

AİLE HEKİMLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE RÜCU DAVASI

*Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

ÖZET

Aile hekimliği ülkemizde yeni bir müessese olarak idare hukuku ilkeleri içerisinde şekillendirilmiş bir müessesedir. Aile hekimlerinin atanma usulleri tamamen idare hukuku ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Söz konusu hekimlerin hastalarına tıbbi teşhis ve tedavi sırasında verdikleri zararlarından dolayı idareye karşı dava açılabilir. İdare de zarar gören kişiye ödediği tazminatı ilgili hekimden talep etmesi gerekmektedir. İdarenin hekime karşı talebi idare hukuk çerçevesinde olmayıp ancak yapılan atf dolayısıyla adli mahkemelerde özel hukuk hükümleri doğrultusunda dava açılabilir. Açılan dava tamamen TBK. m. 49 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Ancak bu hükümlerden farklı olarak uygulanacak zamanaşımı hükümleri için TBK. m. 73 uygulama alanı bulur.

Anahtar Kelimeler: Aile Hekimliği, WONCA, Rücu davası, TBK. m. 49, TBK. m. 73

ABSTRACT

Family practice, as a new institute in our country, is an institution that is formed within administrative law principles. The appointment procedures of family physicians are completely carried out in accordance with the principles of administrative law. The administration can be sued because of the damage that the abovementioned physicians cause to the patients during the medical diagnosis and treatments. In this respect, it seems to be essential that the administration must require the compensation, which was paid to the injured person, from the interested physician. It is interesting to highlight that this demand of the administration against physician is not settled within the framework of administrative law, but it can be prosecuted in the court of justice in accordance with the provisions of private of law due to the reference that is made in the law. The lawsuit will entirely subject to Article 49 and the continued provisions of the Turkish Code of Obligations.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

However, unlike those provisions, Article 73 of the Turkish Code of Obligations takes the leading for the provisions of the statute of limitations.

Key Words: Family practice, WONCA, Article 73 of the Turkish Code of Obligations, Article 49 of the Turkish Code of Obligations

I. GENEL OLARAK

Türkiye’de birinci basamak sağlık hizmetlerinin sağlık ocakları temelinde kurumsallaşması, sosyal devlet anlayışının Anayasa’ya girdiği 1960’larda başlatılan “sağlığın sosyalleştirilmesi” süreci ile başlamıştır. 1960’lı yıllarda alınan kararlar, 1980’lerde yaygınlaştırılmış ve bu yıllardan itibaren sağlık ocakları hızla yaygınlaşmıştır. Ancak Dünya Bankası’nın 1990’lı yıllarda Türkiye’ye önerdiği sağlık reformu programları, tedavi edici sağlık hizmetlerinin özel sektör tarafından yerine getirilmesini önerirken, koruyucu sağlık hizmetlerinin kamu sektöründe kalmasını öngörüyordu¹. Dünya Bankası’nca önerilen sağlık reformunun diğer bir ayağını ise birinci basamak sağlık hizmetlerinde “aile hekimliği” sistemine geçilmesi oluşturuyordu. Buna karşılık olarak da sağlık reformunun en hızlı biçimde uygulanmaya konan başlığı, birinci basamak sağlık hizmetlerinde aile hekimliği sistemine geçilmesi olmuştur². Nitekim hükümet programında ve

¹ **Ataay**, Faruk, “Sağlık Reformu ve Yurttaşlık Hakları”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 41, S. 3, Eylül 2008, 74; **Tuaç, Pelin**; *Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukukî Bir Değerlendirme*, İzmir 2009, 135.

² Ülkemiz sağlık hizmetlerinin gelişimi ve organizasyonunda, koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerinin bireylere ulaştırılması yönündeki çalışmalar Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar uzanan gelişim sürecinde hız kazanmıştır. Cumhuriyetin ilan edilmesinin ilk yıllarında itibaren ülkemizdeki bugünkü sağlık teşkilatlandırması ve sağlık hizmetlerinin temeli atılmıştır. Cumhuriyet döneminde bir yandan tedavi hizmet ağını genişletmek istenirken öteki yandan da koruyucu sağlık hizmetlerinde büyük bir atığa geçilmiştir. Cumhuriyet’in ilanı sonrası Dr. Refik Saydam ülkemizde sağlık hizmetlerinin kuruluşunda ve gelişmesinde büyük katkılar sağlamıştır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu (1930)’nda yer alan sağlık politikaları sağlık hizmetlerinin planlanması ve programlanması, koruyucu ve tedavi edici hekimliğin yürütülmesi, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi, tıp fakültelerine ilginin artırılmasına yönelik ilkeler mevcut olup bu ilkeler ışığında sağlık hizmetleri, “geniş bölgede tek amaçlı”/ “dikey örgütlenme” modeli ile yürütülmüştür. Nüfusun çok olduğu yerlerden başlayarak muayene ve tedavi evleri açılmış, koruyucu sağlık hizmetlerinde çalışan hekimler desteklenmiş günümüz sağlıkta dönüşüm programının temelleri daha o zamanlar da atılmıştır. Çağdaş aile hekimliği ile ülkemizde sağlık hizmetlerinin tüm bireylere coğrafi açıdan dengeli şekilde ulaştırılabilmesi, birinci basamak sağlık hizmetlerinin toplumun katılımını sağlayacak şekilde bireylerin yaşadıkları ve çalıştıkları yerlerde koruyucu, tanı koyucu tedavi ve rehabilite edici yönleriyle sunmak temel hedefimizdir. Sağlık hizmeti sunumunda, birinci basamak sağlık hizmetlerinin sürekli eğitimle geliştirilmesi ve güçlendirilmesi,

acil eylem planında yer almış olan ve genel sağlık sigortasının birinci basamağını oluşturacak aile hekimliğine hazırlık olmak üzere, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmadan önce 2004 yılında 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

Ülkemizde 5258 sayılı Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında kanun 24.11.2004 tarih ve 25650 sayılı Resmi Gazete’de, ardından sırasıyla Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında yönetmelik 06.07.2005 tarih ve 25867 sayılı ve Aile Hekimliği pilot uygulaması kapsamında Sağlık Bakanlığı’na çalıştırılan personele yapılacak ödemeler ve sözleşme şartları hakkında yönetmelik 12.08.2005 tarih ve 25904 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu kapsamda 15.09.2005 tarihinde Aile Hekimliği Pilot Uygulamasına Düzce ilimizde geçilmiştir. Halen 81 ilimizde birinci basamakta Aile hekimliği modeli uygulanmaktadır. Aile Hekimliği uygulama yönetmeliği 25.05.2010 tarih ve 27591 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve bu yönetmelik 06.07.2005 tarih ve 25867 sayılı Aile Hekimliği pilot uygulaması hakkında yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. 2010 yılı sonunda tüm illerimizde Aile Hekimliği uygulamasına geçilmiştir³.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ile genel sağlık sigortasının alt yapısının oluşturulması hedeflenmiştir. Nitekim bu husus, 5258 sayılı Kanununun 1. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu*

çalışan hekimler ile diğer sağlık elemanlarının özendirilmesi, birey ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması koruyucu sağlık sistemine ağırlık verilmesi ve kabul edilebilir sevk sisteminin uygulanması ana ilkelerdir. Bu ilkeler ikinci basamakta yığılmayı engelleyecek, ikinci basamakta tedavi edilemesi gereken hastalara yeterince zaman ayrılmasını sağlayacaktır. Aile hekimliğinin multidisipliner bir sağlık yaklaşımı olduğu düşünülürse bütüncül bir sağlık hizmeti yaklaşımını öngörür. Güvene dayalı iletişim kurar, sorunları fiziksel, psikolojik ve sosyal yönleriyle ele alır. Birey merkezli olmasının yanında bütünlüştürücü, süreklilik, aile ve topluma yönelik olma özellikleri nedeniyle aile hekimliği uygulamasının önemli bir yapı taşıdır. Gittikçe artan orandaki yaşlı nüfusun temel sağlık hizmeti gereksinimleri, onları tanıyan ve kolay ulaşabilecekleri aile hekimleri vasıtasıyla çok daha etkili olarak karşılanabilecektir..... Dünya Sağlık Örgütü, 2010 yılına kadar insanların aile ve topluma dayalı temel sağlık hizmetlerine daha iyi ulaşabilmesini, Alma Ata kongresinde de alınan kararın devamı olarak 21. yüzyılda “Herkes için Sağlık” anlayışını hedefleri arasında saymaktadır. Bu hedefi gerçekleştirmeyi amaçlayan Sağlıkta Dönüşüm Programı, aileye dayalı temel sağlık hizmetlerini gerekli eğitim ve beceri ile donanmış sağlık ekipleriyle, entegre bir şekilde sunmayı öngörmektedir. Dünyanın pek çok ülkesinde aile hekimliği başarıyla uygulanmış olup ülkemizdeki aile hekimliği uygulama çalışmaları desteklenmektedir. (naklen <http://ailehekimligi.gov.tr/aile-hekimlii/tuerkiyedeki-aile-hekimlii.html>, UT. 22.05.2015).

³ <http://ailehekimligi.gov.tr/aile-hekimlii/tuerkiyedeki-aile-hekimlii.html>, UT. 22.05.2015).

Kanunun amacı; Sağlık Bakanlığının pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemektir.” hükmüne yer verilmiştir.

II. AİLE HEKİMİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Aile hekimliğinden söz edebilmek için, öncelikle bunu icra etmeye yetkili bir kişi tarafından yapılmış olması gerekir. Hatta bazı yazarlar, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlardan en önemlilerinden birini, müdahalede bulunanın hekim olması, unsurunun oluşturduğunu iddia etmektedirler⁴. Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre, "*pratisyen hekimler*" ve "*uzman hekimler*" olmak üzere iki ayrı gruba ayrılırlar. Pratisyen hekimler, sadece lisans eğitime dayalı olarak tıp mesleğini icra eden kişilerdir. Uzman hekimler ise, lisansüstü eğitim görmüş kişilerden oluşur. Hukukumuz bakımından uzmanlık eğitimi, 5.4.1973 tarihli ve 7/6229 sayılı Tababet Tüzüğü hükümleri 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. Ayrıca 3153 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerine göre "*röntgen şuaı, radyum emisyonu yahut radyum mürettebatı ile veya her türlü elektrik aleti ile teşhis ve tedavi yapmak bu dalda uzmanlığı gerektirir*" hükmünü ihtiva etmektedir.

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.

Hukukumuz bakımından kimlerin tıp mesleğini yürütmeye yetkili oldukları, 11. 4. 1928 tarih ve 1219 sayılı TŞSTİK ile 23. 11. 1953 Tarih ve

⁴ **Bayraktar, Köksal;** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, 11 vd; **Özek, Çetin;** Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalelerde Bulunmak Hakkının Sınırları, İTFM 1965, C. XXVIII, S. 4, 450; **Sarıal, Enis;** Sağlık arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, 50 vd.

6023 sayılı TTBK hükümlerinde tespit edilmiştir. Buna göre, hekimlik mesleğinin icrası için Türk vatandaşı olmak (TŞSTİDK. m. 1), tıp fakültesi diplomasına sahip olmak (TŞSTİDK. m.2), tabip odasına kayıtlı olmak (TTBK.m.7), hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak (TTBK. m.39/I, C) şartları aranmaktadır. Konunun önemi açısından bu şartları daha yakından incelemekte fayda vardır.

Ülkemizde hekimlik mesleğinin nasıl sürdürüleceği, 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında hekimlik sanatını icra edebilmek için Türk vatandaşı olmak şarttır⁵.

B. Aile Hekimi Kavramının Tarihçesi

19. yüzyılda sanayi devrimi döneminde çok ağır koşullar altında çalışmaya başlayan işçi sınıfının haklı taleplerini bastırabilmek için oluşturulan ilk sigorta uygulamaları (1883 – Almanya) ve bununla bağlantılı olarak madenlerde, fabrikalarda, çalıştırılan hekimler aile hekimi olarak adlandırılmasalar da günümüz aile hekimliğinin başlangıcını oluşturduklarını söylemek mümkündür⁶. Zamanla işçi sınıfındaki örgütlenmenin gelişmesi ve sendikal hareketler sonucu hekimler muayene faaliyetine de başlamışlardır. Böylelikle daha çok Batılı ülkelerin ekonomik ve toplumsal yapılarına uygun, genellikle baktığı hasta ve listesindeki kayıtlı kişi başına ücret alan bir hekimlik şekli ortaya çıkmıştır⁷. Aile hekimliğinin uzmanlık dalı olarak ortaya çıkışı da diğer uzmanlık dalları gibi gereksinim sonucu olmuştur. Aile hekimliğine gereksinim ilk olarak, özellikle 1960'larda tıp biliminde uzmanlaşmanın artması sonucunda hastaların tedavi görememesi ve insanları bir bütün olarak ele alacak bir uzmanlık dalının gereksinimi sebebiyle ortaya çıkmıştır.

1948'de İngiltere'de Ulusal Sağlık Hizmetlerinin kurulmasıyla oluşturulan aile hekimliği, ilk kez bir uzmanlık dalı olarak, 1952'de İngiltere'de "Aile Hekimleri Kraliyet Koleji"nin (Royal College of General

⁵ **Belek İlker/Kılıç Bülent**; "10 Soruda Aile Hekimliği – Doktorluğu, Yanlışlar Değil Doğrular, Yalanlar Değil Gerçekler", Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2003, C. 18, 6, 414.

⁶ **Belek/Kılıç**, 414; **Tuaç**, 136-137.

⁷ **Belek/Kılıç**, 415; **Rakel Robert E.**, "Textbook of Family Practice", The Family Physician, 5th Edition, Philadelphia 1995, 12; **Tuaç**, 137.

Practitioners) kurulmasıyla da resmîyet kazanmıştır⁸. İngiltere’den sonra Amerika Birleşik Devletleri ve 1970’li yıllardan itibaren de Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz gibi ülkeler aile hekimliğini bir uzmanlık dalı olarak tanımıştır. Nitekim aile hekimliğinin uluslararası örgütü olan WONCA⁹ aile hekimliğinin kuruluş amacına uygun bir tanımlamaya yer vererek, aile hekimlerini artık *küresel aile hekimleri* olarak tarif etmektedir.

Aile hekimliği ülkemizde de tüm dünya ile birlikte eş zamanlı olarak 1970’li yıllarda tartışılmaya başlanmış ve o dönemlerde genel olarak sağlık ocağı hekiminin görevlerinden biri olarak düşünülmüş, ayrı bir uzmanlık olması fikri genel olarak kabul görmemiştir¹⁰.

