**MALPRAKTİS DAVALARI**

**I.GİRİŞ**

Malpraktis kavramı, tıp literatüründe, “tıbbi hata” anlamına gelen teknik bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi hata ile kast edilen, bir doktorun mesleğini icra ederken; tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik veya tıp mesleğinin ve biliminin kurallarına uymama sonucunda tedavi ve bakım standartlarına aykırı nitelikteki davranışları ile hastasına zarar vermesidir.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 13. Maddesinde de “Hekimliğin Kötü Uygulanması” şeklinde düzenlenen malpraktis kavramı, “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanmasıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Ülkemizde “hekim hatası”, “doktor hatası”, “tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması”, “tıbbı yanlış uygulama” gibi kavramlar da malpraktis kavramını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

**II. MALPRAKTİS DAVALARINDA HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU**

Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi neticesinde, cezai sorumluluk ile karşı karşıya kalması mümkündür. Ancak hekimin cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, gerçekleştirilen tıbbi müdahale ile Türk Ceza Kanununda düzenlenen bir suça sebebiyet verilmiş olmalıdır. Ceza sorumluluğu şahsi nitelikte olduğundan ve aynı zamanda kanunilik ilkesi gereği, hekim tarafından gerçekleştirilen fiil Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmemiş ise, bu durumda hekimin de cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

 Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi denildiğinde, bu durum bize taksirle gerçekleştirilen bir fiilin varlığını çağrıştırmaktadır. Ancak, hekimin kasten gerçekleştirdiği müdahalelerde ya da gerekli tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlü olduğu hallerde yapmaktan kaçındığı veya müdahaleyi geciktirdiği hallerde de cezai sorumluluğunun doğacağı tartışmasızdır.

Tıbbi hatanın (tıbba aykırı davranışın) sonuçlarının bilinip istenilerek hareket edilmesi durumunda kasten icra edilen bir fiil söz konusu olacak ve unsurları sağlandığı takdirde ceza hukuku bakımından kasten yaralama ile kasten öldürme suçları gündeme gelecektir. Tıbbi hatanın özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla gerçekleşmesi durumunda ise kusur taksir niteliğindedir. Taksirli davranışın ceza hukuku yönünden karşılığını, eylemin hasta üzerinde zararlı sonuçları ortaya çıkmışsa, ölüm veya yaralamaya taksirle neden olma suçları oluşturur. Bir hekimin, hukuken tıbbi yardım yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, yardımdan kaçması veya yardımı geciktirmesi de tıbbi hata niteliğindedir. Böyle bir durumda yükümlü olduğu halde bilerek ve isteyerek tıbbi yardımı yapmayan ya da geciktiren hekim için kasten yaralama veya öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçları söz konusu olacaktır.

Hekimin cezai sorumluluğu bahsinde değinilmesi gereken önemli bir husus da hukuka uygunluk hallerinden ilgilinin rızasıdır. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye ilgili kişinin rızası var ise, bu durum gerçekleştirilen fiili suç olmaktan çıkaracaktır. Dolayısıyla, hukuka ve aynı zamanda tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine uygun tıbbi müdahalede veya tedavide bulunan hekimin, söz konusu tıbbi girişimi neticesinde, ortaya çıkan olumsuz sonuçlar yönünden cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Bir diğer anlatımla, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale ile Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen fiillerden birinin gerçekleşmiş olması halinde, ilgili kişinin bu hususta rızası alınmış ise, fiil suç olarak kabul edilemeyeceğinden hekimin de cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Diğer taraftan, tıbbi girişimin hukuka uygun sayılması bakımından rızanın da tek başına yeterli olmadığı unutulmamalıdır. “*Doktorun vekâlet görevini özenle yerine getirmemesi halinde hastanın başlangıçta alınan rızasının da doktorun kusur veya ihmalini ortadan kaldırmayacağı da göz önünde tutulmalıdır*.” (Yargıtay 13.H.D. 21.05.2007, 2007/1662-7041)[[1]](#footnote-2)

 Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin varlığından bahsedilebilmesi için bazı şartların birlikte sağlanması gerekmektedir;

* Tıbbi müdahale mesleği icra yetkisine haiz doktor tarafından gerçekleştirilmelidir.
* Yardım ve müdahale tıp bilimi ve mesleğine uygun olmalıdır, yani tıbbi gereklilik bulunmalıdır.
* Tıbbi müdahale bilgilendirilmiş rızaya dayanmalıdır. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için en önemli koşul hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınmasıdır. Bu bilgilendirilmiş rızanın alınması hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır. Dolayısıyla, kısaca aydınlatma yükümlülüğü ve ilgilinin rızası hususlarına değinilecektir.

**Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü- İlgilinin Rızası**

Tıbbi girişimin hukuka uygun sayılması için hastanın rızası şarttır. Hastanın rızasının hukuken geçerli olması da, aydınlatılmış rızasının alınmış olmasına bağlıdır. Hasta yapılacak tıbbi girişimin riskleri, alternatif yöntemlerin varlığı ve benzeri önemli hususlarda bilgilendirilmeli, hastanın onay verdiği şekilde hareket edilmelidir. Hekim sonraki aşamalarda da hastalığın seyri ve tedavi ile ilgili konularda hastanın bilgi isteğine olumlu cevap vermekle yükümlüdür.[[2]](#footnote-3).

Anayasa’nın 17/2. maddesinde “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası alınmadan bilimsel deneylere tabi tutulamaz*” denilmiştir. Bu hükümde, kişinin vücut bütünlüğüne hukuka uygun bir biçimde müdahale edilebilmesinin ön koşulunun, “*kanunda yazılı haller*” olduğu belirtilmiştir. İlgili yasal düzenlemelerde ise, rızanın tıbbi girişimin ön şartı olduğu belirtilmektedir.[[3]](#footnote-4)

Bilgilendirme işlemi, tıbbi girişimden önce ve hastanın bilincinin açık ve anlama ve iradesini yönlendirme yeteneğini kullanabileceği bir durumda iken gerçekleştirilmelidir. Bilgilendirmekle yükümlü olan hekim kural olarak tedaviyi üstlenen hekimdir. Fakat birden fazla hekimle gerçekleştirilecek bir girişimde sorumlu hekimin bu görevi bir diğer hekime bırakması da olanaklıdır. Ayrıca tedavinin değişik aşamalarında görev alan hekimin, kendi tıbbi girişimi hakkında bilgilendirmede bulunması da gerekebilir. Türk Yargıtay'ı bir kararında bilgilendirmeden alınan rızanın hukuka uygun bulunmadığını şöyle ifade etmiştir:

"*Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir. Bu itibarladır ki, ancak aydınlatılmış rıza hukuken değeri olan bir rızadır.*"(Yargıtay 4. H.D. 7.3.1977, 6297/2541)[[4]](#footnote-5)

Tıbbi girişimde bulunulmasına yönelik rıza açıklamasının da, girişimden önce veya en geç girişim sırasında gerçekleştirilmesi gerekir. Başka deyişle rızanın müdahaleden önce veya müdahale sırasında açıklanması şartı ile tıbbi girişimin hukuka uygun olduğu söylenebilir. Tıbbi girişimden sonra açıklanan rıza, eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Bunun istisnası acil girişimlerle ilgili varsayılan rıza halidir. Kural olarak irade açıklanmasının belirli bir şekil şartı yoktur. Yazılı, sözlü, açık veya zımni şekilde gerçekleştirilebilir. Fakat 1219 sayılı Kanunun 70/1 maddesinde büyük cerrahi işlemler için rıza açıklamasının yazılı olması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca bazı (organ ve doku nakli, Rahim tahliyesi, sterilizasyon işlemleri, bilimsel deneyeler gibi)özel tıbbi girişimlerde de yazılılık şartı bulunmaktadır.

Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi girişimlere izin verebilmesi için, bu girişime neden gerek duyulduğuna, girişim yapıldığı ve yapılmadığı takdirde ortaya çıkabilecek ve sağlığını etkileyecek sonuçların neler olduğuna ilişkin olarak yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olmalıdır. Hastanın bilgilendirilmesi, hekim bakımından, hekimlik göreviyle ilgili bir ödev ve yükümlülüktür. Zira hekimin hasta üzerinde mesleğini icra edebilmesi onun rızasına bağlı bulunduğuna göre, rızanın da gerekli noktalarda bilgilendirildikten sonra alınması gerekmektedir. [[5]](#footnote-6)

Bilgilendirilmiş rıza şeklinde ifade ettiğimiz bu kavram doktrinde, "aydınlatılmış rıza" veya bilgilendirilerek alınan rıza/onay anlamında "aydınlatılmış onam" terimleriyle de ifade edilmektedir.[[6]](#footnote-7)

Bilgilendirmenin konusunu, teşhis için yapılacak tetkikler ve elde edilen bulguları da kapsar biçimde tedavi ve alternatif tedavi yöntemlerini ve tüm tedavi süreci oluşturmaktadır. Fakat aydınlatmanın tüm ayrıntıları içerecek derecede ve çok geniş boyutta icra edilmesi gerekli değildir. Aydınlatılması zorunlu olan şey, hastanın kararını etkilemesi muhtemel olan risklerdir. Bu riskler sadece tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkacak sonuçlarla ilgili olmayıp, müdahaleden sonra ortaya çıkması muhtemel sonuçları da kapsamaktadır. Özellikle gerçekleştirilecek müdahalenin tehlikeleri veya olumlu/olumsuz sonuçlanması ile ilgili risk oranları hakkındaki bilgiler hastaya verilmelidir. Yine tıbbi girişime bağlı olarak ortaya çıkması kesin olan sonuçlar da mutlaka açıklanmalıdır. Teşhis ve tedavinin her aşamasıyla ilgili bilgilendirme yapılması icap etmemekte, fakat sürecin genel yapısı ve iradesini etkileyebilecek hususların mutlaka bildirilmesi gerekmektedir. Tehlikenin ölçüsü, özellikle hastanın durumuna, mesleği ve yaşantısına göre önem kazanabilir.

 Yargıtay bir kararında ameliyatın muhtemel ve nadiren görülecek risklerinin de hastaya bildirilmesi ve rızasının bundan sonra alınması gerektiğine işaret etmiştir:

 "*Doktor... müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı bu tip sonuçlar nadir de görülebilecek ise hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikolar, muhtemel hâsıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacı aydınlatılmalı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza göstermelidir.*” (Yargıtay 13.H.D. 16.09.2018, 4219/10660)[[7]](#footnote-8)

* Rıza ve aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yapılan açıklamalardan sonra; son olarak, rıza gösterecek olan kişinin buna ehil olması ve rıza konusunun hukuka ve ahlaka uygun olması gerekmektedir.

**III. MALPRAKTİS DAVALARINDA HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU**

Tıbbi yardım ve müdahale nedeniyle doktorların hukuki sorumlulukları bakımından tek bir hukuki kavram ve dayanaktan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü tedavi amacıyla kurulan hekim-hasta ilişkisi; doktorun bulunduğu yer ve konumu, ilişkinin hukuki biçimi ve sorumluluğunu da etkilemektedir. Örneğin, bağımsız çalışan muayene hekimi ile bir devlet hastanesinde çalışan hekim ya da özel bir hastanede çalışan hekimin sorumluluğu farklı hükümlere tabiidir. Aynı zamanda, tedavi için kendi isteği ile doktora gelen hasta ile doktor arasındaki ilişki ile bir kaza sonucunda iradesi dışında doktora götürülen hastayla doktor arasındaki ilişki farklı hükümlere tabiidir.[[8]](#footnote-9)

Tıbbi müdahaleden doğan hekimin hukuki sorumluluğu üç ana başlık altında incelenebilecektir:

1. Bağımsız çalışan hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu
2. Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk
3. Devlet hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk

**1-)Bağımsız Çalışan Hekimin Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu**

Bağımsız çalışan bir hekim ile hastası arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu sözleşme ilişkisinin niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte Türk Hukukundaki genel kabul vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu şeklindedir.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilebilmesi için; hekimin kusurlu bir davranışı ile sözleşmeyi ihlal etmiş olması gereklidir. Bunun yanında hekim tarafından gerçekleştirilen müdahale neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalı ve zarar ile söz konusu müdahale arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu kapsamda, hekimin akde aykırı eylemi nedeniyle sorumluluğun konusunu oluşturacak zarar maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar kapsamına fiili zarar ve kazanç kaybı da dâhildir. Manevi zarar ise, sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan hastanın hissettiği acı ve ıstıraplar ile yaşama sevincinin azalmasının karşılığı olarak ödenecek olan meblağdır.

Hekimlik sözleşmesinin kast veya taksirle gereği gibi ifa edilememesi ve bir zararın meydana gelmesi halinde akde aykırılık aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edeceğinden zarar gören tazminat taleplerini, akde aykırılık ya da haksız fiil hallerinden herhangi birine dayalı olarak ileri sürebilir. Hekimin haksız fiil nedeniyle sorumluluğuna da değinecek olursak, hekim ile hasta arasında akdi ilişkinin mevcut bulunmadığı durumlarda bu sorumluluk yoluna gidilebilecektir. Örnek verecek olursak, doktorun hastanın sağlığı veya hayatı bakımından zorunlu olduğu halde tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınması, yasal olmayan organ alma ve kürtaj işlemleri yapması gibi durumlarda, doktorun sorumluluğu haksız fiile dayanmaktadır. Hekimin haksız fiilden sorumluluğuna gidilebilmesi için de tıpkı sözleşmeye aykırılık halinde olduğu gibi kusurlu ve hukuka aykırı bir davranış neticesinde meydana gelen bir zarar ve illiyet bağı şartlarının sağlanması gerekecektir.

Bunun yanında hastanın iradesi dışında, bir doktorun tıbbi yardımından yararlanması halinde, hasta ile doktor arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumla karşılaşılması halinde hekimin sorumluluğu açısından “vekâletsiz iş görme” hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, trafik kazası nedeniyle orada bulunan bir doktorun hastaya ilk müdahaleyi yapması hali bu duruma örnektir. Vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler Borçlar Kanununun 526-531. maddelerinde düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş gören doktor, hastaya yaptığı her türlü tıbbi yardım ve müdahalede yüksek derecede özen göstermekle yükümlüdür. Doktor, tıbbi müdahale esnasındaki her türlü ihmalkâr davranışından sorumlu olacaktır.(BK 527/1) Burada doktorun göstereceği özen yükümlülüğünün sözleşmeye dayalı olarak yaptığı tıbbi yardım ve müdahale sırasında göstereceği özen ile aynı olduğu kabul edilmektedir.[[9]](#footnote-10)

**2-)Özel Hastanelerde Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**

 Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki de temelde sözleşme ilişkisi olduğundan, bu ilişki dışında, hastanın iradesi olmaksızın hastanede yapılmak zorunda kalınan müdahaleler yönünden yine “vekâletsiz iş görme” hükümleri uygulanacaktır. Hastanın iradesiyle ya da iradesi dışında hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen müdahaleler yönünden de yine özel hastane işleteninin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir.

 Hastane ile hasta arasındaki sözleşmeyle, hastaneye kabul edilen hastaya tıbbi hizmetler ve diğer hastane hizmetleri sağlanmaktadır. Hasta ile hastane arasındaki hukuki ilişkinin birkaç sözleşme türünü birlikte barındıran birleşik bir sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmekte ve bu sözleşmeye “hastane kabul sözleşmesi” denilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin ana unsuru hastaneye yatırarak tedavidir. Eğer hastane vasfı yoksa veya yatırma unsuru yoksa hastaneye kabul sözleşmesinden söz edilemez.[[10]](#footnote-11) Ayakta tedavi edilen hastalarla hastane arasında hastane kabul sözleşmesi yapılmaz.

