi-manevi zarara neden olması, sözleşme ile üstlendiği yükümleri ihlal etmesi nedeniyle sözleşmeye dayanan sorumluluğuna sebep olacağı gibi, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu da doğurur. Dolayısıyla, hasta böyle bir duruma, hekime karşı tazminat talebini TBK. m.49' da düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerine de dayandırabilir²¹. Bu durum TBK m. 60'da düzenlenmiştir. Buna göre; “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde de belirtildiği üzere, bir davranışın hem haksız fiil hem de borca aykırılık teşkil edebilmesi mümkündür. Hekimin ameliyat sonucu hastanın karnında makas unutulmasında, hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil durumu söz konusudur. TBK m. 60 hükmü, öğretisi ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde bulundurularak, bir kişinin sorumluluğunun bir den çok hukuki sebebe dayandı-

¹⁹ Tandoğan, Vekaletsiz, 230.; Ott, 81; Ayan, 115.

²⁰ Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları (European Group on Tort Law, Principles Of European Tort Law) madde 2.102. de, korunan menfaatler başlığı altında “*En geniş ölçüde korunan menfaatler; yaşam, fiziksel, zihinsel bütünlük ve özgürlüklerdir.*” olarak belirlenmektedir. Bkz. <http://civil.udg.es/tort/Principles/pdf/PETL.Turkish.pdf> Turkish Translation by Erdem Büyüksağış.

²¹ Şenocak, Zarife; “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat”, Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, Özel Sorunlar, 243.; Hekimin Haksız Fiile Dayanan Sorumluluğu ve Koşulları için Reisoğlu, 3 vd.; Demir, Armağan, 270 vd.

rılabilmesi durumunda hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verme olanağını sağlamaktadır²². Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında, aslında yapısal bir farklılık yoktur. Her iki sorumluluk düzeninde de, hekimin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü korunması ve tıbbî müdahalenin güvenli bir şekilde özenli olarak sunulmasını amaçlayan bir dizi yükümlülüğü vardır²³. Ancak yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk ve kusurun ispat yükü açısından farklı hükümlere tabidirler. Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğu, zamanaşımı için TBK. m. 146, yardımcı kişinin sorumluluğu için TBK. m. 116, kusurun ispatı için ise TBK. m. 112 hükmüne tabi iken; hekimin haksız fiil sorumluluğu zamanaşımı için TBK. m. 72, yardımcı kişinin sorumluluğu için BK. m. 66, kusurun ispatı için ise BK. m. 49 hükümlerine tabidir²⁴.

II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Hekimlik Sözleşmesinin Tanımı

Serbest çalışan hekim ile hastası arasında gerçekleşen hekimlik sözleşmesi, değişik içeriklerde yapılabilmektedir. Bu sözleşme, TBK’da belirtilmemiş isimsiz sözleşmeler kategorisinde yer almaktadır. Ancak hekimlik sözleşmesi TBK’da düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını içinde barındırmaktadır. Buna karşın hekimlik sözleşmesinin doktrinde bazı tanımlamaları yapılmıştır. Buna göre, hekimlik sözleşmesi, “*Serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanunî temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki*” olarak tanımlanmıştır²⁵. Aynı şekilde doktrinde yapılan hekimlik sözleşmesinin diğer bir tanımı ise, “*Hekimlik sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, serbest çalışan hekim bu sözleşme ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir*” şeklindedir²⁶.

²² Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II*, 533 vd; Oğuzman, M.K/Öz, T., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2014, C. II.*, 286 vd.

²³ Straeter, J.: *Grober Behandlungsfehler und Kausalitaetsvermutung, 2006*, 33 vd.

²⁴ Şenocak, *Özel Sorunlar*, 243; Ayan, 62.

²⁵ Ott, 26; Bayraktar, Köksal; *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972*, 33; Demir, 232.

²⁶ Uygur, 84.

B. Hekimlik Sözleşmesinin Unsurları

1. Tarafların Serbest (Bağımsız) Çalışan Hekim ve Hasta Olması

Hekimlik sözleşmesinin ilk temel unsuru, sözleşmenin taraflarına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan asli edim yükümünün konusu tıbbî teşhis ve tedavi borcunu üstelenen tarafın ya kendi adı ve hesabına işlettiği bir muayenehanenin sahibi sıfatıyla serbestçe çalışan ya da özel poliklinik, dal ve tıp merkezleri ve hastane gibi özel sağlık kuruluşlarını işleten bir hekim olması gerekir²⁷.

Teşhis ve tedavi fiillerinden söz edebilmek için, öncelikle bunu yapmaya yetkili bir kişi tarafından yapılmış olması gerekir. Hatta bazı yazarlar, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlardan birini müdahalede bulunanın hekim olması, unsurunun oluşturduğunu iddia etmektedirler²⁸.

Tıp fakültesinden mezun olarak diplomaya sahip olan kişiye hekim adı verilir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun birinci maddesine göre, "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diplomaya sahip olmak şarttır*" ifadelerinden de anlaşıldığı üzere Türkiye'de hekim olarak görev yapabilmenin ön şartı Tıp Fakültesi mezunu olmaktır²⁹⁻³⁰. 1219 sayılı Kanun 11.10.2011 tarihli 633 sayılı KHK ile değiştirilmeden evvel hekimlerin Türk vatandaşı olması da aranmakta idi. Değişiklikten sonra kanun metninde bulunan "*Türk vatandaşı olma*" ön şartı artık aranmamaktadır. Kanun maddesinde söz konusu değişiklik yapılmadan evvel de yabancı hekimler istisnai de olsa Türkiye'de hekimlik görevlerini yerine getiriyorlardı. Bu istisnalardan biri TŞSTİDK'nun 77. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*Türkiye'de mevzuatı Kanuniye'ye müsteniden hakkı müktesepi tanınmış ecnebi tabipler, dış tabipleri... sanatlarını bu kanun ahkâmı dairesinde icra edebilirler*" hükmü getirilmiştir. Bu hükmün dayanağı Lozan Antlaşmasının içinde yer alan "İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi"nin 4/2. maddesinde düzen-

²⁷ Demir, 233; Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004, 19.

²⁸ Bayraktar, 11 vd; Sarıal, 50 vd.

²⁹ "1219 sayılı TŞSTİDK'nun tüm maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu yararı ve genel sağlığın korunmasına yönelik sınırlamalar getirildiğinde, kamu yararı ve genel sağlığın kuşku ve duraksamaya yer olmadığı açıkça görülür. Anılan kanunun 1. Maddesinden anlaşıldığı şekilde, doktorluk mesleğinin icrası ancak Türkiye Tıp Fakültelerinden diploma sahibi olan doktorun bizzatlığına sıkı sıkıya bağlı olmak koşuluyla sağlanmıştır..." Yargıtay bu kararında diploma kiralamanın geçersizliğine işaret etmiştir. (Y. 13. HD. T. 30.05.1996, E. 1996/5075, K. 1996/5380, (naklen Kazancı Otomasyon).

³⁰ İlgili Kanunda 2011 tarihinde yapılan değişiklikle "*Türk Hekimleri*" kavramı kaldırılarak "*Hekimler*" kavramına yer verilmiştir.

lenmiştir. Buna göre "*1 Ocak 1923 tarihinden önce Türkiye'de mesleklerini ifa eden kimseler ve hekimler görevlerini yerine getirmeye devam edeceklerdir.*". Böylece yabancıların Türkiye'de hekimlik yapabilmeleri kazanılmış hakka dayanmaktadır³¹. Ayrıca 2182 sayılı kanunun 1/II hükmünde olduğu gibi, kanunlarda açıkça gösterildiği ve izin verildiği durumlarda yabancı hekimler Türkiye'de hekimlik yapabilmektedirler³².

Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların da Türkiye'de hekimlik yapabilmelerine belli şartlar altında izin verilmiştir. Bu şartlar 2527 sayılı TSYMSYHK'nun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*Türk soylu vatandaşların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışma ve çalıştırılabilmesi için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, Bakanlar Kurulunca tespit edilecek usul ve esaslar çerçevesinde, Dışişleri ile ilgili bakanlıkların görüşleri alınarak İçişleri Bakanlığınca sürekli olarak izin verilebilir. Bu izin süresi sona erdiğinde yenilenebileceği gibi, her zaman geri de alınabilir*" şeklindedir. Böylece, Türk vatandaşı olan hekimlerin yanında Türk soylu hekimlerin de sağlık sisteminde belli şartlar dâhilinde yer almalarına müsaade edilmiştir. Söz konusu bu düzenlemelere ek olarak Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 7. maddesinde, "... *Özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılırlar.*" düzenlenmesine yer verilmiştir³³.

Türk vatandaşlarının yabancı ülke üniversitelerinden almış oldukları tıp fakültesi diplomaları da belirli şartlar altında kabul görmektedir. TŞSTİDK'un 4. maddesine göre, tıp diplomaları Sağlık Bakanlığınca oluşturulacak kurulca incelenir. Diplomanın Türkiye'deki tıp fakülteleriyle aynı ders programı ve öğrenim süresine sahip bir fakülteden bütün sınavlar başarılmış olduğu tespit edilirse Sağlık Bakanlığı tarafından diploma onanır. Diplomada Türkiye'deki tıp fakültelerinden farklı dersler okutulduğu veya okunmamış dersler olduğu tespit edilirse bu dersler tamamlanarak ve staj da görüldükten sonra, tıp fakülteleri profesörlerinden oluşan bir kurul önünde sınava tabi tutulurlar. Sınav sonucuna göre hekimlik mesleğine başlarlar³⁴.

³¹ Bayraktar, 118.

³² Bayraktar, 118. (657 sayılı Devlet Memurları Kanuna Ek Geçici Madde Eklenmesine İlişkin Kanunun 1/2. maddesine göre: "Ankara Hastanesi'nde vazife görmek ve bizzat müddetleri beş yılı geçmemek şartıyla beş ecnebi mütehassıs tabip getirilebilir".)

³³ Özdemir, 20.

³⁴ Güncel bir sorun olan Suriyeli hekimlerin Türkiye'de tıbbi faaliyette bulunabilmesi için TŞSTİDK'un 4'te belirtilen prosedür uygulanması sonucu Türkiye'de hekimlik yapabileceklerdir.

Türkiye’de hekim olarak görev yapabilmek için Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmanın yeterli olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında ayrıca hekimlerin uzmanlık diplomalarının olması aranmamıştır. Ancak, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nde yapılan düzenlemeler doğrultusunda, belirli bir dalda uzman olmak ve bunu ilan etmek bakımından uzmanlık belgesine sahip olmak gerekmektedir³⁵. Türk hukukunda kural olarak, genel uzmanlığın çalışma alanı özel uzmanlık dallarının varlığına rağmen sınırlandırılmamıştır. Uzmanlık belgesinin arandığı haller sadece belirli bir dalda uzman olmak ve bunu ilan etmek bakımından gerekir. Yoksa pratisyen hekimler de her türlü tıbbi müdahalelerde bulunabilirler. Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre, "*pratisyen hekimler*" ve "*uzman hekimler*" olmak üzere iki ayrı gruba ayrılırlar. Pratisyen hekimler, sadece lisans eğitimine dayalı olarak tıp mesleğini icra eden kişilerdir. Uzman hekimler ise, lisansüstü eğitim görmüş kişilerden oluşur. Hukukumuz bakımından uzmanlık eğitimi, 26.04.2014 tarihli Tıp ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Uzman hekimler, kendi ihtisas sahalarına göre isimler alırlar ve bu dala ilişkin cerrahi müdahaleleri yapabilirler. Buna paralel olarak TŞSTİDK'un 23. maddesi de, "*önemli cerrahi müdahaleler*"in yapılabilmesi için ihtisas diplomasını aramaktadır. Buna göre, genel ve belli bir bölgeye ait his iptali ile yapılan büyük ameliyatların uzman hekimler tarafından yapılacağı hükmünü getirmiştir ki bu maddeye göre, özel cerrahi uzmanlık almamış hekimler, ancak zorunlu uzman bulunmaması, getirilme olanağının olmaması gibi durumlarda hastaya müdahalede bulunabilirler. Diğer bir ifadeyle, normal şartlarda bu tür müdahaleler, pratisyen hekimler tarafından yapılamaz³⁶. Yargıtay da bir kararında bu duruma değinmektedir³⁷. Ayrıca 3153 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerine göre, "*röntgen şuası, radyum emisyonu yahut radyum mürettebatı ile veya her türlü elektrik aleti ile teşhis ve tedavi yapmak bu dalda uzmanlığı gerektirir*" hükmünü ihtiva etmektedir.

³⁵ Tıp ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nin 27. maddesinde, "Bu yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar" RG. T. 26.04.2014, S. 28983.

³⁶ "Ancak, ihtisası bulunmayan bir hekimin bu neviden önemli bir cerrahi müdahaleye teşebbüs etmesi, kanaatimce müdahalenin tıbbilik vasfını ortadan kaldırmaz. Sadece, kendi bilgi seviyesinin çok üstünde bir müdahaleye girişmiş olan hekim için '*Özen Borcunun İhlali*'ni ifade eder. Ayrıca, kusurun ağırlığı ve dolayısıyla tazminat miktarının belirlenmesinde etken olur (BK. m.43/I)." Bkz. **Ayan**, 7.

³⁷ "...Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin '*Uzmanlık Nedeniyle Sınırlandırılması*' söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken; doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur."(Y. 4.HD., T.6.5.1991, E.1990/5104, K.1991/429).

Son dönemlerde, tıp fakültesi lisans eğitiminin poliklinik aşamasında bulunan son sınıf öğrencilerine "*intörn hekim*" adı verilmektedir. İntörn hekimlere üniversite öğretim elemanının gözetimi altında tedavi faaliyetlerine katılma imkânı tanınmıştır.

Tabip Odasına kayıtlı bulunmak da, serbest çalışan hekimler ve kamu kurumunda görev yapmakla beraber ayrıca kurumlarının dışında serbest çalışan hekimler için mesleği icra edebilme şartlarından biridir³⁸. Özel muayenehanelerde mesleklerini icra eden hekimler için TŞSTİDK'nun 12. maddesinin 1. fıkrasında "*Sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkân ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticaret yapması memnurdur*" düzenlemesine yer vererek özel çalışan hekimler için bir takım yasaklar getirmiştir. Ülkemizde 1980 yılına kadar, her hekim için Türk Tabipleri Birliği'ne (Tabip Odalarına) kayıt olma zorunluluğu varken, 1980 sonrasında üyelik sadece serbest çalışan hekimler için zorunlu hale getirilmiştir³⁹.

