

HEKİMİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

The Liability of Doctors under the Medicine Contract

Doç. Dr. Mehmet DEMİR*

I. HEKİMİN TIBBÎ SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ, A. Genel Olarak, B. Tıbbî Sorumluluğun Türleri, 1. 1. Medenî Hukuk Sorumluluğu (Hukuksal Sorumluluk), 2. Ceza Hukuku Sorumluluğu, 3. İdare Hukuku Sorumluluğu, 4. Tıbbî Etik Sorumluluğu, II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI, A. Tanımı, B. Unsurları, 1. Tarafların Serbest (Bağımsız) Çalışan Hekim ve Hasta Olması, 2. Hekimin Tıbbî Amaçlı Müdahale Edimlerini Üstlenmesi, 3. Hastanın Ödeyeceği Bedelin Belirli Olması, 4. Tarafların Anlaşması, III. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI, A. Sözleşmenin Varlığı ve Geçerliliği, B. Sözleşmesel Yükümlüğün İhlali, C. Tıbbî Meslek Kusurunun Varlığı, D. Zararlı Sonucun Doğması, E. Nedensellik Bağı (Tıbbî Kusurlu Eylem – Zararlı Sonuç İlişkisi), IV. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN SONUCU: TIBBÎ TAZMİNAT DAVASI, V. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

ÖZET

Hekimin sorumluluğunu gerektiren değişik sorumluluk kaynakları bulunmaktadır. Bunlar tıbbî etik, ceza, idare ve medenî hukuk (hukuksal) bakımından sorumluluklar biçimindedir. Hekimin hukuksal sorumluluğunu doğuran kaynaklardan birisi de, hekimlik sözleşmesidir. Hekimlik sözleşmesi dışında kalan diğer hukuksal sorumluluk kaynakları ise, sözleşme

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi–Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

öncesi görüşme, vekaletsiz iş görme ve haksız fiilden doğan borç ilişkileridir.

Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi, yasada düzenlenmemiş (atipik) iş görme sözleşmelerindedir. Hekimlik sözleşmesinde, isimsiz bir iş görme sözleşmesi görünümü nedeniyle tanım, hukuksal nitelik ve sonuçları konusunda tam bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, hekimlik sözleşmesinin, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan şeklinde tanımlanması mümkündür. Bu tanımdan hareketle, sözleşmenin tarafları ve borçlanma konusu edimler belirlenebilir. Ancak, sözleşmenin hukuksal niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, hekimlik sözleşmesini, iş görme sözleşmelerinden istisna (eser), hizmet (iş) ve vekalet sözleşmesinden biri olarak gören görüşler dışında, sözleşmenin hukuksal niteliğini kendine özgü, isimsiz bir iş görme sözleşmesi sayanlar da vardır.

Hekimlik sözleşmesinin konusunu taraflar, hastanın ödeyeceği bir bedel karşılığında, sadece hastalığın teşhisi edimi ile sınırlandırabilecekleri gibi, hekime teşhisle birlikte tedavi ve bakım edimlerini de yüklemiş olabilirler. Bu asli yükümler dışında, hekimin daha başka sözleşmesel edim yükümleri de bulunmaktadır. Tıbbî özen gösterme, aydınlatma, arşivleme, sır saklama ve sadakat yükümleri gibi.

Hekimin sözleşmesel sorumluluğu için gerekli koşullar ise, şunlardır: 1. Sözleşmenin varlığı ve geçerliliği, 2. Sözleşmesel yükümlerin ihlali. 3. Tıbbî kusurlu eylem, 4. Zarar, 5. Tıbbî kusur ile zarar arasında nedensellik.

Hekimlik sözleşmesinde, hasta, hekimin kusurlu eyleminin varlığını değil; hekim kendisinin kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür (BK. m. 96).

Hekim, hastası ile yaptığı sözleşme ile ilgili olarak, kendisinin veya yardımcısının eyleminden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapmış olabilir. Bu anlaşmalarla hekimin sorumluluktan kurtulması olanağı yasal açıdan hile veya ağır kusurda kesin geçersizlik; hafif kusurda ise, takdiri geçersizlik yaptırımlarına tâbidir (BK. m. 99 ve 100/f.3)

Anahtar Kelimeler: Hekim-hasta, hekimlik sözleşmesi, sözleşmesel sorumluluk, tıbbî kusur, zarar, tıbbî tazminat davası

ABSTRACT

There are various sources of liability which require the liability of the doctor. These are in terms of medical ethic and of penal, civil and administrative law. One of the sources which causes the liability of the

doctor is the contract of medicine. The other legal ways of liabilities other than the contract of medicine are c.i.c. (*culpa in contrahendo*), tort and transaction without attorneyship.

The medicine contract is a freelance contract that is not regulated by law. Due to the appearance of nameless contract, there is no entire definition and legal nature of the medicine contract. Notwithstanding, the medicine contract may be defined as a contract concluded between a doctor who works freely and a patient or his/her representative in the consideration of payment of a sum and treatment and diagnosis. The parties of contract and the subject of obligation may be determined from the definition of the contract.

The subject of medicine contract may be restricted in terms of only treatment or the liability of treatment and diagnosis. Excluding this primary obligation, doctor has also contractual obligations such as duty of medical care, clearing, filing, secrecy and fealty.

The conditions of the contractual liability of the doctor are as follows: 1. A valid contract, 2. Breach of contractual liability, 3. Defective medical action, 4. Damage, 5. Causal connection between defective medical action and damage.

According to the medicine contract, the patient does not need to evidence the existence of the doctor's fault, but the doctor has to evidence his faultlessness (Turkish Obligation Act, article. 96).

Keywords: Doctor- patient, medicine contract, contractual liability, medical fault, damage, action for medical damages

I. HEKİMİN TIBBÎ SORUMLULUĞUNUN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

A. Genel Olarak

Hekimlerin, üstlendikleri sağlık ve tıp hizmetlerini yürütmeleri sonucunda, hastalarına vermiş oldukları kişisel ve/veya malvarlıksal zararlar nedeniyle bir tıbbî sorumluluk altına girmeleri sonucunu doğuran bazı sorumluluk olguları vardır. Bu anlamda, tıbbî müdahaleler başta olmak üzere, hekimlik mesleğine özgü hizmetlerin sorumluluk hukuku alanına yansıyan değişik görünüm biçimleri karşımıza çıkabilmektedir. Bir tıbbî sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olan bu tipik sorumluluk olgularının kaynakları göz önünde tutulduğunda, hekimlerin tazmin yükümlülüğü anlamındaki hukuksal sorumluluğu dışında; cezaî ve idarî sorumlulukları ile tıbbî etik bakımından söz konusu olan meslekî ahlâk ve disiplin sorumlulukları da gündeme gelmektedir.

Tıbbî sorumluluk hukuku bağlamında, öncelikle, hekim-hasta arasında ortaya çıkan hukuksal ilişkiler arasında bir sözleşmesel borç ilişkisinin varlığından söz edilip edilemeyeceği; eğer, bir sözleşmesel borç ilişkisinin varlığı kabul edilebildiği takdirde, bu ilişkinin hukuksal niteliğinin ne olduğu hususunda yoğun tartışmalar olmuştur¹. Ancak, hekimin, tıbbî teşhis, tedavi, ameliyat ve bakım hizmetlerinin ifasını üstlendiği hekimlik sözleşmesinde, hastasına karşı sözleşme ihlâline dayanan (sözleşmesel borca aykırılıktan) bir sorumluluğunun ortaya çıkabileceği hukukumuz yönünden tartışmasız kabul edilmektedir².

Aşağıda, tıbbî sorumluluk hukuku alanına giren ve kamu görevlisi (ajant/personeli) statüsü dışında bir sıfatla tıp mesleğini serbestçe yürüten bir hekimin, hastası ya da onun yasal temsilcisi ile kurduğu ve konusunun da tıbbî teşhis ve tedavi edimlerinin ifası olduğu hekimlik sözleşmesinin tanımı, niteliği ve özellikle de bu sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuksal sorumluluğun koşulları genel hatlarıyla ele alınmaktadır. Ancak, hasta-özel hastane işletmecisi (Hastaneye Kabul Sözleşmesi) ya da hasta-hekim ve hastane yönetimi (Hasta Hakları, Hekim ve Hastane Hukuku) arasındaki hukuksal ilişkilerden kaynaklanan sorumluluğun türleri, koşulları ve sonuçları ayrı birer çalışmanın konusunu oluşturduğu için, ayrıca bunlar üzerinde durulmamıştır.

B. Tıbbî Sorumluluğun Türleri

1. Medenî Hukuk Sorumluluğu (Hukuksal Sorumluluk)

Medenî hukuk yönünden ele alınan hukuksal sorumluluk esasen, hekimin, bir haksız eyleminden meydana gelebileceği gibi, sözleşme öncesi görüşme ilişkisi aşamasındaki bir görüşme kusurundan (*cic: culpa in contrahendo*)³; sözleşmesel borç ilişkisinden doğan edim yükümlerine aykırı kusurlu eyleminden ya da vekâletsiz iş görmüş olmasından kaynaklanabilir. Sorumluluğun kaynağının sözleşmesel görüşme ilişkisi, sözleşme, haksız eylem veya vekâletsiz iş görme olması arasında tazmin yükümlülüğü için gerekli koşullar ile doğacak hüküm ve sonuçlar arasında bazı farklar olduğundan, sorumluluğun hangi esasa dayandığının belirlenmesi, tazminatın dayanağı ve kapsamı ile ispat yükünün dağılımı bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu bu tür hukuksal sorumluluk halleri, hekimin hukuka aykırı kusurlu eylemi nedeniyle hastanın uğradığı zararın varlığının ve bunun giderilmesi gereğinin olağan birer sonucudur. Diğer bir anlatımla,

¹ Hasta ile hekim arasında ortaya çıkan hukuksal ilişkinin içerik, boyut ve niteliği konusunda bkz.: Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul 1972, 31 vd.; Erman, Hasan, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 143 vd.

² Ayan, Mehmet, *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 1991, 49 vd.; İpekyüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006, 2, 13-14.

³ Ayan, age., 49.

hukuksal sorumluluk, hukuka aykırı kusurlu bir eylem sonucunda zarara neden olan ve mesleki açıdan kusurlu bulunan bir hekimin ve/veya diğer bir sağlık personelinin tıbbî tazminatla yükümlü olmasını gerektirmektedir.

Hekimin hukuksal sorumluluğu, haksız eylem, vekâletsiz iş görme ya da sözleşme ihlâli biçimindeki eylemler dışında, doğrudan doğruya yasal bir olgudan da kaynaklanabilir ki, artık bu halde, hekimin sözleşme dışı objektif (kusursuz) tıbbî sorumluluğundan söz edilir⁴.

2. Ceza Hukuku Sorumluluğu

Hekime cezaî sorumluluk yüklenmesinin amacı, borca aykırı kusurlu eyleminden kaynaklanan zararların giderilmesini sağlamaya yönelik değildir. Buradaki normatif hukuksal amaç, hekimin, hukuka aykırı kusurlu eyleminin aynı zamanda ceza yasalarında tanımlanan bir suçun unsurlarını içermesi olasılığının bulunabilmesi nedeniyle, kendisi hakkında bir dizi cezaî yaptırım uygulanacağı ve böylelikle de üzerinde suç işlemesini önleyici bir psikolojik etkinin yaratılacağı düşüncesiyle, hekimlik mesleğini daha disiplinli, dikkatli ve özenli yürütmesini sağlamaktır⁵.

