

KAMU HASTANESİNDE YAPILAN TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI

Ferhat CANBOLAT*

I. GİRİŞ

Kamu hastanesinde görev yapan sağlık personelinin çoğu ve bu arada da hekim, kamu görevlisi ve kamu personeli statüsündedir. Kamu personeli durumundaki hekimin, kamu hastanesindeki tıbbi müdahalesinin hem kamu (ceza, idare) hukuku hem de özel hukuk bakımından çeşitli sonuçları vardır. Hekimin kamu personeli olmasının ceza hukuku bakımından en önemli sonucu, hakkında ceza davası açılabilmesi için ilgili hakkında izin verilmesinin gerekmesidir.¹ İdare hukuku bakımından ise, tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararlar bakımından, idarenin birinci ve asli derecede sorumlu olmasıdır.² Hekimin, kamu personeli olmasının özel hukuk bakımından en önemli sonucu ise, yapılan tıbbi müdahalede, kusurlu davranışı ile zararın ortaya çıkmasına neden olan hekimin doğrudan doğruya sorumluluğuna gidilebilmesidir.

Kamu hastanesi ile hasta arasında kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkar. Buna bağlı olarak da tıbbi müdahalede bulunulmasından dolayı ortaya çıkabilecek zararlar bakımından idare hukuku kuralları çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Kural bu olmakla birlikte son yıllarda kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı, doğrudan doğruya hekimler aleyhine hukuk mahkemelerinde tazminat davaları açıldığı da görülmektedir. Bunun yanı sıra yakın zaman-

* Dr., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü araştırma görevlisi.

¹ Bkz. Hakeri, Hakan, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 161 vd.

² Kızılyel, Serkan, *İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 205 vd.

da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bazı kararlarda, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımı yapılmakta ve kişisel kusurlardan dolayı hekimler aleyhine hukuk mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu durum karşısında kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, nasıl ve hangi durumda doğrudan hukuki sorumluluğuna başvurulabileceği ve bu sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Kamu hastanelerinde idari faaliyet çerçevesinde yerine getirilen sağlık hizmetinden bir zararın ortaya çıkması halinde devlet veya ilgili kamu tüzel kişinin sorumluluğu, kamu ve özellikle de idare hukuku boyutunu oluşturduğu için bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Aynı şekilde yapılan tıbbi müdahalenin ceza hukuku boyutu da bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu çalışma da hekimin, kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun hangi çerçevede söz konusu olabileceği ve bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir. Bu amaçla öncelikle kamu hastanesi ve tıbbi müdahale kavramları, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleden dolayı kimin hangi hukuki kurallar çerçevesinde sorumlu olması gerektiği, kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu incelenecektir.

II. KAMU HASTANESİ VE TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Kamu hastanesi, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküldür.³ Kamu hastanelerinde amaç, sağlık hizmeti sunmak suretiyle kamu yararına hizmet etmektedir. Ancak hangi hastanenin kamu hastanesi niteliği taşıdığını belirlemede, kamu yararına hizmet etmek yeterli olmaz. Bu unsurun yanısıra hastanenin kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibarıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişisi tarafından kurulmuş ve işletiliyor olması da gerekir.⁴ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m.1 hükmünde, *“Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka ... sağlık yurtları ‘hususi hastaneler’den sayılır...”* ifa-

³ Bkz. Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğın Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 171; Yılmaz, Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007, s. 161.

⁴ Ayan, s. 171; Yılmaz, s. 161.

deleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerden hareketle kamu hastanelerine; devletin resmi hastaneleri ile il özel idareleri ve belediyeler tarafından açılan hastanelerin dâhil olduğu sonucuna varılabilir. Bu hastanelerin yanısıra askeri hastaneler ile Üniversite hastanelerinin de kamu hastanelerine dâhil olduğu doktrinde eskiden beri kabul edilmektedir.⁵ Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı hastanelerin statüsü doktrinde tartışmalı olmakla⁶ ve Yargıtay⁷ tarafından da özel hastane olarak kabul edilmekle birlikte Sağlık Bakanlığı'na devredilen bu hastanelerin artık kamu hastanesi niteliği taşıdığına şüphe yoktur.⁸

Kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibariyle devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışındaki kişiler tarafından hizmet yürüten ve yatırılarak tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunmak amacıyla kurulan sağlık kuruluşu, özel hastane olarak kabul edilecektir. Buna göre gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf ve Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane kapsamında değerlendirilecektir.⁹

Kamu hastanesinde hizmet veren hekim ve yardımcı sağlık çalışanları, *"kamu personeli"* statüsündedir. Nitekim bu durum, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 36'da bu Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıflandırması yapılırken, *"Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı"* ihdas edilmiş ve bu sınıfın, sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin

⁵ Bkz. Ayan, s. 172; Yılmaz, s. 161.

⁶ Sağlık Bakanlığı'na devirden önce doktrinde savunulan bir görüş, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastanelerin özel hukuka tabi olduğunu kabul etmesine karşın (Bkz. Atabek Reşat, *"Hastanelerin Sorumluluğu"*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C. 60, s. 10-11-12, s. 642); bir başka görüş, gerek kuruluş ve işleyişleri gerek sağlık personelinin istihdam tarzı ve sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastanelerin de kamu hastanesi olarak kabul edilmesini isabetli bulmaktadır. Bkz. Ayan, s. 172.

⁷ YHGK 26.2.2003 tarih ve E.2003/21-95, K.2003/113 sayılı karar için bkz. Savaş, Halide, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ceza-Hukuk, Ankara 2007, s. 352 vd.

⁸ Bkz. Hakeri, Hakan, *Tip Hukuku*, Ankara 2007, s. 40.