Serbest olarak hekimlik mesleklerini yerine getiren hekimlerin aynı zamanda Tabip odasına kayıt yaptırmaları da gerekmektedir. Hekimlik mesleğinin yürütülebilmesi için aranan bu şart serbest hekimlik için zorunludur. Bunun için 23. 1. 1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Bir tabip odası sınırları içinde sanatını icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler*". Söz konusu kanunun ikinci fıkrasında da "*mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler*" diyerek serbest çalışan hekimler dışındaki hekimler için tabip odasına kayıt zorunluluğunu tercihe bağlanmıştır. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 27. 01. 1956 tarih ve 1956 sayılı yorum kararında memurların dahi tabip odasına kayıt olmakla yükümlü buldukları belirtildiği için, meslek icra etmek isteyen bütün hekimlerin tabip odasına kayıt yaptırmaları zorunludur⁴⁰.

Dış hekimleri, Dış Hekimleri Kanununun 17. maddesi gereğince Dış Hekimleri Odasına kayıt yaptırmak mecburiyetindedirler. Dış hekimleri, 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanununun 3. ve 19. maddeleri ile 11. maddesinin (h)

³⁸ TBK. m.7/I: "...Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler...". Bunun dışında kalan hekimlerin ise tabip odalarına üye olmaları kendi isteklerine bırakılmıştır: TBK. m.7/II: "*Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odasına üye olabilirler.*"

³⁹ Uygur, 48.

⁴⁰ Bayraktar, 120.

bendi ve 26. maddesinin (h) bendi gereğince hazırlanan Türk Diş Hekimleri Birliği "Sürekli Diş Hekimliği Eğitim Yönergesi"ne göre verilen sertifikaya sahip olmalıdırlar. Diş hekimleri bir tabip ile müştereken açtıkları ve mesleklerini serbest olarak icra ettikleri müşterek muayenehaneler de açabilirler (ADSHY. m. 5/c).

Özel çalışan bütün hekimler de, ilgili tabip odalarının haysiyet divanının takibine tabidirler. TŞSTİDK'nun 14. maddesinde "*Hudut ve Merkezi Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tayin edilecek muntikalarda birer etibba odası tesis olunur. Etibba odaları tabiplerin mesleki haysiyet ve menfaatlerine taalluk eden, bilumum meseleleri rüyet ve teşkil edecekleri divanı haysiyetler vasıtasıyla mesleki adaba riayetsizliği görülen tabipler, dış tabipleri ve dışçiler hakkında inzibati cezalar tayin ve tabipler arasında tahaddüs eden mesleki ihtilafa hal ve tesviye eder*" hükmü yer almaktadır. Bu nedenle meslekî tıbbî etik kurallarına aykırı hareket eden tabipler ve diş hekimleri Türk Tabipleri Birliğinin Haysiyet divanınca cezalandırılır. Bu üyeler arasında meslekten men cezası verilenler dahi bulunmaktadır (TBK. m. 39).

2. Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunması

Hekimlerin, hastaları ile yapacakları sözleşme sınırları içerisinde hastaya karşı üstlendikleri temel borçları, teşhis ve tedaviyi de içine alan tıbbî müdahalede bulunmaktır. Sözlük anlamına göre, teşhis "*hastalığın, bulgularına bakarak ne olduğunu tespit*"tir. Teşhisin bir başka anlamı ise, bir hastalığın diğer bir hastalıktan ayırt edilmesidir⁴¹. Teşhis, birçok fiili kapsayan bir özelliğe sahiptir. Hastaya, ailesine soru sorulması, göğsünün dinlenmesi, hastanın vücudunun elle yoklanması, konsültasyon yapılması, özel aletlerin kullanılması, laboratuvar incelemelerinin yapılması teşhis fiilini oluşturmaktadır⁴². Tedavi ise, bir hastalığı tıbbî metotlarla teşhis ettikten sonra ona göre iyi olması için vasıtalar tatbik veya tavsiye etmektir⁴³. Tedavi fiili, tıpkı teşhis gibi geniş bir kapsama sahip bulunmakta ve bir hastalığın veya rahatsızlığın iyileştirilmesi veya hafifletilmesine yönelik bütün fiilleri içine almaktadır⁴⁴. Hastalığı iyileştirmeye veya hafifletmeye yönelik hareketlerin, tıbbî niteliklere sahip olmaları gerekir⁴⁵. Ayrıca tedaviyi gerçekleştiren fiillerin, tıp biliminin kabul edilen metod ve etkinliği denenmiş olması gerekir. Bu fiiller tıbbî, cerrahi ve psikolojik nitelikte olan fiillerdir⁴⁶.

⁴¹ Özdemir, 16.

⁴² Bayraktar, 230.

⁴³ Belgesay, M. R; *Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954, Mesuliyet, 155; Güreli, Nevzat; Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, İÜHFİM 1979, 1980, 81, C.45 – 47, S. 1-4, 271.*

⁴⁴ Bayraktar, 232.

⁴⁵ Bayraktar, 233.

⁴⁶ Güreli, 271; Belgesay, M.R; *Doktorun Hukukî Borçları, İÜHFİM, 1945, C.11, S. 3-4, Doktor, 113.*

Tıbbî müdahale, doktrinde “*resmi ehliyetli kişiler tarafından kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçime gerçekleştirilen bir girişim olarak*” ifade edilmektedir⁴⁷. Yapılan diğer tanımlarda da tıbbî müdahale kavramları çeşitli açılardan tanımlanmıştır⁴⁸.

3. Hastanın Belirli Bir Ücret Ödemesi

Tıbbî teşhis ve tedavi hizmeti sunan tarafın hekim olmasından dolayı taraflar arasında meydana gelen sözleşmenin niteliği vekâlet sözleşmesidir⁴⁹. Çünkü hekim vekâlet sözleşmesinde belirtildiği gibi belli bir edimi yerine getirmeyi üstlenmektedir. Asla belli bir sonucu üstlenmemektedir. Sadece hastanın, hastalığı ile ilgili gerekli teşhis ve tedavi edimini üstlenmektedir. Hastanın, başta gelen yükümlülüğünün ücret ödeme olması, vekâlet sözleşmesini ivazlı hale getirir. Çünkü Borçlar Kanununun vekâleti düzenleyen hükümlerine göre ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir⁵⁰. Ancak, mukavele ve teamül varsa vekil ücrete hak kazanır (TBK. m. 502/III). Uygulamada hekimlik sözleşmeleri ücret karşılığında yapılmaktadır. Bundan dolayı, hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hasta veya kanuni temsilci, hekimin sunduğu tıbbî hizmete karşılık olarak daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücreti ödemekle yükümlüdürler. Zira tıpkı vekilin maddî isleri görmek üzere üstlendiği vekâlet durumlarında olduğu gibi, hekimlik sözleşmesi yapan bir hekimin de hastasına karşı tıbbî müdahale türünden bir maddî nitelikli iş görme edimini ifa taahhüdü söz konusudur⁵¹. Bu duruma, Türk Borçlar Kanunu’nun 502/ II fıkrasında yer alan, “*vekâlete ilişkin hükümler niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda*

⁴⁷ Çilingiroğlu, Cüneyt; *Tıbbî Müdahalelere Rıza* Ankara 1993, 15; Ayan 5 vd; Savaş, Halide; *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları*, 2. Bası Ankara 2011, 24; Şenocak, Zariye; *Küçükün Tıbbî Müdahaleye Rızası*, AÜHFD., C. 50, 4, 2001, Küçük, 66-67; Demir, 234;

⁴⁸ “Tıbbî müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelerle kadar uzanan her çeşit faaliyettir.” Çakmut Yenerer, Özlem: *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003, 24.

⁴⁹ Bkz. aşa. dñn. 60.

⁵⁰ Yağcınduran, Türker; *Vekâlet Sözleşmesinde Ücret*, Ankara 2007, 113; Tandoğan, 364.

⁵¹ Hekimin ediminin maddî bir fiilin yerine getirilmesi olduğuna ilişkin olarak bkz. Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Bası Ankara 2015, Özel, 709; Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, Ankara 1987, 359-360.

düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır” biçimindeki hüküm gereğince, hekimlik sözleşmesiyle tıbbî teşhis ve tedavi edimini üstlenen hekimin vekil konumunda kabul edilmesi sözleşmenin tanımına da uygundur⁵². Ücret karşılığında iş görmenin teamülden olduğu hallere hekimlerin, mimarların, özel öğretmenlerin, bankaların hizmetleri örnek olarak gösterilebilir⁵³. Kaldı ki, söz konusu alanlarda taraflar ücret konusunda herhangi bir anlaşma yapmasalar bile, bir ücretli vekâlet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

Serbest çalışan hekimin ücrete hak kazanacağına ilişkin kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlardan biri TDN m. 33’dür. Bu maddeye göre, “*Her çeşit cerrahi müdahale, doğum, fizikoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir.*”⁵⁵ şeklindedir. Ücrete ilişkin kanundan kaynaklanan diğer bir düzenleme ise, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda yer almaktadır. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (SHTK)⁵⁶, sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları belirlerken ücretle ilgili olarak m.3/c de yaptığı düzenlemede şu ifadeye yer vermiştir: “..... *Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık Bakanlığınca onaylanır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık Bakanlığınca tespit ve ilan edilir.*” şeklindedir. Serbest çalışan hekimlerin alacakları asgari ücret ise Türk Tabipleri Birliği tarafından düzenlenmektedir⁵⁷.

⁵² Ayan, 55-56; 709; Eren, 709; İpekyüz, F: *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006*, 56; Büyüksağış, Erdem, Yaşama Sansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD., Yıl 2005, C.54, 4, 120-121; Özdemir, 56 vd.

⁵³ Tandoğan, 366; Aral, F./Ayrancı, H.; *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2015*, 436; Gümüş, Mustafa A; *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012*, 119, dipnot: 628.

⁵⁴ “Vekalet ücreti verilmesi kararlaştırılmış, ama, miktarı tespit edilmemişse veya taraflar arasında sonradan anlaşmazlık çıkarsa, hakim yapılan isin ekonomik önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, yüklenilen sorumluluğu –örneğin bir hekimin yapacağı ameliyatın ağırlık ve risk olcusunu – harcanan emeği ve zamanı, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmedecektir.....Teamülün tespitinde mesleki kuruluşların hazırladıkları asgari ücret tarifeleri göz önünde tutulabilir” Tandoğan, 367-368.

⁵⁵ Serbest çalışan hekimin ücrete hak kazanacağına ilişkin diğer bir madde ise, TDN 34’tür. Bu maddeye göre; “*Götürü ücret alınması caiz olan hallerde, tedavi tamamlanmadan herhangi bir sebeple bırakılırsa, müdavi tabip o zamana kadar sarf ettiği mesai ile masraflarına teka-bül eden ücreti alır ve peşin ücret almış ise bakiyesini iade eder.*” Bir diğer düzenleme ise, TDN. m. 35’de acil müdahaleler için yapılmıştır: “*Acil vakalarda müdahale eden tabip veya diş tabibi, bu müdahaleden dolayı, ücretini sonradan isteyebilir.*”

⁵⁶ 3359 sayılı 7/5/1987’de kabul edilen, 15/5/1987 yılında 19461 sayılı ile çıkarılmıştır.

⁵⁷ Türk Tabipleri Birliği “*Asgari Ücret Tarifesi*” adı altında bir kitapçık yayımlayarak kendi muayenehanelerinde serbest çalışan tüm hekimlere dağıtır. Bu kitapçık içinde genel ilkesel düzenlemeler, muayyene ve ayrı ayrı tüm tıbbi müdahaleler tek tek biçimlendirilmiştir. Örneğin, Normal is günlerinde muayenede yapılan muayene 25 birim, hastanın bulunduğu yerde

Ücret ödeme borcu, kural olarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturan hastaya veya kanunî temsilcisine aittir. Hastanın küçük olması durumunda, ana ve babası velayet hakları çerçevesinde çocuklarının üçüncü kişilere karşı kanunî temsilcileridir (TMK m. 342). Küçüğün sağlık masraflarını da ana ve babası karşılamakla yükümlüdür. Eğer ortak hayat sona ermiş veya ayrılık hali söz konusu ise, küçüğün velayeti eşlerden birine verilir. Kendisine velayet verilen taraf ücretin ödenmesinden sorumludur (TMK m. 336/2). Ana veya babadan birinin ölümü halinde velayet, sağ kalan eşe, boşanmada ise küçük kendisine bırakılana aittir (TMK. m. 336/3). Burada da ücret ödeme borcu velayet kendisine bırakılana ait olur. Eğer küçüğün ana ve babası bulunmuyor, nerede oldukları bilinmiyorsa veya velayet kendilerinden TMK m. 348 gereği alınmış olan velayet altında olmayan küçüklere TMK. m. 404 gereğince vasi atanır. Vasi küçüğün korunmasını da içine alan onunla ilgili her türlü hukuki işlemi yapan küçüğü her hukuki işinde temsil eder (TMK. m. 448). Küçüğün malvarlığının olması durumunda sağlıkla ilgili giderler bu malvarlığından karşılanır. Küçüğün devlete ait kurumlara bırakılması durumunda da ilgili kurum ücreti ödemekle yükümlüdür.

4. Tarafların Anlaşması

Hekimlik sözleşmesinin tamam olabilmesi için, tıbbî teşhis ve tedavinin gerçekleştirilmesi ile buna karşılık olarak belirlenen ücretin değiştirilmesi hususunda tarafların anlaşmaları gerekir. Bilindiği üzere rızâî sözleşmeler tarafların yalnız irade açıklamaları ile meydana gelirler. Bunların oluşması için tarafların rızasından başka bir şeye örneğin muayyen bir merasime uymaya gerek yoktur⁵⁸.

Hekimlik sözleşmesinde değiştirme taahhüdünü taşıyan icap ve kabul, bu sözleşme ne şekilde yapılmış olursa olsun, sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterli unsurdur. Hekimlik sözleşmesi her zaman açık bir kabul beyanıyla gerçekleşmez. Öyle durumlar vardır ki, bazen tarafların sosyal tipteki davranışları irade

muayene ise 45 birim; Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Bölümü: Kalp hızı, solunum hızı, tansiyon arteriyel takibi (monitorizasyon) 30 birim; Toraks tüpü takılması (yeni doğan) 200 birim; Genel Cerrahi: Lenf bezi biyopsisi 150 birim; Radyofrekans 200 birim; Kalp ve Damar Cerrahisi: Ven grefti ile damar onarımı, intratorasik, by-pass ile 1480 birim, Transluminal anjioplasti 500 birim; Kulak Burun Boğaz Hastalıkları: Tonsillektomi (bademcik ameliyatı) 250 birim, Timpanoplasti 700 birim, Koklear implant yerleştirilmesi (biyonik kulak ameliyatı) 1100 birim; Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi: Burun rekonstrüksiyonu, 600 birim,vb. Türk Tabipler Birliği her yıl (ya da enflasyonun durumuna göre yılda iki kez) bu birimler ile çarpılacak olan "katsayı"yı bildirir. (Bu bilginin çalışmamıza eklendiği Nisan 2008 itibarıyla söz konusu katsayı 2,6 idi.) Hekimler yapacakları - muayene, teşhis, her tur tıbbi müdahale vb.- uygulamanın birimlerini, o döneme ait katsayı ile çarparak asgari ücreti belirlerler. Belirlenen bu ücretin üzerinde bir ücret talep edilebilecekken, bu ücretin altında kalan bir ücret alamazlar. Bu uygulama, özel hastanelerdeki hekimlik hizmetleri içinde geçerlidir.