Aile hekimliği ülkemizde ilk olarak 1983 yılında yapılan değişiklik ile Tababet Uzmanlık Tüzüğü’nün 10. maddesinde yer almıştır¹¹. İlk Aile Hekimliği Anabilim Dalı ise 1984 yılında Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde kurulmuş ancak faaliyete geçememiştir¹². YÖK Yürütme Kurulu’nun 24.06.1993 tarihli toplantısında, Üniversiteler Arası Kurul’un olumlu görüşe de dikkate alınarak, aile hekimliği bölümlerinin Dâhili Tıp Bilimleri Bölümüne bağlı bir Anabilim Dalı olarak kurulmasına karar

⁸ Wonca, 1972 yılında, Melborn’de, 5. Dünya Genel Pratisyenlik Kongresi sırasında resmen kurulmuştur. Wonca, “Dünya Aile Hekimleri/Genel Pratisyenler Ulusal Kolej, Akademi ve Akademik Kuruluşları Birliği”; yani, “The World Organization of National Colleges, Academies and Academic Associations of General Practitioners / Family Physicians” ifadesinin ilk beş kelimesinin baş harflerinden oluşan bir akronimdir. Kısa adı ile “Dünya Aile Hekimleri Örgütü”; yani “World Organization of Family Doctors” olarak ifade edilir. Wonca’nın misyonu aile hekimliğinin ilke ve görevlerini tanımlamak, değerlerini yüceltmek; bireylere, aile ve toplum yönelimli kişisel, kapsamlı ve sürekli bakım vermeyi destekleyerek aile hekimlerinin verdiği hizmetin yüksek standartlarını koruyup geliştirmek; akademik kuruluşlarının gelişmesine destek vermek; üye kuruluşlar arası bilgi ve deneyim paylaşımına uygun ortam sağlayarak, eğitim, araştırma ve hizmet sunumu aktivitelerini temsil etmek ve tüm bunların sayesinde dünya insanların yaşam kalitesini yükseltmektir. 1990 yılında kurulmuş olan Türkiye Aile Hekimleri Uzmanlık Derneği (TAHUD), 2003 yılı dan beri Wonca’ya tam üyedir (**Karataş İrep**, “Dünden Bugüne Wonca”, Aile Hekimliği Dergisi, C. 2, 4, Y. 2008, 6); Bu tarife uygun olarak da 2003 yılından itibaren Wonca’nın erişim sitesinin adresi, www.globalfamilydoctor.com, olarak kullanılmaktadır.

⁹ **WONCA**: World family Doctors Caring People, (Dünya Aile Doktorları Birliği).

¹⁰ **Tüzer/Görpeliolu**, 848.

¹¹ 18.04.1973 tarih ve 14511 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Daha sonra bu tüzüğün yerine, 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü çıkarılmıştır. Ancak söz konusu Tüzükte aile hekimliği kavramı hiç yer almamaktadır.

¹² **Tüzer/Görpeliolu**, 848.

verilmiştir. Bu gelişme üzerine aynı yıl Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Aile Hekimliği Anabilim Dalı kurulmuştur. Türkiye'de Aile Hekimliği Anabilim Dalı kurulmuş olan tıp fakültelerinin sayısı 38'dir¹³. Aile Hekimliği alanında 5 profesör, 11 doçent ve 35 yardımcı doçent, 1100'ü aşan uzman ve yüzlerce araştırma görevlisi bulunmaktadır¹⁴.

C. Aile Hekimi Kavramının Tanımı

Ulusal mevzuatımızdaki aile hekimliği tanımını incelemeye geçmeden önce WONCA tarafından yapılan ve aile hekimliğinin insanın organ ya da sistemlerini inceleyen diğer klinik uzmanlık dallarından farklı bir uzmanlık dalı olduğunu vurgulayan tanımını belirtmekte fayda bulunmaktadır¹⁵. İlgili tanıma göre, aile hekimleri yaş, cinsiyet ve rahatsızlık ayrımı yapmaksızın tıbbî bakım arayan her bireye kapsamlı ve sürekli bakım sağlamadan sorumlu kişisel doktorlardır. Bireylere kendi aile, toplum ve kültürleri bağlamında hizmet sunarlar; bunu yaparken her zaman hastalarının bağımsız kişiliklerine saygı duyarlar. Rahatsızlıklarının yönetimini hastalarıyla görüşürken, yineleyen temaslarla oluşan bilgi birikimini ve güveni kullanarak fiziksel, ruhsal, toplumsal, kültürel ve varoluşsal etkenleri birlikte değerlendirirler. Aile Hekimleri mesleki görevlerini, sağlığı geliştirerek, hastalıkları önleyerek, sağaltım, bakım ya da rahatsızlıklarda hafifletme sağlayarak yerine getirirler. Bu, sağlık gereksinimlerine ve hizmet sundukları toplumun var olan kaynaklarına göre ve gerektiğinde bu hizmetlere ulaşmada hastalara yardımcı olarak ya doğrudan kendileri tarafından ya da diğer meslek çalışanlarının hizmetleri aracılığıyla gerçekleştirilir. Aile hekimleri etkili ve güvenli bir hasta bakımı için, kendi becerilerini, kişisel yaşamlarındaki dengeleri ve değerleri sürdürme ve geliştirme sorumluluğunu üstlenmek zorundadırlar.

1978'de yapılan Alma Ata Uluslararası Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri Konferansı'nın sonuç bildirisinde de, verilmesi gereken hizmetler yedinci madde içinde, yukarıdaki tanımla uyumlu bir şekilde sıralanmıştır¹⁶.

¹³ **Dilek Zühal**; Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Aylık Haber Bülteni, Şubat 2009, Y. 6, 76, 6.

¹⁴ **Dilek**, 6.

¹⁵ **Wonca Europe**; Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı, Türkiye Aile Hekimleri Uzmanlık Derneği Yayınları - 3, 2002, 5.

¹⁶ **WHO**, International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR, 6-12 September, 1978.

5510 sayılı Kanun'un¹⁷ “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin aynı başlıklı 4. maddesinde aile hekimi, Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve Kurum ile sözleşme yapmış hekim olarak tanımlanmıştır (5510 m. 3/24; GSSY m. 4/I-a).

Aile hekimliği konusunda daha kapsamlı bir tanım yapan Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun¹⁸'a göre aile hekimi, “kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir” (5258 m. 2). Aynı tanım, Aile Hekimliği Uygulaması Hakkında Yönetmelik ve Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelikte¹⁹ de yer almaktadır (Pilot Yön. m. 3; Ödeme Yön. m. 3).

III. AİLE HEKİMİ OLABİLMENİN ŞARTLARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretilerde ve uluslararası literatürde de kabul gördüğü üzere, aile hekimliği herhangi bir “finansman sistemi” ya da “hizmet sunum organizasyon şekli” değil, birinci basamak sağlık hizmetlerinin sunumunda yer alan bir “uzmanlık dalı” bir “tıp disiplini”dir²⁰. Dolayısıyla bundan sonraki açıklamalarımızı bu hususu dikkate alarak yapmayı uygun görmekteyiz.

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da yapılan aile hekimliği tanımında aile hekimi olabilmek için, tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olmak gerektiği vurgulanmaktadır (m. 2/I). Aynı şekilde, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelikte, sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerinde aranan şartlar belirtilmiştir:

¹⁷ RG.T. 16.06.2006, S. 26200, KT. 31.05.2006.

¹⁸ RG. T. 09.12.2006, S. 25665.

¹⁹ RG. T. 30.12.2010, S. 27801.

²⁰ Pekcan/Uğurluoğlu, 822; Sözer, 7; Tüzer/Görpeliolu, 850.

1. Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili olmak,
2. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun⁵² 48. maddesinin (A) bendinin 4., 5. ve 7. alt bentlerinde belirlenen şartları taşımak,
3. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’ne göre aile hekimliği uzmanı olmak,
4. Sağlık Bakanlığı’nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip olmak,
5. Sağlık Bakanlığı’nın öngördüğü eğitimleri alan (uzman olmayan) tabip olmak (Ödeme Yön. m. 5).

Kanun ve Yönetmelikte hükme bağlanan söz konusu düzenlemelerden, aile hekimi uzmanı ve aile hekimi şeklinde iki farklı kavram ortaya çıkmaktadır. *Birincisi*, 3 yıl hastanelerde, üniversitelerde, ilgili kanunlarla kendisine yetki verilen kurumlar tarafından eğitilerek uzmanlık belgesi almaya hak kazanmış aile hekimi uzmanları. *İkincisi*, sadece Sağlık Bakanlığı’nın verdiği eğitimleri alan diğer uzman hekimler veya pratisyen hekimler. Bu iki grup hekim de aile hekimi olabilmektedir. Ancak aile hekimliği bir uzmanlık dalı, bir tıp disiplini olarak kabul görmekte ise, aile hekimi uzmanı ile aile hekimini aynı değerlendirmemek gerekmektedir. Şu anda Sağlık Bakanlığı geçici bir dönemde mevcut pratisyen hekimleri kısa bir eğitimden geçirerek aile hekimi yapmaya çalışmaktadır. Ancak, aile hekimliği uzmanlık alanı ülkemizde yeni olduğu için, ihtiyacı karşılayacak sayıda uzman hekim istihdam edebilmek mümkün görülmemektedir²¹. Anılan nedenle, 5258 sayılı Kanun’da uzman tabip veya (uzman olmayan) tabiplerin sözleşme yapılarak aile hekimi olarak çalıştırılabileceği kabul edilmiştir. Ancak sağlık hizmetlerinin sağlık ve yaşam hakkının sağlanması açısından önemi dikkate alındığında, aile hekimi uzmanı olmayan, sadece Sağlık Bakanlığı eğitimlerini alan uzman tabibi veya tabibi aile hekimi olarak kabul etmek kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir²².

Aile hekimi uzmanı olmayanların aile hekimi olabilmeleri için getirilen

21 Türkiye’de kapsamlı bir aile hekimliği uygulamasına geçmek için yaklaşık 20.000 aile hekimine ihtiyaç olduğu tahmin edilmektedir (**Belek/Kılıç**, 418; **Dilek**, 6). Kısa sürede bu kadar aile hekimi yetiştirmenin imkânsız olduğu düşünüldüğünde de, aile hekimliğine geçiş sürecinde pratisyen hekimlerin kısa bir eğitimden sonra aile hekimi olmasının kaçınılmaz olduğu savunulmuştur (**Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet**, “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, 3, 2004, 272; **Dilek**, 6). Pratisyen hekimlerin kısa bir eğitimden sonra aile hekimi olmasının kaçınılmaz olduğu savunulmuştur (**Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet**, “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, 3, 2004, 272; **Dilek**, 6).

22 **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 923; **Okur/Ergin**, 634.

eğitim şartı, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'te hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin eğitim başlıklı 17. maddesine göre, “*Aile hekimlerine iki aşama halinde eğitim verilir ve bu eğitimlerin içeriği Bakanlıkça belirlenir. Birinci aşama eğitim programının süresi en çok on gündür. İkinci aşama eğitimi ise uzaktan eğitim tarzında yapılacak şekilde planlanarak birinci aşama eğitiminin bitiminden sonra başlar ve süresi en az on iki aydır. Bu eğitimlerde Bakanlığın belirlediği kriterlere göre başarılı olmak esastır*”. İki aşamalı eğitimin süresi ve içeriği Bakanlık tarafından belirlenecektir. Aile hekimliği uzmanlarının birinci ve ikinci aşama eğitimlere katılması zorunlu değildir (Pilot Yön. m. 17/II). Bunun yanında, Aile hekimliği uzmanlarının birinci ve ikinci aşama eğitimlere katılması zorunlu değildir. Sözleşme imzalamış aile hekimliği uzmanları, uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; içeriği, süresi ve standartları Bakanlıkça belirlenen diğer hizmet içi eğitimlere alınabilirler. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, bu madde kapsamında alınması öngörülen her eğitim süresinin en az % 80' ine devam etmek zorundadırlar (Pilot Yön. m. 17/III).

Eğitimin ilk aşaması olan on günlük süreçte aile hekimlerine, görevleri, hastayla iletişim, birinci basamak sağlık hizmetlerinin temel özellikleri, sağlıkta örgütlenme ve finans modellerinin yapısı, hasta kayıt ve kodlama sistemleri konularında eğitimler verilmektedir²³. Ayrıca kurs öncesi ve sonrasında adaylara ön test ve son test uygulanmakta olup, kursun sonunda belirli bir sınav öngörülmemiştir. Kursu başarıyla tamamlamanın tek şartı devam olarak belirlenmiş ve başarılı olup olmamayı sınavın herhangi bir ölçüt getirilmemiştir²⁴. Nitekim eğitimin tamamına katılanlara başarılı olduklarını değil, sadece katılım sağladıklarını belgeleyen “Uyum Programı Katılım Sertifikası” adı altında bir sertifika verileceği öngörülmüştür²⁵.

Eğitimin ikinci aşaması olan bir yıllık eğitim ise görev yerinde eğitim ve koçluk yöntemlerinin kullanılacağı bir süreci ifade etmektedir²⁶. Bu eğitimi tamamlayan hekimlere de “*Aile Doktorluğu Sertifikası*” adı altında bir sertifika verileceği ifade edilmiştir²⁷. Görev yerindeki bir eğitimden söz

²³ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 923; Okur/Ergin, 634.

²⁴ Görpelioğlu, 8; Sözer, 8.

²⁵ Görpelioğlu, 8.

²⁶ Görpelioğlu, 7.

²⁷ Uğurlu, Mehmet/Kasım, İsmail/Korukluoğlu, Sinan/Üstü, Yusuf/Doğusan, Ahmet Reşat; “Aile Doktorluğunda Özlük Hakları”, Aile Doktorları İçin Kurs Notları, 1. Aşama, Sağlık Bakanlığı, Ankara 2004, 210.

edildiğine göre, aile hekimi on günlük olan birinci aşama eğitimden sonra göreve başlamış olacak ve ikinci aşama eğitimi bundan sonra gerçekleşecektir. Yani aile hekimliği uzmanlık eğitimi almamış bir hekimin on günlük eğitim sonrasında aldığı sertifika ile aile hekimi olarak göreve başlaması söz konusudur. Paralel yönde bir düzenlemeyi Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde görmekteyiz. Uyum Programı Katılım Sertifikası alan ve birinci aşama uyum eğitimi verdiğini belgeleyen uzman tabip veya tabiplerin, eğitici olarak katıldığı her bir eğitimin, Yönetmeliğin ekinde yer alan (EK-2)'deki tabloya göre ek puanlamaya tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddede sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerinin ilk yerleştirmelerinde uygulanacak esaslar belirlenmiş ve yine hekimin tabi tutulduğu on günlük eğitim, aile hekimi olabilmesi için yeterli görülmüş. Bunun yanında alınan her eğitimin puan olarak eklenmesi de düzenlenmiştir.