⁹ Hatırnaz, Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2007, s. 39; Atabek, s. 646.

kapsadığı hükme bağlanmıştır. Buna göre kamu hastanesinde çalışan ve tıbbi tedavi ve girişimlerde bulunan hekim, kamu personeli olarak kabul edilecektir.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade etmektedir.¹⁰ Diğer bir tanımlama ile tıbbi müdahale, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlülüğüne el atma ve araya girmeyi ifade eder.¹¹ Bu tanımlara göre tıbbi müdahale, bir hekimin tedavi amacına yönelik olarak en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahale olarak kabul edilen ameliyatlara kadar her çeşit faaliyeti ifade etmektedir.¹²

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, vücuda yapılacak müdahale konusunda eğitilmiş bir kişinin, tıp bilim ve tekniğine ve tedavi amacına uygun olarak müdahalede bulunması gerekir. Bu nedenle de tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerekir.¹³

III. HEKİMİN KAMU HASTANELERİNDE YAPILAN TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Bağımsız bir şekilde çalışan bir hekim ile hastası arasındaki hukuki ilişki, “sözleşme”, “vekâletsiz iş görme” ve “haksız fiil” olmak üzere üç ayrı şekilde ortaya çıkabilir.¹⁴ Somut olayın özelliklerine göre ise, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan sözleşme öncesi sorumluluk

¹⁰ Bkz. Ayan, s. 5. Ayrıca bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 31-32; Savaş, Halide, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 177.

¹¹ Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 51.

¹² Ayrıca geniş bir tanım ve değerlendirmeler konusunda Çakmut, Yenerer Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2002, s. 24.

¹³ Bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 53; Ayan, s. 5 vd.

¹⁴ Bkz. Özpinar, Berna, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 272-273; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295.

(*culpa in contrahendo*) da söz konusu olabilir.¹⁵

Kişinin tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye başvurusu durumunda hukuki ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Bu durumu da hastanenin niteliğine göre ikiye ayırmak gerekir. Hastane özel hastane niteliğinde ise, sözleşme ilişkisi özel hastane ile hasta arasında kurulmakta ve bu sözleşmeye "*hastaneye kabul sözleşmesi*" adı verilmektedir.¹⁶ Tıbbi müdahalede bulunan hekim ve sağlık personeli ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Burada hekim ve sağlık personeli, ifa yardımcısı durumundadır. Hekimin, tedavi faaliyetlerinden dolayı vermiş olduğu zararlardan dolayı özel hastane, BK m. 100 hükmü çerçevesinde sorumlu olur.

Tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla başvuru hastane, kamu hastanesi ise, bu durumda hasta ile hastane arasındaki ilişki, özel hukuk ilişkisi niteliğinde değildir. Burada idare hukuku kurallarına göre çözümlenecek kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Aşağıda önce bu ilişki sonucuna bağlı olarak, tıbbi müdahaleden doğan zararlardan kimin sorumlu olduğu ve hekimin bu tür hastanelerdeki tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğu ve bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir.

B. Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk

Kamu hastanesi ile kamu hastanesinde tıbbi müdahalede bulunan hasta arasında bir kamu hukuku ilişkisi vardır.¹⁷ Burada hasta, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi durumundadır. Hasta, bulunduğu hastane dâhilinde kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görecektir olursa, devlet veya ilgili Kamu Tüzel Kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmalıdır. Sağlık hizmetinden dolayı idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için, hizmet kusurunun bulunması, bir zararın ortaya çıkması, ortaya çıkan bu

¹⁵ Bkz. Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, s. 9 vd.; Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004, s. 51 vd.; Ayan, s. 44-45.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatırnaz, s. 25 vd.; Ayan, s. 45-46; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 296; Özdemir, s. 51 vd.

¹⁷ Ayan, s. 46; Hakeri, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu*, s. 162-163; Yılmaz, s. 25; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 39.

zararın idari faaliyetlerden doğması ve idari faaliyet ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.¹⁸

İdari faaliyet çerçevesinde sağlık hizmetinin yerine getirildiği esnada ortaya çıkan zararlardan dolayı kamu hizmetini yerine getiren hekime karşı doğrudan dava açılması mümkün değildir.¹⁹ Nitekim bu durum Anayasa m.40 ve m. 129/5; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13'de açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükümlere göre, "...kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...". Bu düzenlemelerin yanı sıra bu konuya ilişkin düzenleme getiren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu" kenar başlığını taşıyan m. 43 hükmünde açıkça bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir. Ancak aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde; 2577 sayılı İYUK m. 12'ye göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki bu hükümden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahaleden dolayı ortaya çıkan zararın tazmini için öncelikle idareye başvurulması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında da, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleden doğan zararlar bakımından öncelikle idare aleyhine dava açılması, idarenin tazminat ödemekle yükümlü olması halinde kamu personeline rücu imkânının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir kararında Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; "*Davacılar, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesinde görevli olan doktorların kusurlu tedavileri sonucu murisleri A. A.'nın vefat ettiğini... Anayasanın 129/5 maddesi hükmüne göre kamu görevlilerinin yetki ve görevlerinin yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu*

¹⁸ Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Kızılyel, s. 205 vd.

¹⁹ Ayan, s. 180; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 301; Yılmaz, s. 161; Hakeri, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu*, s. 162-163; Kızılyel, s. 233.

edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir. Bu durumda davalı doktorlar bakımından Anayasa m. 129/5 gereğince husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir".²⁰

C. Hekimin Hukuki Sorumluluğu

1. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin birinci ve asli derecede sorumlu olduğunu yukarıda ifade ettik. Tazminat ödemekle yükümlü kılınan idare, tıbbi müdahalede kusuru bulunan ve zarara yol açan hekim ve diğer sağlık çalışanlarına idare hukuku kuralları çerçevesinde rücu edebilir. Ancak bazı durumlarda tıbbi müdahaleden dolayı zarar gören kişi veya ölümü halinde yakınları, idare aleyhine tam yargı davası açmanın yanı sıra doğrudan doğruya hekim aleyhine de hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Bu tür bir tazminat davasına esas teşkil edebilecek hukuki sebebin belirlenmesi açısından hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tespiti gerekir.

Borçlar hukukunda tazminat sorumluluğunun kaynağını, sözleşme ve doğrudan doğruya kanun hükümleri oluşturur. Buna göre tazminat talepleri, ya sözleşmeye ya da kanuna dayanabilir. Aşağıda kamu personeli durumundaki hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı veya kanundan doğan bir başka borçlar hukuku ilişkisinin bulunup bulunmadığı incelenecektir.