Hekimin tıbbî ceza hukuku sorumluluğunda, öncelikle, isnat konusu eylemin cezalandırılabilir bir nitelik taşıyıp taşımadığı yasal düzenlemeler temelinde araştırılır. Bunun sonucunda, somut olaydaki özel durum ve koşullar altında, tıbbî yarar–tıbbî risk dengesi de göz önünde bulundurularak, hekime isnat edilen eylemin tipik bir suçun konusunu oluşturup oluşturmadığına karar verilir. Bu süreçte, başta genel ve özel nitelikte ceza normları içeren yasal düzenlemeler olmak üzere; ayrıca, ülkemizin taraf olduğu ve iç hukuka aktarılmış bulunan uluslararası sözleşmelerdeki kurallara aykırılık biçiminde bir hukuksal saptama yapıldığında ise, sonuçta, suçlu hekim hakkında sabit bulunan somut eylemine uyan cezaî yaptırım(lar)ın uygulanması yoluna gidilir⁶.

3. İdare Hukuku Sorumluluğu

Kamu hastanesinde görevli bir hekim ile hasta arasında özel hukuk anlamında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta; sadece, kamu hastanesine başvurmak ya da giriş yapmakla hasta ile idare arasında kamu hukukuna özgü bir yasal ilişki kurulmaktadır⁷. Bu nedenle, kamusal

⁴ Hekimin sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluğunu özellikle, ispat yükü, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk ve zamanaşımı yönünden farklı pratik sonuçları vardır. Bu konuda bkz.: Abik, Yıldız, *Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İşleşme Şansının Kaybı*, AÜHFD., C. 54, S.3, 2005, 241 vd. 270-272.

⁵ Belgesay, Mustafa Reşit, *Tıbbî Mesuliyet*, İstanbul 1954, 59; Bayraktar, 28.

⁶ Daha geniş bilgi için bkz. : *Tip ve Ceza Hukuku*, (Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Yener Ünver), Türkiye Cumhuriyeti'nin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Ankara 2004; Hekimin kusurlu davranışlarının ceza hukuku yönünden sonuçları için, ayrıca bkz.: Bayraktar, 203 vd.

⁷ Ayan, 172–173.

sağlık hizmetlerinin bir kamu görevlisi (devlet personeli) konumundaki hekimler aracılığıyla sunulması sonucunda hasta bireylerin uğramış oldukları zararlardan dolayı bir yandan, idarenin idarî hizmet kusuru; diğer yandan da, hekimin, duruma göre görevsel ve/veya kişisel kusuru nedeniyle tazmin yükümü ortaya çıkar⁸.

İdarenin tıbbî hizmet kusurunda ise, kamusal sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi, geç ya da kötü işlemesi anlamında kusurlu idarî eylemde tamamen objektif-anonim ve genel bir nitelik söz konusudur. Buna karşılık, hekimin kişisel kusuru, tamamen subjektif, bireysel ve özel bir nitelik taşır. Ancak, bu anlamdaki kişisel kusurun, birbirinden farklı iki değişik görünüm biçimi vardır: Bunlardan ilkinde, hekimin kusurlu eylemi ile üstlendiği kamusal sağlık hizmeti görevi arasında hiçbir fonksiyonel bağ (işlevsel bağlantı) yoktur. Örneğin, resmî çalışma zamanları dışında kalan bir tatil günü bir hastasının evine gidip yanlış ilaç vererek onun felç durumuna gelmesine neden olma eylemi gibi. İkinci halde ise, hekimlik görevinin yerine getirilmesi dolayısıyla yani, görevin yürütülmesi çerçevesinde işlenen kişisel kusurlu eylemle hastaya zarar verilmektedir. Buna örnek olarak ise, nöbetçi hekimin serviste yatan hastasına tecavüz etmesi ya da bir psikiyatr hekimin ruhsal tedavisini yürüttüğü bayan hastasının zaafından yararlanarak duygusal sömürü yapması gibi haller gösterilebilir⁹.

Öte yandan, kamusal sağlık hizmetlerinden doğan idarî hizmet sorumluluğu, çoğu kez bir objektif (kusursuz) sorumluluk niteliğinde olup¹⁰;

⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu uygulaması (YHGK., 26.09.2001 gün, 2001/4-595 E., 643 K.), hekimin eyleminin kendisine yüklenen kamusal görevinden ayrılabilir bir nitelikte olması halinde, kişisel sorumluluğu nedeniyle doğrudan kendisine karşı doğrudan bir tazminat davası açılacağı yönündedir (Kıcalıoğlu, Mustafa, *Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğu*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:4, Aralık 2006, 20-22).

⁹ Bayraktar, age. 37-40; Ayrıca, idarenin sağlık hizmetlerinden doğan kusur sorumluluğunda hizmet kusuru sayılan haller ile hizmet kusurunun kişisel kusurdan ayrıldığı noktalar hakkında bkz.: Yılmaz, Mustafa, *İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu*, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın-Metin Uçar-Yusuf Büyükkay), Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, 142-146.

¹⁰ Ancak, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri temelinde, idarenin, kusura dayalı sorumluluğunda, kamu hizmetini hiç sunmaması, kötü ya da geç sunması sonucu bireylerin uğradığı zararları giderim yükümlülüğünün; kusursuz sorumluluğunda ise, kamusal külfetler karşısında eşitlik ve tehlikelilik (risk) ilkelerinin dayanak oluşturduğu doktrinde ileri sürülmektedir. Ayrıca, idarenin kamusal sağlık hizmetlerinin yürütülmesindeki kötü ya da geç ifa nedeniyle kusurlu idarî hizmet sorumluluğu da gündeme gelebilir. Bu konuda bkz.: Çağlayan, Ramazan, *Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın-Metin Uçar-Yusuf Büyükkay), Ankara 2007, 119 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun oy çoğunluğuyla vermiş olduğu bir kararda (YHGK. 17.10.2007, E. 2007/4-640, K. 2007/725) ise, somut olayda davalı kamu hekiminin tanı ve tedavide hatalı davrandığı ve açıkça kişisel kusuru dayanılarak tazminat isteminde bulunduğu gerekçesiyle, Anayasa m. 129/5 hükmünün göz önünde tutulabilmesinin söz konusu olamayacağı; ancak, mahkemece işin

hastanın zararını tazmin yükümlüsü ise, sadece idaredir. Ancak, bir kamu görevlisi hekimin kişisel kusurlu davranışı ile görevi arasında hiçbir görevsel bağlantı bulunmaması halinde, hekim, kamu hizmetinden ayrılabilir türden olan bu kusurlu haksız fiilinden dolayı bizzat sorumludur (BK. m. 41). Özellikle, hekimin kişisel ya da görevsel kusurunun kamu görevinin yürütülmesi vesilesiyle ortaya çıktığı durumlarda ise, uğranılan zarardan aynı zamanda idarenin kusursuz sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Bu halde, zarar gören hastanın zararını tazmin eden idare, daha sonradan haksız eylemi işleyen kusurlu hekime rücu tazminat davası açma olanağına sahiptir¹¹.

4. Tıbbî Etik Sorumluluğu

Tıp etiği, sağlık ve tıp alanındaki bilimsel ve uygulamalı çalışmaların etik yönden incelenmesi, ve özellikle tıp etkinliklerinin yürütülmesi sürecinde hekim hasta arasındaki ilişkilerde yaşanan meslek ahlâkı sorunlarının belirlenip, değerlendirilmesi sonucunda bir çözüm bulunmasını hedefleyen bir tıp disiplini¹².

Teorik ve uygulamalı tıp alanında tıbbî otoriteler tarafından evrensel kabul görmüş ve tarihsel geçmişleri de oldukça eskiye dayanan bir takım deontolojik ve tıp ahlâkına özgü davranış kuralları ile meslek ilkeleri, günümüzde birer hukuksal norm niteliği kazanma sürecindedir. Bu normlar, ilk olarak ‘*Hipocrates*¹³ Etiği’ ile birlikte başlayan ve günümüzde hasta

esasının incelenip, kişisel kusurun bulunup bulunmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi sonucuna varılmıştır. Bu karara katılmayan üyelerin (Mustafa Kılıçoğlu ve Ali Sezgin) karşı oylarında ise, özetle: Davacının, idareye karşı tam yargı davası açması idarenin memur olan kamu hekimine rücu etmesi; bu bağlamda, kişisel kusur kavramı altında, ancak gerçekte hizmet kusuru nedeniyle açılmış olan davaların adli yargıda görülmesinin kamu görevlisinde duraksama ve isteksizlik yaratacağı; önemli olaylarda sorumluluktan kaçmasına yol açacağı; ayrıca, Anayasanın 129/5 ile 657 sayılı Yasanın 13. maddeleri karşısında kamu hizmeti sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi hallerinde hizmetten kaynaklanan bir zarar verilmiş ise davanın mutlak surette idareye karşı açılması gerektiği vurgulanmıştır.

¹¹ Güran, Sait, *Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu*, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, 77 vd. özellikle, kamu görevlisi hekimin kusurunun yoğunluk derecesine göre idari sorumluluk olasılığına ilişkin 82-83; Ayan, 180-181.

¹² http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C4%B1p_eti%C4%9Fi (07.10.2007).

¹³ *Hipocrates*'in kişiliğinde oluşan ve hekimlerin mesleki kişiliğinde birer temel yapı taşı olarak görülen nitelikler, aynı zamanda meslek yemininde de açıkça ifadesini bulmuştur: “*Bilgin, iyi gözlemci, hastalara karşı merhametli, sabırlı, bildiklerini ve denemelerinin sonuçlarını başkalarına öğretmeye istekli, ağırbaşlı, ihtiraslara hakim, vicdanı temiz*”. (Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993, 2. dpn. 6’dan naklen). Ayrıca, hekimlerin tıbbi etik ve hekimlik ahlakına ilişkin genel ödevleri, hastaya ve birbirlerine karşı olan görevlerini gösteren kurallar ‘Uluslararası Tıbbi Etik Yasası’ ile de belirlenmiştir. Bu Yasa için bkz.: Sağlıkla ilgili Uluslararası Belgeler –

özerkliğine saygı, hastaya yarar sağlama ve zarar vermeme, aydınlatılmış rıza, adalet ve temel hasta hakları gibi hekimlik uygulamalarında tıbbî deontolojinin ilkeleri olarak kabul edilen; aynı zamanda, tıp etiği ve tıp hukuku ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk hukuku sorunlarının çözümünde yol gösterici işlevleri de bulunan temel kurallardır¹⁴.

Tıp etiğine ilişkin ilke ve kurallar, hekimin, mesleki faaliyetlerinde gerek kendi haklarını (tedavi ayrıcalığı gibi) gerekse hasta haklarını birlikte ele alıp çıkarları dengeleyici, isabetli ve doğru çözümlere yönelik bir meslekî yaklaşımı somut olarak göstermesini gerektirmektedir. Bu noktada, tıbbî etik, hekimin, tıp uygulamaları esnasında, bir yandan, karar verme yetkisini nihâî olarak hastaya bırakan “Özerkliğe (Hastanın Kişiliğine ve Özgür İradesine) Saygı”; diğer yandan, sağlık ve tıp uygulayıcısı sıfatını taşıyan yetkili kişilere yönelen “Yararlılık (Hastanın Yararına Hareket Etme)” ilkeleri arasındaki dengeyi, objektif ve hassas bir biçimde kurabilme çabasının sergilemesini zorunlu kılmaktadır. İşte, hekimin kendisine yüklenen etik ve hukuksal yükümlülükleri yerine getirirken, somut ve objektif açılardan ortalama (makûl) hekim tipinin göstereceği standartlaştırılmış davranıştan sapıp saptığı noktası, meslek kusurunun varlığını ortaya koymada belirleyici ölçüt olmaktadır¹⁵.