Aile sağlığı elemanı olabilmek için ise, sağlık meslek liseleri veya yüksek öğrenim kurumlarının ebelik, hemşirelik veya sağlık memurluğu (toplum sağlığı) bölümlerinden mezun olmak gerekmektedir (Ödeme Yön. m. 5/I).

IV. AİLE HEKİMLERİNİN STATÜLERİ

A. Genel Olarak

Çalışmamızda aile hekimleri ile ilgili düzenlemelerde aile hekimleri için belirlenen statülere ve özelliklerine yer verildikten sonra söz konusu bilgiler ışığında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının hangi statüde ve hangi tür sözleşme ile istihdam edildikleri konusu tartışılacaktır. Çünkü bu hususları tespit edebilmek için aile hekimleri ile ilgili yapılan düzenlemelerin ayrıntısıyla incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile hekimlerinin 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile çalışma esas ve usulleri ile tüm özlük haklarının Yönetmeliklerle düzenlenmesinin öngörülmesi karşısında, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi kuralına aykırıdır.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un personelin statüsü ve mali haklarını düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasında, Sağlık Bakanlığı'nın hekimlerle aile hekimliği sözleşmesi yapmaya yetkili

olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca aynı aile sağlığı merkezinde görev yapan her bir aile hekimi ayrı ayrı sözleşme yapmak zorundadır (Pilot Yön. m. 20/I).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, aile hekimliği ile ilgili düzenlemeler ileride çıkarılacak genel sağlık sigortasına hazırlık olmak üzere getirilmiştir. Ancak 5258 sayılı Kanun ile daha sonra çıkarılan 5510 sayılı Kanun arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. Söz konusu uyumsuzluklardan biri, 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde yapılan aile hekimi tanımıdır. Tanıma göre, aile hekimi, Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapmış hekimdir (5510 m. 3/I-24). Oysa daha önce yürürlüğe giren 5258 sayılı Kanun, aile hekimlerinin Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapacaklarını düzenlemiştir. Pilot olarak aile hekimliğinin uygulandığı illerde de aile hekimleri Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapmaktadır. Ancak, asıl olarak amaçlanan aile hekimlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapması ve buna bağlı olarak sistemin Genel Sağlık Sigortası'ndan finanse edilmesidir²⁸. Pilot uygulama kapsamında sistem şimdilik Sağlık Bakanlığı bütçesinden finanse edilerek ücretsiz olmakla beraber, sistem tam olarak uygulandığında Genel Sağlık Sigortası'ndan finanse edilecektir. Nitekim Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinin geçiş hükümlerini düzenleyen geçici 1. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, Sağlık Bakanlığı ile yapılan aile hekimliği sözleşmelerinin Kurumca aile hekimleri ile sözleşmeler yapıncaya kadar geçerli kabul edileceği belirtilerek, sistemin Genel Sağlık Sigortası'na aktarılacağı öngörülmektedir. Sistem Genel Sağlık Sigortasına aktarıldıktan sonra, hastaların aile hekimliği hizmetlerinden yararlanabilmeleri için primlerini düzenli ödemeleri gerekecek, aksi takdirde hizmetten yararlanamazlar.

Bir diğer tartışma konusu, Sağlık Bakanlığı'nın kimlerle aile hekimliği sözleşmesi yapacağı ve bunların statülerinin ne olacağı hususudur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında kamu kurumlarından eleman temin edilememesi ve ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan aile hekimi çalıştırılabileceğinin düzenlenmesi, aile hekimlerinin öncelikli olarak kamu görevlileri arasından çalıştırılacağı anlamına gelmektedir. Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimlerini kamu görevlisi olan hekim ve uzman hekimlerden ayrıca, kamu görevlisi olmayan hekim ve uzman hekimlerden de bahsedilmektedir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2). Bu durumdaki uzman hekim ve

²⁸ Ataay, 175; Okur, 130; Sözer, Kimin Yararına, 30.

hekimlerle Sağlık Bakanlığı'nın önerisi ve Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine, aile hekimliği sözleşmesi yapılmaktadır (5258 m. 3/II).

Aynı maddenin 1. fıkrasına göre, “*Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı ... kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine... sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir*” (5258 m. 3/I). Nitekim aynı yönde bir düzenleme Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik'in 1. maddesinde de, Sağlık Bakanlığı'nca aile hekimleri ile sözleşme yapılacağı veya Sağlık Bakanlığı'nca uzman tabip/tabiplerin görevlendirileceği düzenlenmiştir (Ödeme Yön. m. 1). Aynı şekilde, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in Aile Hekimliği Uygulamasında Atama ve Nakille İlgili Usul ve Esaslar başlıklı EK-1 düzenlemesinin 2. maddesinde sözleşme ile çalıştırılacak aile hekimleri ile görevlendirme hususu ayrı ayrı ifade edilmiştir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2/A, C).

Ayrıca 28.03.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁹ ile 7.05.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 5. maddesine eklenen yeni bir fıkra ile aile hekimi ihtiyacının kamu görevlisi olan hekimlerle sözleşme yapılması veya resen görevlendirilmeleri suretiyle karşılanması ile ilgili; “*Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, buldukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalıştırılabilirler veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilirler ...*” hükmü getirilmiştir.

Diğer bir grup istihdam edilen aile hekimi ise, kamu görevlisi olmayan, ancak Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan uzman tabip ve tabiptir (5258 m. 3/II). Bu kişiler Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü ile sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir.

Yukarıda ifade edilen düzenlemelerden üç sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, kamu kurumlarında görevli hekimler talepte bulunarak ve kurumlarının da izinleri ile aile hekimi olarak ve sözleşme temeline dayanarak görev yapabileceklerdir. İkinci olarak ise, Sağlık Bakanlığı aile

²⁹ 04.04.2007 tarih ve 26483 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

hekimini olabilecek niteliklere sahip personelini bu göreve resen atayabilecektir³⁰. Üçünü olarak da, kamu görevlisi olmayan hekimler, kendi istekleri doğrultusunda Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yaparak aile hekimi olabileceklerdir.

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinde aile hekimlerinin statülerini belirleye(meye)n ve üzerinde durulması gereken bir ifade kullanılmıştır. Şöyle ki, kamu görevlisi olan aile hekiminin statüsü, "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılacak hekim" olarak tanımlanmaktadır (5258 m. 3/I). Hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 128. maddesi, "Devletin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile yürütülür" hükmünü getirmiştir. Ayrıca kamu görevlilerinin nitelikleri, atanması, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği de ifade edilmiştir. Bunun yanında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 5. maddesi gereği, kamu görevlileri ancak bu Kanunda tanımlanan biçimlerde çalıştırılabilmektedir³¹. 5258 sayılı Kanun'da, "657 sayılı Kanun'a bağlı olmaksızın" denmekle, kanuna ve Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmaktadır. Netice itibariyle, Kanundaki söz konusu düzenlemelerden aile hekimleri hukukî statüsü belirsiz bir konuma getirilmiştir.

Hukumumuzda karşılığı bulunmayan bir statü öngören yukarıdaki maddenin ve devamla 6. maddede yer alan, "aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda devlet memurları gibi kabul edilirler" hükmünün bir arada uyumlu bir şekilde hukuk içinde irdelenmesi çok zordur. Mevcut düzenleme, aile hekimlerini *statüsüz* bir konuma sokmakta, onlara uygulanacak hukuku da belirsiz bırakmaktadır. Aile hekimlerinin sağlık hizmeti sunduğu ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı olarak sözleşme ile çalıştıkları düşünüldüğünde, aşağıda ayrıntıları ile incelenecek olan

30 Sözer, *Organizasyon*, 9.

31 657 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, bu Kanuna tabi kurumların, 4. maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacakları düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı da genel bütçeli kurumlar içinde sayıldığından 657 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre bu Kanuna tabi bir kurumdur ve 4. maddedeki dört istihdam şeklinden birine göre personel çalıştırılmalıdır. 4. maddedeki istihdam şekilleri şunlardır: memur, sözleşmeli personel, geçici personel, işçi.

sözleşmeli personel statüsünün aile hekimlerinin istihdam biçimlerine daha uygun olduğu ifade edilebilir.

B. Kamu Görevlisi Olan ve Sözleşme İle Çalışan Hekim ve Uzman Hekimler

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, *“Sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanları kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar ve bunların kadroları ile ilişkileri devam eder. Bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir.”* hükmü getirilmiştir (5258 m. 3/III). Söz konusu hükümde, kamu görevlisi olup daha sonra sözleşmeli aile hekimi olarak çalışmaya başlayanlar için kadroları ile ilişkilerinin süreceği, bir *“aylıksız veya ücretsiz izinli”* statüsü oluşturulacağı, talepleri halinde eski görevlerine atanacakları ve sözleşmeli sürelerinin intibaklarının yapılacağı belirtilmektedir³². Aile Hekimliği Pilot

³² Ağustos 2005'te kamu sendikalarına dağıtılan *“Kamu Personeli Kanun Tasarı Taslağı”* 53. maddesi ile kadrosu kaldırılan memurların en geç 6 ay içinde kendi kurumlarında niteliklerine uygun kadroya atanacağı veya aynı pozisyonda olmak üzere kurumlarında olanak yoksa başka bir kurumda olmak üzere görevlendirileceği ve geçici 1. maddesi ile, kadrolar herhangi bir nedenle boşaldığında başka işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Bu taslak, bu hali ile yasalaştığı takdirde, boşalmış bulunan kadroların iptali sonucu, aile hekimliğini *“sözleşmeli”* yapmayı kabul eden devlet memuru bir sağlık ocağı hekiminin ilişkisinin süreceği bir kadrosu kalmayacağından, geri dönme talebi halinde kadrosu ve buna bağlı haklarının korunacağına ilişkin düzenleme, gerçeği ifade etmemekteydi. Ancak 24.03.2007 tarih ve 26472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliğe göre memur, aile hekimliği uygulaması nedeniyle ücretsiz izne ayrıldığı birimin kaldırılması halinde bu birimin bulunduğu İlçe Sağlık Grup Başkanlığına atanır. Böylece hekimin geri döndüğü aynı kadro görev yerinde kalmama hali olanaklı hale getirilmiştir. Bir başka deyişle, dayanağı 5258 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'in eski halinde, açıkça bir düzenleme olmamakla, görünürde bir güvence verilirken, son değişiklik ile bu durum değiştirilmiştir. *“Memuriyet görevine geri dönen personelin”*, kadroya atanacağı veya aynı pozisyonda olmak üzere kurumlarında olanak yoksa başka bir kurumda olmak üzere görevlendirileceği ve geçici 1. maddesi ile, kadrolar herhangi bir nedenle boşaldığında başka işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Bu taslak, bu hali ile yasalaştığı takdirde, boşalmış bulunan kadroların iptali sonucu, aile hekimliğini *“sözleşmeli”* yapmayı kabul eden devlet memuru bir sağlık ocağı hekiminin ilişkisinin süreceği bir kadrosu kalmayacağından, geri dönme talebi halinde kadrosu ve buna bağlı haklarının korunacağına ilişkin düzenleme, gerçeği ifade etmemekteydi. Ancak 24.03.2007 tarih ve 26472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliğe göre memur, aile hekimliği uygulaması nedeniyle ücretsiz izne ayrıldığı birimin kaldırılması halinde bu birimin bulunduğu İlçe Sağlık Grup

Uygulaması Hakkında Yönetmelik'in 13. maddesi de, sözleşmeli aile hekimlerinin bu görevlerini yürüttükleri sürece kurumlarından ücretsiz izinli sayılacaklarını ve kadroları ile ilişkilerinin devam edeceğini düzenleyerek Kanun ile paralel bir düzenleme getirmiştir (Pilot Yön. m. 13/I).

Devlet Memurları Kanunu'nun 108. maddesinde tek tek sayılan ücretsiz izin alabilecek memurların derece, kademeleri ve kıdemleri ile ilgili hakları, Devlet Memurları Kanunu'nda ayrı maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel kanunlarla ikinci görev olarak sözleşmeli çalıştırılabilecekleri düzenlenen memurlar hakkında da Devlet Memurları Kanunu'nda (örneğin 657 ek geçici m. 47) düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, Devlet Memurları Kanunu'nda böyle bir düzenleme olmaksızın aile hekimlerine sözleşmeli statüde geçen süreleri için derece ve kademe verilmesine ilişkin Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesindeki düzenlemenin kanaatimizce uygulanabilirliği tartışmalıdır. Çünkü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu genel nitelikli olup tüm memurlara uygulanabilen bir kanundur. Yine Devlet Memurları Kanunu'nun 64. ve 68. maddelerinde kademe ve derecede ilerleme şartları arasında o yıl içinde olumlu sicil almış olma düzenlenmektedir. Ancak Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da ve ilgili yönetmeliklerde aile hekimlerine sicil doldurulmasına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, ücretsiz izinli memura sicil doldurulup doldurulamayacağı hususunda da mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda derece ve kademe ilerlemelerinin nasıl yapılacağı da belirsizleşmektedir.

Kamu görevlisi statüsünde çalışırken Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yaparak aile hekimi olan bu hekimlerin, kadroları karşılık gösterilen sözleşmeli personel statüsünde çalıştırıldıklarına şüphe yoktur. Zaten kamu görevlisi olan hekimlerin sözleşmeli personel niteliğindeki kamu görevlisi olarak kalmaya devam etmeyip, işçi veya geçici personel statüsünde olduklarını savunmak hukuka uygun olmayacaktır. Ancak, bu noktada tereddüt yaratan husus, yukarıda da söz edildiği üzere, bu hekimlerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na bağlı olmayacaklarının 5258 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olmasıdır (5258 m. 3/I). Ancak, aşağıda statülerini

Başkanlığına atanır. Böylece hekimin geri döndüğü aynı kadro görev yerinde kalmama hali olanaklı hale getirilmiştir. Bir başka deyişle, dayanağı 5258 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'in eski halinde, açıkça bir düzenleme olmamakla, görünürde bir güvence verilirken, son değişiklik ile bu durum değiştirilmiştir. “*Memuriyet görevine geri dönen personelin*”, aynı il içinde personel dağılım cetveline göre açık olan ve doluluk oranlarına göre ihtiyaç duyulan bir yere; “ilk 30 günde ve İl Sağlık Müdürlüğü'nün uygun görmesi halinde” ancak yer değiştirme suretiyle atanabileceği, daha sonra ise; “Bakanlık atama ve nakil mevzuatına tabi olacağı” düzenlenmektedir.

belirlerken yapacağımız açıklamalar ışığında bu düzenlemenin, aile hekimlerinin kamu görevlisi niteliğindeki sözleşmeli personel statülerini etkilemeyeceğini göreceğiz.