²⁰ Yarg. 13. HD 13.12.2004 T. ve E.2004/8677, K.2004/181152 sayılı karar için bkz. Yılmaz, s. 27. Ayrıca bu konuya ilişkin olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.04.2003 Tarih, E.2003/16, K.2003/23 sayılı karar ve Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 14.10.1991 Tarih, E.1991/28, K.1991/28 sayılı karar kamu görevlilerine karşı değil, idare aleyhine idare mahkemesinde dava açılması gerektiği konusundaki içtihatlardır. Bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 302-303.

a. Hekim ile Hasta Arasında Sözleşme İlişkisinin Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerde; bilgi, beceri veya dikkat eksikliğinden doğan zararlarda kişisel kusur ve görev kusuru ayırımı yapmak suretiyle tıbbi müdahalede bulunan hekimler aleyhine doğrudan dava açılabilceği sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda YHGK, kamu hastanesinde çalışan doktor ile hasta arasında iki çeşit ilişki bulunduğunu, birinci ilişkinin kamusal ilişki olduğunu tespit ettikten²¹ sonra ikinci ilişkiyi şu şekilde ortaya koymuştur; *“...İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekâlet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından*

²¹ “...Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkûmiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır.

Bir başka bakış açısıyla doktorla hasta arasındaki ilişki yönünden olay ele alındığında ise; öğretilde ve yargı kararlarında Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur.

Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (zorunlu aşı gibi ya da AİDS hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa’nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğuna göre artık Anayasa’nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. Bu noktada sorunun anılan maddeye göre çözümlenmesi özsel olmaktan çok biçimsel bir yorum olur. Yeri gelmişken şunu hemen ifade etmek gerekir ki, memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında bir farklılık bulunmamaktadır...” YHGK. 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır..."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da benzer gerekçelerle kamu hastanesinde çalışan hekim aleyhine doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunulabileceği sonucuna varmaktadır.²²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında, kamu hastanesinde çalışan doktorlar bakımından ikili bir ayırıma gidilmesi ve hekim ile hasta arasında kamusal ilişkinin yanısıra yapılan müdahalelerden dolayı sözleşme ilişkisinin de kurulduğunun kabul edilmiş olması isabetli değildir. Zira kamu hastanesinde çalışan hekim, kamu personeli statüsündedir. Hasta ile hukuki ilişki kuran hekim değil, hastane yönetiminin bağlı bulunduğu idaredir. Dolayısıyla hasta ile idare arasında kurulan ilişki, bir sözleşme ilişkisi değil, bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan hukuki sorunlar da idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıda çözümlenmelidir. Zira Anayasa m.125/7 hükmüne göre, *"İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür"*. Ayrıca yine Anayasa m. 129/5 hükmüne göre, *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir"*. Bu maddelerin yanısıra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13 hükmüne göre de, *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar"*. Bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde, kamu

²² YHGK 31.10.2007 Tarih ve E.2007/4-800, K.2007/797 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

personelinin görevini yaparken baskı altında kalmaması yanında, zarar gören kişinin, ekonomik bakımdan gücü sınırlı olan kamu personeline değil, ödeme gücü yüksek olan devlet veya ilgili kamu tüzel kişisine yönelme hakkı sağlanmak istendiği sonucuna ulaşılabilir.

YGHK kararında belirtildiği gibi sosyal güvencesi olmayan hastaların ücret karşılığında kamu hastanelerinde tedavi olması, verilen hizmetin kamu hizmeti olma vasfını ortadan kaldırmadığı gibi, hasta ile idare arasında kurulan ilişkiyi de bir özel hukuk ilişkisi haline dönüştürmez. Zira kamu ilişkisini doğuran sebep, sosyal güvencenin varlığı değildir. Ayrıca Atabek'in²³ de işaret ettiği üzere, kamu hastanesinde alınan ücret, hizmetin tam karşılığını oluşturmadığı gibi, bir vergi olarak da nitelendirilemez. Ancak hastanenin genel masraflarına bir katkı olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle de mali durumu iyi olmayan bir hastanın sırf ücretini ödeyemediği için tıbbi müdahalesinin yarıda kesilerek kamu hastanesinden çıkarılması düşünülemez. Bu değerlendirmeler ışığında somut olayda YGHK'nun vermiş olduğu karar tekrar değerlendirildiğinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olmaktan çıkarılıp sözleşme ilişkisine dönüştürülmesinin doğuracağı sakıncalı sonuçlar, işin doğası gereği ortay çıkacaktır. Sırf zarar gören hastanın, tazminat talebinde bulunmak amacıyla hekime de doğrudan başvurmasının önünü açmak amacıyla, hekim ile hasta arasında özel hukuk sözleşmesinin doğduğu kabul edildiğinde, bir sözleşme ilişkisinin gereği olarak, sözleşmenin esaslı noktalarında tarafların anlaşamaması durumunda hekime, kamu hastanesine başvuran hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınma hakkı tanınmış olur ki, bu da devletin, sosyal devlet olma özelliğiyle bağdaşmaz.

Kamu hastanesi ile kamu hastanesinde tıbbi müdahalede bulunan hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ve kamu hukuku ilişkisinin bulunduğu sonucuna varıldıktan sonra kamu hastanesinin personeli durumundaki hekim ile hasta arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu ve bu ilişkinin de, sözleşme ilişkisi olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Tabi ki varılan bu sonuç, kamu hukuku ilişkisinin yanısıra aynı zamanda hekim ile hasta arasında borçlar hukukuna dayanan bir hukuki ilişkinin kurulmayacağı

²³ Bkz. Atabek, s. 637.

anlamına da gelmez.²⁴ Aşağıda bu tür bir ilişkinin varlığının bulunup bulunmayacağı değerlendirme konusu yapılacaktır.

b. Hekim ile Hasta Arasında Vekaletsiz İş Görme veya Haksız Fiil İlişkisinin Varlığı

Hekim ile hasta arasında açık veya zımni olarak kurulan bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda borçlar hukuku bakımından söz konusu ilişkinin hukuki niteliği çeşitli durumlara göre farklılık gösterecektir.²⁵ Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı bir zararın ortaya çıkması durumunda tazminat sorumluluğunun kaynağını doğrudan doğruya kanun hükümleri, yani somut durum bakımından vekâletsiz işgörme veya haksız fiil sorumluluğu oluşturur.