Hastaneye kabul sözleşmesinin türüne göre sorumluluk kapsamı da değişiklik gösterecektir. Uygulamadan hareketle, iki tür hastane kabul sözleşmesinden bahsetmek gerekecektir. Bunlardan ilki tam hastaneye kabul sözleşmesi diğeri ise bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir. Tam hastaneye kabul sözleşmesi de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır bunlar; hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesidir. Sırasıyla bu sözleşmelere göre sorumluluk değerlendirmesi yapılacak olursa;

1. **Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk**

Bu sözleşme türünde adından da anlaşıldığı üzere, sadece hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi mevcuttur. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinde tüm sorumluluk hastane işletici tarafından üstlenilmiştir. Dolayısıyla sözleşme ilişkisi kapsamında tedavi ve müdahaleye ilişkin doğacak zararların tek muhatabı da kural olarak hastane işleticisi olacaktır. Burada hekim sadece hastane personeli konumundadır. Hasta, hekimin eylemleri sebebiyle bir zarara uğramış ise, bu zararların tazmini için hastane işleticisi aleyhine TBK m. 116 veya 66. maddelerine dayanarak dava açabilir.

 Hekim ile hasta arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından, kural olarak hekime karşı dava açılamayacaktır. Hekime karşı doğrudan dava açılabilmesi ancak TBK m.49 yani haksız fiil koşullarının oluşmasına bağlıdır. Hekimin davranışı haksız fiil teşkil etmekte ise, hekim de hastaya karşı doğrudan sorumlu olacaktır.

1. **Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk**

 Bu sorumluluk halinde, hasta hem hastane işleteni ile hem de doktor ile sözleşme ilişkisi içindedir. Tedavi edimini doktor ve hasta birlikte üstlendiğinden, işleten ve doktor hastaya karşı müteselsilen sorumludurlar. Bu sorumluluk türünde de hastane işleticisinin, personeli olan hekimin eylemlerinden dolayı, TBK m.116 veya TBK m. 66 uyarınca sorumluluğu devam edecektir. Hekim ise, müteselsil borç ilişkisi gereği verdiği zararlardan TBK m.112 sözleşmeye dayalı borcun ifa edilememesi ve TBK m. 49 haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Hekimin tedavi edimini bizzat da olsa ifa etmeyip, diğer bir hekime havale etmesi(TBK m.83) durumunda, yetkilendirdiği hekimin kusurlu davranışından da sözleşme hukuku hükümleri (TBK m.507) uyarınca sorumlu olacaktır.[[11]](#footnote-12)

 Tedavi sonucunda doktorun kusurlu bir davranışı sebebiyle zarar gören hasta, hastane işleticisini ve doktoru ayrı ayrı veya birlikte sorumlu tutabilir. Ancak tedavi nedeniyle ortaya çıkan zararda doktorun kusuru olmaksızın hastanenin bir kusuru var ise bu durumda doktorun sorumluluğuna da gidilemeyecek, hastane işleteni sorumlu olacaktır.

1. **Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk**

Bu sözleşmede hastanın tarafı olduğu iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesinde, tedavi işini doktor üstlenmekte diğer hastane hizmetlerini ise hastane üstlenmektedir. Bu tür bir ilişki genelde ülkemizde ameliyatlar bakımından söz konusu olmaktadır. Kamu hastanelerinde ya da özel olarak çalışan doktorlar hastalarını özel hastanede ameliyat etmekte, hasta ise doktorun ameliyat ücretini doktora, hastane hizmetlerinden doğan ücreti de hastaneye ödemektedir.[[12]](#footnote-13) Bu sözleşme şeklinde, doktorun kusurlu davranışından dolayı, hastanın hastane işleticisine dava hakkı bulunmamaktadır. Çünkü tedavi hizmetinin sağlanması bakımından hastanın hastane ile arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar neticesinde, gerek bağımsız çalışan hekimin gerekse özel hastane ve burada personel olarak çalışan hekimin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için;

* Hukuka aykırı bir fiil
* Kusur
* Zarar
* İlliyet bağı şatlarının sağlanması gerekmektedir. Sözleşme ilişkisi içindeki hukuka aykırılık halinden aslında sözleşmeye aykırılık hali kast edilmektedir.