II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI

A. Tanımı

Hekim ile hasta arasında konusu tıbbî teşhis ve tedaviye yönelik bir müdahale olan hekimlik sözleşmesi kurulmasının amacı, güven temelinde ve bir anlaşma sonucunda belirlenen edim yükümlülüklerini (belirli bir ücreti ödeme karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi hizmeti sunmayı) tarafları bağlayıcı birer taahhüt konusu yaparak, karşılıklı rızayla borçlanmayı sağlamaktır. Ancak, somut sözleşme ilişkisini kurarken, taraflar, hekimin sadece hastalığın tanısını koyma edimini üstlenme ile sınırlı bir kararlaştırma yapmış olabilecekleri gibi (*Diagnosevertrag*); teşhis edimi ile birlikte tıbbî tedavi ve bakım edimlerinin ifası (*Behandlungsvertrag*) konusunda da anlaşmış olabilirler.

Bu bağlamda, hekimlik sözleşmesi (*Arztvertrag*) denilince, bundan, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesidir. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, hekimlik sözleşmesi

Dünya Tabipler Birliği, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, UNESCO, Avrupa Tabip Birlikleri Forumu, Yayına Hazırlayan: Dr. Füsün SAYEK, Ankara, Haziran 1998, 12-13.

¹⁴ Kök, Ahmet Nezih, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Hekimlik Uygulamaları ile ilgili Maddelerin Tıbbî Etik Açısından Değerlendirilmesi*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, 79 vd., 82-83.

¹⁵ Ayan, 102-103.

adı altında pozitif temelde bu sözleşmeye özgü tipik unsurları gösteren bir yasal tanım yapılmadığı gibi; sözleşmenin içeriğini, hukuksal hüküm ve sonuçlarını düzenleyen özel pozitif kurallar da bulunmamaktadır.

Yaptığımız bu tanımdan hareketle, hekimlik sözleşmesinin varlığı için gerekli olan ve aynı zamanda, sözleşmenin objektif veya sübjektif esaslı bir noktası olarak görülebilecek tipik unsurların sırasıyla, aşağıdaki gibi genel olarak ele alınması mümkündür:

B. Unsurları

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

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

Sözleşmenin tarafları olarak serbest (bağımsız) hekim ve hasta ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamakta yarar vardır. Zira, hekimlik sözleşmesinin tarafları olarak hekim ve hastanın tıp hukuku bakımından ne anlamda ele alındığı ve bu kavramların pozitif temelde içeriksel sınırlarının belirlenmesi, hukuksal değerlendirme ve çözümlenelerde yol gösterici olacaktır.

Türk Hukuku bakımından, hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip, tabip odasına kayıtlı ve hekimlik mesleğini yürütmeye geçici veya sürekli engeli bulunamayan Türk yurttaşı kişiler olarak kabul edilmiştir¹⁶. Ancak, belirtmek gerekir ki, tıp biliminin ve hekimlik mesleğinin evrenselliği karşısında, bir yandan tıp alanındaki sürekli etkileşim ve gelişimler diğer yandan da sağlığına verilen temel insanî değer karşısında, hekimlik mesleğinin sadece uyrukluğa bağlı olarak yürütülmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir¹⁷. Bununla birlikte, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (m.7), istisnaî de olsa, yabancı uyruklu hekimlerin de ülke sınırları içerisinde çalıştırılabilmelerine olanak tanımaktadır¹⁸. Serbest hekim kavramından ise, hukuk kurallarına uygun olarak hekimlik mesleğini yürütme çerçevesinde

¹⁶ Bkz.: 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun” (TŞSTİDK. m. 1-4 ve 28); 23.11.1953 tarihli ve 6023 sayılı “Türk Tabipler Birliği Kanunu” (TTBK. m. 39-40). Ayrıca, hekimlik sıfatı için gerekli yasal koşullar hakkında daha geniş olarak bkz: İpekyüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul Ocak-2006, 17-20.

¹⁷ Bayraktar, age. 119; Sarıtaş, Hatice, *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*, Ankara 2005, 12-13.

¹⁸ İlgili madde metni şu biçimdedir: “Ayrıca özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlarda kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.”

tıbbî müdahalelerde ve etkinliklerde bulunabilme yetkisine sahip olan ve bu yetkisini, özel sağlık işletmesinin işleticisinin ya da hastane başhekiminin emir ve talimatları altına kalmaksızın bağımsız olarak kullanan kişi anlaşılır¹⁹.

Hasta ve hasta hakları ifadelerinin ise, kavramsal içerikleri çeşitli belgelerde açıklanmış ve çok sayıda hukuksal tanımları da yapılmıştır. Sağlık hukukumuz bakımından hasta, “sağlık hizmetlerinden yaralanma ihtiyacı bulunan kimseyi”; hasta hakları da, “sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan fertlerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, uluslararası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları” ifade etmektedir²⁰. Dünya Sağlık Örgütü Anatuzyüğü’nde ise, hasta, kısaca “sağlık ve iyilik halinde olmayan kişi” biçiminde tanımlanmıştır.²¹

2. Hekimin Tıbbî Müdahale Amaçlı Edimleri Üstlenmesi

Hekimin sözleşmenin kurulması suretiyle hastasına karşı üstlendiği temel borcu, tıbbî müdahalelerde²² bulunma çerçevesinde, gerekli teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda, hekim, öncelikle hastasının muayenesini ve gerekli görülen tüm tıbbî araştırmaları yaparak hastalığının ne olduğunu belirlemek, yani hastalığın adını koymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hekimin, hekimlik mesleğinin gerektirdiği özenli araştırmaları sonucu ulaşacağı tüm tıbbî bulguları, tam zamanında ve doğru bir biçimde inceleyip değerlendirerek, somut ve objektif bir teşhiste bulunmasını gerektirir. Aksi durumlarda, yani eksik, geç ya da yanlış araştırma ve incelemeler sonucunda isabetsiz teşhislerde bulunarak, hastasına zarar verilmesi hekimi hukuksal sorumluluk altına sokar.

Tıbbî müdahale kavramı²³, sağlık ve tıp mesleğini yürütmeye yetkili ve ehliyetli olanlar²⁴ tarafından doğrudan ve/veya dolaylı olarak teşhis koyma ve tedavi etme amacını gerçekleştirmeye yönelik her türlü etkinliği ifade eder. Bu anlamda olmak üzere, hekim tarafından doğrudan veya dolaylı bir

¹⁹ Hekimlik mesleğinin serbest olmasına bağlı bazı zorluklar da vardır. Bu konuda bkz.: İpekyüz, age. 14-15.

²⁰ Bkz.: 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği (m.4/b ve d bendleri).

²¹ Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk (Malpraktis) Kanun Tasarısı’nda (m.3) ise, hasta, “Sağlık personelinin tıbbî hizmetine ihtiyaç duyan kişi” biçiminde tanımlanmıştır.

²² Tıbbî müdahalenin kavramsal içeriği, tanımı ve unsurları hakkında bkz. ve krş.: Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbî Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993, 15 vd.; Ayan, 5 vd.

²³ Kavram için bkz.: Şenocak, Zarife, *Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası*, AÜHFD., C.50, S.4, 2001, 66-67.

²⁴ Bu kişiler, TŞSTİDK.un ilgili maddelerinde (m.1-2-3, 29-30, 47, 58 ve 68), hekimler, diş hekimleri, dişçiler, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler olarak kabul edilmiştir.

biçimde hastanın tedavisine yönelik amaçlı her türlü tıbbî etkinliğin tıbbî müdahale kavramı içerisinde ele alınması mümkündür. Yeter ki, bu müdahale, bir hastalık tehlikesini önlenmesi, hastalığın ortadan kaldırılması, iyileşme sürecinin hızlandırılması, hasta üzerinde yarattığı ağır olumsuz sonuçların hafifletilmesi gibi amaçlara yönelik olsun²⁵.

3. Hastanın Ödeyeceği Bedelin Belirli / Belirlenebilir Olması

Hekimlik sözleşmesi, yukarıda da belirtildiği gibi, iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklı edimler içeren bir rıza sözleşmesidir. Bu nedenle, hekimin üstlendiği ve asli edim yükünün konusu olan tıbbî müdahale ve etkinliklerde bulunma borcuna karşılık olmak üzere, hastanın ödemekle yükümlü olduğu belirli bir bedelin (karşı edim ya da ivaz konusu olarak) taraflarca kararlaştırılmış ya da bedel belirlenmemiş ise, meslekî teamül gereği bilinen ve Türk Tabipler Birliği'nce resmen duyurulan bir hekimlik ücretinin (asgarî ücret tarifesindeki tıbbî teşhis ve tedavi bedelinin) kabul edilmiş olması önemli bir unsurdur²⁶.

Atipik (isimsiz) bir iş görme sözleşmesi görünümüne sahip hekimlik sözleşmesinin, hukuksal nitelik bakımından, daha çok vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Gerçekten de, hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişki, belli bir sonucun garanti edilmemesi ve iş sahibi (hasta) ile bağımlılık ilişkisinin bulunmaması nedenleriyle, ortada, istisna (eser) ya da hizmet sözleşmelerinden ziyade²⁷ bir vekâlet sözleşmesi karakteri daha ağır basmaktadır. Zira, tıpkı vekilin maddî işleri görmek üzere üstlendiği vekalet (*Tathandlungsauftrag*)²⁸ durumlarında olduğu gibi, hekimlik sözleşmesi yapan bir hekimin de hastasına karşı tıbbî müdahale türünden bir maddî nitelikli iş görme edimini ifa taahhüdü söz konusudur. Bu durumda, Borçlar Yasası'nın 386 / II fıkrasında yer alan (*Diğer akitler hakkındaki*

²⁵ Bayraktar, age. 149; Ayan, 9.

²⁶ Hekimin muayene, tedavi ve ameliyat ücretleri dışında, sunacağı diğer tıbbî hizmetler (örneğin, röntgen, manyetik rezonans-MR, ultrason çekimleri, grafik, film ve testler ile birlikte ayrıntılı tetkikata dayalı raporların yazımı ve reçetelerin düzenlemesi gibi) karşılığında ayrı bir ücret kararlaştırılması yapılmaması olanaklıdır. Bu konuda bkz.: İpekyüz, age., 46-47; Şenocak, age., 69-70.

²⁷ Hekimlik sözleşmesinin hukuksal niteliği ile ilgili görüşler için bkz. ve krş.: Ayan, 51-56; Şenocak, age., 18 vd.; İpekyüz, 56 vd.; Ayrıca, tedavi sözleşmesinin hukuksal niteliği bağlamında bkz.: Büyüksağış, Erdem, *Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*, AÜHFD., Yıl 2005, C.54, S. 4, 120-121; Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuksal niteliği ile de bağlantılı olarak bkz. ve krş.: Hatırnaz, Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2007, 28 vd. ile 30-33 ve özellikle de, hekim-hasta arasındaki sözleşmenin güven ilişkisi temeline dayandığı noktasında bkz. 37-38.