⁵⁸ Yavuz, 36.

beyanı anlamına gelir⁵⁹. Örneğin, acile kaldırılan bir hastanın ilgili birime götü-rülmesi, hasta veya kanunî temsilcisinin hastalığın türüne göre hekimden randevu almalarında olduğu gibi. Bütün bu durumlarda sözleşme taraflar arasında zımnî olarak kurulmuştur. Hekimlerin özel muayenehane açmaları ve şartları belirleyip ilan etmeleri ve hasta veya temsilcisinin ilgili kurum veya kuruluşa başvurmalarıyla zımnî de olsa taraflar arasında sözleşme gerçekleşmiş olur.

III. HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Sözleşmenin Varlığı ve Geçerliliği

Hekim ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olmasından dolayı, hekimin sözleşme gereği sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle hasta ile arasında geçerli şekilde kurulmuş olan bir vekâlet sözleşmesinin bulunması gerekir. Zarar, sözleşmenin ihlali, uygun illiyet bağı ve kusur sözleşmeden doğan sorumluluk için gereklidir.

Hekim ile hastası arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir⁶⁰. Vekâlet sözleşmesinin özelliği, maddî fiillere ilişkin olmasıdır. Burada, vekil (hekim) müvekkili için hukukî muameleler ve benzeri işler yaparak haklar kazanması ve borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Kanunda öngörülmemiş her çeşit maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin içeriğine dâhildir⁶¹. Örneğin, Hekiminin hastasını tedavi etmesi gibi⁶².

Hekimin yapacağı hekimlik sözleşmesi, genel hükümlere tabidir. Yani, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla sözleşme kurulmuş olur. İrade açıklaması açık veya kapalı olabilir (TBK. m.1/I-II). Hekim ve hasta veya kanuni temsilci arasındaki sözleşme açık irade beyanıyla kurulabileceği gibi zımnî irade beyanı ile de kurulabilir. Sözleşmenin kurulabilmesi için irade beyanlarının belli bir şekilde olmasına gerek yoktur. Çünkü

⁵⁹ İnal, Tamer; *Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları*, 5. Bası Ankara 2015, 77 vd.

⁶⁰ Gümüş,, 127; Ayan, 53-56; Ott, 23; Wiegand, Wolfgang; *Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis* 1984, Bern 1985, 82; Yavuz, Cevdet; *Türk Borçlar Özel Hükümler, İstanbul* 2013, 1121; İpekyüz, 68; Hardy Landolt/ Iris Herzog-Zwitter, *Sorgfaltspflicht der Ärzte, HAVE* 2016, 110; BGE 132 III 359 E. 3.1 und 120 II 248 = Pra 1995 Nr. 141 E. 2c.; "...Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır." (Y. 13. HD. T. 13. HD. T. 08.07.2015, E. 2014/41948, 2015/23610)

⁶¹ Yavuz, 1121 vd; Tandoğan, 359-360.

⁶² Erman, Hasan; *Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul* 1998, 143.

sözleşmenin kurulmasında şekil serbestîsi geçerlidir⁶³. Hekimin, hastayı muayene etmek üzere hastasının tansiyonunu, şekerini ölçmesiyle sözleşme kurulur⁶⁴.

Tarafların ehliyeti konusunda da genel esaslar uygulanır. Dolayısıyla, tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler hekimlik sözleşmesini tek başlarına yapabilirler. Hekimlik sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasında yasal temsilcinin rızasının gerekli olmadığı hallerden olup sınırlı ehliyetsizler de hekimlik sözleşmesi yapabilirler⁶⁵. Bunun yanı sıra ikinci bir görüş de, özellikle sınırlı ehliyetsiz durumundaki kişinin korunması için, kanuni temsilci tarafından yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bunun gerekçesi olarak da, kıyasen TŞSTDK'nun 70. maddesinin “*veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde rıza şart değildir*” düzenlemesi dayanak gösterilmiştir^{66,67}.

Tam ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip bulunmayan kişilerdir. Bu kişilerin fiil ve dolayısıyla hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Tek başlarına herhangi bir hukuki işlem yapmaları mümkün olmadığı gibi, TBK. m. 65⁶⁸'de düzenlenen istisna dışında hukuka aykırı fiilleriyle verdikleri zararlardan da sorumlu değildirler. Bu nedenle taraflardan birini tam ehliyetsizin oluşturduğu hekimlik sözleşmesinde, sözleşme kanuni temsilci tarafından yapılmalıdır.

Hekim ve hastası arasındaki sözleşme TBK m. 6'da yer verilen zımnî kabulde kurulabilir. Aynı şekilde taraflar arasında oluşacak sözleşmeye vekâlet hükümleri uygulanacağı için vekâlet sözleşmesinde zımnî kabul özel olarak düzenlenmiştir. Burada genel ve özel iki kural yarışmaktadır. Bundan dolayı daha özel olan vekâlet sözleşmesinde düzenlenen m. 503 uygulama alanı bulur. Buna göre, “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sınıfta sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*”. Maddede yapılan icabın, derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılacağı yolunda kesin bir karine ifade edilmektedir. Bu

⁶³ Ott, 25; Schroder, 29.

⁶⁴ Richard, E.; *Zwischenfaelle in der zahnaerztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen*, Berlin, 1968, 60.

⁶⁵ Zevkliler Aydın; *Medeni Hukuk*, 6. B, Ankara 2000, 278.

⁶⁶ Zevkliler, 278-279.

⁶⁷ TŞSTDK'nun 70. maddesine göre "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya hacir altına alınmış ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunamadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)".

⁶⁸ TBK m.65 "Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir."

nedenle, bu karinenin, icabın derhal reddedilmediği durumlarda, susmanın kabul niteliğinden ileri gelmediğini ispat etmek suretiyle çürütülmesi mümkün değildir⁶⁹. Söz konusu karine "*İşin görülmesi resmi sıfatı veya mesleğinin icabı olanlar*" hakkında öngörülmüştür. Bu tür meslek sahiplerinin icabı derhal reddetmedikçe vekâlet sözleşmenin kabul edilmiş sayılması, hizmetlerini kamuya arz etmelerinin ve ruhsatları dolayısıyla faaliyet gösterdikleri alanda bir çeşit tekel sahibi olmalarının sonucudur⁷⁰. Özel olarak çalışan hekimler de meslekî faaliyetlerini devletten aldıkları ruhsata dayanarak icra etmekte olup, aynı zamanda, hastalara karşı vekâlet sözleşmesi ile üstlenmiş oldukları işler, mesleklerinin icaplarındandır. Bu nedenle zımnî kabulü düzenleyen TBK. 503. madde hükmü özel sağlık kurum ve kuruluşları hakkında da uygulama alanı bulur. Hekimlik sözleşmesinin zımnî kabulü kurulması hasta açısından da mümkündür⁷¹.

B. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülüklerinin İhlali

1. Genel Olarak

Hekimlik sözleşmesinin asıl edimi üstlenen tarafı olan hekimin sözleşme ile üstlendiği asıl edim ve yan edim yükümlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumlarda TBK m. 112 anlamında sözleşmeye aykırılık söz konusu olur. Hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle taraflar arasında yapılan sözleşmenin sınırları ve konusu iyi bir şekilde tespit edilmelidir⁷². Hekimlik sözleşmesinin en belirleyici asıl edim olan teşhis ve tedavi edimi⁷³ ve diğer yan edimler olan aydınlatma, sır saklama, dosyalama yükümlülükleri oluşmaktadır⁷⁴.

2. Tıbbî Müdahalede Bulunma Yükümlülüğü

Hekim, hastanın iradesine ve menfaatine uygun olarak kendi görev ve yetki alanına giren tıbbî hizmeti ifa etmeyi borçlanmaktadır. Belirtelim ki, hekimin bu şekilde sözleşmenin tarafı olarak algılanabilmesi için, yapılan hizmetin veya ifa konusunun kendi görev ve yetki alanına ilişkin olması şarttır. Hekim hasta ile yaptığı sözleşme gereği üstlenmiş olduğu edimleri hastadan emir ve talimat almadan kendi meslek bilgisini kullanarak hastaya karşı ifa eder. Vekâlet sözleşmesi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan yapılır. Ancak ispat açısından yazılı olması tavsiye edilir.

⁶⁹ Tandoğan, 387; Aşçıoğlu, 37.

⁷⁰ Tandoğan, 389; Aşçıoğlu, 37-38.

⁷¹ Tandoğan, 389-390; Bayraktar, 140.

⁷² Büyüksağış, 117 vd.

⁷³ Hardy Landolt/ Iris Herzog-Zwitter, 106.

⁷⁴ BGer 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003 E. 3.

Hekim, hekimlik sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirirken, tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakabilir⁷⁵. Bunlar hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesi, hastanın dişlerinin temizliği vb. Hekim bu fiilleri bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı için söz konusu fiiller, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (TBK. m. 83) işlemlerdendir⁷⁶.

Hekim yanında çalıştırdığı yardımcı şahsın fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulur⁷⁷. Ancak bunun için yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı şahsın eylemi arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Hekim istihdam edenin sorumluluğundan farklı olarak (TBK. m. 66), işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Burada, yardımcı kişi sorumlu değildir. Borçlunun sorumluluğunun temeli, farazi kusura dayanır⁷⁸. Yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat borçlu bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak ise, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur. Buna karşılık borçlu, yardımcı kişinin davranışında bulursa idi, bu onun için de kusurlu bir davranış sayılmazsa, borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur⁷⁹. Hasta, hekimin bürosunda veya hastanesinde çalışan diğer personeli (TBK. 49) sorumlu tutabilir. Çünkü hasta ile personel arasında herhangi bir sözleşme yoktur.

Hekim, hastası ile arasında yapılan sözleşme gereği, hastasının kural olarak tıbbî müdahalesini bizzat gerçekleştirmek zorundadır. Ancak, hekim, bazı hallerde yerine başkasını getirebilir; yani, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu tıbbî edim borcunu, denetimi söz konusu olmaksızın üçüncü bir şahsa aktarır. Bu duruma ikâme adı verilmektedir⁸⁰.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iki değişik şekilde ortaya çıkabilir⁸¹. Birincisinde, hekim, hastaya müdahale etme borcunu kendi adına yaptığı sözleşme ile başka bir hekime bırakırsa,

⁷⁵ Sarıal, E., *Sağlar arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul 1986, 54.

⁷⁶ Ott, 67; Reisoğlu, *Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler, V. Sempozyum, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983*, 1 vd, 15; Sarıal, 54.

⁷⁷ Ott, 66.

⁷⁸ Reisoğlu, 15; Köprülü, Ömer: *Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD. 1984, C. LVIII, 10-11*, 589 vd.; Erzurumluoğlu, Erzan, *Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, AİTİAD 1976, C. 8, 1-2*, 191 – 204, 202.

⁷⁹ Belgesay, *Mesuliyet*, 78, 139; Eren, 1070.

⁸⁰ Ott, 68; Yavuz, 644.

⁸¹ Ayan, 69.

böyle bir durumda "*alt vekâlet*"ten söz edilir⁸². Alt vekâlette hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi devam eder. Bu arada, tıbbî müdahale edimi kendisine bırakılan hekim ile hasta arasında, herhangi bir sözleşme yoktur. Sadece birinci hekim ile onun tevkil ettiği hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. İkincisinde ise, hekim hastası adına yapmış olduğu bir sözleşmeyle tıbbî müdahale borcunu diğer bir hekime bırakır. Burada ikame vekâlet söz konusu olur. Hasta ile yeni hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadıkça birinci hekimin sorumluluğu devam eder⁸³.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu bunun caiz olup olmamasına göre değişir. Türk Borçlar Kanunu 506/I'e göre, caiz ikame üç halde mümkündür. Bunlardan birincisi, hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesidir. Muvafakat açık veya örtülü olabilir⁸⁴. İkincisi mesleki örf ve adetin hekimi yetkili kılmasıdır. Örneğin, özel olarak çalışan hekimin tatile gitmesi durumunda hastaları diğer bir hekime bırakması, gibi durumlarda örfün hekimi yetkili kıldığı kabul edilmektedir. Hekimin kendi yerine bir başkasını koyması halinin üçüncüsü ise, şartların onu zorlamasıdır. Mantıklı bir sebep, hekimin edimini şahsen ifa etmesini engellemekte ve tedavinin ertelenmesi ise hasta için önemli bir zarar tehlikesini taşımaktadır⁸⁵. Burada hekimin kendi yerine başkasını koymada bir zaruret hali bulunmaktadır. Örneğin, aniden rahatsızlaşan bir hekimin yerine geçen diğer bir meslektaşının ameliyatı sürdürmesinde durum böyledir⁸⁶. İkamenin caiz olduğu durumlarda hekim, sadece "*yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede sadakatli özenli hareket etme*" bakımından sorumludur (TBK. m. 506 /II)⁸⁷. Buna karşılık, yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmamak ve denetlemekle yükümlü değildir⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun, 506/I hükmünde düzenlenmiş olan ve yukarıda ele aldığımız şartlardan herhangi biri mevcut değilse, artık caiz olmayan ikame var demektir. Caiz olmayan ikamede ise, asıl hekim, yerine geçen kişinin eyleminden "*sanki kendisi yapmış gibi*" sorumlu olur (TBK. m. 507/I)⁸⁹. Gerek caiz gerekse caiz olmayan alt vekâlette, hasta, birinci hekime karşı sahip bulunduğu bütün hakları doğrudan doğruya ikincisine karşı da ileri sürebilir (TBK. m. 507/III). İkame vekâlette ise, tevkil edilen hekim ile hasta arasında ayrı bir ve-

⁸² Akipek, Şebnem; *Alt Vekalet*, Ankara 2003, 108 vd.

⁸³ Tandoğan, 462; Sarıal, 51.

⁸⁴ Loeffler, W.; *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*, Zürich 1995, 109.

⁸⁵ Sarıal, 53.

⁸⁶ Reisoğlu, 13.

⁸⁷ Ott, 69; Sarıal, 51.

⁸⁸ Tandoğan, 466; Sarıal, 51.

⁸⁹ Ott, 69.

kâlet ilişkisi kurulmuş olduğundan, Borçlar Kanununun 507/III'ün uygulanmasına gerek yoktur⁹⁰. Hekimler ile hastalar arasında yapılan sözleşmede, ikame vekâletin caiz olup olmaması, tarafların yaptıkları sözleşmenin içeriğine göre belirlenir. Eğer hasta, hekim ile sözleşme yapmada hekimin şahsını önemseyerek sözleşme yapmışsa, hekim olağanüstü durumların dışında (ölüm, hastalık vb) tıbbî müdahaleyi bizzat yapmakla yükümlüdür.

3. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Hekim ile hastası arasında yapılan sözleşme güven ilişkisine dayanmaktadır. Aydınlatma yükümü⁹¹, taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut olduğu ilişkilerde daha da ön plana çıkar⁹². Hekimin hasta üzerindeki her önlemi, hastanın da onayını katılımını gerektirir⁹³. Hekim, bizzat hastayı veya kanuni temsilcisini (veli

⁹⁰ Tandoğan, 468-469.

⁹¹ Çilingiroğlu'na göre aydınlatma, hekim açısından dar anlama bir hukuki ödev veya yükümlülük değil, aslında bir hukuki külfettir. Kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ve ödevlerini yerine getirmeyen kimse haklarını kısmen ya da tamamen kaybediyorsa yani kendi yararına olması muhtemel avantajlı bir hukuki durumu elde edemiyorsa ortada bir külfetin varlığından söz edilecektir (Çilingiroğlu, 58, dñn. 152); Erman'da aydınlatmanın özellikle ceza hukuku bakımından bir yüküm değil bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi görüşündedir (Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, 101); Başpınar'a göre aydınlatma bir yükümlülük olarak kabul edildiğinde karşılaşılabilecek müeyyide de bir farklılık olacak, ihlal eden hekim tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Yazar organ nakli açısından aydınlatmanın bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (Başpınar, Veysel; "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları" I. Uluslar arası Tıp Etiği Kongresi Bildiri Kitabı İstanbul 2007, 194)

⁹² Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın ve Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, Özen, 143; Kirkit, Ecem; Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2016, 71 vd.

⁹³ Deutsch, E/Spickhoff, A; Medizinrecht, 5. Auflage, 2003, 62; "Davacı tarafından 16.05.2009 günlü aydınlatılmış onam formu içeriğinde "Dr. ..tarafından şu andaki hastalığımın tedavisinde uygulanabilecek yöntemler anlatıldı. Bunların içinde doktorumun önerdiği tedavi yönteminin olası riskli durumlarını ve tedaviyi kabul etmezsem hastalığımın seyrinin kötü yönde etkileneceğini anladım. Bu bilgiler ışığında kendi serbest irademle abdominoplasti meme küçültme tedavisinin bana uygulanmasını onaylıyorum "ifadelerinin yer aldığı işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Yine 13.11.2006 tarihinde imzalanan Muvafakatname belgesinde de "...cerrahi müdahaleyi yapacak olan Op. Dr.bana ameliyatı ayrıntılı bir şekilde anlattı. Bende bu müdahalenin şeklini ve sonuçlarını ve daha sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonları tamamen anladım. Ben 1. maddede belirtilen ameliyatta, ameliyat esnasında evvelden akla gelmeyen durumlarda gerek görüldüğü takdirde ilave ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğini kabul ediyorum" ifadelerin soyut genel ibareler olup hastanın olası risk ve komplikasyonlar konusunda somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığı mevcut belgelerle hekim tarafından ispatlanama-

veya vasi), uygulanacak teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmak zorundadır. Bu aydınlatma faaliyeti neticesinde, hasta veya kanuni temsilci, uygulanacak tıbbî teşhis ve tedaviye rıza gösterebileceği gibi göstermeyebilir de.

Aydınlatma konusu, hekimin hastasına uygulayacağı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir durumdur⁹⁴. Aydınlatma yükümü, temellerini Anayasa'nın 17. maddesinden alır. Öyle ki, Anayasa'nızın 17. maddesine göre, kişinin vücudu üzerinde rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulamaz. Bu sebeple, rıza çok önemli bir koşuldur. Hastanın kendisine uygulanacak müdahalelere rıza verebilmesi için onun yeterli düzeyde aydınlatılması gerekir. Anayasanın 17. maddesinin yanı sıra, kişilik hakkını koruma amacına yönelik Medenî Kanun'un 23 ve 24. maddeleri de hukuki dayanak olarak kabul edilebilir⁹⁵. Anayasa ve Medeni Kanundan başka hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün düzenlendiği özel hükümler de mevcuttur. TŞSTİDK'nun 70. maddesine göre, "*bütün tıbbî müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir*"⁹⁶ hükmü yer almıştır.

dığı hususu sabittir. Şu duruma; davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin ortaya çıkan zarardan sorumlu bulunduğu ortadadır. O halde mahkemece; davalının kusurlu davranışıyla istediği sonuca ulaşamamasına rağmen tedavi bedelini ödemek zorunda kalan davacının, uğradığı bu zarar ile birlikte vücudunda oluşan komplikasyonların giderilerek eski hale getirilmesi için gerekli tedavi giderinden ibaret olan maddi tazminat talebinin bilirkişi marifetiyle belirlenmesi ve sonrasında davacının çektiği ızdırıp durumu da gözetilerek uygun bir manevî tazminatın takdir edilmesi gerekirken, yanılmalı değerlendirme ile istemin tümen reddi doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 23.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. 13. HD. T. 23.01.2014 E. 2013/16671 K. 2014/815).

⁹⁴ Strauf, Hendrik; *Die Organisation de Aufklaerung, Hamburg 2010*, 35 vd; Wiegand, Wolfgang; "*Die Aufklaerungspflicht*", in: *Handbuch des Arztrechts*, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 151; BGE 117 Ib 197ff.

⁹⁵ Ayan, 73; Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015*, 202.

⁹⁶ Atabek /Sezen'e göre; yasa koyucu, 1219 sayılı Kanunla büyük ameliyatlar için yazılı izin şartını getirirken "malumat verme külfetini zimnen hekime tahmil etmiş bulunmaktadır" (Bkz. Atabek /Sezen, 150); Yılmaz, Battal; Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 169; Çakmut, Özlem Yenerer, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, in: Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009, Onam, 3; Doğan, Cahid, Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması, in: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, 126; Dural, Mustafa; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in: *Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008*, 256; Kuhn, Moritz; "Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient" in: *Handbuch des Arztrechts*, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 27.

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra, Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği altı maddeden oluşan bildirin üçüncü maddesinde de hastanın "Uygun ve yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra tedaviyi ret veya kabul hakkı" olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu bildiriye paralel olarak ülkemizde düzenlenen "Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, "hasta, kendisine uygulanacak tıbbî işlemler ile bunların muhtemel sonuçları üzerinde bilgi isteme" hakkına sahiptir⁹⁷.

Hekim ve hasta arasında gerçekleşen sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak⁹⁸ aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir⁹⁹. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir¹⁰⁰. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî müdahaleye muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rıza mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır¹⁰¹.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmesi bakımından hasta veya kanuni temsilciye, tıbbî bulgular ve teşhis hakkında açıklayıcı bilgilerin verilmesi gerekir¹⁰². Hekim, hastaya tedavi ile müdahalenin türü ve içeriği; muayene sonucu tespit edilen hastalığın tedavi edilemediğinde meydana gelebilecek olumsuz

⁹⁷ "Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir" (HHY. m. 15/1); **Kıcalıoğlu, Mustafa**; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, 99.

⁹⁸ **Sarial**, 55, 56; **Ott**; 30-34; Türk ve Alman Hukukunda sözleşmede diğer davranış yükümleri olarak da anılan yan yükümlülükler arasında yer almaktadır (**Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998**, 46); Eren, aydınlatma yükümlülüğünü ifaya yardımcı yan yükümler arasında saymıştır (**Eren**, 38); Buna karşın, Kılıçoğlu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yardımcı yükümlerden koruma yükümlerine dahil etmektedir (**Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası Ankara, 28**).

⁹⁹ **Köprülü, Ömer; Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD. 1984, C. LVIII, S. 10-11, 594**; BGH VersR 1994, 682; **Tacir, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011**, 153.

¹⁰⁰ **Bayraktar**, 124-125.

¹⁰¹ "... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değerli olan rızadır" (Y. 4. HD. 7.3.77. T, E.6297/K. 2541); LG Trier 1992, 580).

¹⁰² **Strauf**, 38; **Deutsch, Erwin; Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 1978**, 1305-1314 1305; **Tacir**, 162 vd.

sonuçlar anlatılmalıdır¹⁰³. Buna da "süreç aydınlatılması" adı verilir. Bu aydınlatmanın amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tedaviye razı olmasını sağlamaktır¹⁰⁴. Hastaya veya kanuni temsilcisine ayrıca, tıbbî müdahalenin beraberinde getirebileceği tehlikeler hakkında da bilgi verilmesi gerekir. Bu tehlikelerin yanında hastaya, uygulanacak tedavinin yan etkileri de bildirilmelidir¹⁰⁵. Örneğin, yaranın iltihaplanabileceği, bir uzvun yeteneğini kaybedebileceği vb. anlatılmalıdır. Bu aydınlatma türüne de "riziko aydınlatması" adı verilir¹⁰⁶. Riziko aydınlatması, süreç aydınlatmasıyla birlikte hastanın önemli tehlikeleri taşıyan tedaviye razı olmasına yardım eder. Riziko aydınlatması hastaya uygulanacak tıbbî müdahaleye göstereceği rıza için çok önemlidir.

Yukarıda anlatılanlara ek olarak riziko aydınlatmasında hekim, hastasına kendisine vereceği ilaçlar hakkında da gerekli aydınlatmayı yapmalıdır. Çünkü hastanın uygulanacak ilaçlara alerjisi olabilir. İlaçların mutlaka özellikleri hastaya veya kanuni temsilcisine anlatılmalıdır¹⁰⁷. Aydınlatma türlerinden bir diğeri ise, fiyat aydınlatmasıdır. Hasta bu açıklamalar sonucu müdahalede bulunulup bulunulmamasını talep edecektir. Hekim verdiği bilgilerin doğruluğu konusunda hastasına karşı sorumludur. Bundan dolayı hastaya bilgi verilirken uygulanacak müdahalelerin devam süreleri ve fiyatları konusunda hastasını doğru bir şekilde aydınlatmalıdır. Ancak hasta daha evvelde aynı hekim tarafından aydınlatılmışsa, bir kez daha aydınlatmaya gerek yoktur¹⁰⁸.

Hekimin, aydınlatma yükümünün içeriği ve kapsamı, konusunda Türk Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁹. Türk Hukukunda bu alanda en genel düzenleme, TDN'nin 14. maddesidir¹¹⁰. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı

¹⁰³ **Strauf**, 38-39; **Ott**, 133; **Hakeri**, 212; **Petek, Hasan**; Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, 1, Y. 2006, (177-239), 202.

¹⁰⁴ **Deutsch**, 1305; **Oğuzman**, 83.

¹⁰⁵ **Deutsch**, 1305.

¹⁰⁶ **Strauf**, 40; **Deutsch**, 1306; **Ayan**, 72; **Çilingiroğlu**, 60; **Özgül**, Mehmet Emin; **Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010**, 199; **Tacir**, 164; **Hakeri**, 216 vd; “..Davalı yüklenici –diş hekimi- olup işe başlamadan evvel eserde sonradan çıkması muhtemel arızalar konusunda iş sahibini uyarması gerekir...” (Y. 15. HD. E. 2009/6201, K. 2010/6498, T. 30.04.2009), (Karar Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁷ **Wagner**, W.; **Zur Aufklärungspflicht bei Zahnerztlicher Behandlung**, 162-164; **Doğan**; 134; **Dural**, 250; **Hakeri**, 223 vd.

¹⁰⁸ **Deutsch / Spickhoff**, PN. 287.181.

¹⁰⁹ **Ayan**, 75 vd; **Çilingiroğlu**, 63-64.

¹¹⁰ “Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle prognostik hastanın

her somut olaya göre belirlenir. Bundan dolayıdır ki yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkabileceği gibi, bazı hallerde de kapsamı daralıp genişleyebilir.

Hekimin, aydınlatma yükümünün genişlemesinde etkili olan husus, uygulanacak tıbbi tedavinin ivediliğidir¹¹¹. Eğer uygulanacak tıbbi tedavi ivedi değilse, aydınlatmanın kapsamı da genişler. Aksi bir duruma aydınlatma yükümünün kapsamı daralır. Kapsamın genişlediği bir diğer hal ise, hastaya uygulanacak tedaviye bağlı olarak tehlikenin büyüklüğüdür. Örneğin, hastanın diyabetik şeker oranının yüksek olduğu bir dönemde hangi sıklıkla şekerinin ölçülmesi gereği hakkında hekim hastayı aydınlatmalıdır.

Aydınlatma yükümü bazı hallerde ise, tamamen ortadan kalkar. Aydınlatmanın ortadan kalktığı hallere bazen hasta sebep olabilir. Örneğin hasta kendisinin aydınlatılmasını istemeyebilir¹¹². Bazı haller ise, hastanın kendi hastalığı hakkında genel rizikoları, bilinen durumlar olduklarından bu tür durumlarda hastanın aydınlatılmasına gerek yoktur. Ancak her ne kadar genel rizikolar hasta tarafından bilinse de, hastalığın nadir de olsa bazı yan etkileri görülebiliyorsa bu durumlar da aydınlatma olmalıdır. Ancak bu tür genel nitelikteki durumlarda hastanın aydınlatılmasına gerek yoktur¹¹³. Aydınlatma hasta üzerinde kötü bir tesir bırakıp onu ruhsal bunalıma sokacaksa bu durumlarda da hekim hastayı aydınlatmamalıdır. Bu durumda tedaviyi seçme özgürlü-

kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostığın ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir".

¹¹⁰ Özgül, 212.

¹¹⁰ Ott, 37; Sarial, 59; Schroder, K.; *Probleme der Zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes*, Zürich 1982, 33.

¹¹⁰ Künell, E, *Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers*, VersR 1980, C. 21 (A), 502; Schroder, 33; *BGH MedR 2001*, 421 (421).

¹¹⁰ Figgenger, L; *Zahnarzt und Recht II- Die Aufklärungspflicht*, in: *ZM 1989*, 1781 vd, 1781.

¹¹⁰ *BGH NJW 1972*, 335 (335).

¹¹⁰ Schroder, 35; Demir, 241.

¹¹⁰ Borçlar Kanununun 506. maddesinin ikinci fıkrası, "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür" şeklinde değiştirilmiştir. Hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyirinin saklanması uygundur. Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostığın ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir".

¹¹¹ Özgül, 212; Tacir, 172.

¹¹² Ott, 37; Sarial, 59; Schroder, 33.

¹¹³ Künell, E, *Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers*, VersR 1980, C. 21 (A), 502; Schroder, 33; *BGH MedR 2001*, 421 (421).

ğünü içine alan tedavi özekliği söz konusudur¹¹⁴. Aydınlatmanın gerçekleşmesi hasta veya yakınları için anlamsız hale gelmişse bu durumlarda da aydınlatma yükümü ortadan kalkar¹¹⁵.

Aydınlatma yükümünün borçlusu olarak hekim, hasta ayırt etme gücüne sahip ise, bizzat hastayı; aksi durumlarda ise, onun yasal temsilcilerini muhatap olarak aydınlatmakla yükümlüdür. Hekim, ayırt etme gücü olmayanın kanuni temsilcilerine hastalığın tedavisi konusunda bilgi vermelidir¹¹⁶.

4. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin bir diğeri de, "*sadakat ve özen gösterme yükümlülüğü*"dür. Hekim, hastasıyla yaptığı sözleşme gereği, hastasına sadakat borcu altındadır. Hekim, teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunurken sadakat ve özenle hareket etmek mecburiyetindedir (TBK. m. 506/II)¹¹⁷.

Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder. Taahhüt edilen işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde görülmesi esasının bir sonucu olan sadakat borcu, aslında bir üst kavramdır. Özellikle TBK 502 vd. maddeleri anlamındaki vekâlet sözleşmesi bakımından "*sır saklama, müvekkilin yeni bir tutum izlemesini gerektirecek olayları kendisine bildirme, hesap verme ve alınan şeyleri iade*" gibi diğeri bir kısım yükümlülükler sadakat yükümlülüğünden doğarlar¹¹⁸.

Sadakat yükümlülüğü, borçlusu olan hekim, sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Hekim teşhis ve tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece

¹¹⁴ **Figgner, L**, Zahnarzt und Recht II- Die Aufklärungspflicht, in: ZM 1989, 1781 vd, 1781; **Tacir**, 175.

¹¹⁵ **BGH NJW 1972**, 335 (335).

¹¹⁶ **Schroder**, 35; **Demir**, 241.

¹¹⁷ Borçlar Kanununun 506. maddesinin ikinci fıkrası, "vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi deşiklikle, TBK'da 506/II "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür" şeklinde değıştirilmiştir; **Tandoğan**, 410; **Başpınar, Veysel**; Hekimin Özen Borcu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, 24; **İpekyüz**, 102; "... Hekim yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur." (**13. HD. 07.02.2005 T, 2004/13012 E- 2005/1711 K.**); **Özgül**, 282. bir surette ifa ile mükelleftir" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Ancak, "iyi bir surette ifa" deyiminin, fikranın almanca aslındaki gibi "sadakat ve özenle ifa" biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (**Tandoğan. C. II**, 407). Son yapılan değışiklikle, TBK'da 506/II "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür" şeklinde değıştirilmiştir.

¹¹⁸ **Tandoğan**, 408.

kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de göz önünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir¹¹⁹. Hayat, beden bütünlüğü, sağlık gibi en üstün kişilik değerleri tasarrufuna bırakıldığı için hekimin menfaati ile hastanın menfaati çatıştığında, kendi çıkarlarından belirli bir ölçüde de olsa fedakârlıkta bulunabilmelidir¹²⁰. Özellikle hekim kendi parasal çıkarını hastanın çıkarından hiç bir zaman üstün tutmamalıdır. Salt tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin gereksiz şekilde uzatılması, sadakat borcunu ihlal eder. Aynı şekilde, amaca elverişli olmadığı bilinen bir teşhis ve tedavi sırf ücret almak için uygulanmamalıdır¹²¹.

Hekim, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken, sadakat yükümlülüğü yanında özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TBK. m. 506/II). Hekim ile hasta arasında yapılan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin, vekâlet sözleşmesi olmasından dolayı vekâlet sözleşmesinde düzenlene vekilin özen borcu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Vekâlet sözleşmesi bakımından özen borcu, "vekilin, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması"dır¹²². Özen borcu, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan diğer borçlar bakımından genel nitelik taşır. Yani, hekimler, öteki borçlarını da ifa ederken de hep özenli hareket etmek mecburiyetindedirler¹²³. Hekimlerin göstermekle yükümlü olduk-

¹¹⁹ Tandoğan, 408.

¹²⁰ Tandoğan, 408-409. Zira kendi kişisel menfaatine üstün tutan bir hekim ahlaka aykırı hareket etmiş olur (bkz. Belgesay, Deontoloji, 205).

¹²¹ Tandoğan, 408. dpn.5.

¹²² Tandoğan, 410; Başpınar, 24; İpeküz, 102.; Özgül, 282.; İnal, 161 vd; "...Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü 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 ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekten de mesleki bir işgören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Gerekli özeni göstermeyen vekil, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır" (Y. 13. HD. T. 02.03.2015, E. 2014/15409, K. 2015/6161).

¹²³ "...Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde de konuya ilişkin düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçime verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü gi-

ları ihtimamın derecesini, Türk Borçlar Kanununda vekâlet sözleşmesinde yapılan son değişiklikle kanun koyucu, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özen-den ayrılmıştır. Buna göre, “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” (TBK. m. 506/III). Yapılan bu düzenleme yerinde olmuştur. Yapılan değişiklikle her meslek grubunda çalışan basiretli bir kişinin ölçü alınması daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır. Buradan hareketle dış hekimin göstermesi gereken özen kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir hekimin göstermesi gereken özendir. Yapılan bu değişiklikle vekilin özen borcu objektifleştirilmiştir.

rişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır” düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onama ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davacı tarafından 16.05.2009 günlü Aydınlatılmış Onam Formu içeriğinde "Dr. Ebru Durmuş tarafından şu andaki hastalığının tedavisinde uygulanabilecek yöntemler anlatıldı. Bunların içinde doktorumun önerdiği tedavi yönteminin olası riskli durumlarını ve tedaviyi kabul etmezsem hastalığının seyrinin kötü yönde etkileneceğini anladım. Bu bilgiler ışığında kendi serbest irademe abdominoplasti meme küçültme tedavisinin bana uygulanmasını onaylıyorum "ifadelerinin yer aldığı işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Yine 13.11.2006 tarihinde imzalanan Muvafakatname belgesinde de "...cerrahi müdahaleyi yapacak olan Op. Dr. Ebru Durmuş, bana ameliyatı ayrıntılı bir şekilde anlattı. Bende bu müdahalenin şeklini ve sonuçlarını ve daha sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonları tamamen anladım. Ben 1. maddede belirtilen ameliyatta, ameliyat esnasında evvelden akla gelmeyen durumlarda gerek görüldüğü takdirde ilave ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğini kabul ediyorum. Ben anestezi doktorunun benim için uygun olarak seçtiği anestetik madde ve şeklini onun direktif mesuliyet ve kontrolü altında tatbik etmesini uygun buluyor ve kabul ediyorum" ifadelerinin yer aldığı, söz konusu ifadelerin soyut genel ibareler olup hastanın olası risk ve komplikasyonlar konusunda somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığının mevcut belgelerle hekim tarafından ispatlanmadığı hususu sabittir. Şu duruma; davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin ortaya çıkan zarardan sorumlu bulunduğu ortadadır. O halde mahkemece; davalının kusurlu davranışıyla istediği sonuca ulaşamamasına rağmen tedavi bedelini ödemek zorunda kalan davacının, uğradığı bu zarar ile birlikte vücudunda oluşan komplikasyonların giderilerek eski hale getirilmesi için gerekli tedavi giderinden ibaret olan maddi tazminat talebinin birliki marifetiyle belirlenmesi ve sonrasında davacının çektiği ızdırıp durumu da gözetilerek uygun bir manevi tazminatın takdir edilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile istemin tümen reddi doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 23.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. 3. HD. T. 23.01.2014, E. 2013/16671 K. 2014/815)

Her ne kadar hasta ve hekim arasındaki ilişkileri, hekimin özen yükümü ve aydınlatma yükümü belirlese de, hekimin dosyalama yükümlülüğü asıl edim olan tedavi ediminin yan yükümleri olarak düzenlenmiştir¹²⁴. Dosya tutma yükümlülüğü hukukî olarak hekimin veya hastanın iddialarını ispatlamalarında ve birçok yanlış ve gereksiz belgelerle karşılaşmaktan koruması açısından önem arz eder¹²⁵.

Türk Hukukunda söz konusu yükümlülük ve bu yükümlülüğün sınırları ayrıca incelenmiş değildir. TBK. m. 508 vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bunun vekil durumunda olan hekimin yapmış olduğu önleyici ve koruyucu faaliyetleri hakkında hastaya veya kanuni temsilcisine açıklama yapması anlamına geldiğini söyleyebiliriz. Bunun için de hekim, gerekli tıbbî dokümantasyonları, hazırlama yükümlülüğü altındadır¹²⁶. Tıbbî dokümantasyonlar; anemnez (hastalık öyküsü) hastanın rahatsızlıklarını içeren belgeleri ve bunların sonuçlarını kapsar. Böylece bir müdahaleye girişilmişse, hasta öyküsü (anemnez), hastalığın teşhisi¹²⁷, hastaya hastalığı hakkında yapılan aydınlatma metni¹²⁸, hastaya uygulanacak olan tedavi metodu ve tarzı¹²⁹, hastaya tavsiye edilen bakım tedbirleri, kullanması için önerilen ilaçlar¹³⁰, yapılan konsültasyonlar, tahliller, röntgen filmleri, EKG, varsa ameliyatı gösterir CD'ler¹³¹ ve diğer belgeler hasta dosyasının içinde mevcut olmalıdır¹³². Bu dosyaların düzenlenmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Esas itibarıyla mühim notların alınması ve bu notların daha sonra genişletilmesi yeterlidir. Dolayısıyla, hekim tedavi sonuçlarına ilişkin hususları özenle kaydetmek mecburiyetindedir¹³³. Buna ek olarak da tedavi faaliyeti süresince tuttuğu veya kendisine hasta tarafından tevdi edilen kayıt ve belgeleri özenle saklamak mecburiyetindedir¹³⁴.

¹²⁴ BGH NJW 1978, 2237 (2238); Ayan, 95; Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 150 vd; BGE 141 III 363 E. 5.1.

¹²⁵ Figgner, Zahnarzt und Recht III- Die Dokumentationspflicht, ZM 1989, 2076.

¹²⁶ Landolt, Hardy; Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?, HAVE 2016, 11; BGE 141 III 363 E. 5.2 und 9C_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

¹²⁷ BGE 130 IV 7 E. 4.3.

¹²⁸ Urteil des OLG Oldenburg 5 U 92/06 vom 30. Januar 2008 = NJW-RR 2009, 32.

¹²⁹ Urteil des BGH VI ZR 215/84 vom 18. März 1986 = r + s 1986, 205.

¹³⁰ Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3.

¹³¹ Urteil des BGer 9C_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

¹³² Laufs, Adolf; Arztrecht, 3. Auflage, München 1954, 107-108; Figgner, 2077; BGH NJW 1989, 2298 (2330); VersR 1987, 1089 (1089); OLG Hamm VersR 2005, 412 (412); Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004 E. 3.3.

¹³³ Urteil des BGer 9C_567/2007 vom 25. September 2008 E. 4.2.

¹³⁴ Alman hukukunda, özel düzenleme bulunmayan hallerde on yıllık bir saklama süresi kabul edilmiştir (Laufs, 116).

Sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri arasında açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak "*sadakat yükümlülüğünden*" hareketle hekim için sır saklama yükümlülüğü varlığı kabul edilmektedir. Bu, aynı zamanda hastanın kişilik hakkını koruma amacına yönelik Anayasa'nın 17. ve Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin de bir neticesidir¹³⁵.

Tarafların sır saklama yükümlülüğünü anlatmaya geçmeden önce, sır ve meslek sırrı kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sır; genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir¹³⁶. Diğer bir ifadeyle, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlara sır denir. Herkesçe bilinen şeyler sırrın konusu olamaz¹³⁷.

Hekimlerin mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan, hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir¹³⁸.

Meslek sırrı, sır teşkil eden hususun bir meslek sahibi tarafından, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi olarak tanımlanabilir. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle belirli bir meslek icra ettiği kabul edilen tüm kişilere tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir¹³⁹.

Hekimler, mesleklerini icra ettikleri sırada hastalarına ait bilgileri öğrendiklerinde üçüncü şahıslara karşı gizli tutmalıdırlar. Bu yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkar. Ancak, istisnai hallerde sır sayılan hususların açıklanması Hekim için bir haklılık taşıyabilir. Örneğin, hekim hasta tarafından aleyhine açılmış bir davada kendini savunmak amacıyla sırları açıklayabilir. Böyle bir durumda, hekimin davranışı sözleşmeye ve dolayısıyla hukuka aykırı sayılmaz¹⁴⁰. Buna karşılık, yasa koyucu gerek ceza davalarında (CMUK. 48), gerek hukuk davalarında (HMK. m. 249) hekimlere tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığı için, salt tanıklık yapmak düşüncesiyle sırları açıklayan hekim bu yüzden zarar gören hastaya tazminat

¹³⁵ Reisoğlu, 14.

¹³⁶ Karasu, Sinem, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul 2009, 44 vd.

¹³⁷ Belgesay, Doktor, 122; Yıldırım, M. Fadıl; *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, in: *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 59.

¹³⁸ Aşçıoğlu, 47; Langmack, H.; *Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İÜHF 1974, C. 39, S. 1-4, 455; Karasu, 46; Taşkın, Ahmet, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara 1997, 111-112.

¹³⁹ Donay, Süheyl; *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978. 7.

¹⁴⁰ Belgesay, Doktor, 125; Langmack, 460-462; Belgesay, *Mesuliyet*, 150-151.

ödemek zorunda kalabilir¹⁴¹. Zira hasta ve hekim arasındaki ilişki, burada da sırların korunmasını gerektirir¹⁴². Çünkü hekim mesleği gereği öğrenim olduğu bilgileri başkalarına hasta ölmüş olsa dahi söylememelidir. Aynı şekilde, hekim, polis makamlarına karşı da sırları saklamakla yükümlüdür¹⁴³.

Hekimlere sır sayılan hususları açıklama imkânı veren diğer bir hal de, "*hastanın rızası*"dır¹⁴⁴. Hasta veya kanuni temsilci her zaman serbest iradesiyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir¹⁴⁵. İzin, Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin sınırlarına tecavüz etmemek kaydıyla¹⁴⁶, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirir¹⁴⁷. Hasta veya kanuni temsilcisi razı olmadığı takdirde, başkaca haklı bir neden de mevcut değilse¹⁴⁸, hekimin bunları açıklaması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.

C. Tıbbî Meslek Kusurunun Varlığı

Gerek haksız fiil sorumluluğu gerekse de borca aykırılık hükümlerine göre hekimin sorumlu tutulabilmesi için, onun hukuka aykırı eylemi yaparken kusurlu olması gerekir (TBK. m. 49/f.1; TBK. m. 112, 113, 97). Aradaki fark, borca aykırılık hükümlerine başvuran hastanın, alacaklının, borçlunun yani hekimin kusurunu ispat etmek zorunda olmamasıdır. Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, "*benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi*" kusur adını alır.

Meslek kusuru, bu konuda genellikle kabul edilen ve ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılmış bir tanımlamaya göre ise, "*tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini*" ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir¹⁴⁹.

¹⁴¹ Tandoğan, 455.

¹⁴² Laufs, 115.

¹⁴³ Laufs, 115.

¹⁴⁴ Atabek/Sezen, 166; Öz, 712; Tandoğan, 454.

¹⁴⁵ Belgesay, Doktor, 123-124; Simonin, C.; Hekimlikte Meslek Sırrı ve Meslek Mesuliyeti, AD 1954, S. 5 576-577; Langmack, 458-459; Donay, 51; Karasu, 48.