C. Kamu Görevlisi Olan ve Resen Görevlendirilen Hekim ve Uzman Hekimler

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Sağlık Bakanlığı... Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir*" hükmü ile Bakanlığın resen aile hekimi olmaya elverişli personelini göreve atayabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, "*Kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığınca... Görevlendirilenler...*" den bahsedilmektedir (5258 m. 3/IV). Pilot ilde boş aile hekimi pozisyonları bulunması halinde, görevlendirme suretiyle sözleşmeli aile hekimi çalıştırılabileceği hususu Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmeliğin atama ve nakillerle ilgili usul ve esasları düzenleyen ek-1'in 2. maddesinde de düzenlenmiştir (Pilot Yön. EK-1 m. 2/C).

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik görevlendirme suretiyle istihdam edilen aile hekimliğini iki şekilde düzenlemiştir. *Birincisi*, pilot il içinden görevlendirme yapılabilmektedir ve bu görevlendirme aynı ilçe içerisinde ise görevlendirme hiçbir süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. *İkinci olarak*, farklı ilçeden görevlendirme yapılabilmektedir. Ancak bu görevlendirme de personelin rızası olmadan altı ayı geçemeyecek şekilde düzenlenmiştir (Pilot Yön. Ek-1 m. 2/C).

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, resen görevlendirilen personel, kadroya bağlı çalışan devlet memuru ise kadroya, şayet sözleşmeli personel olarak çalışmakta ise, sözleşmeli personel statüsüne bağlı kalmaya devam etmektedir. Görevlendirilerek çalıştırılacak personelin statüsünün "geçici personel" kapsamında değerlendirilmesi hususu aşağıda incelenmektedir.

D. Kamu Görevlisi Olmayan ve Sözleşme İle Çalışan Hekim ve Uzman Hekimler

5258 sayılı Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında, kamu personelinden sözleşmeli çalıştırmak üzere eleman temin edilememesi halinde görevlendirme yapılabileceği, ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan kişilerin çalıştırılabileceği düzenlenmektedir (5258 m. 3/II). Bu durumda, pilot ilde boş aile hekimi pozisyonları bulunması halinde,

Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip sözleşmeli aile hekimi istihdam edilebilmektedir.

E. Aile Sağlığı Elemanları

Aile sağlığı elemanlarının statüsü de aynı hükümlere tabidir. Kamu kurumlarında çalışan aile sağlığı elemanı, aile hekimi tarafından belirlenerek ve Sağlık Bakanlığı’na da uygun görülerek personel arasından seçilir ve sözleşmeli olarak çalıştırılır. Aile hekimlerinde de olduğu gibi, yeterli eleman temini sağlanamadığında, Sağlık Bakanlığı kendi personelini bu hizmetler için resen göreve atayabilmektedir (5258 m. 3/II). Aynı maddede kamu görevlisi olmayan aile sağlığı elemanlarından söz edilmiştir. Söz konusu maddeye göre, kamu kurumlarından eleman temin edilememesi ve ihtiyaç duyulması halinde kamu görevlisi olmayan aile sağlığı elemanı çalıştırılabilecektir. Anılan durumdaki aile sağlığı elemanları ile Sağlık Bakanlığı’nın önerisi ve Maliye Bakanlığı’nın uygun görüşü üzerine, sözleşme yapılmaktadır (5258 m. 3/II).

Yasal düzenlemelerden ortaya çıkan sonuca göre, aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının hukukî statülerini aşağıdaki tabloda özetlemek mümkündür.

V. AİLE HEKİMLERİNE RÜCU EDİLMESİ

Aile hekimlerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından dolayı idareye dava açılması zorunludur. Bunun sebepleri ise, kamu görevlilerinin sürekli kendilerine karşı dava açılma tehdidi altında hissetmeleri ve işlerini yapamaz hale gelmeleri suretiyle kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ve idarenin kamu görevlisine nazaran daha iyi bir ödeme gücüne sahip olmasıdır.

A. Genel Olarak

Devlet ve kamu tüzel kişileri, yasal sorumlu olmaları sebebiyle kamu görevlisi olan Aile Hekiminin verdiği zarar dolayısıyla zarar görene ödedikleri tazminatı, kusur oranında Aile Hekiminden isteyebilirler. Devletin rücu hakkı bazen zarar veren kendi görevlisine ileri sürüldüğü gibi bazen de sivil ve yasal sorumlu olan kişiye karşı ileri sürülür³³. Rücu hakkının

³³ Gökcan, Hasan Tahsin; KTK’ya Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 8. Baskı, Ankara 2014, 1042.

varlığından söz edilebilmek için bir kişinin aslen başkasına ait bir borcu yasa veya sözleşme gereği üstlenerek ödemesi gerekir. Bu şekilde ödeyen kişi, alacağı sona erdirilen asıl alacaklının haklarına halef olarak, onu temsilen asıl borçludan talepte bulunmaktadır.

Halefiyet ve rücu kavramları yakın ilişkilerinden dolayı karıştırılmaya müsait kavramlardır. İki hukukî kurum arasında belli başlı farklar bulunmaktadır. Halefiyet, başkasına ait bir borcu alacaklıya kanun gereği ödeyen kişinin alacaklının haklarına sahip olmasıdır³⁴. Halefiyet durumunda borç sona ermeyip sadece alacaklı değişmektedir. Halefiyetle birlikte alacağa ilişkin bütün hak ve imtiyazlar yeni alacaklı nezdinde devam eder. Halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda öngörülmüş olması gerekir. Türk Borçlar Kanununda sadece kanuni halefiyete yer verilmiştir. Bu sebeple alacak, akdi bir işlemle üçüncü bir kişiye devredilmişse, burada halefiyet değil bilakis alacağın devri söz konusudur³⁵.

Halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekir³⁶. Halefiyet bir kurum olarak esas itibarıyla TBK. m. 127'de düzenlenmiştir. Ancak TBK. m. 85, 168/I ve 596'da belirtilen hallerde de söz konusudur. Rücu hakkı ise, başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında ortaya çıkan kaybı karşılamayı amaçlayan tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır. Rücu hakkı, hak sahibi olan kişinin şahsından doğan yeni bir hak niteliğindedir. Borcu ödeyen kişi, bu ödeme sebebiyle şahsında yeni bir hakka sahip olmakta ve bu sebeple alacağa bağlı diğer haklar intikal etmemektedir³⁷.

Anayasa m. 129/V'de, "*kamu görevlileri yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılabilir*" hükmü yer almaktadır. DMK. m. 13/I'de ise, "*genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*" ifadesi tercih edilmiştir. Anayasanın m. 129/V hükmünde yer alan "*Kaydıyla*"

³⁴ **Kılıçoğlu, Ahmet**; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, 1 vd.

³⁵ **Eren, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015, 931vd; **Kılıçoğlu, Ahmet**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013,(Borçlar Hukuku), 565 vd; **Gauch, P/Schleup, W.**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. II, Zürich 2014, PN. 2048, 8; **Tekinay, S/Akman, C/Burcuoğlu, H/Altıp, A**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 208; **Oğuzman, M. K/Öz, Turgut**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, 10. Bası, İstanbul 2013, 195 vd.

³⁶ **Gauch/Schleup, II**, PN. 2052, 9; **Von Tuhr/Escher**, 29; **Eren**, 931; **Kılıçoğlu**, 565.

³⁷ **Kılıçoğlu**, 13, 71.

ifadesinden kamu görevlilerine rücu edilmesi zorunlu görülürken DMK m. 13/I³⁸ ifadesinden takdir yetkisi anlaşılmaktadır. Rücu konusu Anayasa m. 40³⁹ ve DMK. m. 12’de de düzenlenmiştir⁴⁰. Ancak 40 ve 13 rücu hakkında takdir yetkisi tanırken, DMK. m. 12 ve An. 129/V bağlı yetki tanımaktadır. Rücu konusunda Anayasa bağlı yetki DMK. m. 13 ise takdir hakkı tanımaktadır. Bu durumda anayasa hükmünün uygulanması asıldır⁴¹. Ayrıca DMK. m. 13/son gereği çıkarılan rücu yönetmeliği⁴² m. 11/II’de rücunun zorunluluğuna yer verilmiştir⁴³. Doktrin, rücunun zorunlu olduğu görüşündedir⁴⁴. Ayrıca son İYUK değişikliğinde yer verilen yargı kararlarını yerine getirmeyenlere karşı açılacak davaların idareye yönetilmesi gereği sonrası, rücunun zorunluluğuna dikkat çekilmektedir.

Rücu ilişkisinin bağlı yetki olduğunu Danıştay da kabul etmektedir. Danıştay tarafından verilen bir kararda bu duruma yer verilmiştir. Buna göre; “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare bir zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından ödenmesi temel bir

38 “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” (An. m. 13/I).

39 “Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” (An. m. 40/III).

40 “...Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir” (An. m. 12/II-III).

41 **Gözler, Kemal;** İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009, 809; **Gözler, Kemal;** İdare Hukuku Dersleri, 15. Bası, Bursa 2014, (İdare), 672.

42 “Devlet ve Kişilere memurlarca Verilen Zararların Nev’i ve Miktarlarının Tespiti, Takdiri, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik”, **RG. 13.08.1983, S. 18134.**

43 “Kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakları saklıdır” (**Rücu Yön. m. 11/II**).

44 **Akyılmaz, Bahtiyar;** İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, 1050.

kuraldır. Kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı başvurdukları mahkeme veya makamlarca verilen kararlar uyarınca zararlarının ilgili kurumlarca karşılanması ve kurumların genel hükümlere göre sorumlu memurlara rücu hakkı bulunması, ulusal yargı kararlarının uygulanması bakımından açık olarak düzenlenmiş bir konu olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi konusundaki tek açık düzenleme ise, kamu görevlisinin kişisel kusurunun belirgin bir biçimde ortaya çıktığı işkence yada zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle hükmedilen tazminatlarda sorumlu personel rücu edilmesi konusuna ilişkin bulunmaktadır. Ancak, yukarıda anılan Anayasa hükmü, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödendikten sonra sorumlu personele rücu edilmesinin, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanmasını ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar. Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir. Belirtilen hukuki durum ve tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 8. maddelerinin ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hükmedilen ve Devlet tarafından ilgililere ödenen manevi tazminat tutarı konusunda, kişisel kusuru bulunan kamu görevlilerine rücu edilmesini sağlamak amacıyla Bergamalı yurttaşların idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davada işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın

ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.5.2007 günlü, E:2006/1861, K:2007/1109 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 03.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” hükmüne yer verilmiştir⁴⁵. Danıştay bu hükmü ile aslında öteden beri arzu edilen bir duruma da yer vermiştir. Burada memurun verdiği zararı ödeyen idarenin memura rücu etmemesi halinde, zarar gören vatandaşın dahi rücu için idareyi zorlayabilme yetkisinin yüksek mahkemece de kabul edildiği ilgili hüküm kapsamında anlaşılmaktadır.

B. Rücu Davası

Davacı, zarar gören bireye hangi idare bütçesinden ödeme yapılmışsa söz konusu idare tarafından sorumlu kamu görevlisine karşı dava açılır. Uygulamada ise, bakanlıklar, tam yargı davasının kesinleşmesinden sonra ödenen tazminatı ve rücu edilecek kamu görevlilerini Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'ne bildirmektedirler. Bu talep üzerine dava açılmaktadır. Rücu davası adli yargıda açılır. Rücu davası TBK genel hükümleri çerçevesinde görülür. Burada genel hükümlerden kasıt haksız fiil hükümleridir. Uyuşmazlık mahkemesi de, adli yargıyı görevli olarak kabul etmektedir (UM. T. 12.06.2000 E. 2006/14, K. 2006/20). Yargıtay da hazine vekilleri tarafından kamu görevlileri aleyhine açılan rücu görev yönünden kabul etmektedir (Y. 4.HD. T.02.10.2000, K. 2000/8089).Yapılan atıf gereği rücu davalarında TBK. m. 49 vd hükümleri geçerli olacaktır.

⁴⁵ D. 5. Daire, T. 03.06.2008, E. 2007/7385, K. 2008/3234, (naklen Kazancı Otomasyon, UT. 03.06.2015).

C. RÜCU DAVASININ ŞARTLARI

1. FİİL

Aile hekimin genelde olumlu davranışı ile söz konusu olur. Bazı hallerde de olumsuz davranışı ile gerçekleşir⁴⁶. Yapması gereken bir müdahaleden haksız bir şekilde kaçınması halidir. Aynı şekilde fiilin ahlaka da aykırı olabilir. Aile hekiminin yoksul veya yaşlı bir kişiye pis kokuyor akıl hastası veya başka bir din dil ırktan olma bahaneleri ile bakmayı reddetmesi halleridir. Aile hekiminin bir fiil yani bir işlem veya eylemi bulunmalıdır. Bir fiilin yapılması gerektiği durumlarda hareketsiz kalınması halinde de yine pasif de olsa bir fiil bulunmaktadır. Fiil kapsamı çok geniştir ve tüm idari işlem ve eylemleri kapsar. Fiilin hukuka aykırı olması her zaman zorunlu değildir⁴⁷.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icra etmeye yetkili bir kişi tarafından doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet yani hekimin tedaviye yönelik her türlü faaliyeti tıbbi müdahale içerisinde yer alır⁴⁸. En basit teşhis ve tedaviden en ağır cerrahi müdahaleye kadar tıbbi müdahale içerisinde kabul edilir. Tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk diğer tıbbi müdahalelerden farklıdır. Çünkü burada bilgi beceri ve tecrübe aranır.

Aile hekimlerinin gerçekleştirecekleri tıbbi müdahale halleri birinci basamak önleyici müdahalelerdir. Belirtilen söz konusu müdahaleler dışında herhangi bir müdahaleyi ilgili aile hekimleri yerine getiremezler. Aksi halde yetki aşımı söz konusu olur.

⁴⁶ **Eren**, 516 vd; **Kılıçoğlu**, 274 vd; **Oğuzman/Öz**, II, 38; **Nomer**, **Haluk**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Basım İstanbul 2015, 138; **Antalya**, **Gökhan**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, 413vd.

⁴⁷ **BAYINDIR**, **Savaş**. Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI, Sayı 1-2, 2007. 563 vd.

⁴⁸ "...Dava dışı TD tarafından, Sağlık Bakanlığına karşı idari yargı yerine açılan davada, böbrek taşı teşhisiyle yapılan ameliyatta, haberi ve rızası olmadan sağ böbreğinin alındığını ileri sürülerek, maddi ve manevi tazminat talep edilme; idare mahkemesine, ileri sürülen olgu kabul edilmiş ve Sağlık Bakanlığı aleyhine ödetme kararı verilmiştir. Eldeki davada, davalı hekimin kusuru sebebiyle rucuen tazminat isteminde bulunulmuş ve yazılı biçimde karar verilmiştir..." (Y. 4. HD. T. 05.02.2013, E. 2011/14754, K. 2013/1699, naklen Deryal, 191).