²⁸ Bir hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesinin ve özellikle de ameliyat yapmasının maddî fiillere ilişkin vekâlet kapsamı içinde kaldığı yönündeki görüş için bkz.: Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, Ankara 1987, 359-360.

kanuni hükümlere tabi olmayan işlere dahi, vekalet hükümleri cari olur) biçimindeki hüküm gereğince, hekimlik sözleşmesiyle tıbbî teşhis ve tedavi edimini üstlenen hekimin vekil konumunda kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım olarak görülmektedir²⁹.

O halde, serbest hekimliğin bir ücret karşılığında görülmesinin mesleki teamülün gereği olduğu yönünde yasal karinenin varlığı söz konusudur. Ücret ödenmesinin gerekliliği karşısında, hasta, Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanıp her ilin tabip odalarınca belirlenmiş olan asgari ücret tarifelerindeki ücreti ödemeyi göze alarak serbest hekime başvuracaktır.

Hastanın ücret ödemesinin teamül gereği olması karşısında, taraflarca önceden bir ücretin sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, hekime ücret ödeme borcunun ifası zorunludur (BK. m.386/f.3).

Hasta tarafından ödenecek ücretin mutlaka parasal ödeme biçiminde olması zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, hastanın para yerine aynî edim konusu bir malı teslim etmek suretiyle de ücret ödeme borcunu ifa etmiş kabul edilir³⁰.

4. Tarafların Anlaşması

Hekimlik sözleşmesi, rızaî sözleşmelerden olup; geçerliliği her hangi bir şekil şartına tâbi değildir. Bu nedenle, hekim ve hasta (ya da hastanın yetkili temsilcisi) tarafından tıbbî müdahalede bulunma konusunda karşılıklı iradelerin serbestçe açıklandığı anda sözleşmesel borç ilişkisi kurulmuş olur.

Yukarıda belirtildiği gibi, hekime belirli bir ücretin ödenmesi hususu sözleşmede açıkça belirlenmemiş olmasına rağmen, hekimin teşhis, tetkik, tedavi, ameliyat ve ilaç verilmesi gibi tıbbî müdahale ya da etkinliklerin ne olacağı konusunda taraflarca anlaşılmış olması, hekimlik sözleşmesinin kurulması sonucunu doğurmaya yeterlidir³¹.

İşlem ya da eylem konusu tıbbî müdahaleye rıza³² bağlamında, hastanın, kendisine yönelik tıbbî iş görme ediminde bulunacak hekime karşı, hekimlik sözleşmesi kurmaya yönelik işlem iradesini hukuka uygun olarak açıklamış olması zorunludur. Taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir

²⁹ Ayan, 55-56.

³⁰ İpekyüz, 47; Ancak, doktrinde, tıbbî teşhis ve tedavi ücretsiz yapılmış olsa bile, taraflar arasındaki ilişkiye yine de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı; zira, İsviçre-Türk Hukuklarında, Alman Hukukundan farklı olarak, vekâlet sözleşmesinin ücretsiz de yapılabileceği belirtilmektedir. Erman, agm., 143, dpn.1.

³¹ İpekyüz, 69-70.

³² Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbî Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993. Ayrıca, hekimlik sözleşmesinin kurulmasına yönelik icap ya da kabul biçimindeki sözleşmesel irade beyanlarının, küçüğün yasal temsilciler aracılığıyla yapılması ile ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün tıbbî müdahaleye rızası ayrı ayrı hukuksal değerlendirilmelerin konusudur.. Bkz. ve krş.: Şenocak, agm., 72 vd.

hekimlik sözleşmesinin kurucu olgusu olması bakımından, tıbbi müdahaleye rıza açıklamasının hukuka uygunluğu için aranan gerekli koşullar ise, sırasıyla şunlardır: (1) Hastanın rızasının mutlaka belirli bir tıbbi müdahaleye yönelik olarak açıklanmış olması; (2) Tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada açıklamış ve geri alınmamış olması; (3) Hastanın, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlanmış bir kişi olmakla birlikte, yine tıbbî müdahaleye rızasını hukuka ve ahlâka uygun olarak serbestçe açıklamış olması; (4) Hastanın hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra rızasını açıklamış olması; (5) Son bir koşul ise, özellikle sağlık ve tıp hukuku ile ilgili mevzuatta³³ öngörülen şekillerde rızanın açıklanmış olması³⁴.

III. HEKİMİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. Sözleşmenin Varlığı ve Geçerliliği

Diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, yoğunluklu bir güven unsurunun temel oluşturduğu hekimlik sözleşmesinden doğan sorumluluğun ilk koşulu, taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktaları olan belli bir ücreti ödeme karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini üstlenmeye yönelik olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığıdır³⁵.

Hekimlik sözleşmesi ile hekimin üstlendiği temel borç (aslı edim yükümü), hastanın hastalığını teşhis ve tedavi etme biçiminde maddî fiilin ya da fiilî bir hizmetin yapılmasına ilişkin bir iş görme taahhüdüne dayanmaktadır³⁶. Hekimlik işinin görülmesi hekimin hem resmî sıfatının hem de mesleğinin bir gereği olarak yapan kişilerden (örneğin, tıpkı serbest meslek faaliyetlerini Devletten aldıkları bir çalışma ruhsatına dayanarak yürüten avukat, veteriner, mimar ve mühendisler gibi) olması nedeniyle, hastanın hastalığını teşhis ve tedavi için kendisine yönelik olarak ücretli hekimlik sözleşmesi yapma teklifini derhal reddetmezse, hekimlik sözleşmesini kurmayı zımnen kabul ettiği sonucuna yasal varsayım gereği ulaşılacaktır (BK. m. 387)³⁷.

³³ Örneğin: TMK. m. 23/son; TŞSTİDK. M. 70/c.2; ODASNHK. m. 2 ve 6; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 13-15 hükümleri gibi.

³⁴ Bu koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çilingiroğlu, 53 vd.

³⁵ Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, 33 vd.; Öztürkler, Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara 2006, 42 vd.

³⁶ Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2000, 405-406; Tandoğan, age., 359-360.

³⁷ Zımni kabulün hasta tarafından da olabileceğini kabul eden *Tandoğan*, bir hekimle bir hastalığın tedavisi için yapılacak bir atipik vekalet görünümündeki hekimlik sözleşmesi

Hekimin sorumluluğunun sözleşmeye dayandığı durumlarda, bu sözleşmenin içeriğinin, nitelik ve kapsamının belirlenmesi önem taşır. Zira, hekimlik sözleşmesinin niteliği itibariyle, vekalet, hizmet ve istisna sözleşmelerinde hangisi olduğu konusundaki tereddütlere bağlı olarak sorumluluğun koşulları ve sonuçları farklılık gösterecektir. Bu bağlamda, hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi dışında, hizmet ve istisna (eser) sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleri ile de benzerlikleri vardır. Ancak, hekim hastaya tedavi sonucunda mutlaka iyileştirmeyi taahhüt etmediğinden ortada bir istisna (eser) sözleşmesi niteliği bulunmadığı gibi; hekim, belli bir teşhis ve tedavi amacına ulaşmak için kimsenin emir ve talimatı ile hastanın gözetimi altında olmadan tıp biliminin esasları ve hekimlik mesleğinin gerekleri doğrultusunda işini serbestçe yürütmesi nedeniyle hizmet sözleşmesi niteliği de yoktur. Ancak, istisnaî olarak, bir diş hekiminin takma diş yapmayı ya da estetik cerrahın burun güzelleştirici operasyonu başarıyla sonuçlandırmayı; bir ortopedistin protez kol ve bacak takmayı; ve hatta belsoğukluğu ve frengi gibi bazı hastaların kesin tedavisinin üstelenilmesi durumlarında hekimlik sözleşmesinin artık bir eser sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir³⁸.

Sonuç olarak, hekimlik sözleşmesinin de tıpkı avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi, hukuksal nitelik bakımından bir vekâlet sözleşmesi niteliğini taşıdığı; ancak, hukuksal işlem ya da hukuksal işlem benzerlerinin yapılmasına ilişkin vekâlet türünde değil (*Rechtshandlungsauftrag*) de maddî fiillere ilişkin vekâletin özel bir görünüm biçiminde gerçekleştiği belirtilmelidir.

B. Sözleşmesel Yükümlülüklerin İhlâli (Borca Aykırılık)

Hekimlik sözleşmesinden doğan edim yükümlülüklerinden birinin veya birkaçının hekim tarafından hiç (*nicht Erfüllung*) ya da gereği gibi (*nicht gehörige Erfüllung*) ifa edilmemesi sözleşmenin ihlâli sonucunu doğurur (BK. m. 96). Bu nedenle, hekimlik sözleşmesi ile hekime yüklenen borçların neler olduğu belirlenirken, sözleşmenin somut içerik ve kapsamının sınırları iyice araştırılıp, ortaya konulması gerekir³⁹.

Özellikle, hekimin sözleşmesel yükümlerinin en başında, hastalığın teşhisini koyma ve konulan teşhise göre en uygun tedavi ya da ameliyat yöntemini seçip uygulamanın geldiği belirtilmelidir. Bu borç, hekimin aslî edim yükümlününün bir konusu olarak, taraflar arasındaki sözleşmesel borç ilişkisinin kurulmasının da temel amacı olarak görülür. Bunun dışında kalan diğer sözleşmesel yan (talî) edim yükümleri ise, hekimin, hastayı aydınlatma; sadakat ve özen gösterme; sır saklama; tıbbî bilgileri belgeleme

için, BK. m. 387'deki zımnî kabul hakkında konulmuş ilkenin uygulanacağı görüşündedir (age., 389); Şenocak, age., 34.

³⁸ Belgesay, age., 76-77; Ayan, 52 vd. ile özellikle de 55-56.

³⁹ Büyüksağış, 117 vd.

ve arşivleme (dökümantasyon); hastanın kendisi veya sahiplerine hesap verme; tıbbî bilgi birikimini artırma ve meslekî deneyimini geliştirme borçlarından ibarettir⁴⁰.

Serbest hekimin sözleşme ile üstlendiği aslî edim yükümünün konusu, hastalığın zamanında ve doğru teşhisini koymak; teşhis edilen bu hastalık için en uygun tedavi yöntemini seçip, uygulamaktır. Teşhis koyma yükümünü ifa aşamasında, hastalığa ait geçmiş bilgileri toplamış (*Anamnezi*); hastasının muayenesini bizzat yapmış; hasta ve/veya yakınları ile yoğun kişisel görüşmelerde bulunmuş; gerekli görülebilecek her türlü laboratuvar tahlilini yaptırmış, grafik ve röntgen filmlerini çektirilmesi gibi test ve analiz amaçlı işleri gerçekleştirmiş olması zorunludur. Bu nedenle, hastalığın tanısına yönelik yapılan araştırmalar sonucunda elde ettiği bulguları doğru bir biçimde değerlendirdikten sonra teşhisin konulmuş olması gerekir. Aksi durumlarda ortada bir teşhis hatası söz konusu olacaktır. Ancak, hekimin, sözleşme ile teşhis ve tedavisini üstlendiği hastalıkla ilgili olarak göstermesi gerekli ortalama tıbbî özeni sergilemesine rağmen, sonuçta teşhisini tam zamanında koyamamış ya da yanlış koymuş olsa bile sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir⁴¹.