Hekimin sorumluluğunun hukuki niteliğini vekâletsiz iş görme oluşturabilir. Öyle bazı durumlar olabilir ki, bu durumların varlığı halinde hekim, hastaya müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Nitekim kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, kendi sorumluluk alanına girmeyen bir konuda acil durumların varlığı nedeniyle tıbbi müdahalede bulunması, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir.²⁶ Bu durumda uygulanacak hükümler, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerdir (BK m. 410 vd.). Nitekim MK m. 25/3'deki kişilik haklarına saldırıdan elde edilen kazancın, haksız fiil hükümlerine göre değil, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere göre talep edilebileceğine ilişkin düzenlemede bu sonuca ulaşmada destek noktası olabilir.²⁷

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya vekâletsiz iş görmenin kabul edilmediği diğer durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde hekim ile hasta arasında Borçlar Kanunu m. 41 vd. hükümleri uyarınca

²⁴ Bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 40-41.

²⁵ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 30.

²⁶ Reisoğlu, Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 3 vd.; Ayan, s. 60; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38.

²⁷ Bkz. Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2008, s. 566-567.

bir haksız fiil ilişkisi ortaya çıkabilir.²⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 yılında vermiş olduğu kararda, "görev kusuru" ve "kişisel kusur" ayırımı yapılmakta ve kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda memura doğrudan adli yargıda dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır.²⁹ Ayırım ve değerlendirme doğru olmakla birlikte kararda yapılan hata, kişisel kusurdan kaynaklanan zararların tazmin edilmesinin, özel hukuk hükümleri bakımından sözleşme ilişkisine dayandırılmasındadır. Zira hekimin kişisel kusuru nedeniyle vermiş olduğu zararlardan dolayı, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi değil, haksız fiil ilişkisi ortaya çıkar.³⁰

2. Hekimin Sorumluluğu

a. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

Kamu hastanesinde çalışan hekim, hastanın veya yakınının herhangi bir başvurusu olmaksızın, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlar daha ziyade, bir kimsenin sağlığının zarar gördüğü veya tehlikeye düştüğü bir olayda hekimin tesadüfen hastanın yanında olmasında gerçekleşebilir. Bu durumda hekim, kamu hukuku ilişkisinden bağımsız ve acil olarak hastaya tıbbi mü-

²⁸ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 109 vd.; Ayan, s. 116; Savaş, *Tıbbi Müdahale-den Doğan Sorumluluk*, s. 295; Kızılyel, s. 234; Özpınar, s. 273.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında kişisel kusur şu şekilde ifade edilmektedir; "...Bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka söyleyişle kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretilerde gerek yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir...". Bkz. YHGK. 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

³⁰ Kızılyel, s. 234. Ayrıca idare hukukunda geçerli esaslar çerçevesinde kamu personelinin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2003, s. 325 vd.

dahalelerde bulunursa bu müdahale, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir.³¹

Doktrinde vekâletsiz iş görmeye ilişkin ayırımlara uygun olarak bu tür acil durumlarda gerçek³² bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurları³³ değerlendirildiğinde iş görme iradesi bulunan hekim, yapmış olduğu tıbbi müdahale ile bir iş görmekte, görülen bu iş başkasına ait bulunmakta, buna karşılık iş gören hekimin herhangi bir vekâleti bulunmamaktadır.³⁴ Ancak caiz olan vekâletsiz iş görmenin mi yoksa caiz olmayan vekâletsiz iş görmenin³⁵ mi bulunduğu somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Hekim, iş sahibinin menfaatine uygun olarak bir iş görmekte ise caiz olan vekâletsiz iş görme; buna

³¹ Bkz. Ayan, s. 60-61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38; Özpinar, s. 284.

³² Gerçek vekâletsiz iş görme, işin bir başkasının menfaatine olacak şekilde görülmesidir. Buna karşılık gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise, vekâletsiz iş gören kişinin, kendi menfaatine, yani sırf gördüğü işten bir menfaat elde etmek amacıyla iş görmesidir. Bkz. Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich-Basel-Genf 2002, N. 611 vd.; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987, s. 678 vd.; Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007, s. 520 vd.; Hatemî, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 489 vd.

³³ Vekâletsiz iş görmenin unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 257 vd.; Schmid, Jörg, *Zürcher Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419-414 OR, Bd. V/3a, Zürich 1993, Art. 419, N. 9 vd.; Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İşgörme*, İstanbul 1957, s. 74 vd.; Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, İzmir 2007, s. 351 vd.; Huguenin, N.618 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 678 vd.; Hatemî /Serozan/ Arpacı, s. 489-490; Yavuz, s. 520 vd.

³⁴ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102-103; Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 3 vd.; Ayan, s. 60; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38.

³⁵ Caiz olan vekâletsiz iş görme, iş sahibinin menfaatine uygun olarak girilen bir iş görmeyi gerektirir. Ayrıca, bu tür bir iş görme, BK m. 411/3 hükmüne göre, iş sahibinin geçerli, yani, kanuna ve ahlaka uygun bir yasaklamasına aykırılık oluşturmamalıdır. İş sahibinin geçerli bir müdahale yasağını açıklamasına rağmen işin görülmesi söz konusu ise, caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur. Bkz. Huguenin, N. 625; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 676-677; Zevkliler/ Havutçu, s. 352-353; Ayrıca BK m. 410 hükmüne göre, vekâletsiz iş gören durumundaki hekim, tıbbi müdahaleyi, hastanın gerçek veya varsayıma dayalı amacına uygun bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür.

karşılık hastanın varsayımı dayalı iradesi veya dürüst makul ortalama bir hekimin bakış açısı dikkate alındığında herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulması gerekmiyorsa veya hasta bu tür bir müdahaleyi açıkça yasaklamışsa caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur.³⁶

Caiz olan vekâletsiz iş görmenin, hukuki işlem benzeri ve özellikle de sözleşme benzeri bir fiil niteliğinde olduğu, doktrinde kabul edilmektedir.³⁷ Bu durumda vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK m. 96 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. BK m. 96 hükmüne göre alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifade edemediği takdirde borçlu, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur. Buna göre vekâletsiz iş gören durumunda ki hekimin sorumluluğu için, vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir. Diğer unsurların gerçekleştiği bir durumda BK m. 96 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimin, yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekir. Zira söz konusu hüküm, kusurunun bulunmadığının ispatını borçluya yüklemektedir.³⁸ Ayrıca tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin, her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumlu tutulacağı BK. m.411’de hükme bağlanmaktadır. Bu durumda vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin, kusurlu kabul edilmemesi ve böylelikle sorumluluktan kurtulabilmesi için, işin görülmesi sırasında her türlü özeni göstermesi gerekir.³⁹ Bunun için, vekâletsiz olarak iş gö-

³⁶ Bkz. Huguenin, N.636; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 677.