**Özel Hastane Ve Hekimine Karşı Açılacak Olan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme**

 Özel hastane işleteni ile hasta arasındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tabiidir. Doktor ile hasta arasında kurulan vekâlet ilişkisi gereği bu davalarda Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamaları gereğince, özel hastane ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği kabul edildiğinden gerek hekime gerekse hastaneye karşı açılacak olan tazminat davalarında görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olacaktır.

**3-)Devlet Hastanelerinde Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**

Kamu hastanelerinde, vatandaşlara sunulan kamu hizmeti yaratıcısı hekimler kamu personeli statüsündedirler. Yerine getirdikleri hizmet ise İdare Hukuku anlamında idari faaliyet (eylem) dir. Bu nedenle bir kamu hastanesine müracaat eden hasta ile hastane arasında özel hukuk anlamında herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Dolayıyla da burada kamu hastanesinin, Borçlar Hukuku anlamında bir akit dışı dorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.

 Hastane ile hasta arasında bir kamu hukuku ilişkisi vardır. Devlet tarafından sunulan kamu hizmetinden yararlanan konumunda bulunan hastanın, tıbbi müdahale sebebiyle bir zarara uğraması halinde, somut olayın özelliklerine göre devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine dava açması gerekecektir. Anayasa'nın 129/5. maddesinde de belirtildiği üzere "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." Bu hükümden de, kamu hastanelerinde gerçekleştirilen müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğun kamu hukuk idare hukukuna özgü bir problem olduğu anlaşılmaktadır.

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler dolayısıyla idarenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli şartlar ise diğer hukuki sorumluluk hallerinde olduğu gibi;

* Hukuka aykırılık
* Kusur
* Zarar
* İlliyet bağıdır.

 Doktorun kusuru, görevle bağlantılı bir kusur olabileceği gibi görevinin dışında görevi ile bağlantısı olmayan bir biçimde de olabilir. Hekimin kamu görevinden ayrılabilen hallerde kusurlu davranışları ile verdiği zararlardan tamamen kendisi sözleşme ilişkisi ve/veya haksız fiil hükümleri gereği sorumlu olacaktır. Bu halde, hekimin kamusal sağlık görevi ile bağlantısı olmayan kişisel kusuru söz konusu olup açılacak tazminat davalarının doktor aleyhine adli yargıda açılması gerekecektir. Örneğin, hastanede çalışan doktorun çalışma saatleri dışında özel bir hastasının evine muayeneye gitmesi halinde verdiği zarardan kendisi sorumlu olacaktır.

 Görevle bağlantılı kişisel kusur ise ikiye ayrılmaktadır. Görevle zarar veren davranış arasında fonksiyonel (görevsel) bir bağ varsa, bu durumda zarar veren davranış özünde görevin ifası amacına yönelik olarak yapılmaktadır. Örneğin doktorun dikkatsizlikle hastanın karnında pens unutması hali böyledir. Görevle kişisel kusur arasında fonksiyonel (görevsel) bir bağ yoksa esasen burada doktorun zarar veren davranışı görevin ifası amacıyla değil ancak görevin yerine getirilmesi sırasında yapılmaktadır. Örneğin bir hekimin psikiyatrik tedavisini yürüttüğü hastasının zaafından yararlanarak onu taciz etmesi gibi.