Öte yandan, hastalığın teşhisinden sonra hekimin en uygun tedavi yöntemini seçememiş ya da bu şekilde seçilen tedavi yöntemini özenle uygulamamış olması durumlarında ortada bir tedavi kusurunun varlığından söz edilecektir. Teşhisi konulan hastalığın tedavisinde en uygun ve en güvenilir tedavi yönteminin uygulanması amacıyla, hekimin, geleneksel ve/veya modern tedavi tekniklerinden başarılı sonucu elde etme şansı en yüksek, fakat riski en az olan yöntemini kural olarak bizzat uygulaması gerekir. Ancak, hekim, muayene, teşhis ve tedavi sürecinde asistan, hemşire, laborant, narkozitör gibi üçüncü kişilerin yardımını isteyebileceği gibi; kendisi yerine bir başka hekimi de ikame edebilir. Birinci olasılıkta, hekimin, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu için (BK. m. 100), hekim ile zarar veren yardımcı kişi arasında adam çalıştırma (istihdam) ilişkisinin varlığı ve zararın da hizmetin görülmesi esnasında ve hizmetle ilgili olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Hekimin kendisi yerine bir başka hekimi koyması, ya alt hekimlik sözleşmesi (*Unterarztvertrag*) yapması ya da ikâme hekimlik (*Ersatzärztlich*) yoluyla olur. Alt hekimlikte, asıl hekim ile alt hekim arasında ayrı bir hekimlik sözleşme kurulur ve hasta bu sözleşmeye taraf değildir. Ancak, hasta ile birinci hekim arasındaki hekimlik sözleşmesi varlığını sürdürür. İkâme hekimlikte ise, ikâme edilen hekim ile hasta arasında yeni bir hekimlik sözleşmesi kurulmuş olup; aksi kararlaştırılmadığı sürece, hastaya karşı asıl hekimin de sözleşmesel sorumluluğu, bir caiz

⁴⁰ Bu borçların ifası ile ilgili olarak bkz. ve krş.: Ayan, 63 vd.; İpekyüz, 74 vd.

⁴¹ Ayan, 66.

ikâme hekimlik durumu varsa devam eder⁴². Caiz ikâme hekimlik durumları ise, hastanın müdahaleye rızasını açıklaması; hekimlik mesleğine özgü bir örf ve âdetin bir gereğinin yapılması ya da asıl hekimin aniden rahatsızlanması gibi kişisel zorunluluk yaratan durum ve koşullar gerçekleştiğinde kabul edilir. Bu hallerde, asıl hekimin sorumluluğu ‘yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede özenli hareketle’ sınırlıdır (BK. m.391/f.2). Bu üç halin dışında kalan, yani yetkisizce yapılmış bir gayrî caiz ikâme durumu gerçekleştiğinde ise, hekim, kendisinin yerine geçirdiği kişinin eyleminden sanki kendisi yapmış gibi, daha ağır bir sorumlu altında bırakılmıştır (BK. m. 391/f.1). Hasta, alt vekalet durumlarında birinci hekime karşı ileri sürebileceği haklarını ikame hekime karşı da kullanabilme yetkisine sahiptir (BK. m. 391/f.3)⁴³.

Hekimlik sözleşmesinin hekime yüklediği temel edim yükümlerinden bir diğeri olan, aydınlatma yükümü üç aşamada kendisini gösterir. Bunlardan ilkinde, yani teşhis aydınlatmasında (*Diagnoseaufklärung*), hekim, muayenesi sonucunda elde ettiği bulguları ve bunlara göre hangi hastalığın teşhisinin konulduğunu hastasına açıklamakla yükümlüdür. İkinci aşama olan süreç aydınlatmasının (*Verlaufsaufklärung*) amacı, hastanın tıbbî müdahaleye rızasını temin etmek ve tedavi sürecinde oluşabilecek olası gelişmeler ile bunların yaratacağı sonuçları anlatmaktır. Risk aydınlatması (*Risikoaufklärung*) aşamasında ise, uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin konusu, türü, biçimi, kapsam ve olası tehlikelere ilişkin olarak hastanın aydınlatılmış rızasını bildirmesi sağlanır. Bu üç aşamadaki aydınlatma yükümlerinin hekim tarafından birlikte yerine getirilmesi halinde aydınlatma borcu ifa edilmiş kabul edilir. Ayrıca, hastanın aydınlatılmasında, tıbbî müdahalenin ne olduğu ve özellikle uygulanacak ameliyatın riskleri, özellikleri, kapsamı, kesin ve olası sonuçları ile başarı yüzdesine göre karşılaşılabileceği ağır ve kalıcı ya da hafif ve geçici olumsuz etkilerin mutlaka hastaya bildirilmesi gerekir⁴⁴.

Hekimin aydınlatma yükümünün içerik ve kapsamı, önceden taraflarca sözleşmeyle kararlaştırılacak kesin sınırlarla değil; her bir somut olaydaki özel durum ve koşullara göre belirlenecektir⁴⁵. Ancak, bu belirlemede, sağlık ve tıp hukuku mevzuatında yer alan özel kurallar (örneğin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Nakli Hakkında Kanun m.17; Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.14; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük m. 15 gibi) göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte, aydınlatma borcunun kapsamı genişleyip daralabileceği gibi tamamen ortadan kalması da mümkündür. Örneğin, salt teşhis ya da

⁴² Ayan, 69; Hatırnaz, age. 121-122.

⁴³ Ayan, 70; Hatırnaz, age. 122-124.

⁴⁴ Ayan, 71-72.

⁴⁵ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, AÜHFD., C.52, S.3 (2003), 55vd.

estetik (güzelleştirme) amaçlı ameliyatlara gibi, tıbbî müdahalede ivediliğin ve zorunluluğun azaldığı durumlarda aydınlatmanın kapsamı genişletilir iken; hastanın ruhsal zarara uğrama olasılığının ortaya çıkabileceği ya da hekime tedavi ayrıcalığının tanındığı durumlarda ise, aydınlatmanın kapsamı müdavi hekimin takdirine göre daraltılabilecektir. Ancak, hastanın kendisinin mutlaka aydınlatılmasını istediği durumlarda artık hekimin ruhsal zararlar doğurabilecek bir aydınlatmayı dahi yapması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir⁴⁶.

Aydınlatma borcunun, istisnaî olarak tamamen ortadan kalkmasını gerektiren özel durumlar da vardır⁴⁷. Bu gibi durumlara örnek: Sırf ölüm döşeğindeki hastanın çektiği acıyı dindirmek amacıyla yapılacak müdahalede olduğu gibi aydınlatmanın hasta için artık anlamını yitirmiş olması; hekimin, aydınlatmanın hasta ya da yakınları üzerinde aşırı derecede ciddi tehlikeler yaratabileceği kanısına ulaşması nedeniyle tedavi ayrıcalığına (yani, hekimin, tedavisini üstlendiği hastası üzerinde kesin teşhisi konulmuş bir somut hastalığın tedavisinde uygulanacak yöntemlerden birini seçme serbestisi) sahip olduğu durumlar; hekimin önceden ameliyatın genişletilebilir olabileceğini öngöremediği ve hasta yönünden yaşamsal önemi haiz, tıbben de yararlı ya da zorunlu görülen bazı tipik *endikasyonlar*⁴⁸; koma halinde bilinci tamamen yitik halde acil servise getirilen bir hastanın yaşamını kurtarabilmek için müdahalenin derhal yapılmasının ivedi ve zorunlu olması; hastanın zaten daha önceden aydınlatılmış ya da tıbbî müdahale hakkında bilgi sahibi olması; bizzat hastanın serbest iradesiyle aydınlatılmaktan feragat etmiş bulunması halleridir⁴⁹.

Aydınlatma borcunun yükümlüsü olarak hekim, hasta ayırt etme gücüne sahipse doğrudan kendisine; aksi durumlarda ise, onun yasal temsilcilerini muhatap almak suretiyle ve mutlaka tıbbî müdahaleye rızanın açıklanmasından daha önceki bir zamanda aydınlatma yükümünü yerine getirmelidir⁵⁰. Ayırt etme gücü bulunmayan küçük hastaya⁵¹ ya da onun

⁴⁶ Ayan, 78 dpn.228.

⁴⁷ Aydınlatma yükümünün istisnaları hakkında daha geniş olarak bkz.: Hatırnaz, age. 56-58.

⁴⁸ Endikasyon kavramı ve çeşitleri ile hukuksal sonuçları hakkında bkz.: Ünver, Yener, *Sağlık Mensubunun Tıbbî Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Açısından Endikasyonun Etkisi*, Sempozyum No: 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 01/06/07, İstanbul 2007, 55-57.

⁴⁹ Aydınlatma yükümünün kapsamı ile ilgili bu haller hakkında daha geniş olarak bkz.: Ayan, 75 vd.; Hatırnaz, age. 55-56; İpekyüz, 81 vd.

⁵⁰ Avrupa Biyotıp Sözleşmesine (m. 6/2) paralel biçimde olmak üzere, Hasta Hakları Yönetmeliği (m.24) gereğince, yasal temsilcilerinin küçüğe yönelik tıbbî müdahaleye muvafakat vermemeleri durumunda, müdahale tıbben gerekli olduğu ölçüde, tıbbî müdahale için mahkemeden bir karar alınması zorunludur. Ancak, mahkemenin izin kararı vermeden önce, söz konusu müdahalenin nitelik ve sonuçlarını algılayıp kararını verebilecek ve buna göre davranabilecek durumda bulunan küçüğün da rızası araştırması

temsilcilerine yeterli ve sağlıklı düşünme olanağı bırakmadan yapılmış bir aydınlatma (örneğin, hasta ameliyat masasında iken ya da ameliyat gününün sabahında) hukuken geçerli görülemez.

Aydınlatmanın şekli konusunda, yazılı ya da sözlü aydınlatmadan hangisinin benimseneceği tartışmalıdır. Aydınlatmanın yazılı şekle bağlılığını öngören yasal bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, birinci derecede sözlü aydınlatmanın, tamamlayıcı ve ispat kolaylığı sağlayıcı işlevi olan yazılı aydınlatmanın ise, ikinci derecede yer alması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵².

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı gibi, hastaya yönelik tıbbî müdahalelerin geçerliliği, hastanın kendisine uygulanacak müdahalenin türü, konusu, biçimi, zamanı, kapsamı ve sonuçları hakkında aydınlatıldıktan sonra rızasını serbestçe açıklamış olmasına bağlıdır. Tıbbî müdahaleye rızanın sağlıklı bir iradeye dayanmadığı durumlarda yapılan müdahale, hem hukuka aykırı bir haksız eylem hem de sözleşmesel borca aykırı bir kötü ifa hali olarak kabul edilir ve hastaya ya da yakınlarına verilen zarar nedeniyle hekimi tazmin yükümlülüğü altına sokar.

Aydınlatma yükümünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinde ispat yükü, hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme (*self-determination*) temel hakkı temelinde hekime; hekimlik sözleşmesinden doğan edim yükümünün ihlâli noktasında hastaya düşeceği ileri sürülebilir. Hekimin aydınlatma yükümünün aynı zamanda hekimlik sözleşmesinden doğan bir borç olması nedeniyle, bu yükümün ihlâl edildiğini ileri süren hasta bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür (TMK.m.6). Ancak, hekim

gerekir. Bu yönde bkz.: Sevük, Handan Yokuş, *Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, Marmara Üniversitesi 17/11/09, Ocak 2007, 229-230.