³⁷ Bkz. Huguenin, N.627; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 676; Tandoğan, *Vekâletsiz İşgörme*, s. 53-54; Yavuz, s. 521-522.

³⁸ Bkz. Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 346; Von Tuhr Andreas/ Escher Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, s. 117; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası İstanbul 2006, s. 356-357; Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası Ankara 2006, s. 476; Eren, s. 1022.

³⁹ Bkz. Demir, Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 155; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı Ankara 2007, s. 405-406; Başpınar, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004, s. 121 vd.; Gümüş, M. Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001, s. 104 vd.; Huguenin, N.634; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 681-682; Yavuz, s. 524-525; Zevkliler/ Havutçu, s. 353; Ayan, s. 113; Yılmaz, s. 45 vd.

ren hekimin, tedavi sırasında amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı bir tedavi sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir.⁴⁰

Caiz olmayan bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu durumlarda hekimin tıbbi müdahalesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur.⁴¹ Böyle bir tıbbi müdahale sonucunda hastada bir zarar meydana gelmişse ve zararın meydana gelmesinde hekim kusurluysa hekim, BK m. 41 vd. hükümleri uyarınca hastaya karşı sorumlu olur. Bu durumda hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için, vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunmanın caiz olmadığı, hekimin kusurlu olduğunun ve bir zararın ortaya çıktığının ve bunun miktarının ispatı gerekir. Buna ilişkin ispat yükü, hastaya aittir.⁴²

b. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, vekâletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde haksız fiil hükümleri çerçevesinde⁴³ sorumlu

⁴⁰ Bkz. Ayan, s. 88-89; Gümüş, s. 104. Nitekim Aral, vekilin göstereceği özenin ölçüsü konusunda, soyut özen ölçüsüne göre değerlendirme yapılması gerektiğini, mesleğinde gerekli ortalama zihni, bedeni ve manevi yeteneklere sahip ve hiçbir kaçınılabilen hatayı işlemeyen insan modelinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu model de mesleğe göre değişeceği için, mesleğe özgü ortalama davranışın ölçü olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. Aral, s. 406. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (Bkz. 19.02.1960 tarih ve 10436 Sayılı Resmi Gazete) 2. ve 14. maddelerine göre hekim, gerek hastalığın teşhisinde gerekse tıbbi müdahale boyunca özen borcu altındadır.

⁴¹ Ayan, s. 116.

⁴² Bkz. Şenocak, Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 246-247; Ayan, s. 118.

⁴³ Yargıtay'a intikal eden bir olayda kamu personeli durumundaki hekimin, tıbbi müdahalede bulunurken kişisel kusuru ile zarara sebebiyet vermesinden dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağına karar verilmiştir. Dava konusu olayda hekim, kaymakamlık tarafından düzenlenen sünnet şöleninde görevli doktor olarak hazır bulunmuş ve davacının oğlunun sünnetini yaparken gerekli özeni göstermemesi sonucu zarara neden olmuştur. Manevi tazminat talebiyle açılan dava sonucunda temyiz üzerine Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "...Memur ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri, Anayasanın memur ve

olur.⁴⁴ Hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilmesi için haksız fiilin unsurlarını oluşturan; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiille zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.⁴⁵

Hekimin, haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olması için, öncelikle bilinçli ve iradesine dayanan bir fiilin bulunması gerekir.⁴⁶ Buradaki fiil, bir şey yapma (olumlu) şeklinde olabileceği gibi yapması gereken bir davranışı gerçekleştirilmeme biçiminde de (olumsuz) ortaya çıkabilir.⁴⁷ Hekimin yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesi ya da hiç yerine getirmemesi halinde hastaya karşı tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, ikinci unsur olarak fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Türk ve İsviçre hukukunda kabul edilen objektif teoriye göre hukuka aykırılık, doğrudan veya dolaylı olarak başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun

kamu görevlileri için öngördüğü teminat kapsamında kabul edilemez. Kişisel kusur ise; sadece kin, hınc, düşmanlı ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleştirilen eylemler bakımından değil, görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olur... memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari eylem veya işlemten kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kurdan dolayı sorumlu olacaktır...". Yarg. 4. HD. 30.11.1998 tarih ve E.1998/6342, K.1998/9531 sayılı karar için bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 379 vd.

⁴⁴ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 109 vd.; Ayan, s. 116. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda da hekim, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu için sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışının, aynı zamanda BK m. 41 vd. maddeleri anlamında haksız fiili oluşturacağı, dolayısıyla sözleşmeye dayanan sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, s. 116; Özpinar, s. 273.

⁴⁵ Haksız fiilin unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 406 vd.; Schwenger, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl. Bern 2006, s. 335 vd.; Tekinay Selahattin, Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 475 vd.; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, İstanbul 2006, s. 140 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 491 vd.; Eren, s. 468 vd.; Kılıçoğlu, s. 195 vd.

⁴⁶ Oğuzman/ Öz, s. 492; Kılıçoğlu, s. 195; Eren, s. 468; Yılmaz, s. 14.

⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 195-196; Eren, s. 469 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 493.

ihlalini ifade eder.⁴⁸ Bir başka deyişle hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranıştır. Böylece kişilerin gerek malvarlığı gerekse şahıs varlığı değerlerine zarar vermeyi yasaklayan hukuk normunun ihlali hukuka aykırılığı oluşturur.⁴⁹

Kişinin şahsiyet haklarının kapsamına giren hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale, tıbbi müdahale niteliğinde de olsa hukuka aykırıdır.⁵⁰ Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması gerekir.⁵¹ Tıbbi müdahale, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilen esaslara uygun bir şekilde yapılmak kaydıyla özel bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkar.⁵²

Hukuka uygunluk sebepleri arasında, hastanın rızasının alınmış olması, hastanın menfaatine uygun bir hareketin bulunması veya kamu yetkisinin kullanılması sayılabilir.⁵³ Örneğin kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, alkollü bir sürücünün kanındaki alkol miktarını ölçmek için onun rızasına aykırı olarak kanını alması, hukuka aykırılığı ortadan

⁴⁸ Von Tuhr/ Peter, s. 409; Schwenzer, s. 336; Eren, s. 546; Oğuzman/ Öz, s. 493-494; Kılıçoğlu, s. 197 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 140.

⁴⁹ Von Tuhr/ Peter, s. 408 vd.; Eren, s. 548.

⁵⁰ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 111; Ayan, s. 116; Özpınar, s. 274.

⁵¹ Hukuka uygunluk sebepleri konusunda bkz. Schwenzer, s. 349; Kılıçoğlu, s. 199 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 500 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 142 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 485 vd.

⁵² Ayan, s. 117; Özpınar, s. 274.

⁵³ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmaktadır; "...Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla, A) Hekimin tıp mesleğini icra etmeye kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır. İlk koşul olayımızda mevcuttur. Hastanın rızası koşuluna gelince; Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir... O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır...". Yarg. 4.HD. 07.03.1977 tarih ve E.1976/6297, K.1977/2541 sayılı karar için bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 365 vd.

kaldıran olan kamu yetkisinin kullanılmasına örnek olarak verilebilir.⁵⁴

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, üçüncü unsur olarak, bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Zararın bulunmadığı bir durumda hekimin tazminat ödeme sorumluluğu söz konusu olmaz.⁵⁵ Zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.⁵⁶ Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Hekimin sorumluluğu bakımından zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler sebebiyle ortaya çıkar. Malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme ve bozulma ise manevi zararı oluşturur.⁵⁷

Hekimin sorumluluğu bakımından maddi zarar, yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır. Manevi zarar ise, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.⁵⁸ Maddi zarar kapsamına, tedavi giderleri ve çalışma gücünün kaybından doğan zararlar; zarar görenin ölmesi halinde ise defin masrafları ve destekten yoksun kalma girer. Hekimin kusurlu eyleminin neticesinde meydana gelen zarar nedeniyle yapılan tanı, tedavi, ameliyat, ilaç gibi giderler bu kapsamdadır. Kişinin beden bütünlüğünün hekimin fiili sonucunda bozulması ve

⁵⁴ Bkz. Ayan, s. 117; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 112. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Bkz. 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı *Resmî Gazete*) n. 18’de hekimlere acil durumlarda yardımda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddeye göre hekim, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Tehlikeli ve acil durumun tıbbi yardımı zorunlu hale getirebilmesi için, hastanın yaşam ve sağlığının ağır bir zararla karşı karşıya olması ve bu durumun da geçici olmaması gerekir. Ayrıca tehlikenin varlığının yanısıra yardıma çağrılan doktorun, hastanın durumunu ayrıntıları ile birlikte sorup öğrenmesi ve tehlikenin niteliğini bilmek için araştırma yapması gerekir. Böyle bir araştırmayı yapmaksızın doktorun hastaya müdahale etmekten kaçınması hukuka aykırı olur. Bkz. Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993, s. 71.

⁵⁵ Eren, s. 472.

⁵⁶ Oğuzman/ Öz, s. 514; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 547-548; Kılıçoğlu, s. 209; Eren, s. 473.

⁵⁷ Bkz. Kılıçoğlu, s. 210; Aşçıoğlu, s. 99.

⁵⁸ Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 10; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 10 ve özellikle s. 75-76; Yılmaz, s. 15; Hatırnaz, s. 117-118; Kızılyel, s. 218-219; Özpınar, s. 277.

bunun neticesinde çalışma gücünde meydana gelen kayıp ise çalışma gücünün kaybına ilişkin zararı oluşturur. Zarara uğrayan hasta eğer ölmüşse, defin masraflarının yanısıra ölenin yardımından yoksun kalanlar da destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir.⁵⁹

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, dördüncü unsur olarak, hekimin, kast veya ihmal şeklinde bir kusurunun bulunması gerekir.⁶⁰ Sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur ile haksız fiile ilişkin kusur arasında içerik bakımından bir farklılık yoktur. Farklılık ispat yükünün kime ait olacağı noktasındadır. Zira sözleşmeye dayanan sorumluluktan farklı olarak burada kusurun ispatı zarar gören durumundaki hastaya aittir.⁶¹

Hekimin tıbbi müdahalelerden sorumluluğu bakımından kusur, kast ve ihmal şeklinde ikiye ayrılır. Tazminat hukuku bakımından kusurun ağırlığı, belirlenecek tazminatın miktarı bakımından önem taşır.⁶² Hekimin sorumluluğunu ifade etmek bakımından doktrinde “meslek kusuru” ve “meslek hatası” deyimleri kullanılmaktadır.⁶³ Genel bir tanımlama ile meslek kusuru (hatası), “tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbi özen yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir”.⁶⁴ Bu tanım, hem genellikle kabul

⁵⁹ Aşçıoğlu, s. 100 vd.; Yılmaz, s. 66-67; Hatırnaz, s. 119; Kızılyel, s. 222 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 300.

⁶⁰ Von Tuhr/ Peter, s. 427-428; Eren, s. 529; Oğuzman/ Öz, s. 526 vd.; Kılıçoğlu, s. 219 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 492; Reisoglu, *Borçlar Hukuku*, s. 147.