¹⁴⁶ İzin Medeni Kanununun 23. maddesine aykırı ise, artık geçersiz olur ve müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü sır, kişilik hakkı içinde yer alan manevi değerlerdendir.

¹⁴⁷ Reisoğlu, 15.

¹⁴⁸ Laufs, 116; Örneğin, kamu yararı düşüncesiyle hekim için verem, frengi gibi bulaşıcı hastalıkları Sağlık Müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü getirmiştir (Bkz. Atabek/Sezen). Aynı şekilde bilirkişilik üstlenen hekim elde ettiği bulguları raporuna yazabilir (Bkz. Reisoğlu, 14). Ancak bu kayıtlardan mahkeme dışında söz edilemez (Bkz. Belgesay, Doktor, 123).

¹⁴⁹ Ott, 120-121.

Türk doktrininde¹⁵⁰, "*meslek kusuru*" adı verilen hususun, genel anlamda kusurun çeşitlerinden "ihmal" kavramı içinde ele alınabilir. İhmal, borçlunun kendisiyle eşit statüde yer alan bir kişinin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallara uygun hareket etmesi asıldır. Dolayısıyla, bu şekilde davranmayan, yani somut olayda örnek tipin davranışından ayrılan hekim kusurlu hareket etmiş olur. Örnek tipin davranışından sapmanın nedeni gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de "*ihmal*"dir. Bu nedenle, "*meslek kusuru*" adı altında özel bir kavram yaratılmamış olsaydı da, hekimi, aynı türdeki olaylar için genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olurdu. Zira meslek kusuru başlığı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esaslara aykırı her hareketi, objektif bir şekilde ele alıp değerlendirilirse "özen yükümlülüğünün ihlalden başka bir şey değildir." Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tesbitidir¹⁵¹.

D. Zarar

Hekimin tazmin yükümlülüğünden söz edilebilmesi için, sözleşmesel yüküme aykırı eyleminden dolayı hastanın mutlaka bir zarara uğramış olması gerekir. Bilindiği gibi, zarar kavramı, hastanın kişisel ve/veya malvarlıksal değerlerinde tazmini gereken bir maddî veya manevî değer azalmalarını ya da kayıplarını ifade etmektedir. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark zararı oluşturur¹⁵². Sorumluluk ve tazminat hukuku bakımından, tazmin yükümüne konu bir zarardan söz edildiğinde, bundan, zarar görenin istemi dışında gerçekleşen ve onun bir hakkını ya da hukuken korunan değerini ihlâl eden eylem ya da olayların olumsuz birer sonucu anlaşılır. Bu anlamda olmak üzere, zararın farklı ayırım ölçütlerine dayanan değişik türleri vardır. Örneğin, maddî zarar/manevî zarar; normatif zarar/gerçek (fiilî) zarar; kişisel zarar/nesnel zarar ayırımları gibi.

¹⁵⁰ Ayan, 107.

¹⁵¹ Ertaş'a göre de "meslek hatası yalnız başına bir kusur problemi değil, bir hukuka aykırılık problemi teşkil eder. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı hareket ettiğinden şüphe yoktur; ancak, hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Ek olarak hekimin eyleminin kınanabilir, yani kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır" (bkz. Ertaş, 186).

¹⁵² Oğuzman/Öz, 38 vd; Topuz, Murat; İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, 11 vd; Büyüksağış, Erdem; Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007, Maddî, 46 vd; Antalya, 81 vd.

Hekimin, sözleşmeden doğan sorumluluğu sebebiyle tazminat yükümlüsü olarak kabul edilebilmesi için tıbbî bir meslek kusuru olarak görülen sözleşmesel borca aykırı eyleminden dolayı hastasının kişi ve/veya mal varlıksal değerlerini azaltıcı bir sonuç doğmuş olmalıdır. Öte yandan, hastanın bireysel yönünü oluşturan psikolojik ve ruhsal değerlerinde manevî azalmalar yaratacak biçimde haksız ve kötü uygulamaları sebebiyle hekimin manevi tazminat yükümlüsü olması da mümkündür. Örneğin, hekim, tedavi sürecinde ünlü hastasından edindiği gizli bilgileri hasta aleyhine açılan davalarda tanıklıktan kaçınma hakkına sahip olduğu halde, sırf hastasına zarar vermek amacıyla bunları adli makamlara açıklamıştır. Bu durumda, hekim, sır saklama borcuna aykırı davranarak kişilik haklarını ihlâl ettiği hastasının manevi zarara uğramasından dolayı tazminat ödemekle yükümlü tutulur. Aynı şekilde yanlışlıkla yapılan enjeksiyon sonucu siyatik sinirlerinin etkilenmesi sonucu felç olan kişinin ömür boyu yaşayacağı acı ve manevi ızdıraplar manevi zarara örnek olarak verilebilir.

C. İlliyet Bağı

Hekimlik sözleşmesine dayanan sorumluluğun doğabilmesi için gerekli son bir koşul ise, hekimin sözleşmeden doğan edim yükümünü ihlâl eden kusurlu eylemi ile hastanın uğramış olduğu zararlı sonuç arasında uygun nedensellik (neden-sonuç) bağının kurulabilmesidir¹⁵³. Uygun nedensellik bağının kurulması anlamında olmak üzere, hekimin tıbbî kusurlu eylemi, ortaya çıkan zararlı sonucun uygun nedeni veya zararın doğmasında belirleyici etken olarak kabul edilmelidir. Zira hukuksal illiyet ilişkisinin hiçbir biçime kurulamadığı ya da zorlayıcı bir sebep (mücbir sebep), üçüncü kişinin ağır kusuru veya zarar görenin ağır kusuru gibi nedenlerinden biriyle kesildiği durumlarda, hekimin hukuksal sorumluluğundan ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünden söz edilemez. O halde, zarar, hekimin sözleşmeye aykırı ve kusurlu eyleminin uygun bir sonucu olmalıdır. Bu bağlamda, hekimin kusurlu eyleminin zararlı sonucun doğumu için gerekli zorunlu koşulu (etkileyici nedeni) oluşturması ve genel olarak da söz konusu zararın gerçekleşme olasılığını önemli ölçüde artırmış olması halinde uygun nedensellik bağı kurulmuş olur. Bu duruma bir Yargıtay kararında da yer verilmiştir. Buna göre, “*Davacıların eşi ve annesi olan A'nın SSK Hastanesi hekimi olan davalıların ihmalleri sonucunda doğum yaparken bebeği ile birlikte vefat ettiği ileri sürülmekte ...*”¹⁵⁴ şeklinde nedensellik bağı Yargıtay tespit etmiştir.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, 44 vd; Antalya, 205 vd;

¹⁵⁴ (Y. 21. HD., 9.2.2004, E. 2003/10347, K. 2004/765, ET. 01.12.2015); “Davacının solunum yetmezliği şikayetiyle AÜ İbn-i Sina Hastanesi yoğun bakımın ünitesine kaldırılmıştır. Burada müteaddit defalar solunum cihazını çıkarma eğiliminde olan hastanın bu fiiline hastane personelinin duyarız kalması sonucu hasta yine cihazın çıkardığı bir anda hayatını kaybetmiştir. Burada görevli olan Hekim ve Hekimler gerekli tedbiri almadıkları için sorumludurlar (D. 10 D., T. 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4316, ET. 11.11.2015)

Hekime karşı sorumluluk ve tazminat davasını açan zarar gören hasta, sözleşmeye aykırı kusurlu eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağının varlığını ispatlamakla yükümlüdür. Ancak, sözleşmeye aykırılık oluşturan durumun ispatında, hastadan üzerine düşen ispat yükünün gereğini yerine getirirken kesin ve zorunlu ispat araçları ortaya koyması beklenmemelidir. Somut olaydaki özel durum ve koşullar altında hekimin kusurlu eyleminin, benzer diğer olaylardaki istatistiksel verilerin ve genel olarak edinilen deneyimlerin ışığında zararlı sonucu doğurmada inandırıcı olduğunu gösteren ilk görünüş ispatı ya da emarelere dayalı ispat olanakları tanınarak hasta üzerindeki ispat yükü yumuşatılmalıdır¹⁵⁵. Bu noktada, hastanın, sadece ağır tıbbî hatanın varlığını ispat ederek, nedensellik bağı kurabileceği de belirtilmektedir.

Öte yandan, zararlı sonuç, hekimin eyleminden ziyade, bizzat hastanın yapısal yatkınlığı (bünyevî istidadı), organik, fizyolojik ve biyolojik özelliklerine bağlı olarak da ortaya çıkmış ya da artmış olabilir¹⁵⁶. Böyle durumlarda, hastanın bu yapısal özelliklerinin hekim tarafından objektif tıbbî özen borcu ölçüsünde göz önünde bulundurulması gereği zorunlu olarak kabul edilmekte ise, artık nedensellik bağında uygun nedenlerin yarışması hali vardır. Ancak, hekimin somut olayda hastasındaki hassasiyeti anlayabilecek durumda olmasına karşın, özensiz kalması ya da özen eksikliği göstermesi sonucunda bunu hesaba katmamışsa, nedenlerin yarışması hali söz konusu olmaz; sadece, hekimin kusurlu eylemi ile zararlı sonuç arasında hukuksal anlamda uygun nedensellik bağının kurulmuş olduğu kabul edilir.

IV. SORUMLULUKTAN KURTULMA VE YARDIMCI ŞAHSIN KUSURUNA İLİŞKİN ANLAŞMA

Sorumsuzluk anlaşması, sorumluluğun doğması için kanunun aradığı temel koşulların bir araya gelmiş olmasına rağmen, kanunun bu sorumluluğa bağladığı hukuki sonuçların doğmamasına engel olur¹⁵⁷. Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun sözleşmeden doğan edim yükümlülüğü ile yan yükümlülükleri üzerinde etkili olmaz. Zira sorumsuzluk anlaşmasının, borçlunun edimin ifası aşamasında

¹⁵⁵ Başözen, Ahmet; Medeni Usul Hukukunda, İlk Görünüş İspatı, 267; Demir, 249-250.

¹⁵⁶ “Mide bulantısı ve kusma şikâyetiyle hastaneye yatırılan davacıların çocuğunun yapılan iğne nedeniyle sağ elinin kesildiği iddiasıyla çocuk için istenene maddi ve manevi tazminat talepleri, çocuğun elinin yapılan iğne dolayısıyla kesilmeyip bilakis bünyesinde bulunan genetik bir bozukluk sebebiyle el iş göremez hale gelmiştir. Bundan dolayı talep reddedilmiştir (Danıştay D. 10. T. 20.06.2001, E. 1999/4072, K. 2001/2527, ET. 12.11.2015)

¹⁵⁷ Sorumsuzluk anlaşması, tasarrufî bir işlemdir. Henüz doğmamış, ancak ileride doğma ihtimali bulunan bir tazminat talebi üzerinde etki icra eder. Bir başka ifade ile sorumsuzluk anlaşması, borçlunun sorumlu olduğu ifa engellerinden dolayı tazminat borcunun doğmasına engel olur; Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, 121-122; Erten, Ali, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, 38; Öz, 420 vd.

göstermesi gereken özen borcu üzerinde bir etkisi olmaz. Çünkü sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun sözleşmeden doğan asli edim yükümü hiçbir surette azaltılmış, hafifletilmiş veya değiştirilmiş olmaz¹⁵⁸.

Hekimlik sözleşmesinde hekimin, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı tereddütsüzdür¹⁵⁹. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*" şeklindedir. Hekimlik sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. Ancak diğer sözleşmelerde geçerli sayılan borçlunun hafif ihmalden sorumlu tutulamayacağı yolundaki bir anlaşmanın hekimlik sözleşmesinde geçerli olup olmayacağı konusu üzerinde durulmalıdır. Hekimlik sözleşmesinde de hekimin hafif ihmalden sorumlu olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak, hekimin mesleği, "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan bile sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*" (TBK. m. 115/III), kapsamına girdiğinden hafif kusurundan dahi sorumludur. Çünkü hekimlik mesleği uzmanlığı gerektiren, kanun ya da yetkili bir makam tarafından verilen izne dayanılarak gerçekleştirilen bir meslektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yolunda anlaşma yapılabilir. Fakat hekimin gerçekleştirdiği faaliyetler "*uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin hükümsüzdür*" hükmü gereği hekimin mesleği hem uzmanlığı gerektiren hem de yetkili makamın verdiği izinle ifa edilebilir bir meslek olduğundan, ancak hafif ihmalden sorumsuzluk söz konusu olur¹⁶⁰. Buna göre hekimler, eğer yardımcı kişi kullanıyorlarsa onların kast ve ağır ihmalden yani ağır kusurundan her zaman sorumludurlar.

Yukarıda belirtildiği gibi, sorumluluk hukukunda sorumluluğun kurucu unsuru olarak kusur olgusu kabul edilmiştir. Bu nedenle, hekimin tıbbî etkinliklerinden kaynaklanan hukuksal sorumluluğu için de, öncelikte hastanın uğramış olduğu zararı giderme yükümlülüğünü gerektiren bir tıbbî kusurun varlığı aranır.

¹⁵⁸ Akman, Galip Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul 1976, 14.

¹⁵⁹ Belgesay, Mesuliyet, 69; Ott, 64.

¹⁶⁰ Akman, 75, 76; Başalp, 237-238.

V. SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANMANIN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Tıpkı diğer hukuksal sorumluluk doğuran olgularda (hekimin haksız eylem kusurunda ve vekâletsiz iş görmesinde) olduğu gibi, hekimin sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı hastası maddî ve/veya manevî zarara uğramış olabilir. Zarar gören hasta, tıbbî tazminat davası açmak suretiyle, uğramış olduğu her iki türden zararın, sözleşmesel borç ilişkisine aykırı davranmış olan kusurlu hekim tarafından tazminine karar verilmesini isteme hakkına sahiptir.

Hekimin tıbbî tedavi ve hekimlik süreci için yaptığı anlaşmadan doğan sorumluluğu, esas itibarıyla belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen hekim, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir¹⁶¹. Tazminat miktarının hesaplanması bakımından, davanın akdi veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önemli bir farklılık yaratmaz. Zira Türk Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uygulanırlar.

B. Maddî Tazminat

Hekim, sözleşmenin içeriği ile üstlendiği edimlerini yerine getirirken gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklardan dolayı, hastaya maddi tazminat ödemek zorunda kalır¹⁶². Maddî zararların giderilmesine yönelik açılan bir tazminat da-

¹⁶¹ Reisoğlu, 15.