⁵¹ Hasta Hakları Yönetmeliği (m.35) açısından, küçüklere yönelik tıbbî müdahalelerde, küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıkları noktasından hareket edilmiş olması uygun bir yaklaşım olarak görülmektedir. Zira, özellikle, cerrahî amaçlı tıbbî müdahalelerde (örneğin, genetik operasyonlar gibi) küçüğün kendisinin ve/veya yasal temsilcisinin rızası tek başına tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktan uzaktır. Bu yönde bkz.: Ünver, Yener, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, , Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, Marmara Üniversitesi 17/11/09, Ocak 2007, 176-177; Şenocak, agm., 79. Öte yandan, esasen çocuğun sağlığı nedeniyle, onun rızasının geçerliliğinin çoğu kez sorun yaratabileceği ve rıza açıklama ehliyetine sahip çocuk ifadesinin anlamının da belirsizliği karşısında; ayrıca, çocukların etki altında kalabilecekleri, yasal temsilcilerinin de maddi çıkar kaygısıyla ikna edilebilip aldatılabilmeleri veya zorlanabilmeleri mümkündür. Bu bağlamda, rıza ehliyeti olmayan çocukların yasal temelde özel olarak korunması zorunlu olup; küçüğün hukuken geçerli rızası için hukuksal açıklık ve güvenlik gerektiren hak ve güvenceler ilgili yasalarda açıkça belirtilmelidir. Bu konuda bkz. ve krş.: Avrupa Biyotıp Sözleşmesi m. 17 ve TCK. m. 90 / f.3 hükümleri.

⁵² Ayan, 85-86.

karşısındaki zayıf ve korumasız konumu nedeniyle aydınlatmanın ispatını hekime yükleyen görüş ve uygulamalar da bulunmaktadır⁵³.

Hekimlik sözleşmesi ile hekime yüklenen önemli borçlardan biri de hastaya sadakat ve tıbbî özen borcudur. Hastaya sadakat borcu, hastanın menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmasını; kendisine güven duyan hastasına karşı dürüst davranmasını gerektirir. Hekimin en önemli yükümlerinden biri olan tıbbî özen borcu ise, somut olaydaki hekimin kendisinin de mensubu olduğu kesimdeki ortalama objektif hekim (*Durchschnittsarzt*) tipinin aynı olaydaki özel durum ve koşullar altında göstereceği özen derecesinde davranması demektir. Buna göre, hekimin bir pratisyen ya da uzman hekim olup olmaması, klinik deneyiminin azlığı ya da çokluğu, çift dalda uzmanlık diplomasına sahip ve aynı zamanda akademik unvanının bulunup bulunmaması, somut olayın her aşamasında gösterilmesi gerekli dikkat ve özenin derecesinin belirlenmesinde birer objektif ölçüt olarak göz önünde bulundurulacaktır. Kısaca, hekimin tıbbî özen yükümlününün ölçüsü, somut ve objektiftir⁵⁴.

Tıbbî özen borcu, temel ve genel nitelikli bir edim yükümü olup; hekimin, tıbbî müdahalenin her aşamasında, yani teşhis, tedavi, ameliyat ve bakım edimlerini yerine getirirken, teorik ve uygulamalı tıp alanında genel olarak kabul edilip, benimsenmiş olan meslekî ilke ve kurallara uygun davranmasını gerektirir. Bu nedenle, kendisini sürekli olarak geliştirme gereksinimi duymayan, bir uzmanın görüşüne başvurması gerekirken başvurmayan, tamamen kendi bilgisizliği ve ehliyetsizliği sonucunda yanlış bir tedavi yöntemini uygulayan hekim özen borcunu ihlâl etmiş kabul edilir. Aynı şekilde, acil bir durumla karşı karşıya kalmadıkça, özel uzmanlığı gerektiren bir teşhis ve tedavi için hastasını hastalıkla ilgili uzman hekime göndermeyen ya da danışmayan bir hekim özen borcunu ihlâl etmiş demektir⁵⁵.

Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün ilgili hükümleri (m.10-11) gereğince de, hekim tıbbî özen borcunu gerek en uygun tedavi yöntemini seçerken gerekse seçtiği yöntemi uygularken en güvenilir yöntemi seçip uygulamak aynı zamanda hekim için yasal bir yükümlülüktür. Teşhis ettiği hastalık için, 'riski en az ancak başarı şansı en yüksek' yöntemi en güvenilir tedavi olarak seçip uygulayacağı bir geleneksel ya da modern tedavi yöntemi veya vereceği ilacın yararları konusunda hastasını ayrıntılı bir biçimde aydınlatmalıdır. Aksi takdirde, tedavi adı altında salt kendi meslekî konumunu güçlendirmek, meslektaşları arasında ünlenmek, ekonomisini

⁵³ Ayan, 86, 87 dpn.302.

⁵⁴ Tandoğan, 420; Ertaş, Şeref, *Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Kaynaklanan Sorumluluğu*, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1 (1980), Sayı: 1, Bornova-İzmir, 173 vd.

⁵⁵ Tandoğan, 421.

arttırmak ya da insan üzerinde hukuk dışı deneysel araştırmalar yapması gibi müdahalelerde bulunması özen borcuna aykırılık oluşturur.

Hekimin özen borcuna aykırılığını ortaya koyan bir diğer özel durum da, farmakolojik hata (ilaç kusuru) biçiminde kendisini gösterir. Örneğin, hekimin, hastasını fiilen hiç görmeden telefonla görüşerek hemen ilaç tedavisine girişmesi; uygulayacağı ilacın mütad kullanım alanını ve dozunu bilmeden, ilgili alan uzmanına da sorma gereği duymadan somut olaydaki durum ve koşulların gerektirmediği halde kullanım alanı dışında ve yüksek dozlarda ilaç uygulaması; ilacın el yapımı bir ilaç mı yoksa farmakolojik etkili bir tablet mi olup olmadığını araştırmadan yazması; hastaya verilecek ilacın somut hastalık durumuna uygun dozajını ve tedavi amacının sınırlarını aşarak çok yüksek miktarlarda reçete etmesi; reçete konusu yapmadan önce ilaçlar hakkında farmakoloji bilgileri içeren kitapları araştırmadan ve varsa ilacın prospektüsünde yazılı ilaç bilgilerini okuyup eleştirel bir gözle incelemeyen yüzeysel, eksik ve yanlış bilgilere dayalı ilaç reçetelerinin düzenlemesi sonucunda zarar verme eylemlerinde artık tıbbî özen borcuna aykırılık hali gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir.

Hekimlik sözleşmesinden doğan diğer borçlara aykırılık hallerinin ispatlanmasında olduğu gibi, hasta, hekimin özen borcuna aykırı davranışın varlığını tam bir ispat biçiminde değil, ilk görünüş ispatı ölçüsünde yaklaşık olarak ortaya koyacaktır. Ancak, buna karşılık, hekim, somut olaydaki davranışının, kendisinin de mensubu olduğu ortalama objektif hekim tipinin aynı olayda göstereceği davranış tipinden sapmadığını ve dolayısıyla tıbbî özen derecesine uygun hareket ettiğini, yani kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür (BK. m.96).

Hekimlik sözleşmesi ile hekime yüklenen bir yan edim yükümü olan tıbbî arşiv tutma ve sır saklama borçlarına aykırılık da hekimin tazmin yükümlülüğüne yol açar⁵⁶. Teşhis ve tedavi süresince bizzat tuttuğu ya da hastanın verdiği bilgileri içeren kayıt ve belgeleri (örneğin, röntgen filmleri, ameliyat protokolleri gibi) düzenli ve özenli bir biçimde saklamak zorundadır. Sadece hastanın çıkarına hizmet eden belgeleri hastaya vermemesi ya da hekim ve hastanın eşdeğer çıkarının olduğu belgeler için hastanın bunları görme hakkını engellemesi durumlarında borca aykırı davranmış olur. Fakat, salt hekimin çıkarına hizmet eden (örneğin, hekimin teşhis ve tedavisini üstlendiği hastalıkla ilgili düşünce notları gibi) tıbbî kayıt ve belgeleri hastaya gösterme veya verme yükümünün olmadığı kabul edilmektedir⁵⁷.

⁵⁶ Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, 56 vd.

⁵⁷ Ayan, 96-97.

Hekimin tedavisini üstlendiği hastasına ait gizli bilgi ve olayları sır saklama yükümüne aykırı olarak üçüncü kişilere⁵⁸ açıklaması eylemi hem hukuka hem de sözleşmeye aykırılık halidir. Bu nedenledir ki, sır yükümüne aykırılık ceza ve tazminat yaptırımlarına bağlanmıştır. Örneğin, bir kadın-doğum uzmanı hekimin, kliniğine rahim tahliyesi için gelen gebeliği ve doğurması meşru olmayan bekâr bir kadının kimliğini bir ya da birkaç kişiye sızdırması halinde sırrın saklanması borcu ihlâl edilmiş olur⁵⁹. Ancak, hastanın serbestçe rızasını açıkladığı ya da hekimin davalı veya sanık olduğu bir davada kendisini savunmak zorunda kaldığı durumlarda hekim hastasına ait sırları açıklayabilir. Bu gibi durumlarda sırrı açıklayan hastaya karşı bir tazminat ödemek zorunda kalmaz.

Zarar gören hasta, hekimin sır saklama yükümüne aykırı davrandığını ve bunun sonucunda zarara uğradığını kanıtlamakla yükümlüdür.

Hekimlik sözleşmesinin sona ermesinden ya da hastanın ölmesinden sonraki dönemlerde dahi hem hekim hem de hekime yardımcı personel sır saklama yükümüne uygun davranmak zorundadır⁶⁰.

C. Tıbbî Meslek Kusurunun Varlığı

Genel olarak sorumluluk hukuku bakımından kusurlu eylem kavramının içeriğini, objektif ve sübjektif olmak üzere iki olgusal yön oluşturur. Kusurlu eylemin objektif yönü, zararlı sonucun ortaya çıktığı somut olaydaki kınanabilir türden eylemin, ortalama ve makûl kişiye özgü örnek davranış tipinden sapmasını ifade eder. Sübjektif yön ise, zarara neden olan eylemi işleyen ve ayırt etme gücüne sahip kişinin isnat yeteneği (sorumluluk ehliyeti) ile ilgilidir. Bu iki olgusal unsur bir arada içerisinde barındıran eylem, kişinin kusurlu iradesinin bir ürünü olarak kabul edilir ve hukuksal sorumluluk (tazmin yükümü) altına girme sonucunu doğurur.

Tıbbî meslek kusuru da genel anlamdaki kusurda gibi, kast ya da ihmal biçiminde ortaya çıkabilir. Kasıtlı eylemde, örnek tipin davranışından bilerek sapıp, zararlı sonucun doğumunun istenmesi söz konusudur. Örneğin, bir enfeksiyon uzmanı hekimin mikroplu bir iğnenin ısıtıp yakmadan (ateşe tutmadan) ve sterilize edilmeden hastasına enjekte etmesi sonucunda bu hastanın iğnedeki mikropların bulaştırdığı bir başka hastalığa yakalanmasına neden olmasında; bir göz operatörünün, kendisine gelen ve bir hasmının yakını olan hastasına, hiç gerekmediği halde sırf yüksek tedavi ücreti ödetmek için bir göz ameliyatı yapmasında eylemde kast vardır. İhmalî

⁵⁸ Üçüncü kişiler arasında, hasta ve hekim dışında kalan herkes girer. Bu bakımdan, diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere, somut hastalığın, hastanın menfaati gerektirdiği ölçüde hiç kimse tarafından bilinmemesi noktası önemlidir. Ayrıca bkz.: Zeytin, Zafer, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Türkiye Klinikleri, Yıl: 2006, Cilt: 14, Sayı: 2.