⁶¹ Ayan, s. 168. Ancak bu noktada da açılan tazminat davalarında, somut olaya uygun meslek kurallarının, yani tıbbi standartların tespiti ve bu standartlara aykırılığın ispatı ile meslek kurallarına aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı sorununun önem taşıdığı ve hem haksız fiile hem de sözleşmeye aykırılığa dayanan taleplerde meslek kurallarına aykırı davranışı ve uygun illiyet bağını ispatın MK m. 6 hükmü uyarınca davacı durumundaki hastaya düşeceği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Şenocak, *Tıbbi Standartlar ve İspat*, s. 246.

⁶² Ayan, s. 100 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 79 vd., Yılmaz, s. 83 vd.; Hatırnaz, s. 116-117; Özpınar, s. 275.

⁶³ Bkz. Demir, s. 155 vd.; Ayan, s. 104 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 83 vd.; Özpınar, s. 276.

⁶⁴ Ayan, s. 105; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 84. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2001 yılında vermiş olduğu kararda, “görev kusuru” ve “kişisel kusur” ayrımı yapılmakta ve kişisel kusurunun varlığı halinde memura doğrudan tazminat davası açılabileceği hükme bağlanmaktadır. Ancak bu tazminat davasının dayanağının da sözleşme ilişkisi olduğu vurgulanmaktadır. Oysaki davacının talep dilekçesinde hukuki dayanak olarak açıkça haksız fiil hükümlerine işaret edilmektedir. Dosya özetinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir; “...Davacı vekili cevaplara

edilen meslek kurallarına aykırılığı ifade eden objektif unsurdan hem de fiili işleyen hekimde bulunması gereken özenin ve dikkatin eksikliğini ifade eden sübjektif unsurdan oluşmaktadır. Hekimin göstermesi gereken özenin ölçüsü konusunda, BK m. 390 ve onun atfı nedeniyle BK m. 321 hükmünün uygulanması gerekir.⁶⁵ BK m. 321 hükmünde işçinin özenin ölçüsü bakımından biri sübjektif diğeri ise objektif olmak üzere iki kıtas söz konusudur. Objektif kıtas bakımından, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesi göz önünde bulundurulur. Sübjektif ölçüye göre ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılması gerekir.⁶⁶ Hekimin sorumluluğunda göstereceği özenin ölçüsünü belirleme bakımından, hekim, uzun süreli bir eğitim ve sınavlar sonucunda alınan diploma ile devletçe verilmiş ruhsatnameye dayalı olarak faaliyet gösterdiği için, kural olarak, sübjektif kıtasa dayanılamayacağı ve hekimin sorumluluğunun objektifleştirilmiş olduğu doktrinde Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir.⁶⁷ Buna göre, hekim, kendi sübjektif durumundan

cevabında ve aşamalarındaki beyanlarında; davanın sadece idari hizmet kusuruna dayanmadığını, *davalılardan doktorun haksız fiiline ve kusuruna dayanıldığını*, zamanasını definin de dinlenemeyeceğini, davalı doktor hakkında açılmış ve Sakarya Asliye 1. Ceza Mahkemesi'nde 1995/37 esas sayılı dosyada görülmekte olan ceza davası bulunduğunu, davalı doktorun olayda şahsen kusurlu olduğundan mahkemenin görevli olduğunu belirtmiştir...". YHGK 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim). Bu talep karşısında ilişkinin sözleşme olduğuna ilişkin YHG Kurulu nitelendirmesi isabetli olmamıştır.

⁶⁵ BK m. 390 ve BK m. 321 hükümleri sözleşme hukukuna ilişkin olmakla birlikte, sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur ile haksız fiile ilişkin kusur arasında içerik bakımından bir farklılık bulunmadığından, haksız fiil sorumluluğundaki kusurlu davranışın içeriğinin belirlenmesi bakımından sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur kavramından faydalanılabilir.

⁶⁶ Bkz. Başpınar, s. 155 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 411; Aral, s. 404-405; Yavuz, s. 428 vd.

⁶⁷ Bkz. Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 682; Ayan, s. 89; Demir, s. 156 vd.; Yılmaz, s. 45. Yargıtay da bir kararında kusurun saptanmasında objektif ölçünün esas alınacağını belirtmektedir. Objektif ölçüyü de objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamak olarak açıklamaktadır. Kararda aynen şu ifadeler kullanılmaktadır; "...davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasında tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla olayın bir uzman önünde inceltirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün, ameliyat esnasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile, böyle bir olaya meydan

bağımsız olarak, mensup olduğu ihtisas alanına dâhil “ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni” göstermekle yükümlüdür. Böylece hekim, gerek teşhisi koyup bu teşhise uygun tedavi yöntemini seçerken, gerek seçilen tedavi yöntemini uygularken ve diğer tüm yükümlülüklerini yerine getirirken, kendisiyle aynı ihtisas alanındaki ortalama bir hekimin benzer şartlar altında göstermesi gereken özenli davranışı göstermesi gerekir.⁶⁸

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, son unsur olarak, hastanın uğramış olduğu zararın, hekimin hukuka aykırı davranışı sonucunda meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir ifade ile hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.⁶⁹ Hekim ancak kusurlu tıbbi müdahalelerinin uygun sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabilir. Eğer hekimin, hukuka aykırı ve kusurlu davranışı ile verilen zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa hekimin tazminat sorumluluğu doğmaz.⁷⁰ Uygun illiyet bağının ispatı zarar gören durumundaki hastaya düşer.⁷¹ Ancak burada kesin bir ispat yerine, emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlamanın yeterli olacağı, yani ilk görünüş ispatının hastaya yardımcı olacağı doktrinde kabul

vermemesi asıldır... Öyleyse gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır...”. Yarg. 13. HD. 14.03.1983 tarih ve E.1982/7237, K.1983/1783 sayılı karar için bkz. Savaş, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 191.

⁶⁸ Bkz. Ayan, s. 88-89; Gümüş, s. 104; Yılmaz, s. 45 vd. Yargıtay bir kararında, “...doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır... Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir... Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır..” Yarg. 13. HD. 08.07.2005 tarih ve E. 2005/3645, K.2005/11796 sayılı karar için bkz. Yılmaz, s. 47-48. Bir başka kararında Yargıtay, vekil durumundaki hekimin, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Yarg. 13. HD. 07.02.2005 tarih ve E. 2004/13012, K. 2005/1711 sayılı karar için bkz. Savaş, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 189.