2. Kusur

Aile hekiminin, sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşmenin ihlali yanında hekimin, kusurlu olması şarttır⁴⁹. Zira bu alanda objektif sorumluluk değil, esas itibariyle bir kusur sorumluluğu geçerlidir⁵⁰.

A. Genel Olarak Kusur Kavramı

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 alır⁵¹. Ortalama davranış tipinin belirlenmesinde göz önünde tutulan ölçü objektiftir. Yani, "zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında aynı sosyal gurup içinde yaşayan objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücü" esas alınır⁵².

⁴⁹ Ott, 103-104.

⁵⁰ Ayan, 100.

⁵¹ Eren, 573 vd; Kılıçoğlu, 307; .

⁵² Bu, objektifleştirilmiş kusur teorisinin anlayışıdır. Sübjektif kusur teorisine göre ise, kusur bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur (bkz. Eren, 570). Objektif teoriden farklı olarak burada, borçlunun, zarara yol açan davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, kişisel durumu, ferdi yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fizik gücü, mesleki becerileri vb. göz önünde tutulmaktadır (bkz. Eren, 570-571).

⁵² Eren, 570-571.

⁵² Eren, 570-571.

⁵² Eren, 571.

⁵² Ayan, 104.

⁵² Laufs, 122.

⁵² Loeffler, 62-63.

⁵² Ott, 121.

⁵² Ayan, 105; Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, 166.fâildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir. Zarara sebebiyet veren borçlu, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilip bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur (bkz. Eren, 570). Objektif teoriden farklı olarak burada, borçlunun, zarara yol açan davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, kişisel durumu,

Sorumluluk hukukunda esas itibariyle kurucu nitelik taşıyan kusurun, biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki yönü vardır. Objektif yön, borçlunun davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapması, ona uygun olmaması, başka bir ifadeyle, zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli özenin gösterilmemesidir⁵³. Subjektif yön ise, borçlunun sorumluluk ehliyeti, yani zarara sebebiyet veren davranışının ona isnad edilebilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından sapma yanında, borçlunun temyiz kudretine sahip bulunması da gerekir. Zira temyiz kudreti bulunmayan bir kişiden kusurlu davranışın sadır olması da söz konusu olmayacağı için, artık bu nedenle sorumluluğuna gidilemez⁵⁴. Çünkü kusur, iradeyi gerektiren bir kavramdır. Buna karşılık, kişinin reşit olması zorunlu değildir⁵⁵.

3. MESLEK KUSURU

a. Meslek Kusuru Kavramı, Unsurları Ve İspatı

aa. Meslek Kusuru Kavramı

Aile hekiminin hukuki sorumluluğu, incelenirken üzerinde durulan önemli konulardan biri de "*meslek kusuru*"dur⁵⁶. Gerek hukukumuzda, gerek Alman⁵⁷ ve İsviçre Hukuklarında⁵⁸ meslek kusurunun yasal bir tanımlaması yapılmamıştır. Hukuk literatüründe ise meslek kusurundan ne anlaşılacağı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır⁵⁹. Bir görüşe göre, geniş anlamda ele alındığı takdirde, hekimin, tıbbın durumuna göre amaca elverişli olmayan ve zarar verici bütün davranışları meslek kusuru kavramı içinde yer alır⁶⁰.

ferdi yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fizik gücü, mesleki becerileri vb. göz önünde tutulmaktadır (bkz. **Eren**, 570-571).

53 **Eren**, 570-571.

54 **Eren**, 570-571.

55 **Eren**, 571.

56 **Ayan**, 104.

57 **Laufs**, 122.

58 **Loeffler**, 62-63.

59 **Ott**, 121.

60 **Ayan**, 105; **Yılmaz, Battal**, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, 166.

Dolayısıyla meslek kusuru tıbbî açıdan tedaviye yönelik olmayan bir müdahalenin gerçekleştirilmesinde olduğu gibi "yapma" şeklinde veya tıbben zorunlu müdahalenin savsaklanmasında olduğu gibi "yapmama" şeklinde ortaya çıkabilir. Bunların müdahaleden önce, müdahale esnasında veya müdahaleden sonra kendini göstermesi mümkündür. İkinci görüşe göre, meslek kusuru tıp ilminin eriştiği bilgi seviyesi uyarınca alınması gerekli olan özenin ihmal edilmesidir. Bu kusur, genellikle, tedavi hatası başlığı altında amaca uygun ve elverişli olmayan her türlü tıbbî tedbir ile anlatılmak istenir⁶¹.

Bu konuda genellikle kabul edilen ve ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılmış bir tanımlamaya göre ise, "meslek kusuru, 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, çığnemesidir⁶².

Türk doktrininde⁶³, "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 aile hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kurallara uygun hareket etmesi asıldır⁶⁴. Dolayısıyla, bu şekilde davranmayan, yani somut olayda örnek tipin davranışından ayrılan hekim kusurlu hareket etmiş olur. Örnek tipin davranışından sapmanın sebebi gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de "ihmal"dir⁶⁵. Bu nedenle, "meslek kusuru" adı altında özel bir kavram

61 Ayan, 105.

62 Ott, 120-121.

63 Ayan, 107.

64 "...Aile sağlığı merkezinde uygulanan kızamıkçık aşısı sırasında aile hekimi tarafından, hamile olup olmadığının sorulmadığını aşılama sonrasında bir ay içinde hamile kalınmaması uyarısının yapılmadığı ve kendisine uygulanan aşı nedeniyle kürtaj yoluyla hamileliğini sonlandırmak zorunda kaldığı gerekçesiyle Sağlık Bakanlığı aleyhine açtığı manevi tazminat davasında davacı lehine tazminata hükmedilmesi yerindedir.." (D. 10. Daire, T. 13.05.2011, E. 2010/1124, K. 2010/677, naklen Deryal, 131).

65 "... Orta seviyede tedbirli bir doktorun, aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimam ve özen davacıya gösterilememiştir. Olayda belirlenen özel hal ve şartlar ile duyulan elem ve acı da göz önünde tutularak, başkaca bir araştırmaya da gerek duyulmadan, davacı yararına BK. m. 47 ve TMK. m. 4 değerlendirilip hak ve nesafete,

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 ihlalinden başka bir şey değildir*"⁶⁶. Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tesbitidir⁶⁷.

bb. Meslek Kusurunun Unsurları

Özellikle uygulama⁶⁸ ve doktrinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan Virchow'un tanımı esas alınır, meslek kusuru kavramının iki ayrı unsurunun bulunduğu görülür. Bunlardan birincisi "*tıp biliminin genel olarak tanınmış kuralları*" ikinci ise, "*tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılık*"tır.

aaa. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kuralları

Yukarıdaki anlamda bir meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce, tıp biliminde genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş kurallar bulunmalıdır. Zira hekimin belirli bir davranışının ne zaman kurala uygun ve ne zaman kurala aykırı olduğu sadece buna göre tespit edilebilir. Yargıtay⁶⁹, mesleki kusurun tayininde, aile hekimin tıp biliminin öngördüğü

adalete uygun bir manevi tazminat verilmelidir" (Y. 13. HD, T. 06.11.2000, 8590/9569, Deryal, 134).

66 "Ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilerin ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur" (Y. 13. HD., T. 07.02.2005, 2004/12088-1728, naklen Deryal, 180).

67 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).

68 "Hekim, tıp biliminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbî tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, eylem ve davranışı hukuka aykırı değildir" (Y.4.HD., 10.4.1980, T, E.2175/K. 4735).

69 Y.4.HD., 7.3.1977, T, E.1976/6297, K.1977/2541. (YKD., C.4. 6, 1978, 908).

ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallarını gözetip uygulamak zorunluluğuna işaret etmiştir. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerine aykırı hareket etmiş olur.

Tıp bilimi sürekli bir gelişme içerisinde olup, bu alanda geçerliliği tartışmalı olan ve henüz genel olarak kabul görmemiş meslek kuralları da mevcut bulunmaktadır⁷⁰. Bir hastalığa uygulanabilecek tedavi yöntemlerinin sayısı, olayın hemen hemen hepsinde birden fazladır. Bunların da, tıp biliminin dinamik yapısı gereği bugünden yarına kolaylıkla değişmeleri mümkündür. Dolayısıyla, tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir⁷¹.

Başka bir deyişle, söz konusu davranış tarzının somut olayda uygulanabileceği konusunda bir anlayış birliği bulunmalıdır. Şüphesiz, bu konuda, tıp bilimi tarafından aynı olay için benimsenmiş birden fazla kuralın bulunabileceği göz ardı edilemez. Özellikle, hekim için ekol farklılıklarından ileri gelen değişik yöntemlerden birinin tercihi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda hekime, hangi yöntemi seçeceği konusunda serbest bir takdir yetkisi tanınmalıdır⁷². Şüphesiz hekim, uygulayacağı tedavi yöntemini seçerken hastanın çıkarlarını ön planda tutmak mecburiyetindedir. Dolayısıyla hekime, hal ve şartlara göre gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen seçilen yöntem başarıya ulaşmazsa, artık sorumluluk yüklenmemelidir⁷³.

Tıp ilmi tarafından bilinen ve fakat henüz yeterince yaygın bir uygulamaya kavuşmamış, bünyesinde çeşitli güçlükler taşıyan bazı yöntemler vardır ki, hekim bunları da seçip uygulayabilir. Hatta somut

⁷⁰ Ott, 121.

⁷¹ Ayan, 106.

⁷² Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayında serbesttir".

⁷³ "... Uzman doktor, hastanın bünyesinin, kişisel durumunun ışınlara karşı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapacaktır. Sağlık Şurasının, bir uzmanın hastasının bünyesini kişisel durumunu, ışınlara karşı duyarlılığını, hiç inceleme yapmadan doğuracağı etkinin sonuçlarından doktorun sorumlu tutulamayacağını benimsemesi olanaksızdır. Aksi halde doktor ile teknisyen ve işçinin yaptığı zararların birbirinden farkı kalmaz. Uzman doktor bütün tehlikeleri bertaraf edecek şekilde çalışmak zorundadır "(Y. 4HD., 17.12.1976, E 692/K. 11046; naklen, Aşçıoğlu, 74-75).

olayın özelliklerine göre, bazen ondan söz konusu yöntemi seçip uygulaması da beklenebilir. Ancak, böyle bir durumun varlığından bahsedilebilmesi için, söz konusu yöntemin uygulanması, tıp biliminde genel olarak tanınmış bir yöntem nazaran daha fazla iyileştirme şansı vermeli ve ayrıca hasta için daha az veya eşit ağırlıkta bir tehlike taşımalıdır⁷⁴.

Buna karşılık, tıp biliminde henüz tanınmamış sayılan ve hekimlerce kullanılmaz nitelik taşıyan bütün yöntemler, meslek kusuru açısından da tanınmamış kural sayılırlar⁷⁵.

bbb. Tıp Biliminin Genel Olarak Tanınıp Kabul Edilmiş Kurallarına Aykırılık

Meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, ona aykırı hareket etmesi gerekir. Ancak, söz konusu aykırı davranışın kusurlu olması da şarttır. Bunun için, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbî özen yükümlülüğüne aykırılığın mevcudiyeti aranır⁷⁶. Aile hekimi, tıbbî özen yükümlülüğünü ihlal ettiği için tıp biliminde tanınmamış bir tedavi yöntemini seçmelidir⁷⁷.

⁷⁴ **Ayan**, 106.

⁷⁵ **Ayan**, 107.

⁷⁶ "... Davacı, davalıların hatalı anjiyografisi neticesinde böbreklerinin ağır hasara uğradığından bahis ile uğradığı zararın tazmini istemi ile eldeki davayı açmıştır. Dava bu hali ile doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna dair olup, bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hakimnin doğrudan görevidir. (1086 Sayılı HUMK. 76. m.; 6100 Sayılı HMK. 33. m.). Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (B.K. 386, 390 md). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna dair kurallara bağlıdır (B.K. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). O sebeple doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. 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 tereddütü 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 kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçekten de mesleki bir işgören doktor olan

Özen yükümlülüğünü ihlalin söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak ölçü, yine objektiftir. Yani zarara yol açan hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapmayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir

vekilden, ona güvenen muvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Somut olayda, davacının rahatsızlığı neticesinde anjiyografi sonucunda böbreklerinin ağır hasara uğradığından bahisle tazminat talebi ile eldeki dava açılmıştır. Mahkemece, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan 25.3.2011 tarihli rapor alınmıştır. Adli Tıp Kurumu Raporunda sonuç olarak; davacının kronik böbrek hastalığının yapılan anjiyografi öncesinde de bulunduğu, anjiyografi işlemi ile kişideki kronik böbrek hastalığının illiyeti olmadığı, yapılan anjiyografide verilen radyopak madde nedeni ile 2013/9622-2014/8620 kronik böbrek hastalığı olan kişilerde böbrek fonksiyonlarındaki bozulmanın hızlanabileceği, kronik böbrek hastalığı olan kişiye yapılan kroner anjiyografide ventrikülografi yapılmamış olmasının doğru bir yaklaşım olduğu, ancak bu tip hastalarda işlemden 6-12 saat önce 1 ml/kg saat sıvı ile hidrasyonun sağlanması ve 72 saat sonrasına kadar böbrek fonksiyonlarının izlenmesi gerektiği, kişiye yeterli hidrasyon ve izlem yapıldığına dair kayıt bulunmadığı, bunların yapılmaması eksiklik olmakla birlikte hidrasyonun yapılmasının da böbrek fonksiyonlarındaki bozulmayı tamamen ortadan kaldırmayacağı mütalaa olunmuştur. Mahkemece davacının kronik böbrek hastalığının anjiyografi öncesinde de bulunduğu, anjiyografi işlemi ile kişideki kronik böbrek hastalığının illiyetinin olmadığı anlaşılacakla davanın reddine karar verilmiştir. Oysa ki, Adli Tıp kurumu raporunda "...bu tip hastalarda işlemden 6-12 saat önce 1 ml/kg saat sıvı ile hidrasyonun sağlanması ve 72 saat sonrasına kadar böbrek fonksiyonlarının izlenmesi gerektiği, kişiye yeterli hidrasyon ve izlem yapıldığına dair kayıt bulunmadığı, bunların yapılmaması eksiklik olmakla birlikte hidrasyonun yapılmasının da böbrek fonksiyonlarındaki bozulmayı tamamen ortadan kaldırmayacağı .." belirterek davalıların eksikliğinden bahsedildiğine göre, böbrek hastası olan davacı için yeterli ön araştırma yapıp yapılmadığı hususunda yeterli irdelene yapılmadığı gibi tatmin edici açıklamada da bulunulmamıştır. Hal böyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu durumda mahkemece, üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek uzmanlardan oluşacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hâsıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilerek eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir. 2-) Bozma nedenine göre, davacının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir. Yukarıda 1. bentte açıklanan sebeplerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 2. bent gereğince davacının diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan..... temyiz harcının istenmesi halinde iadesine, 24.3.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (Y. 13. HD. T. 24.03.2014, E. 2013/9622, K. 2014/8620, naklen Kazancı Otomasyon, UT. 29.05.2015).

hekimin davranışından sapmıyorsa, meslek kuralının objektif bir ihlaline rağmen, artık kusurdan ve dolayısıyla meslek kusurundan söz edilemez⁷⁸.

cc. Meslek Kusurunun İspatı

Meslek kusuru konusunda tartışılan hususlardan bir diğeri de, bunun kimin ispatlamakla yükümlü olduğudur. Yani, hasta, hekimin somut olayda bir meslek kusuru işlediğini ispatlamak mecburiyetinde midir; yoksa meslek kusuru varsayılarak hekim aksini (yani kusursuz olduğunu) ispatla yükümlü tutmak mı gerekir? Dolayısıyla, birinci çözüm hekim, ikinci çözüm ise, hastanın yararına olacaktır⁷⁹.