¹⁶² Antalya, 453; Oğuzman/Öz, 67 vd; "...Mahkemece; maddi tazminat talepleri yönünden, davacının bu olay nedeni ile iş kaybına uğradığını ispat edemediği, bedeli ödenen operasyonların davacı ve davalının anlaşması sonucu gerçekleştiği gerekçesi ile reddine, manevi tazminat yönünden 5.000 TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm her iki tarafça da temyiz edilmiştir. Dairemizin, 16.09.2014 gün ve 2014/6966 E.-2014/11870 K.sayıli ilamı ile "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının tüm, davacının sair temyiz itirazları yerinde değildir. Dava konusu uyuşmazlık, estetik amaçlı yapılan ameliyat neticesinde, yüklenicinin hatasına dayalı olarak işin sözleşmeye uygun yapılmaması nedeni ile verilenlerin iadesi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dosyada mevcut Adli Tıp Kurumunun raporunun incelenmesinden; "Burun operasyonu sonucunda burunda kalan eğriliğin, bu ameliyatın beklenen sonuçlarından olduğu, ikinci göğüs ameliyatından beklenen sonucun alınamadığı, bu durumun silikon protez etrafında kapsül oluşumu olduğundan beklenen sonuçlardan iken, kapsül oluşumu olmadığı durumlarda doktor kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği, dosya içindeki fotoğraf belgelerinde kapsül oluşumunu gösteren tipik bulgular olmadığı, adli dosya kapsamında kapsül olduğunu gösteren başka belgeler de yer almadığı göz önüne alındığında, davalının eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığı, ortaya çıkan kusurun büyük oranda düzeltilmesinin mümkün olduğu" sonucuna varıldığı görülmüştür. Estetik amaçlı yapılan ameliyat neticesinde, davalı doktorun göğüs ve burun es-

vasında, ilk olarak, hekimin sözleşmesel kusurlu eylemi sebebiyle hastasının iradesi dışında malvarlığında ortaya çıkan ekonomik kayıpların giderilmesi amaçlanır. Zarar gören sıfatıyla hasta, maddî zarar kalemleri olarak, varlığını ve tutarını ispatlayabildiği ölçüde, fiilî zararlarının ve yoksun kaldığı (kazanç kaybının) kârının karşılanmasını zarar veren borçlu hekimden isteyebilir. Bütün bunların zamansal olarak gecikmesi durumunda tekrar hastaneye kaldırılma ve sözleşmeye aykırı olarak ek masraflar, fiilî zarar kalemi olarak maddî tazminat davasında parasal tazmin konusu yapılabilir.

Hekim, maddi tazminat ödemeye mahkûm edildiğinde, kural olarak doğruya zarar gören kişilere tazminat öder¹⁶³. Ancak, hekimin zamanında insülin iğnesini yapmaması veya tansiyon ilacının verilmemesi sonucu hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da "*destekten yoksun kalma tazminatı*" isteyebilirler (TBK. m.53 /3)¹⁶⁴. Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. m.50 /I). Ne var ki, zararın gerçek miktarını tam olarak ispatlamak çoğu zaman imkânsızdır. İşte, uğranılan zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı hallerde, hâkim, somut olayın özelliklerini de göz önünde tutmak suretiyle hastaya ödenecek tazminatı belirler (TBK. m.114 /II, m. 50 /II). Hastanın, hekime yanlış bilgi verme, tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme, tehlikeli olduğu önceden bildirilen davranışları yapma gibi ortak kusuru da nazara alınarak taz-

etiğine ilişkin olarak yaptığı operasyonda Adli Tıp Kurumu raporunda da belirtildiği üzere davalı doktorun kusurlu ve yapılan operasyonun da yine raporda belirtildiği üzere ayıplı olduğu konusunda uyumsuzluk bulunmadığından, yapılan işe, işin ayıplı olmasına, davalının kusuruna ve yapılan ödemelere göre değerlendirilip, davacının ameliyat ücreti olarak ödediği bedelin iadesine ilişkin olarak tespit yapıpıpı yapılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın operasyon bedeli olarak ödediği bedele ilişkin alacak talebinin tümen reddi cihe-tine gidilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle bozulmuştur. Söz konusu bozma ilamına karşı davalı vekili tarafından kararın düzeltilmesi talep edilmiş olmakla, yeniden yapılan incelemede; Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektiri-ci sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı vekilinin sair itirazları yerinde değildir. Dava, estetik amaçlı yapılan ameliyat neticesinde, yüklenenin hatasına dayalı olarak işin sözleşmeye uygun yapılmaması nedeni ile **maddi ve manevi tazminat istemine** ilişkindir. Davacı iş kaybı olarak 50.000TL maddi tazminat ve ameliyat ücreti olarak ödediği 7.500TL maddi tazminat ve 50.000TL manevi tazminat talep etmiştir. Mahkemece maddi tazminat taleplerinin reddine, 5.000TL manevi tazminata hükmedilmiş, davalı lehine 600TL vekâlet ücretine hükmedilmiştir. Ne var ki; hükmün davalı lehine de bu nedenle bozulması gerekirken, yanlış sonucu davalının temyiz itirazlarının tümen reddedilmiş olmakla davalının karar düzeltme talebinin kabulüne karar vermek gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda 1. bendde açıklanan nedenle davalının sair karar düzeltme talebinin reddine, 2. bendde açıklanan nedenlerle davalının karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün davalı lehine de değişik gerekçe ile BOZULMASINA ve peşin alınan karar düzeltme harcının istek halinde karar düzeltme isteyene iadesine, 02.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Y. 3. HD. 02.04.2015, E. 2015/1917 K. 2015/5441).

¹⁶³ Ayan, 121.

¹⁶⁴ Atabek /Sezen, 156; Reisoğlu, 17; Belgesay, Mesuliyet, 77.

minat miktarını indirilebilir (TBK. m. 52/I). Bunun yanı sıra, hekimin kusurunun hafif olması durumunda, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyette gerektiriyorsa, hükmolunan tazminatı indirebilir (TBK. m. 52/II).

C. Manevî Tazminat

Manevî tazminat talebi için hastanın hem bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi gerekir. İsviçre Türk Hukukunda, beden bütünlüğünün kapsamına kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün yanında sağlığının korunmasının da dâhil olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵. Buna göre, fiziki bütünlüğüne yönelik fiili ya da psikolojik her türlü müdahale bedensel bütünlüğün ihlali anlamına gelir. Kişinin beden bütünlüğü, ruhsal bütünlüğe yönelik fiili ya da psikolojik bir müdahale sonucunda da ihlal edilebilir. Kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz sebebiyle uğranılan maddi zararın tazmini ile TBK m. 58 uyarınca manevî zararın tazmini şartları paralellik arz etmektedir. Sadece fark birinde maddi zarar değerinde ise manevî zararın varlığı aranır¹⁶⁶. Hekimin sözleşmeye aykırı davranışı, hastanın kültürel, sosyal ve bireysel kişiliğini oluşturan ruhsal ve psişik kişilik değerleri üzerinde manevî kayıplara uğramasına da yol açmış olabilir¹⁶⁷. Örneğin, ciddi ruhsal bunalım geçiren genç bir kızın psikiyatrik tedavisinde yardımcı olmak

¹⁶⁵ **Erlüle**, Fulya; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevî Tazminat, 2. Bası, Ankara 2015, 125 vd; "Somut olayda, davacının iş kazasına maruz kaldığı ve vücut bütünlüğünün zarara uğramış olduğu, bu sebeple üzüntü ve elem duyacağı, ruh bütünlüğünün ihlalinin de cismani zarar kavramına dahil bulunduğu söz götürmez. Hal böyle olunca da yukarıda anılan koşulların oluştuğu dikkate alınarak muhik bir manevî tazminata karar verilerek gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile manevî tazminat talebinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir "(Y. 21. HD. T. 21.04.2016, E. 2016/4019, K. 2016/7177, naklen Kazancı Otomasyon, ET. 12.10.2016).

¹⁶⁶ **Oğuzman/Öz**, 256;

¹⁶⁷ "Dava, hekimin vekâlet görevinden doğan sorumluluğunu gerektiği gibi ifa edememesi sebebiyle doğan zarardan, vekil sıfatı ile davalı hekimin, adam çalıştıran sıfatı ile davalı hastanenin sorumluluğuna ilişkindir. 22.6.1966 tarihli 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, manevî tazminat tutarını etkileyen özel hal ve şartlar belirtilmiş olup, manevî tazminat bir ceza olmadığı gibi amacı, mamelek hukukuna dair bir zararın karşılanması da değildir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, hâkim manevî tazminat miktarını belirlerken Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesi gereğince hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalmalı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesi, istek sahibinin toplumdaki yeri, kişiliği, hassasiyet derecesi, gözetilmelidir. Takdir edilecek manevî tazminat, zarara uğrayanda manevî huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalı, ne var ki mamelek hukukuna dair zararın karşılanması amaç edinilmediğinden zenginleşme aracı da olmamalıdır. Dava konusu olayın gelişimi ve yukarıda belirtilen ilkeler gözetildiğinde, mahkemece mütevaffa A'nın eş ve çocukları için hükmedilen manevî tazminat miktarının az olduğunun kabulü gerekir. O halde, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda takdir edilecek daha makul bir miktar manevî tazminata hükmedilmesi gerekirken,... usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir" (Y. 13. HD. T. 21.03.2016, E. 2014/21920, K. 2016/8297, naklen Kazancı Otomasyon, ET. 12.10.2016).

üzere sözleşme yapan bir bu alanda uzman hekimin, hastanın ruh halini daha da derinden etkileyen kitapları okutarak, hikâyeler anlatarak, hasta olan tarafta daha derin yaralar açılmasına sebep olmuş olabilir. Bu duruma hekim, sadakat yükümlülüğüne uymamış ve dolayısıyla sözleşmeden doğan yapmama edimine aykırı davranışla hastası ve ailesi üzerinde yarattığı derin acı ve şiddetli elemeler tazminat konusu bir manevî zarar olarak görülmektedir.

Bu türden zararlar, hekimin uygun olmayan davranışından dolayı hastasının acı ve ıstırap duyması, yaşama sevincinin yok olması ya da azalması olup; malvarlıksal değerlerdeki kayıpların karşılığı olarak ele alınan teknik anlamdaki maddî zararların dışında kalır. Bununla birlikte, manevî zararın giderilmesine yönelik açılan tıbbî tazminat davasında, zarar gören hastaya belli bir parasal ödemede bulunulmasını sağlamadaki amaç, onun üzerinde bir tatmin duygusu yaratmak ve ruhsal kayıpları telâfi etmektir. Gerek maddî gerekse manevî zararın tazmini amacıyla hekime karşı açılacak olan tıbbî tazminat davalarında, zarar gören hasta, uğramış olduğunu iddia ettiği ve tazmin edilmesini istediği zararının varlığını ve sınırını ispatlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, çoğu kez hastanın uğradığı zararın varlığının, boyut ve sınırlarını ispatlamadaki ciddî güçlükler yasayabilecek bir durumda bulunması sebebiyle, hastadan tam bir ispat işini beklemek somut olay adaletine ters düşebilir. Bu sebeple, ispat hukukunda ispatlama güçlüğü olan vakıalar yönünden kabul edilen ilk görünüş ispatı ya da emarelere dayalı ispat gibi özel ispatlama yöntemleri sayesinde, hasta, bir yandan hem nedensellik bağıını hem de sorumluluk ve tazmin konusu zararların varlığını ispatlayabilir. Öte yandan hâkime yeteri kadar yargısal kanaat oluşturabilecek derecede somut olayın oluşum ve gelişim sürecini ortaya koyan delillerini ileri sürebilme olanağına sahip kılınmaktadır.

VI. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacağından hekimlik sözleşmesinin sona ermesi Borçlar Kanunu'nun 113. maddesine ve TBK. m. 512 ve 513. maddelerine göre tayin edilir. Söz konusu maddeler, sözleşmelerin genel sona erme sebebi olan ifa¹⁶⁸ ve vekâlet sözleşmesine özgü azil, istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflastır.

¹⁶⁸ Borcu sona erdiren, diğer genel sebepler, vekâlet sözleşmesinin niteliğine ve hükümlerine uygun düşmediğinden uygulanmaz. Tarafların aralarında yapacakları, sözleşmelerinin genel sona erme sebeplerinden olan ibra ile vekâlet sözleşmesine son verilmesi pratik bir anlam taşımaz. Çünkü vekâlette zaten tarafların tek taraflı azil ve istifa hakları mevcuttur. Vekilin vekâleti ifa yükümlülüğü her zaman tek taraflı geri alma ile ortadan kaldırılabilmesi, bu borcun teçdit yoluyla sona erdirilmesine de gerek bırakmaz. Müvekkilin vekâletin ifasına dair alacağının, niteliği bakımından temlikî caiz değildir. Zira bu ifa belli bir müvekkil menfaatine yapılmaktadır. Alacaklının değişmesi halinde borcun niteliği de değişecektir. Vekâletle iş görme borcu, kişiliğin oynadığı önem ve yapma borçlarının misli bir nitelik taşıması nedeniyle takasa da engeldir (bkz. **Tandoğan**, 610-612); **Yavuz**, 1184-1185; **İpekyüz**, 159.

Türk Borçlar Kanunu'nun 512. maddesi, taraflara tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkını tanımakta ve böylece vekâlet sözleşmesini diğer sözleşmelerden özellikle hizmet ve istisna sözleşmelerinden ayıran bir özellik taşımaktadır. Vekâlet sözleşmesinin büyük ölçüde karşılıklı güvene dayanması nedeniyle taraflara tanınan bu hak gereği, her zaman, müvekkil vekili azletme, vekil ise istifa etme hakkına sahiptir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası gereği münasip olmayan bir zamanda azil veya istifa halinde, azledilen veya istifa eden taraf diğer tarafın bu nedenle ortaya çıkan zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

Hekimin borcu, bir sonuç borcu olmayıp bilakis bir işin görülmesini içine alan bir iş görme edimidir. Bu sebeple hekimin borcunu ifa etmiş sayılabilmesi için bir sonucun ortaya çıkması gerekmez. Hekim, hastanın tıbbî tedavisini ve hekimlik sürecini, gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle yapmışsa borcunu ifa etmiş sayılır. Hekimin, edimini tıp kurallarına uygun olarak yerine getirmesi halinde, hasta beklediği sonucu elde edemese de hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Hekim ile yapılan sözleşmede, hastaya karşı yüklenilen edim özenli bir şekilde yerine getirildiğinde sözleşme sona erer. Örneğin, hasta veya kanunî temsilcisi, hekim tıbbî tedaviyi ve hekimlik sürecini son gelişmelerine uygun olarak yerine getirmesi ile taraflar arasında yapılan hekimlik sözleşmesi ifa ile sona erer. Çünkü edimin ifa edilmesi sözleşme konusuz hale gelir¹⁶⁹.

Hekimin yükümlülüğünü nerede ve ne zaman ifa edeceği sözleşmeyle belirlenebilir. Sözleşmede bir hüküm olmadığında işin niteliğine bakmak gerekir¹⁷⁰. Hekim, hastanın evine gidebilir, hatta hastanın evinde de kalabilir. Diğer taraftan, hasta da hekimin çalıştığı yere giderek gerekli işlemleri yaptırabilir. İşin niteliğine bakarak ifa yerini belirleme imkânı yoksa bu konuda özel bir düzenleme olmadığından, ifa yeri ile ilgili bir genel hüküm olan TBK. m.89'a göre hareket edilmelidir. Aynı zamanda her duruma TMK. m.2'yi de gözden uzak tutmamak gerekir.