⁶⁹ Von Tuhr/ Peter, s. 96 vd.; Eren, s. 487 vd.; Kılıçoğlu, s. 214 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 518 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 567 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 151 vd.

⁷⁰ Yılmaz, s. 15; Özpınar, s. 277-278.

⁷¹ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 11 ve özellikle s. 14.

edilmektedir.⁷² Buna göre hastanın, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu meydana getirmeye elverişli olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır.

IV. SONUÇ

Kamu hastanesi, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküldür. Kamu hastanesinde çalışan ve tıbbi tedavi ve girişimlerde bulunan hekim, kamu personeli statüsündedir. Kamu hastanesine devletin resmi hastaneleri, il özel idareleri ve belediyeler tarafından açılan hastanelerin yanı sıra askeri hastaneler ile devlete üniversitelerine ait hastanelerinin dâhildir. Buna karşılık gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf ve Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane statüsündedir.

Tıbbi müdahale, bir hekimin tedavi amacına yönelik olarak en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahale olarak kabul edilen ameliyatlara kadar her çeşit faaliyeti ifade eder.

Bağımsız bir şekilde çalışan bir hekim ile hastası arasındaki hukuki ilişki, “sözleşme”, “vekâletsiz iş görme” ve “haksız fiil” olmak üzere üç ayrı şekilde ortaya çıkabilir. Kişinin tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye başvurması durumunda hukuki ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Başvurulan hastane, kamu hastanesi ise, bu durumda hasta ile hastane arasındaki ilişki, sözleşme ilişkisi değil, kamu hukuku ilişkisidir. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi olduğundan, kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görecektir olursa, devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmalıdır.

Bazı durumlarda tıbbi müdahaleden dolayı zarar gören kişi veya ölümü halinde yakınları, idare aleyhine tam yargı davası açmanın yanı sıra hekim aleyhine doğrudan doğruya hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Hekim ile hasta arasında açık veya zımni olarak kurulan bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda borçlar hukuku bakımından hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa tazminat sorumluluğunun kaynağını

⁷² Bkz. Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 9; Ayan, s. 118; Özpınar, s. 278.

doğrudan doğruya kanun hükümleri, yani somut durum bakımından vekâletsiz işgörme veya haksız fiil sorumluluğu oluşturur.

Kamu hastanesinde çalışan hekim, hastanın veya yakınının her hangi bir başvurusu olmaksızın, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalmışsa bu müdahale, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden haksız fiil değil, vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilir. Caiz olan vekâletsiz iş görme, hukuki işlem benzeri ve özellikle de sözleşme benzeri bir fiil niteliğindedir. Bu durumda vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK m. 96 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre vekâletsiz iş gören durumundaki hekimin sorumluluğu için, vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir. BK m. 96 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimin, yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekir. Ayrıca vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin, BK m. 411 hükmü uyarınca kusurlu kabul edilmemesi ve böylelikle sorumluluktan kurtulabilmesi için, işin görülmesi sırasında her türlü özeni göstermesi gerekir. Bunun için, vekâletsiz olarak iş gören hekimin, tedavi sırasında amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı bir tedavi sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir. Caiz olmayan bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu durumlarda hekimin tıbbi müdahalesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur ve hekim, haksız fiil hükümleri uyarınca hastaya karşı sorumlu olur.

Kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, vekâletsiz iş görmenin şartlarının da gerçekleşmediği durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Bunun için de haksız fiilin unsurlarını oluşturan; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiille zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması gerekir. Hukuka uygunluk sebepleri arasında, hastanın rızasının alınmış olması, hastanın menfaatine uygun bir hareketin bulunması veya kamu yetkisinin kullanılması sayılabilir.

Hekimin sorumluluğu bakımından maddi zarar, yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır. Manevi zarar ise, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.

Hekimin tıbbi müdahalelerden sorumluluğu bakımından kusur, kast ve ihmal şeklinde ikiye ayrılır. Hekimin sorumluluğunu ifade etmek bakımından doktrinde “meslek kusuru” ve “meslek hatası” deyimleri kullanılmaktadır. Meslek kusuru (hatası), tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbi özen yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir. Haksız fiile ilişkin kusur ile sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur arasında içerik bakımından bir farklılık yoktur. Farklılık ispat yükünün kime ait olacağı noktasındadır. Zira sözleşmeye dayanan sorumluluktan farklı olarak burada kusurun ispatı zarar gören durumundaki hastaya aittir.

KAYNAKLAR

- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara 2007.
- Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993.
- Atabek, Reşat, “Hastanelerin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C.60, s. 10-11-12, s. 628 vd.
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004.
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, (Bucher, AT).
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*. 3. Aufl., Zürich 1988, (Bucher, BT).
- Çakmut, Yenerer Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2002.

- Demir, Mehmet, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 152 vd.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2008.
- Gümüş, M. Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2003.
- Hakeri, Hakan, "Hastane Yönetimin Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 161 vd. (Hakeri, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu*).
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, (Hakeri, *Tıp Hukuku*).
- Hatemî, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- Hatırnaz, Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2007.
- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich-Basel-Genf 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası Ankara 2006.
- Kızılyel, Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 203 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası İstanbul 2006.
- Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004.
- Özpınar, Berna, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 269 vd.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, İstanbul 2006, (Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*).
- Reisoğlu, Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 1 vd. (Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*).
- Savaş Halide, "Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları", *Ceza-Hukuk*, Ankara 2007, (Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*).

- Savaş Halide, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 171 vd., (Savaş, Hekimin Sorumluluğu).
- Schmid, Jörg, Zürcher Kommentar, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419-414 OR, Bd. V/3a, Zürich 1993.
- Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Bern 2006.
- Şenocak, Zarife, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları”, *Tıbbi Standartlar ve İspat*, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 241 vd., (Şenocak, Tıbbi Standartlar ve İspat).
- Şenocak, Zarif, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, (Şenocak, Hekimin Sorumluluğu).
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C.II, Ankara 1987.
- Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İşgörme*, İstanbul 1957.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007.
- Yılmaz, Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007
- Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, İzmir 2007.