Meslek kusuru, "*tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların kusurlu bir ihlali*" şeklinde anlaşılırsa, meslek kusurunun iki yönü vardır. Meslek kusurunda hem objektif hem de sübjektif unsur bulunmaktadır⁸⁰. Bu unsurlarla birlikte tanımlanacak olursa meslek kusuru; tıp biliminden ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbî ihtimam yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir.

Meslek kusurunun objektif unsuru, aile hekiminin, tıp bilimi ve uygulamasınca tanınıp kabul edilmiş genel esasları bilmek ve bunlara uygun hareket etmek mecburiyetindedir. Hekimin, hem bu kuralları hiç bilmemesi, hem de bildiği halde uygulamaması objektif özen yükümlülüğü ihlali anlamına gelir⁸¹. Dolayısıyla, böyle bir durumun varlığını ispat yükü hastanın üzerindedir. Ne var ki, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık hekimin sorumluluğu için yeterli değildir.

Hekimin kusuruna işaret eden bir ihmal de mevcut olmalıdır⁸². Hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında kabul edilmiş genel esaslara aykırı hareket

78 "... Yapılan ameliyat iyi sonuç vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul ettiği kaidelere uygun bir şekilde müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen zararlı sonuçtan dolayı da mesuliyeti cihetine gidilemez. ihmalin tedbirsizliğin tesbiti için ölçü, zararı meydana getirenin sübjektif niteliklerine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda "tedbirlî bir doktorun", aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir" (Y.4HD., 1967 T, E. 296/K. 5112, naklen, Aşçıoğlu, 86).

79 Ayan, 108

80 Şenocak, 84.

81 Ott, 122-13.

82 Şenocak, 84; "Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıların murisi Beytaş'ın 25.05.2004 tarihinde davalı hastaneye davacılar tarafından

getirildiği, hastaneye yatırılmadan önce yapılan psikiyatrik muayenesinde murisin kendisini öldüreceğini söylediği, murisin eşinin de hastanın evde iken pencereden atlamaya çalıştığını belirttiği, alkol kullandığı için tedavi gördüğünün yazıldığı ve kabulünü yapan doktor tarafından intihar düşüncesi içinde olması nedeniyle hastanın yakın gözleme alınması gerektiğine işaret edilerek, buna ilişkin form düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gece boyunca davalı hastanede tek kişilik odada tutulan murisin 26.05.2004 tarihinde diğer hastalarla birlikte toplu olarak yemek yedikten sonra yemek bitiminde odasının yanındaki boş bir odaya girerek, elbise dolabının arkasında bulunan TV anten kablosunu kullanmak suretiyle intihar ettiği anlaşılmaktadır. Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini (borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur. Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılar karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Davaya konu somut olayla ilgisi bakımından, Hukuk Genel Kurulu'nun 07.10.1987 tarih ve 1986/13-640 E. - 1987/701 K. sayılı ilamında; davalı hastanenin, akıl hastası ve intihara meyilli bulunan hastaya bu konuda yetişmiş hemşire görevlendirilmeyerek hasta yakınının refakatçi olarak seçilmesini ve hastanın, hastanede intiharına engel olamayan davalı hastanenin tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine karar verilmiştir. Görülmekte olan davada, hasta Beytaş'ın kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğinin sağlanması için bir refakatçinin de görevlendirilmemesi nedeniyle daha ağır bir ihmal ve kusurun varlığı tartışmasızdır. Konunun usul hukukuna ilişkin hükümleri yönünden değerlendirilmesinde ise; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinde; “Ehli hukufun rey ve mütalaaları hakimi takyit etmez” hükmünü içermektedir. HUMK'nun 275 ve devamı maddeleri gereğince çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Bilirkişi raporunu hazırlarken raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri raporunda göstermek zorundadır. Bu nitelikte bulunmayan bilirkişi raporu hükme esas alınamayacağı gibi hâkimi de bağlamaz. Böylece dosyadaki maddi ve hukuki olgulara dayanmayan ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak davanın reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur. Şu durumda, davalı hastanenin olayda kusur ve ihmalinin bulunduğu kabul edilerek buna göre karar verilmesi ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu

etmesinin somut olayda kusurlu sayılıp sayılmayacağı ise ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranışla yapılacak karşılaştırmaya göre belirlenir. Ortalama düzeydeki bir aile hekimi de aynı hal ve şartlar altında meslek kuralından sapma gösterecek idiyse, artık zarara sebebiyet veren hekimin kusurundan söz edilemez. Aksine, ortalama düzeydeki aile hekiminin meslek kuralına uygun davranacak olduğu hallerde ise, hekim kusurlu sayılır. İşte, bu durumda, yani tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallardan ayrılan hekimin aynı zamanda ortalama davranış tipinden de sapmış olduğunu ispatlamak hastaya düşmez. Objektif olarak belirli bir meslek kuralına aykırı hareket ettiği ispatlanan hekimin kusurlu olduğu varsayılır (TBK. m. 112).

Somut olayın özelliklerine göre kendisine herhangi bir kusur isnad edilemeyeceğini iddia eden hekim, bu iddiasını ispatlamak mecburiyetindedir⁸³. Meslek kuralının objektif ihlalinin ispatında ise, tabii karinelere⁸⁴ yararlanılabileceği gibi, tıbbî bilirkişinin yardımına da başvurulabilir. Mahkemeler, hekimin sorumluluğuyla ilgili davalarda meslek kuralına aykırılığın ve kusurun varlığı yönünden, genellikle bilirkişilerin görüşüne başvururlar. Bu konuda iki kuruluş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 6119 sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanununa dayalı olarak kurulan Adli Tıp Meclisidir. Adli Tıp Meclisi, HMK. m 267 anlamında doğrudan doğruya kendisine başvurulması gereken bir resmi bilirkişi değildir. Mahkeme, bir veya birden fazla bilirkişiye başvurduktan sonra, bu bilirkişilerin raporunu kanaat verici nitelikte bulmazsa veya raporlar arasında çelişki varsa, Adli Tıp Meclisinin görüşünü isteyebilir. Adli Tıp Meclisinin kararları sonuçlayıcıdır. Ancak, bu durum mahkemelerin delilleri serbestçe takdir etmek yetkisini sınırlayamaz.

İkincisi ise, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca kurulan Yüksek Sağlık Şûrasıdır. Bu kurulun görevleri arasında

nedenle direnme kararı bozulmalıdır. Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının özel daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 21.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi. (YHGK. T. 21.10.2009, E. E. 2009/13-393, K. 2009/452).

⁸³ Kaneti'ye göre de, "Zarar gören ispat yükünü yerine getirmişse, hekim, ancak, meslek kurallarına aykırılığın, özel olayın hal ve şartlarına göre, bir kusur oluşturmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir". Yani o, "titiz ve sorumluluk bilinci taşıyan bir hekimin dahi düşebileceği bir yanılmanın zararı yarattığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulacaktır". (bkz. Kaneti, 63).

⁸⁴ Ortalama düzeydeki bir hekimin sahip olacağı bilgi ve davranışı oluşturur.

"Tababet ve şubeleri sanatlarının ifadan mütevellit adli meselelerde bilirkişilik yapmak"da vardır. Ancak hukuk mahkemeleri zorunlu olarak Yüksek Sağlık Şurasının görüşünü almakla yükümlü değildir. Mahkeme başka bilirkişilerden görüş alabileceği gibi, Yüksek Sağlık Şurasından da görüş alabilir. Hâkim, inandırıcı görmediği Yüksek Sağlık Şurasının raporuyla bağlı değildir⁸⁵. Aynı şekilde TŞSTİDK'nun 75. maddesinde de, "Tıp san'atının uygulanmasıyla ilgili olarak" kusuru tespit için Yüksek Sağlık Şurasının oy ve görüşünün ceza davalarında alınması zorunludur. Hukuk davalarında ise böyle bir zorunluluk yoktur.

3. Zarar

a. Genel Olarak

Zarar, aile hekiminin hukukî sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir⁸⁶.

85 "... Davacı, doktor hastası nedeniyle, ameliyattan sonra gözünde kalıcı arazlar oluştuğunu ve çirkinleştiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davadan önce delil tesbiti yoluyla Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi Anabilim Dalı'ndan alınan 6.9.1996 günlü raporda, sonuç olarak davacının her iki gözkapagındaki görünümün kalıcı iatrojenik ektropron olarak değerlendirildiği belirtilmiş; yargılama sırasında Adli Tıp II. İhtisas Kurulunun 2.11.1998. günlü raporunda ise, her iki alt göz kapagında ameliyat öncesinde mevcut torbalanmaların ameliyat sonrasında düzeltilmiş olduğu, alın ve üst kapaktaki ameliyat öncesi durumun ameliyattan sonra eski travmalı halinden daha kötü olmadığı, o nedenle ameliyatı yapan hekime atfıcaabil bir kusurun bulunmadığı açıklanmış; itiraz üzerine Yüksek Sağlık Şûrası tarafından düzenlenen 6.4.1999 günlü raporda ise, ameliyatı yapan davalı doktorun ameliyat öncesinde ve sonrasında tıbbın kural ve gereklerine uygun davranmadığı vurgulanmıştır. ... Görüldüğü üzere, yargılama sırasında alınan raporlar arasında değerlendirmeler ve varılan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan birine itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu noktada hemen vurgulanmalıdır ki, Yüksek Sağlık Şûrası, 11.4.1928 gün ve 1219 sayılı Tabâbet ve Şuabâtı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 75. maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK'nun 66/III. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumundaysa da, hukuk davalarında, HUMK.m.276/II. maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. Mahkeme Yüksek Sağlık Şûrası'na başvurup başvurumamakta serbesttir ve herhangi bir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı gibi, onun raporuyla da bağlı değildir (HUMK.m.286). Bu durumda, somut olayda, raporlar arasındaki değinilen çelişkinin giderilmesine hukuken bir engel; eş söyleyişle yüksek sağlık şûrası raporuna mutlak surette itibar etme zorunluluğu yoktur (Y.13.HD., 9.11.1999T, E.2000/1146,K.4438) (Yayınlanmamıştır).

86 Eren, 520.

Borçlar Kanununun gerek 49. maddesinde gerekse 112. maddede "zarar"dan söz etmiş olmakla beraber bu kavramı tanımlamamıştır. Böylece zarar kavramının tanımının yapılması doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır⁸⁷. Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin bir olan "maddî zarar" ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan "manevî zarar" ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık "dar anlamda zarar" kavramı sadece maddî zararı kapsamaktadır⁸⁸. Zarar kavramını geniş anlamda kullandığımızda aile hekimi açısından hem maddî zarar hem de manevî zarar ele alınacaktır.

Maddî zarar kavramı diğer açıdan fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr şeklinde tasnif edilir⁸⁹. Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiilî zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek zararın kapsamı içinde bulunabilir.

Aile hekiminin kusurlu davranışı yüzünden ameliyata gerek duyulması halinde hastanın bu ameliyat için ödemek zorunda olduğu masraflar fiili zarara; ayrıca hatalı bir ameliyat sonucu kişinin yüzünde kalıcı bir iz kalması durumlarında ise, kişinin özellikle de bir sinema sanatçısı olması halinde işini yapma şansını kaybetmesi mahrum kalınan kara örnek olarak gösterilebilir.⁹⁰

b. Zarar Çeşitleri

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddî zarar adı verilir⁹¹. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi maddî zararın söz konusu olabilmesi için, üç unsurun meydana gelmesi gerekir. Bunlar,

87 Eren, 521; Tandoğan, 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 547; Antalya, 449.

88 Eren, 521.

89 Eren, 526; Oğuzman/Öz, C. II, 40; Kılıçoğlu, 300; Antalya, 453-454; Nomer, 208 vd.

90 Ayan, 110.

91 Eren, 521; Tandoğan 63; Oğuzman/Öz, 40; Kılıçoğlu, 294; Antalya, 449.

malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir.

Doktrinde maddî zarar, “zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumuyla bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark” olarak tarif edilmektedir. Maddî zarar kavramı şahsa verilen zarar, şeye verilen zarar ve diğer zararlar olmak üzere üçlü bir ayrıma tabî tutulmaktadır.⁹²

Aile hekimince, şahsa verilen zarar önem kazanır. Bu zarar çeşidi kişinin öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eder. Vücut bütünlüğünün ihlali doğan maddî zararlar, cismanî (bedenî) zarar ve adam öldürülmesinden doğan zarar olarak incelenir.

1. Maddî Zarar

aa. Cismani (Bedenî) Zarar

Zarar görenin beden ve ruh bütünlüğünün maddî ve manevî bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, vücut bütünlüğünün ihlali denir.⁹³ Vücut bütünlüğünün ihlali ya beden bütünlüğünün ihlali ya da ruh bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşir.

Bedenî bütünlüğünün ihlalinde, mekanik veya pisişik bir müdahale ve darbe sonucu, bedende anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Zarar görenin beden bütünlüğü, mekanik bir müdahale sonucu bozulmaktadır.⁹⁴ Vücuttaki anatomik değişimler, genellikle mekanik etkilerden ileri gelir. Örneğin, Aile hekiminin, hastanın muayenesi sırasında oturduğu sandalyeden düşerek, belinin kırılması olayında vücuda yapılan bir mekanik müdahale sonucu gerçekleşen değişiklik söz konusudur.