⁵⁹ Krş. Belgesay, age. 149, d).

⁶⁰ Ayan, 100.

eylem ise, kusurun yoğunluk derecesine ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere gerçekleşebilir. Ağır ihmalde, aynı somut olaydaki durum ve koşullar altında makûl her bir hekimin göstereceği en basit düzeydeki dikkat ve özenin gösterilmemiş olması söz konusudur. Örneğin, bir cerrahın ameliyat yaptığı bölgede kompres ve pensleri unutması ya da damardan zerk edileceği etiketinde yazılı bir ilâcın adaleden sırınga edilmesi gibi. Hafif ihmalde ise, sadece öngörülmesi ve özenli hekimlerin gösterebileceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Örneğin, operasyonda kullanılan bir aletin teknik işlevini görmeyecek derecede bozuk olduğunun ancak dikkatli bir kontrolle anlaşılabilir olunması gibi.

Tıbbî kusurlu eylem ise, tıbbın kuramsal (teorik) ve uygulamalı (pratik) alanlarında genel olarak kabul edilip tanınmış olan objektif meslekî kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu, hukuka aykırı bir davranışta bulunmak anlamına gelir (Kötü ya da Yanlış Uygulama: *Malpraktis*)⁶¹. Bu noktada, tıbbî *komplikasyon*'lar (tıbben izin verilen ve bu nedenle sorumluluk yaratmayan bilgi ve/veya beceri eksiklikleri) ile *malpraktis* durumlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu belirtilmelidir. Zira, somut ve objektif ölçülerde önceden öngörülemez ve istenilmeyen olumsuz risklere bağlı tıbbî sonuçlar, yani *komplikasyon*'lar, meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin sonuçta sorumlu tutulmasına gerektirmez⁶².

⁶¹ Yargıtay'ın bir kararında (Y. 4 HD 7.3.1977, E. 76-6297, K. 77-2541: YKD. 1978, 905 vd.) tıbbî meslek kusuru şu anlamda ele alınmıştır. “*hekim tıbbî faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir*”. Aynı yaklaşımla bir başka kararında ise, aynen “*.meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak tanınmış kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, kusurlu olması da şarttır. Bunun içinse, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbi özen yükümlüğüne aykırılığın mevcudiyeti aranır*”. denilmektedir. (Y. 13. HD. 7.11.2000, E. 6186/K.9628: Yılmaz, age. 102-102). Tıbbî Kötü Uygulama (Malpraktis) ‘Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı’nda ise, aynen “*Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır*” biçiminde tanımlanmıştır. Ayrıca, tıbbi teşhis ve tedavide hekimin özen derecesinin ölçüsünü belirleyici ölçütler ve ihmalin unsurları ile ilgili olarak bkz.ve krş.: Ertaş, agm. 179 vd.; Dünya Tabipler Birliği'nin Tıpta Yanlış Uygulamaya İlişkin Bildirgesi'nde ise, tıbbın yanlış uygulanması (*malpractice*), hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi hizmeti vermemesi sonucunda zarara sebebiyet vermesi olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz.: Sağlıkla ilgili Uluslararası Belgeler, 43-44. Tıbbi uygulamalarda hekim ve hastane kusurları ile meslek hatalarına örnek durumlar için bkz.: Öztürkler, age., 147 vd. ile 168-174.

⁶² Komplikasyonlar (kısaca, bir hastalığın devamı sırasında vuku bulan patolojik olaylar), hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan gerekli dikkat ve özen gösterilse bile kaçınılmaz bir takım istenilmeyen olumsuz etkiler olup; tıbbın kabul edip izin verdiği normal

Buna karşılık, tıbbî özen yokluğu ya da eksikliği olarak da ifade edilebilecek olan *malpraktis*'ler ise, hekimin hukuksal sorumluluğunu gerektirmekte ve onu, sonuçta tıbbî tazminat yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda bırakmaktadır⁶³.

Tıbbî meslek kusuru, hekimlik sözleşmesi ile yükümlülük yüklenen borçlu hekimin, aynı statüdeki ortalama bir hekimin somut olaydaki benzer durum ve koşullar altında sergileyeceği dikkat ve özeni göstermemesi halinde mevcut kabul edilir. Somut olayda meslek kusurunun varlığının ya da yokluğunun kanıtlanmasında kanıt yükünün kime yükleneceği ispat hukuku bağlamında çözümlenmesi gereken önemli bir usulî sorundur. Bu sorunun çözümünde, hekimin ispat yükünün yüklenmesi suretiyle kusurun objektifleştirilmesi hastanın lehine olacaktır. Zira, hekimin somut eyleminin objektif olarak ortalama hekim tipinin aynı durum ve koşullar altında göstereceği davranıştan sapması halinde tıbbî meslek kusuru işlenmiş demektir (BK. m.96: Tıbbî Kusur Karinesi). Bu halde, sözleşmesel tıbbî kusurun varlığını hastanın kanıtlamasına gerek kalmadan, borçlu hekimin kusurlu olduğu karine gereği varsayılmaktadır. Ancak, hekim, somut olayda kendisine her hangi bir tıbbî kusurun yüklenemeyeceğini iddia ederse, bu kusursuzluk iddiasını kanıtlamak zorundadır⁶⁴.

D. Zararlı Sonucun Doğması

Hekimin tazmin yükümlülüğünden söz edilebilmesi için, sözleşmesel yüküme aykırı eyleminden dolayı hastanın mutlaka bir zarara uğramış olması gerekir. Bilindiği gibi, zarar kavramı ise, hastanın kişisel ve/veya malvarlıksal değerlerinde tazmini gereken bir maddî veya manevî değer azalmalarını ya da kayıplarını ifade etmektedir.

Sorumluluk ve tazminat hukuku bakımından, tazmin yükümüne konu bir zarardan söz edildiğinde, bundan, zarar görenin istemi dışında gerçekleşen ve onun bir hakkını ya da hukuken korunan değerini ihlâl eden eylem ya da olayların olumsuz birer sonucu anlaşılır. Bu anlamda olmak üzere, zararın farklı ayırım ölçütlerine dayanan değişik türleri vardır. Örneğin, maddî zarar/manevî zarar; normatif zarar/gerçek (fiilî) zarar; kişisel zarar/nesnel zarar ayırımları gibi⁶⁵.

risk ve sapmalar olarak görülmekte; sonuçta, bunlar, öngörülebilir oldukları ölçüde ve istenmeden gerçekleştikleri için hekimin sorumlu tutulmasını gerektirmemektedir. Yavuz, Fatih, *Malpraktis – Komplikasyon Ayırımı*, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, 97 vd., özellikle de 100-101. Ayrıca, olası komplikasyonlara karşı önlem alma yükümü ile ilgili olarak bkz. ve krş.: Öztürkler, age., 197-198.

⁶³ Hancı, İ.Hancı, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara 2006, 30.

⁶⁴ Ayan, 109.

⁶⁵ Genel olarak tıbbî müdahaleden doğan zararın türleri ve tazmin biçimleri hakkında bkz.: Öztürkler, age., 103 vd.; Büyüksağış, 131-132; Abik, 281-282.

Hekimin sözleşmesel sorumluluk nedeniyle tazminat yükümlüsü olarak kabul edilebilmesi, bir tıbbî meslek kusuru olarak görülen sözleşmesel borca aykırı eyleminden dolayı hastasının kişi ve/veya mal varlıksal değerlerini azaltıcı bir sonuç doğmuş olmalıdır. Örneğin, ilaçla tedavi etme yoluna gidilmesi gerekirken bu yola hiç başvurmadan hemen ameliyata girişen bir hekimin teşhis hatası veya tedavi kusuru nedeniyle gereksiz yere yapılan bu ameliyata ilişkin masraflar, hastanın fiilen uğradığı maddi zarar kalemi olarak görülüp, tazminat konusu yapılacaktır. Hastanın bireysel yönünü oluşturan psikolojik ve ruhsal değerlerinde manevî azalmalar yaratacak biçimde haksız ve kötü uygulamaları nedeniyle hekimin manevi tazminat yükümlüsü olması da mümkündür. Örneğin, hekim, teşhis ve tedavi sürecinde hastasından edindiği gizli bilgileri hasta aleyhine açılan davalarda tanıklıktan kaçınma hakkına sahip olduğu halde, sırf hastasına zarar vermek amacıyla bunları adli makamlara açıklamıştır. Bu durumda, hekim, sır saklama borcuna aykırı davranarak kişilik haklarını ihlâl ettiği hastasının manevi zarara uğramasından dolayı tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır.

E. Nedensellik Bağı (Tıbbî Meslek Kusuru – Zararlı Sonuç İlişkisi)

Hekimlik sözleşmesine dayanan sorumluluğun doğabilmesi için gerekli son bir koşul ise, hekimin sözleşmeden doğan edim yükümünü ihlâl eden kusurlu eylemi ile hastanın uğramış olduğu zararlı sonuç arasında uygun nedensellik (neden–sonuç) bağının kurulabilmesidir. Uygun nedensellik bağının kurulması anlamında olmak üzere, hekimin tıbbî kusurlu eylemi, ortaya çıkan zararlı sonucun uygun nedeni veya zararın doğmasında belirleyici etken olarak kabul edilmelidir⁶⁶. Zira, hukuksal illiyet ilişkisinin hiçbir biçimde kurulamadığı ya da zorlayıcı bir neden (mücbir sebep), üçüncü kişinin ağır kusuru veya zarar görenin ağır kusuru gibi nedenlerinden biriyle kesildiği durumlarda, hekimin hukuksal sorumluluğundan ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünden söz edilemez.

O halde, zarar, hekimin sözleşmeye aykırı ve kusurlu eyleminin uygun bir sonucu olmalıdır. Bu bağlamda, hekimin kusurlu eyleminin zararlı sonucun doğumu için gerekli zorunlu koşulu (etkileyici nedeni) oluşturması ve genel olarak da söz konusu zararın gerçekleşme olasılığını önemli ölçüde artırmış olması halinde uygun nedensellik bağı kurulmuş olacaktır⁶⁷.

Hekime karşı sorumluluk ve tazminat davasını açan zarar gören hasta, sözleşmeye aykırı kusurlu eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağının varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak, sözleşmeye aykırılık oluşturan

⁶⁶ Uygun neden ve uygun nedensellik bağı kavramları için daha geniş olarak bkz.: Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara-1975, 52–53.

⁶⁷ Hukukî illiyet teorileri arasında sayılan ferdileştirici teoriler (son şart, denge, etkin şart ve en etkin şart teorileri) karşısında, daha genelleştirici bir teori olarak kabul gören uygun illiyet bağı teorisinin açıklanması konusunda geniş bilgi için bkz.: Eren, age., 47 vd.

tıbbî kusurlu eylemin varlığını kanıtlamadaki güçlükte olduğu gibi, burada da hastadan üzerine düşen ispat yükünün gereğini yerine getirirken kesin ve zorunlu kanıt araçları ortaya koyması beklenmemelidir. Somut olaydaki özel durum ve koşullar altında hekimin kusurlu eyleminin, benzer diğer olaylardaki istatistiksel verilerin ve genel olarak edinilen deneyimlerin ışığında zararlı sonucu doğurmada inandırıcı olduğunu gösteren ilk görünüş ispatı ya da emarelere dayalı ispat olanakları tanınarak hasta üzerindeki kanıt yükü yumuşatılmalıdır. Bu noktada, hastanın, sadece ağır tıbbî hatanın varlığını ispat ederek, nedensellik bağını kurabileceği de belirtilmektedir⁶⁸.