Hekimin, üstlendiği yükümlülüğünü ifa edeceği zaman ile ilgili olarak da özel bir düzenleme bulunmadığından, yine genel hükümlere müracaat edilmeli ve TBK. m. 90 vd'na göre ifa zamanı tespit edilmelidir. TBK. m. 90'a göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı ya da işin niteliğinden aksi anlaşılmadığı takdirde her borç doğumu zamanında muaccel olur ve alacaklı tarafından derhal ifası talep olunabilir¹⁷¹. Örneğin, hekim, kronik diyabet hastasına tıbbî bakım sağlamak için anlaşmışsa, bu duruma hastanın sürekli yanında bulunarak gerekli girişime bulunması gerekir.

¹⁶⁹ Akıncı, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 1998, Vekâlet, 58.

¹⁷⁰ Akıncı, Vekâlet, 58.

¹⁷¹ Eren, 947; Zevkliler/Gökyayla, Zevkliler, A/Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2014. 508; Yavuz, 1188; Gümü, 193; Aral/Ayrancı, 463.

Hekimlik sözleşmesi, tamamen karşılıklı güven esasına dayanılarak yapılmaktadır. Hasta veya kanuni temsilci her zaman hekimi azledebileceği¹⁷² gibi, hekim de kural olarak her zaman istifa edebilir¹⁷³ (TBK. m. 512). Bu yetkiden önceden feragat edilmesi caiz değildir¹⁷⁴. Tek yönlü irade açıklamasıyla sözleşmeyi ortadan kaldırmanın hasta için mutlak olduğu kabul edilmektedir. Yani, hasta veya kanunî temsilcisinin hekimlik sözleşmesini sona erdirmek için haklı bir sebebe dayanmak zorunluluğu yoktur. Buna karşın hekimin, sözleşmeyi sona erdirmek için mutlaka haklı bir sebebe dayanması gerekir¹⁷⁵. Ayrıca hekim, münasip olmayan bir dönemde istifa edemez, aksi uygulama tazminatı gerektirir¹⁷⁶. Bu durum aynı zamanda TBK m. 512/c. 2’de de düzenlenmiştir. Buna göre, “*ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece haksız azil veya istifa halinde karşı taraf, güvendiği vekâletin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı menfi zararının tazminini isteyebilir. Haklı bir sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdiren hekim, hastayı diğer bir hekime göndermekle yükümlüdür.

Hekimlik sözleşmesinde, hastanın ölümü ile birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer¹⁷⁷. Hastanın fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda hekimlik sözleşmesinden doğan tıbbî edimin etkilenmemesi gerekir¹⁷⁸. Hastanın kanunî temsilcisi önceden kurulmuş sözleşmeyi devam ettirebilir¹⁷⁹. Hastanın başlangıçta kanunî temsilcisinin bulunmadığı durumlarda, hekimin kanunî temsilci atanıncaya kadar tıbbî tedavi edimine devam etmesi gerekir.

¹⁷² Yavuz, 1185; Aral/Ayrancı, 461; İpekyüz, 161; Gümüş, 187; Zevkliler/Gökyayla, 503.

¹⁷³ Yavuz, 1185; Aral/Ayrancı, 461; İpekyüz, 162; Gümüş, 187-188; Zevkliler/Gökyayla, 503-504.

¹⁷⁴ Ott, 71; Akıncı, 87.

¹⁷⁵ Ayan, 146.

¹⁷⁶ Schluep, W.R; *Innominatverträge*, SPR Bd VII, Basel 1979, 940.

¹⁷⁷ Schluep, 940; Uhlenbruck, William; *Der Krankenhausaufnahmevertrag*, Köln 1960, 83; Yavuz, 1187; Aral/Ayrancı, 463; İpekyüz, 163; Zevkliler, 507; Gümüş, 192-193.

¹⁷⁸ Ott, 72; "Kanımızca, müvekkilin tam ehliyetsizliği halinde de, sözleşme veya işin mahiyeti gerektiriyorsa, vekalet sona ermemelidir; talimat verme, azil haklarını, mameleki işlerin söz konusu olduğu hallerde, müvekkilin kanunî temsilcisi dahi, bu hakların kanunî temsilci tarafından müvekkil yararına kullanılmasına engel olmamaktadır; temyiz kudretinden yoksun olan bir hasta talimat veremiyor diye tedaviden de yoksun mu kalmalıdır? Kanuni mümessil, nasıl onun, tedavisi için bir hekimle onun adına yeni bir vekâlet sözleşmesi yapabiliyorsa tedaviye ilişkin mevcut sözleşmeyi de devam ettirebilmelidir" (Tandoğan, 666).

¹⁷⁹ Akıncı, Vekâlet, 107-108.

SONUÇ

Sağlık alanında devletin geçmişten gelen hâkimiyetini belli bir oranda azaltmasıyla özel olarak çalışan hekimler ile hastalar arasında özel hukuk hükümlerinin geçerli olduğu Türk Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmeler yapılmaktadır. Hekimin hastaya karşı üstlendiği asıl edimin yanı sıra aydınlatma, sır saklama vb. TMK m. 2'den doğan yan edimleri de bulunmaktadır. Hekim, hastaya karşı üstlendiği tıbbi müdahale edimini kural olarak bizzat yerine getirmek zorundadır. Ancak bazı istisnai hallerde, başka hekimlerde tıbbi edimi yerine getirebilir. Hekimlik sözleşmesi bünyesinde barındırdığı edimler dolayısıyla bir iş görme niteliğinde vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesinin maddi ediminin yerine getirildiği halleri barındırmaktadır. Bundan dolayıdır ki, hekimlik sözleşmesinin kuruluşu hükümleri ve sona ermesi vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmeye aykırı olarak bir edimde bulunması, bu durumun hastaya zarar vermesi ve hekimin de bu konuda kusurlu olması, nihayet hekimin kusurlu davranışı ile zararlı sonuç arasında uygun bir illiyet bağının bulunması durumlarında hekim hastaya maddi ve manevi tazminat ödemekle yükümlü olur.

KISALTMALAR

ADSHY	: Ağız Diş Sağlığı Hakkında Yönetmelik
AÜHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
BGH	: (Deutscher) Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
D.	: Danıştay
DTB	: Dünya Tıp Birliği
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
EÜHFD.	: Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
MHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
md.	: madde
PN	: Paragraf Numarası
S	: Sayı
SHTK	: Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSYMSYHK	: Türk Soylu Yabancıların Meslek Sahibi Yapılması Hakkında Yönetmelik
TŞSTİDK	: Tabâbet ve Şuabâtı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK.	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurul
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTKİY.	: Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız;** Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Sansının Kaybı, AÜHFD., C. 54, 3, 2005.
- Akipek, Şebnem;** Alt Vekâlet, Ankara 2003.
- Akyol, Şener;** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006.
- Akıncı, Şahin;** Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 1998.
- Akman, Galip Sermet,** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- Antalya, Gökhan;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015.
- Aral, F./Ayrancı, H.;** Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2015.
- Aşçıoğlu, Çetin;** Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Atabek, R/Sezen, M;** Hekimin Mesuliyeti, İBD. 1954. C.XXVIII, S.2, 135 vd.
- Ayan, Mehmet;** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başalp, Nilgün;** Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- Başözen, Ahmet;** Medeni Usul Hukukunda, İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Başpınar, Veysel;** “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları” I. Uluslar arası Tıp Etiği Kongresi Bildiri Kitabı İstanbul 2007.
- Başpınar, Veysel;** Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın ve Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, (Kısaltılışı: Özen).
- Başpınar, Veysel;** Hekimin Özen Borcu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006.
- Baygın, Cem;** Culpa in Contrehendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD., 2000, C. IV, S. 12.
- Bayraktar, Köksal;** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Belgesay, M. R.;** Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954, (Kısaltılışı: Mesuliyet).
- Belgesay, M.R.;** Doktorun Hukukî Borçları, İÜHFİM, 1945, C.11, S. 3-4, (Kısaltılışı: Doktor).
- Belgesay, M. R.;** Tıbbî Deontoloji, İÜHFİM. 1946. C.12, S. 12., (Kısaltılışı: Deontoloji).
- Brennecke, Philipp;** Aertzliche Geschaeftsführung ohne Auftrag, Düsseldorf 2009.
- Büyüksağis, Erdem;** Yaşama Sansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD., Yıl 2005, C.54, 4.

- Büyüksağış**, Erdem; Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007. (kısaltılışı: Maddî)
- Çakmut Yenerer**, Özlem; Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Çakmut**, Özlem Yenerer; Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, in: Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009. (Kısaltılışı: Onam).
- Çilingiroğlu**, Cüneyt; Tıbbî Müdahalelere Rıza Ankara 1993.
- Demir**, Mehmet; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD., C. 57, 3, 2008.
- Demir**, Mehmet; “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayırımı*” Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009. (Kısaltılışı: Armağan).
- Demir**, Mehmet; “*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*” Ankara Barosu AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008. (Kısaltılışı: Koşullar).
- Demircioğlu**, H. Reyhan; Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.
- Deutsch**, Erwin; Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung des Patienten, NJW 1978.
- Deutsch, E/Spickhoff, A**; Medizinrecht, 5. Auflage, 2003.
- Doğan**, Murat; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009.
- Doğan**, Cahid; Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması, in: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009.
- Donay**, Süheyl; Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978.
- Dural**, Mustafa; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in: Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008.
- Eren**, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Bası, 2015. (Kısaltılışı: Özel).
- Erlüle**, Fulya; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bası, Ankara 2015.
- Erman**, Hasan; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998.
- Erman**, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

- Ertaş, Şeref;** Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD 1980, S. 1.
- Erten, Ali;** Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- Erzurumluoğlu, Erzan;** Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, AİTİAD 1976, C. 8, 1-2.
- Figgenger, L;** Zahnarzt und Recht II- Die Aufklaerungspflicht, in: ZM 1989.
- Figgenger, L;** Zahnarzt und Recht III- Die Dokumentationspflicht, ZM 1989.
- Gümüş, Mustafa A;** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012.
- Gürelli, Nevzat;** Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları, İÜHFM 1979, 1980, 81, C.45 – 47, S. 1-4.
- Güven, Kudret;** Kişilik Hakları ve Otanazi, Ankara 2000.
- Hakeri, Hakan;** Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015.
- İnal, Tamer;** Türk Hukukunda Borcun Kaynakları, Borca Aykırılık ve Sonuçları, 5. Bası Ankara 2015.
- İpekyüz, Filiz;** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Karasu, Sinem;** Hekimin Sır saklama Yükümlülüğu, İstanbul 2009.
- Kıcalıoğlu, Mustafa;** Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası Ankara.
- Kırca, Çiğdem;** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kirkit, Ecem;** Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, 2016 Adana.
- Kocayusufpasaoğlu, N/Hatemi, H/Serozan, R/Arpacı, R;** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III. Cilt., 2. Baskı, İstanbul 1998.
- Köprülü, Ömer;** Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD. 1984, C. LVIII, 10-11.
- Kuhn, Moritz;** “Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient” in: Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994.
- Künell, E;** Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines aerztlichen Kunstfehlers, VersR 1980.
- Künell, E;** Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines aerztlichen Kunstfehlers, VersR 1980, C. 21 (A).
- Landolt, Hardy;** Medizinische Dokumentationspflicht – quo vadis?, HAVE 2016.
- Landolt, H/ Herzog-Zwitter, Iris;** Sorgfaltspflicht der Ärzte, HAVE 2016.
- Langmack, H.;** Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğu, İÜHFM 1974, C. 39, S. 1-4.

- Laufs, Adolf;** *Arztrecht*, 3. Auflage, München 1954.
- Loeffler, W.;** *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*, Zürich 1995.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut;** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Bası, C. II*, İstanbul 2014.
- Ott, Werner E.;** *Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes*, Zurich 1978.
- Özdemir, Hayrunnisa;** *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004.
- Özdemir, Hayrunnisa;** *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü*, in: *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara 2009.
- Özgül, Mehmet Emin;** *Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, İstanbul 2010.
- Özpinar, Berna;** *Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara 2007.
- Petek, Hasan;** *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, 1, Y. 2006.
- Richard, E.;** *Zwischenfaelle in der zahnaerztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen*, Berlin, 1968.
- Resioğlu, Seza;** *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler*, V. Sempozyum, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983.
- Sarial, Enis;** *Sağlar arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul 1986.
- Savaş, Halide;** *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları*, 2. Bası Ankara 2011.
- Schluep, W.R.;** *Innominatverträge*, SPR Bd VII, Basel 1979.
- Schroder, K.;** *Probleme der Zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes*, Zürich 1982.
- Serozan, Rona;** "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", *MHAD* 1968.
- Serozan, Rona;** *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, **Serozan, Rona;** *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, III. Cilt., 2. Baskı*, İstanbul 1998.
- Simonin, C.;** *Hekimlikte Meslek Sırrı ve Meslek Mesuliyeti*, AD 1954, S. 5.
- Straeter, J.;** *Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung*, 2006.
- Strauf, Hendrik;** *Die Organisation der Aufklärung*, Hamburg 2010, 35 vd.
- Şenocak, Zariye;** *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998.
- Şenocak, Zariye;** *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara 1995. (Kısaltılışı: İfa yardımcısı).

- Şenocak, Zarife;** "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008. (Kısaltılışı: Özel Sorunlar).
- Şenocak, Zarife;** Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD., C. 50, 4, 2001, (Kısaltılışı: Küçük).
- Tacir, Hamide;** Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.
- Tandoğan, Haluk;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 3. Baskı, Ankara 1987.
- Tandoğan, Haluk;** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957. (Kısaltılışı: Vekaletsiz).
- Taşkın, Ahmet;** Organ ve Doku Nakillerinde hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.
- Tekinay, S/Akman, S/Burcuoğlu, H/Altop, A.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Topuz, Murat;** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.
- Uhlenbruck, William;** Der Krankenhausaufnahmevertrag, Köln 1960.
- Uygur, Atiye;** Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009.
- Wagner, W.;** Zur Aufklaerungspflicht bei Zahnaerztlicher Behandlung.
- Wiegand, Wolfgang;** "Die Aufklaerungspflicht", in. Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994.
- Wiegand, Wolfgang;** Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985.
- Yalçınduran, Türker;** Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.
- Yavuz, Cevdet;** Türk Borçlar Özel Hükümler, İstanbul 2013.
- Yıldırım, M. Fadıl;** Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006.
- Yılmaz, Battal;** "Aydınlatılmış, Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, 2009.
- Zevkliler, A/Gökyayla, E.;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2014.
- Zevkliler Aydın;** Medeni Hukuk, 6. B, Ankara 2000.
- Zeytin, Zafer;** "Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Gore Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu" Roche Sağlık Günleri, 1/Tebliğler, İstanbul 2007.