Zarar, vücut bütünlüğünün ihlali olmayıp, bu ihlal sonunda meydana gelen ekonomik maddî sonuçlardır. Vücut bütünlüğünün ihlali zararın sebebinin teşkil etmektedir⁹⁵. Aile Hekiminin, hastaya uyguladığı tıbbî edim vücut bütünlüğünü ihlal eden sebebi teşkil eder. Vücut bütünlüğünün

⁹² Tandoğan, 69; Eren, 528.

⁹³ Tandoğan, 283.

⁹⁴ Eren, 528; Kılıçoğlu, 294; Oğuzman/Öz, 40; Nomer, 150.

⁹⁵ Eren, 528.

ihlalden doğan maddî zararlar, tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır.

aaa. Tedavi Giderleri

Bunlar; yeniden yapılacak teşhis ve tedavi ameliyat, doktor, ilaç, hastane, yatak, ulaştırma ücretleri ile geçici olarak bir yerde dinlenme, kaplıca, protez, yardımcı, hizmetçi ve özel diyet masraflar olabilir⁹⁶. Tedavi giderleri estetik ameliyatlar için yapılan masrafları da kapsar⁹⁷.

Tedavi giderleri; zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır. Zarar gören, hasta bu giderleri bizzat yapmak zorunda olsaydı, nasıl bir hekim, hastane seçecek idiyse, bu halde de kendisine aynı imkân tanınmalıdır.

bbb. İş Gücü Kaybı

Kişinin beden bütünlüğünün, aile hekimin tıbbi müdahalesi sırasında bozulmasıyla çalışma gücünün geçici veya devamlı kaybı şeklinde olmaktadır. Çalışma gücünün belirli bir oranda azalmasında zarar, ya ekonomik geleceğin sarsılmış olması ya da beden gücünün belli bir oranda azalması nedeniyle, eski işini yapması için sarf edeceği fazla güçten kaynaklanmaktadır. Çalışma gücünün kaybında, işin niteliği yalnız tazminat kapsamı ile ilgilidir. Bu nedenle ev kadını olmakla, belirli bir işte çalışmak arasında esasta bir fark yoktur⁹⁸.

ccc. Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Vücut bütünlüğü ihlali, hastanın, çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamasıyla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar, maddî kayıplar doğurabilir⁹⁹. Vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, eskisine oranla daha çok güç sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir. Yapmakta olduğu işinden çıkarılma tehlikesiyle dahi karşı karşıya gelebilir.

⁹⁶ Eren, 745-746; Kılıçoğlu, 412; Nomer, 211; Oğuzman/Öz, 93; Antalya, 461.

⁹⁷ Y.4 HD. 27. 3.1979 T.E.13013/K. 4136) (naklen, Aşçıoğlu, 90).

⁹⁸ "... BK.m.46/I (TBK. m. 54/I)' deki" bütün zararlar "deyimi çok kapsamlı olup yardımcı ve hizmetçi için ödenmek zorunda kalınan giderleri de kapsar" (Y.4.HD., 29.5.1979 T. E.2093/7151K, naklen Aşçıoğlu, 90).

⁹⁹ Eren, 750; Tandoğan, 292; Oğuzman/Öz, 98; Kılıçoğlu, 413; Nomer, 211.

Özellikle hastanın fizikî şeklinin anormal derecede değişmesi, kötürüm olması gibi durumlarda hasta için çalışma hayatında büyük önem taşır.

Burada da zarar, hastanın ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazançla gelecekte bu şartlar altında elde edeceği muhtemel kazancın karşılaştırılması suretiyle tesbit edilir.

bb. Ölümünden Doğan Zarar

Zarar veren olay hastanın ölümü sonucunu doğurursa, hastanın yardımından hastanın yakınları mahrum kalmışlarsa, onların bu zararı tazmin edilmelidir. Zarar, bizzat ölümün kendisi olmayıp, bundan doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır. Bu anlamda hastanın ölümü, sadece zararlı sonucun sebebini oluşturmaktadır.

aaa. Destekten Yoksun Kalma

Destek kaybından doğan zarar, hastanın öldürülmesiyle destekten yararlanan veya yararlanacak kişinin içinde bulunduğu veya bulunacağı hayat seviyesini tam veya belirli bir oranda kaybetmesinden doğar. Bu kişilere, imkân nispetinde, eski hayat standartlarını sağlamak amacıyla kanun koyucu bir tazminat hakkı tanımıştır¹⁰⁰. Bu nedenle, BK. m. 53/III "*Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar*" hükmünü içermektedir. Bu maddeyle ölüm ile üçüncü kişilerin maddi zararlarının tazmini hedeflenmiştir.

Kanunda destek tazminatı isteyebilecekler belirtilmiştir. Kapsam, genel olarak "ölenin yardımından yoksun kalanlar" şeklinde belirlenmiştir. Destek, ölüm anında eylemli olarak var olacağı gibi (ana, babanın çocuklara; eşlerin birbirine desteği), ileri de yardımın yapılmasının kuvvetle muhtemel ilişkilerde de (varsayımlı; farazi destek) kabul edilmektedir¹⁰¹.

bbb. Ölüm Nedeniyle Diğer Maddi Zararlar

Ölümün derhal meydana gelip gelmemesine göre zararın hesaplanmasında iki durumu birbirinden ayırarak incelemek gerekir. Tıbbî edim sonucu hasta derhal ölmüşse, TBK. m. 53/I gereği aile hekimi, ölüm

¹⁰⁰ Eren, 755; Kılıçoğlu, 416; Oğuzman/Öz, 100-101; Nomer, 219; Antalya, 468.

¹⁰¹ "... Sadece eylemli bakım ilişkisi, desteklik sıfatının kabulü için yeter. Daha açık bir deyimle, mirasçı olsun veya olmasın, ölenin akrabası veya yabancı bulunsun, ölüm sebebiyle ölenin yardımından mahrum kalmış olan herkes ölüme sebebiyet verenden Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi hükmünce tazminat ister" (Y.4 HD., 16.1.1979 T. E.5216/K.235, naklen, Aşçıoğlu, 91).

dolayısıyla yapılan masrafları bu arada özellikle def'in masraflarını ödemekle yükümlüdür. Def'in, yani gömme giderleri, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut otopsi, yemek, davetiye ve ilan giderleriyle gömme mezarlık vb. diğer giderleri kapsar¹⁰². Bu giderler, ölüm olayıyla doğrudan doğruya ilgili giderler olmalı ve öldürülenin sosyal, ekonomik durumuna, dinî inanışına uygun düşmelidir¹⁰³.

Ölüm derhal meydana gelmemişse, burada ölümün gerçekleştiği ana kadar tıbbî giderler ile ölünceye kadar çalışılmamaktan gelir kayıpları hekim özel sağlık kurum ve kuruluşlarınca tazmin edilmesi gerekir (TBK. m. 53/II).

2. Manevî Zarar

Maddî zararların karşılanması her zaman için zorunlu ve mümkün iken çoğu hallerde manevî zararların telafî kabul etmez nitelikleri tesbit ve takdirleri yönünden arz ettikleri özellik ve güçlülükler, onların aynen tazminini imkânsız kılmaktadır. Bununla beraber paranın bugün sosyal ve ekonomik yönden ulaştığı ehemmiyet ve birçok ihtiyaçları cevap vermede oynadığı rol dikkate alınarak bozulan fizikî¹⁰⁴ ve ruhî dengenin “*kısmen ve imkân nisbetinde iadesini temin*” zammında en iyi bir araç olduğu kabul edilmiş, bu amaçla birçok ülkede olduğu gibi, hatta diğer hukuk sistemlerinden de önce İsviçre – Türk Hukuk sistemlerinde “*manevi tazminat*” adı ile tazminat çeşidine yer verilmiştir¹⁰⁵.

Manevî zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu bedensel ve manevî acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır¹⁰⁶. Böylece aile hekiminin gerçekleştirdiği tıbbî teşhis ve tedavi sebebiyle zarar gören hastanın yaşama sevincinde azalma olması durumunda manevî bir zarar söz konusu olur¹⁰⁷. Manevî

¹⁰² Eren, 745; Kılıçoğlu, 415; Nomer, 219; Oğuzman/Öz, 99; Antalya, 467.

¹⁰³ İnan, 329.

¹⁰⁴ “...Cismani zarara maruz kalan çocuğun anne ve babası tazminat talep edebileceğinden, doğal olarak evlatların hayatı boyunca felç olması anne ve babanın manevi tazminat talebi kabul edilmiştir.” (HGK, T. 02.12.1986, 4-214/894, naklen Deryal, Yahya; Sağlık Hukuku Rehberi, Ankara 2014, 130).

¹⁰⁵ Ünal, 401.

¹⁰⁶ Tandoğan, 330; Eren, 531; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 655; Kılıçoğlu, 294-295; Nomer, 230; Antalya, 488.

¹⁰⁷ "Davacı, davalı doktor tarafından gereksiz yere yapılan ameliyat sonunda, ömrü boyunca büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmıştır. Toplumdan uzak kalmasını gerektiren sürekli ve pek ağır izaç edici üzücü bir duruma sokulması karşısında, aydın

tazminatın amacı zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır. Tıbbî sorumluluk alanında manevî tazminatın hukukî dayanağını özellikle, değiştirilmiş bulunan Türk Medeni Kanun'un 25. maddesi münasebetiyle¹⁰⁸ vücut bütünlüğünün ihlali ve adam öldürülmesi¹⁰⁹ halinde manevî tazminatı düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi teşkil eder. Söz konusu madde vücut bütünlüğü ihlal edilen kimseye veyahut da adam ölmesi halinde ölenin

sayılması gerekli bir kişinin duyacağı derin rûhî eza gözetilmeden isteği aynen hükmedilmeyerek manevî tazminatın bir kısmının reddedilmesi bozmayı gerektirir (YHGK. 16.12.1972 T. E.1971/4-137, K.105 (naklen, Aşçıoğlu, 92).

- ¹⁰⁸ Söz konusu maddenin II. fıkrasında manevî tazminat özel olarak düzenlenmemiş, manevî tazminat davası açma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Böylece maddenin manevî tazminatı düzenleyen diğer maddelerle birlikte uygulanması söz konusudur. Yani bu fıkra hükmü, tek başına manevî tazminat talebinin, hukukî dayanağını oluşturmaya yetmemekte, manevî tazminat talebinin, bu fıkra hükmü ile birlikte diğer manevî tazminat hakkını düzenleyen maddelerden birine dayanması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu fıkra hükmüne, Medenî Kanun'un eski 24. maddesinin ikinci fıkrasındaki farklı yorumlara yol açan "kanunen muayyen hallerde" tabiri konulmamıştır. (bkz. Şenocak, 78).
- ¹⁰⁹ BK'nın 47. maddesi hükmüne göre (6098 sayılı TBK m. 56), hâkimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Manevi tazminat, zarara uğrayanda, manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktarın, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Dosya kapsamından, davacı Ekrem'in eşi, diğer davacıların annesi olan Oya meydana gelen kazada yaşamını yitirmiş, söz konusu kaza ile ilgili olarak hükme esas alınan kusur raporuna göre ise davalı sürücü asli % 65, davacı Ekrem tali % 35 oranında kusurlu olduğu anlaşılmıştır. O halde, meydana gelen trafik kazası sebebiyle duyulan acı ve elemnin kısmen de olsa giderilmesi amacıyla tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte, olayın meydana geliş şekli, davalıların sorumluluğunun niteliği, olay tarihindeki paranın alım gücü ve tarafların kusur oranları da göz önünde tutularak davacılar için hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir miktar daha düşük manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, açıklanan dosya kapsamına uygun düşmeyen miktarda manevi tazminata hükmedilmesi uygun görülmemiştir. Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı N. G. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2 ve 3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı N. G. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı N. G.'a geri verilmesine, 27.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi (Y. T. 27.03.2014, E. 2013/8172, K. 2014/4473, naklen Kazancı Otomasyon UT. 02.06.2015).

yakınlarına manevî tazminat ödenmesi konusunda hâkime bir takdir hakkı vermiştir. Söz konusu madde ile yeni bir düzenleme de gerçekleştirilmiştir. Buna göre, “ *Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*” (m. 56/II). Söz konusu madde ile ölenin yakınlarına verilen manevi tazminat davasından başka “*ağır bedensel zarar*” kavramı da getirilerek madde içeriği genişletilmiştir. Zira bir kişinin ölümü ya da ağır yaralanması üçüncü bir kişinin de manevi zarara uğramasına sebep olabilir. Dolayısıyla olay hem ilk hem de ikinci zarar görenlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir¹¹⁰. Doktrinde ikinci zarar görenin uğramış olduğu duygusal zararın beden bütünlüğünün ihlalinin oluşturacak düzeye ulaşmış olup olmadıklarına göre, şok ve duygu zararları ayrımı yapılmaktadır. Şok zararları, bir kişinin ölümü ya da ağır yaralanmasına şahit olması ya da haberdar olması sebebiyle bizzat üçüncü kişinin de ruh sağlığının hastalık derecesinde bozulduğu başka bir deyişle bedensel bütünlüğünün ihlal edildiği hallerde söz konusu olur. Duygu zararları ise, kişinin ruhsal sağlığının hastalık tanısı konulacak şekilde bozulmuş olması gerekli değildir. Bu halde yaşanan ruhsal çöküntü hastalık olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla genellikle herhangi bir tıbbi tedaviye gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer¹¹¹. Ancak bu hallerde de hastanın yakınlarına manevi tazminata hükmedilebilir¹¹²

Bu maddeye göre hâkim “**hususî halleri**” dikkate alarak bu kişilere manevî tazminat ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse bunun ağırlığı hakkında somut olarak karar verecektir”.

4. İlliyet Bağı

a. Genel Olarak

Tıbbî teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek olan aile hekiminin hukuki sorumluluğunun şartları arasında illiyet bağı büyük önem taşır. İlliyet bağı, hukukta, ortaya çıkan zararlar, sorumluluğun bağlandığı davranış ya da olay

¹¹⁰ **Erlüle, Fulya**; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Anakra 2011, 286 vd;

¹¹¹ **Erlüle**, 287.

¹¹² “.....doğal olarak evlatlarının hayatı boyunca felç olması anne babayı ruhsal yönden etkileyeceğinden cismani zarara maruz kalan çocuğun anne ve babasının tazminat talebi kabul edilmiştir” (**HGK. T. 02.12.1986, 4-214/894, naklen Deryal**, 130).

arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder¹¹³. Gerek kusur sorumluluğunda, gerekse sebep sorumluluğunda "illiyet bağı" şartı gerçekleşmeden, hukukî sorumluluk doğmaz.

b. İlliyet Bağı

Aile hekimin, sorumluluğu için gerekli son şart, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, tıbbî edimi sunan tarafın tıbbi yükümlülüklerine aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır¹¹⁴. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin, sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durumda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı söz konusu değildir. Örneğin, tıbbin kurallarına göre diyabet hastasına gerekli uyarılar yapılarak belli bir diyet listesi verilmiş ancak hastanın buna uymaması sonuç vücudunun belli bölgelerinde yaraların oluşması durumunda ilgili aile hekiminin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü olay hekimin dışında gerçekleşmiş olup zararlar, hekimin fiili arasında herhangi bir illiyet bağı söz konusu değildir.