Öte yandan, zararlı sonuç, hekimin eyleminden ziyade, bizzat hastanın yapısal yatkınlığı (bünyevî istidadı), organik, fizyolojik ve biyolojik özelliklerine bağlı olarak da ortaya çıkmış ya da artmış olabilir. Böyle durumlarda, hastanın bu yapısal özelliklerinin hekim tarafından objektif tıbbî özen borcu ölçüsünde göz önünde bulundurulması gereği zorunlu olarak kabul edilmekte ise, artık nedensellik bağında uygun nedenlerin yarışması hali vardır. Ancak, hekimin somut olayda hastasındaki hassasiyeti anlayabilecek durumda olmasına karşın, özensiz kalması ya da özen eksikliği göstermesi sonucunda bunu hesaba katmamışsa, nedenlerin yarışması hali söz konusu olmayacak; sadece, hekimin kusurlu eylemi ile zararlı sonuç arasında hukuksal anlamda uygun nedensellik bağının kurulmuş olduğu kabul edilecektir⁶⁹.

IV. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN SONUCU: TIBBÎ TAZMİNAT DAVASI

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

Maddî zararların giderilmesine yönelik açılan bir tıbbî tazminat davasında, ilk olarak, hekimin sözleşmesel kusurlu eylemi nedeniyle hastasının iradesi dışında malvarlığında ortaya çıkan ekonomik kayıpların giderilmesi amaçlanır. Zarar gören sıfatıyla hasta, maddî zarar kalemleri

⁶⁸ İpekyüz, age. 142.; Büyülsağış, 129-131.

⁶⁹ Ayrıca, sözleşmesel tazmin yükümünün ortaya çıkarılmasındaki illiyet (nedensellik) bağı ve uygunluğun ispatı konularında bkz.: Ayan, age., 110-112; Şenocak, age., 88 vd.; İpekyüz, age. 141-142; Öztürkler, age., 43-49.

olarak, varlığını ve tutarını kanıtlayabildiği ölçüde⁷⁰, fiilî zararlarının ve yoksun kaldığı (kazanç kaybı) kârının karşılanması zarar veren borçlu hekimden isteyebilir. Örneğin, burun ve yanak üzerinde üstlendiği ameliyatı hatalı yapan bir estetik cerraha karşı, zarar gören bir fotomodelin beklediği reklâm ve tanıtım tekliflerini alamamış olması halinde yoksun kalınan kazanç; hekimin hastasını kusurlu ameliyat etmesi sonucunda daha sonra ikinci kez ameliyata alınmak zorunda bırakması durumunda hastasının ayrıca ödemek zorunda kaldığı ek masraflar ise fiilî zarar kalemi olarak maddî tazminat davasında parasal tazmin konusu yapılabilir.

Öte yandan, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı, hastanın kültürel, sosyal ve bireysel kişiliğini oluşturan ruhsal ve psişik kişilik değerleri üzerinde manevî kayıplara uğramasına da yol açmış olabilir. Örneğin, ciddî ruhsal bunalım geçiren genç bir kızın psikiyatrik tedavisini sözleşmeyle üstlenen evli bir psikiyatri uzmanı hekimin hastası ile aşk ilişkisine girip onun yeniden ağır bir sinir krizine yakalanarak değişik ruh sağlığı kliniklerinde yatmasına sebebiyet vermesi olayında, hekim sadakat yükümüne uymamış ve dolayısıyla sözleşmeden doğan yapmama edimine aykırı davranışla hastası ve ailesi üzerinde yarattığı derin acı ve şiddetli elemeler tazminat konusu bir manevî zarar olarak görülmektedir⁷¹. Bu türden zararlar, hekimin yanlış teşhis koymuş ya da uygun olmayan tedavi yöntemini uygulamış olmasından dolayı hastasının acı ve ıstırap duyması, yaşama sevincinin yok olması ya da azalması olup; malvarlıksal değerlerdeki kayıpların karşılığı olarak ele alınan teknik anlamdaki maddî zararların dışında kalır. Bununla birlikte, manevî zararın giderilmesine yönelik açılan tıbbî tazminat davasında, zarar gören hastaya belli bir parasal ödemede bulunulmasını sağlamaktaki amaç, onun üzerinde bir tatmin duygusu yaratmak ve ruhsal kayıpları telâfi etmektir.

Gerek maddî gerekse manevî zararın tazmini amacıyla hekime karşı açılacak olan tıbbî tazminat davalarında, zarar gören hasta, uğramış olduğunu iddia ettiği ve tazmin edilmesini istediği zararının varlığını ve sınırını kanıtlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, çoğu kez hastanın uğradığı zararın varlığını, boyut ve sınırlarını kanıtlamadaki ciddî güçlükler yaşayabilecek bir durumda bulunması nedeniyle, hastadan tam bir ispat işini beklemek somut olay adaletine ters düşebilecektir. Bu nedenle, ispat hukukunda kanıtlama güçlüğü olan vakıalar yönünden kabul edilen ilk görünüş ispatı (*Prima-facie Beweis; Anscheinsbeweis*) ya da emarelere

⁷⁰ Zararın varlık ve miktarının tam olarak kanıtlanmadığı durumlarda BK. m. 42/f.2 çerçevesinde, yargı uygulamalarında yaklaşık olarak ispat yoluna gidilmektedir. Bu yönde bkz. ve krş.: Büyüksağış, 140-141.

⁷¹ Oftinger, Karl, *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları* (Çev.: Kemal Dayınlarlı), Yargıtay Yayınları-18, Ankara 1985, 194 vd.

dayalı ispat⁷² gibi özel kanıtlama yöntemleri sayesinde, hasta, bir yandan hem nedensellik bağıını hem de sorumluluk ve tazmin konusu zararların varlığını kanıtlarken; öte yandan hâkimde yeteri kadar yargısal kanaat oluşturabilecek derecede somut olayın oluşum ve gelişim sürecini ortaya koyan delillerini ileri sürebilme olanağına sahip kılınmaktadır.

V. SORUMLULUKTAN KURTULMA ANLAŞMASI

Yukarıda belirtildiği gibi, sorumluluk hukukunda sorumluluğun kurucu unsuru olarak kusur olgusu kabul edilmiştir. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedavi etkinliklerinden kaynaklanan hukuksal sorumluluğu için de, öncelikte hastanın uğramış olduğu zararı giderme yükümlülüğünü gerektiren bir tıbbî kusurun varlığı aranır. Bununla birlikte, hekim ile hasta arasında daha önceden geçerli bir biçimde kurulmuş olan bir hekimlik sözleşmesi bulunmasına ve hekimin kusurlu tıbbî eylemin varlığına rağmen; eğer, borçlu hekimin sorumluluktan kurtulması kaydını içeren bir sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa, hekimin tazmin yükümlülüğü de ortadan kalkabilir ya da sınırlandırılabilir. Ancak, bu türden anlaşmaların her zaman tam bir sorumsuzluk sonucunu da doğurmaya yetmeyeceğini de belirtmek gerekir. Zira, borçlunun tüm sözleşmesel borçlarına aykırı her türlü davranışı nedeniyle sorumsuzluğuna ilişkin kayıt ve koşullar içeren bir ilişki hukuksal anlamda bir borç ilişkisi olmaktan uzaktır⁷³.

Sorumluluktan kurtulma anlaşmalarında, anlaşmanın hekimin asıl borçlu sıfatıyla kendi kusuruna ya da yardımcı kişinin kusuruna ilişkin olup olmamasına göre, farklı yasal koşullar ve sonuçlar söz konusudur (BK. m. 99 ve 100)⁷⁴.

Her şeyden önce, sorumluluktan kurtulma anlaşmasının geçerli olabilmesi ve taraflarını bağlayıcı sonuçlar doğurabilmesi için, yasada öngörülen koşullarda ve içerikte düzenlenmiş bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olması gerekir.

Borçlar Yasası'nda, "*Mes'uliyetten beraet şartı*" başlığı altında, asıl borçlunun kendi borca aykırı eylemleri (BK. m. 99) ile kendisine yardımcı olan kişinin borca aykırı eylemlerinden (BK. m.100) dolayı sorumsuzluğuna ilişkin olarak yapılacak sorumluluktan kurtulma anlaşmaları farklı koşullara bağlanmıştır. Buna göre, bir sözleşmesel borç ilişkisinde asıl borçlu lehine sorumsuzluk anlaşması, borçlunun hile veya ağır kusuru dışında kalan ve sadece hafif kusurlu eylemine dayanan borca aykırı davranışları için yapılabilir. Ayrıca, sorumsuzluk anlaşması yapma olanağının özel bir yasal düzenleme ile yasaklanmamış olması (Karayolları Trafik Kanunu m. 111

⁷² Yıldırım, Mehmet Kâmil, *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, 120 vd.

⁷³ Kılıçoğlu, 476; Büyüksağış, 128-129.

⁷⁴ Hatırnaz, age., 130 vd.

gibi) ve anlaşmanın yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde bulunmaması ya da borçlunun sorumluluğu hükümet tarafından verilen imtiyaza dayalı bir sanatın icrasına ilişkin olmaması da gerekir (BK. m. 99).

Borçlunun borca aykırı eylemleri kasta veya hileye dayandığında lehine bir sorumsuzluk anlaşması yapılamaz iken; yardımcı kişilerin ağır kusurlu eyleminden borçlu lehine bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir. Bunun tek istisnası ise, alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması ya da sözleşmede ifa konusu edimin hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir işle ilgili olması hallerinden birinin varlığıdır (BK. 100).

Bu yasal kurallar çerçevesinde, hastası ile hekimlik sözleşmesi adı altında sözleşmesel borç ilişkisine giren bir hekim, gerek asıl borçlu olarak kendi kusuruna gerekse yardımcı kişinin kusuruna ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Ancak, doktrinde, hekimin kendi hafif ihmalden sorumsuzluğunu öngören anlaşmanın geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borçlu hekimin sadece yardımcı kişinin hafif ihmalden sorumlu tutulamayacağına yönelik sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Hekimin kendi hafif ihmalden sorumsuzluğuna ilişkin bir anlaşmanın, hasta-hekim arasındaki güven temeline dayalı hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediği gibi kamu düzenine ve genel ahlâka da aykırıdır⁷⁵.

Hekimlik mesleğine özgü tıbbî etkinliklerin yürütülmesi de Borçlar Kanunu'nun m.99 /f.2 hükmü ve m.100/f.3 hükümlerinde belirtilen '*...hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası...*' anlamındadır. Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi suretiyle, hâkim, hem hekimin asıl borçlu olarak kendisinin hem de yardımcı kişinin hafif ihmalden kurtulmasını öngören sorumsuzluk anlaşmalarını, dürüst davranma ilkesi çerçevesinde⁷⁶, somut olayın özel durum ve koşullarını göz önünde tutmak ve yargısal takdir yetkisini (TMK. m.4) dayanmak suretiyle, geçersiz sayabilir (Takdirî butlan)⁷⁷.

⁷⁵ Ayan, 119, dpn. 566.

⁷⁶ Hatırnaz, age. 134.

⁷⁷ Ayan, 120; Ayrıca, 'takdirî butlan' ifadesi için bkz.: Oğuzman, M.Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000, 131, 348.