Öte yandan, illiyet bağının kesilmesi halinde de aile hekiminin sorumluluğu ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir¹¹⁵. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen olay hekimin fiili ile zarar ile arasındaki illiyet bağını kesmekte ve zarara tek başına sebep olmaktadır. Örneğin, hastaya iğne yapılırken edilirken deprem sonucu aile hekiminin bürosunun çökmesi durumunda hastanın ölmesinden dolayı hekimin, sorumluluğuna gidilemez. Üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zararlı sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir. Örneğin, hastanın yakınının aile hekiminin verdiği dozun üzerinde hastaya insülin enjekte etmesi durumunda hastada meydana gelebilecek rahatsızlıklar için sorumlu aile hekiminin sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuçta hastanın ölmesi durumunda tıbbî edimi, gerçekleştiren aile hekiminin sorumluluğuna gidilemez. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi fiili neden olmuştur. Bu durumda da tıbbî edimi sunan tarafın

¹¹³ Eren, 536; Tandoğan,71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 567; Kılıçoğlu, 301; Oğuzman/Öz, 44; Nomer, 150.

¹¹⁴ Ott, 106.

¹¹⁵ Eren, (İlliyet), 174.

sorumluluğu doğmaz. Örneğin, diyabet hastası olan bir kişinin hekimin tavsiyelerine uymayıp verilen diyet reçetesini uygulamaması sonucu, hastanın gözlerini kaybetmesi durumunda hekimin, özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu, illiyet bağının kesilmiş olması dolayısıyla söz konusu olmaz.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı da hastaya aittir¹¹⁶. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir¹¹⁷.

D. Rücu Davası Açma Süresi

TBK'nun 73. maddesi, İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesi ile paralel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükümlerle, rücu hakkının alacaklının zararını tazmin eden müteselsil borçlunun şahsında doğan, halefiyet ile elde edilenden bağımsız, ayrı bir hak olduğu ve rücu talebinin zamanaşımı rejiminin de kendi kurallarına tâbi olacağı vurgulanmaktadır¹¹⁸.

TBK m. 73 f. 1'e göre, "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar"¹¹⁹. TBK. m. 73 f. 1 hükmü, rücu davasının tâbi olduğu zamanaşımı bakımından biri kısa, biri uzun olmak üzere iki zamanaşımı süresi düzenlemiştir.

TBK. m. 73 f. 1'de düzenlenen iki yıllık kısa zamanaşımı süresi ancak iki şart birlikte gerçekleştiğinde işlemeye başlar¹²⁰. Bu şartlardan ilki, haksız fiilden zarar gören alacaklıya tazminatın tamamının ödenmesidir. Bu noktada belirleyici olan, borçluyu tazminat ödemeye mahkûm eden mahkeme hükmünün verildiği veya ödemeye ilişkin işleminin yapıldığı tarih

¹¹⁶ Ott, 107; Öz, 717.

¹¹⁷ Ott, 108.

¹¹⁸ Kırcı, 666.

¹¹⁹ İsviçre Öntasarısı'nın 55c maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme ise şöyledir: "Rücu davası tazminatın tamamen ödendiği ve sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten itibaren üç yılda zamanaşımına uğrar; bu dava her durumda zarar veren olayın meydana geldiği veya sona erdiği andan itibaren yirmi yılda zamanaşımına uğrar."

¹²⁰ Kurt, Leyla Müjde; Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, 2011, (135-162), 152.

değil, ödemenin fiilen gerçekleştiği tarih olmalıdır¹²¹. Rücu hakkına sahip olan kişi tazminatın bir kısmını ödemiş kalanını diğer sorumlu kişiler ödemiş olsa bile zamanaşımı süresi son kısmın tamamen ödendiği andan itibaren başlar. Buna göre, idarenin tazminatı tamamen değilde kısmen ödemesi durumunda zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz¹²². Zamanaşımının başlangıcı bakımından borcun ödendiği, dolayısıyla rücu alacağının doğduğu tarihin esas alınması, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören TBK. m. 149 hükmüyle uyumludur. İki yıllık kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için gerçekleşmesi gereken ikinci şart ise, rücu alacaklısının rücu edebileceği kişiyi öğrenmiş olmasıdır. O halde, birden çok rücu borçlusu varsa, bunların her birine yöneltilecek rücu talebi bakımından zamanaşımının başlangıcı farklı olabilir. Burada da rücu alacaklısının gerekli özeni gösterseydi diğer müteselsil sorumluyu öğrenebileceği an değil, onun diğer müteselsil sorumluyu fiilen öğrendiği an esas alınmaktadır.

Bu doğrultuda olmak üzere, TBK. m. 73 f. 2 c. 1 hükmüyle alacaklının başvurduğu müteselsil borçlunun, bu başvuruyu diğer müteselsil borçlulara bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bildirim ödevi hukuken bir külfet niteliğindedir¹²³. Alacaklının başvurduğu borçlunun bu başvuruyu diğer müteselsil sorumlulara ihbar edebilmesi için, kuşkusuz öncelikle onun diğer sorumluların kimliklerini tespit etmiş olması gerekir. Borçlu ancak kendisine karşı tazminat davası açıldığı takdirde, zarar görenin diğer sorumlulara başvurmadığını öğrenebileceğinden, ondan ancak tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren gecikmeksizin davayı diğer sorumlulara ihbar etmesi beklenebilir. Kanunda bildirim nasıl gerçekleştirileceği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda açılan tazminat davasının ihbarı bakımından bu konudaki genel düzenleme olan HMK. m. 61-64-69 hükümleri uygulama alanı bulur¹²⁴.

TBK.'nda bildirim külfetinin yerine getirilmemesi hali için rücu hakkının kullanılamaması gibi ağır bir müeyyide getirilmemiştir. TBK.'na göre, bildirim yapılmamasının, yani alacaklının yönelttiği tazminat talebinin diğer müteselsil borçlulara ihbar edilmemesinin müeyyidesi, iki yıllık kısa

¹²¹ Eren, 838; Nomer, 401; Kurt, 152.

¹²² Kılıçoğlu, 502.

¹²³ Kurt, 155.

¹²⁴ Karşlı, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994, 191 vd. ; Atalı, Murat; Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, 141 vd.

zamanaşımının bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olmasıdır¹²⁵. Ancak hükümde yer alan “*bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarih*” ifadesi net bir ifade değildir.

Rücû hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından TBK. m. 73’ün 1. fıkrası ile 2. fıkrası birlikte yorumlanması gereken, farklı düzenlemeler getirmektedir¹²⁶. Kanaatimizce, bu iki hüküm şu şekilde yorumlanmalıdır: Alacaklının kendisine tazminat davası açtığı, bildirim külfeti altında olan borçlu, rücû edeceği diğer sorumlulara davayı ihbar ettiği, yani bildirim külfetini yerine getirdiği takdirde TBK. m. 73/ 1 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, ihbarda bulunduğu göre diğer sorumluları öğrenmiş olan borçlu, alacaklının zararının tamamını tazmin ettiği anda rücû alacağı bakımından iki yıllık kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Buna karşılık, alacaklının tazminat davası açtığı borçlu diğer müteselsil borçlulara bu durumu ihbar etmediyse, TBK. m. 73/ II hükmü uygulanır. Bu takdirde iki yıllık zamanaşımı süresi, ihbarda bulunmayan borçlunun alacaklının zararını fiilen tazmin ettiği tarih dikkate alınmaksızın, dürüstlük kuralı gereği borçlunun tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmesi gereken tarihten itibaren işlemeye başlar. Kendisinden tazminat talep edilen borçlu Aile Hekiminin rücû alacağı onun alacaklıya tazminatı ödediği anda doğduğuna göre, bu son durumda henüz daha rücû alacağı doğmadan, bu alacak bakımından zamanaşımı süresi işlemeye başlamış olmaktadır. Kanun koyucunun burada sorumlulardan birine yöneltilen tazminat talebi kendilerine ihbar edilmeyen diğer müteselsil sorumluları korumak, alacaklının kendisine yönelttiği tazminat talebini diğer sorumlulara ihbar etmeyen borçluyu ise, rücû alacağının zamanaşımı süresini erken işletmeye başlayarak cezalandırmak istediği anlaşılmaktadır¹²⁷. Ancak müteselsil borçlular arasındaki menfaatler dengesini sağlamak için dahi olsa, zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağını öngören TBK m. 149/I hükmüne aykırı olarak, rücû alacağı için zamanaşımı süresini bu alacağın muaccel olmasından önceki bir tarihten başlatmak isabetli olmamıştır¹²⁸.

¹²⁵ Kırca, ; 671; Kurt, 156.

¹²⁶ Kılıçoğlu, Eleştiriler, 43.

¹²⁷ Kurt, 158; Kırca, 672.

¹²⁸ Kırca, 672.

SONUÇ

İdare Hukukuna tabi olarak görev yapan, Aile Hekimlerinin hastalarına karşı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan tazminat davalarını ödeyen sağlık Bakanlığı ilgili Aile Hekimine karşı idare hukuku çerçevesinde rücu edebilmektedir. Çünkü aile hekimin zararını halkın verdiği vergilerden ödeyen idare, söz konusu miktarı asıl fail olan Aile Hekiminden de talep edebilmelidir. Bu amaçla söz konusu zararı ödeyen idare zarar oranında Adli Yargı da zarara sebebiyet veren hekime karşı dava açabilmektedir. Açılacak dava TBK. m. 49 hükümlerine tabidir. Söz konusu davanın hekime karşı ileri sürülecek olan ispat yükümlülüğü de yine aynı madde hükümleri çerçevesinde görülmektedir. Ancak dava, her ne kadar haksız fiil hükümleri çerçevesinde görülse de hukukî nitelik olarak rücu davası olmasından hareketle haksız fiil hükümlerinden farklı zamanaşımı konusunda farklı bir düzenlemeye konu olmuştur. Zamanaşımı ile ilgili kısım, TBK. m. 73'de kısa ve uzun zamanaşımı olarak başlangıç süreleri de genel zamanaşımı hükümlerinden farklı olarak düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Algın Kürşat/Şahin İsmet/Top Mehmet:** “Türkiye’de Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Çözüm Önerileri”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 7, S. 3, 2004
- Antalya, Gökhan:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Aşçıoğlu, Çetin:** Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Ataay, Faruk:** “Sağlık Reformu ve Yurttaşlık Hakları”, Amme İdaresi Dergisi, C. 41, S. 3, Eylül 2008, s. 169-184.
- Atalı, Murat:** Medenî Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Ayan, Mehmet:** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Bayındır, Savaş:** Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI, Sayı 1-2, 2007.
- Bayraktar, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Belek, İlker/Kılıç, Bülent:**“10 Soruda Aile Hekimliği – Doktorluğu, Yanlışlar Değil Doğrular, Yalanlar Değil Gerçekler”, Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık 2003, C. 18, S. 6.
- Deryal, Yahya:** Sağlık Hukuku Rehberi, Ankara 2014.
- Dilek Zühal:** Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, Aylık Haber Bülteni, Şubat 2009, Y. 6, S. 76.
- Eren, Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Eren, Uygun İlliyet).
- Erlüle, Fulya:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011.
- Gauch, P/Schleup, W.,** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. II, Zürich 2014,
- Gökcan, Hasan Tahsin;** KTK’ya Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 8. Baskı, Ankara 2014,

Görpeliöđlu, Süleyman: “Önerilen Aile Doktorluğu Modeli ve İnsan Kaynakları Deđerlendirmesi (Sonuç Raporu)”; www.sabim.saglik.gov.tr/rapor_proje/goto.aspx?id=4616, s. 35 vd. (02.06.2015).

Gözler, Kemal: İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, 15. Bası, Bursa 2014, (Gözler, İdare).

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canikliöđlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014.

Kaneti, Selim: Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusurun ve İspat Yükünün Yeri, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. Ankara 12-13 Mart 1982; İstanbul 1983.

Karataş İrep:“Dünden Bugüne Wonca”, Aile Hekimliği Dergisi, C. 2, S. 4, Y. 2008.

Karşlı, Abdurrahim: Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013. (Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku).

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Ankara 2008. (Kılıçoğlu, Eleştiri)

Kırca, Çiđdem: “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı İle Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.

Kurt, Leyla Müjde: Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, 2011, (135-162).

Laufs, Adolf: Arztrecht, 3. Auflage, München 1954.

Loeffler, Walter: Die Haftung ders Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich 1995.

Nomer, Haluk; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Basım İstanbul 2015.

Oğuzman, M. K/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, 10. Bası, İstanbul 2013.

Okur, Ali Rıza: “Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi,

Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, 7-8 Aralık 2006, Ankara 2007, s. 115-182.

Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye: “Türkiye’de Sağlık Reformunun Geçmişi ve Geleceği”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 599-699.

Ott, W. E.: Voraussetzungen der Zivirechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978.

Özek, Çetin: Hekim ve Hukuk, Tıbbî Müdahalelerde Bulunmak Hakkının Sınırları, İTFM 1965, C. XXVIII, S. 4, sh. 445 vd.

Pekcan Hikmet/Uğurluoglu Özgür: “Kentlerde Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri, Aile Hekimliği”, Yeni Türkiye, Y. 2001, S. 39, s. 817-844.

Rakel Robert E.: “Textbook of Family Practice”, The Family Physician, 5th Edition, Philadelphia 1995,

Sarıal, Enis: Sağlıklar arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

Sözer Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010.

Sözer Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına”, Mercek, Y. 10, S. 37, Ocak 2005, s. 21-31. (Sözer, Kimin Yararına)

Şenocak, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1981.

Tekinay, S. S/Akman, C/Burcuoğlu, H/Altop, A: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tuaç, Pelin: Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukukî Bir Değerlendirme, İzmir 2009, 135.

Tüzer, Tunga Tavbiy/Görpelioglu, Süleyman: “Aile Hekimliği”, Yeni Türkiye, S. 39, Mayıs-Haziran 2001.

Uğurlu, Mehmet/Kasım, İsmail/Korukluoğlu, Sinan/Üstü, Yusuf/Doğusan, Ahmet Reşat: “Aile Doktorluğunda Özlük Haklar”, Aile Doktorları İçin Kurs Notları, 1. Aşama, Sağlık Bakanlığı, Ankara 2004.

Ünal, Mehmet: Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD 1978, C. 35, S. 1-4.

Von Tuhr, P/Escher, T: Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1974.

Yılmaz, Battal: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010.