 Devlet, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde personelin eğitimi, seçimi denetimi gibi tüm hususlarda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Dolayısıyla, bir hekimin kasıtlı olarak ya da tedbirsiz ve dikkatsiz bir davranışı sebebiyle vermiş olduğu zararda devlet bu yükümlülüklerini yerine getiremediğinden hizmet kusuru kapsamında sorumlu olacaktır. Bu halde Yargıtay'ın 2011 yılında değişen içtihatları da göz önünde bulundurularak, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile bağlantılı olan, hekimin kasdi veya özensiz bir davranışı ile vermiş olduğu zararlar karşısında, görevliler aleyhine dava açılamaz. Zarar görene tazminatı ödeyen idare, kişisel kusuru bulunan hekime rücu eder.

**Kamu Hastanelerine (Devlet Hastaneleri) Karşı Açılacak Olan Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme**

 Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, bu hususta görevli yargı kolu idari yargı olduğundan, devlet hastanesinde çalışan bir hekimin tıbbi hatasından kaynaklanan hallerde idare aleyhine İdare Mahkemesinde zararın tazmini adına tam yargı davası açılacaktır.

**IV. DEVLETİN ÖZEL HASTANELERDEN SORUMLULUĞU**

Anayasa'nın 56. maddesi 2.ve 3. fıkralarına göre;

"*Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir*." Anayasa'nın bu hükmüne göre Sağlık Bakanlığının özel hastaneler üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü olup, bu yükümlülüklerin zamanında ve gereği gibi yerine getirilememesi, tespit olunan aykırılıklara yönelik caydırıcı yasal müeyyideleri kullanma yetkisi bulunmasına karşın, bunların kullanılmaması bir hizmet kusurudur.

 Özel sağlık kuruluşlarındaki tedavilerden, tıbbi el atmada eksikliklerden veya sağlık hizmetlerindeki savsaklanmasından dolayı zarar gören kişiler veya yakınları özel hastanelerin bağlı olduğu şirkete ve kişisel kusuru bulunan hekimlere karşı adli yargıda açacakları davanın yanı sıra, ayrıca ve aynı konuda idari yargıda Devlete (Sağlık Bakanlığına veya Üniversitelere veya ilgili kamu tüzel kişisine) karşı tazminat davası açabilirler. Hangi dava önce sonuçlanıp tazminat alınırsa öteki dava konusuz kalmış olur ya da eksik alınan bir tazminat var ise diğer dava ile tamamlanır.[[13]](#footnote-14)

**V.SORUMSUZLUK ANLAŞMASI**

6098 Sayılı yeni Borçlar Kanununun 115. maddesinde sorumsuzluk anlaşması yapma imkânına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrası ile uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamların izniyle yürütülebilen bir meslek ve sanat mensubunun, hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla 6098 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra gerçekleştirilen sorumsuzluk anlaşmaları hekimlik mesleği uzmanlık gerektiren bir meslek olduğundan, hukuken geçersiz kabul edilecektir.

**VI. ZAMANAŞIMI**

 Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edildiğinden, bu sözleşme türünden doğan alacak ve tazminat hakları bakımından TBK m. 147/5 uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir.

 Ancak diş, protez yapımı, estetik ameliyat vb. alanlardaki tıbbi girişimler eser sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinden, bu alanlardaki tıbbi girişimler için eser sözleşmesi zamanaşımı hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda da alacağın ayıplı ifa ve ayıplı ifa dışı nedenlere dayanması şeklinde ikili bir ayrım yapılması gerekecektir. Ayıplı ifa dışındaki nedenlere dayalı alacak haklarında hastanın açacağı davalarda 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ayıplı ifa halinde ise, yüklenicinin ağır kusuru yoksa konumuz açısından 2 yıllık, yüklenicinin ağır kusuru olması halinde de teslim tarihinden itibaren alacağın niteliğine bakılmaksızın 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

 Bahsetmiş olduğumuz zamanaşımı süreleri özel hukuk alanında düzenlenmiş olup hekimle hasta ya da hasta ile özel hastaneler arasındaki sözleşme ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır. Devlet ve üniversite hastanelerine karşı açılacak olan tazminat davalarında ise durum farklıdır. 2577 sayılı Yasa’nın 13. maddesi 1. fıkrasına göre: “*İdari eylemden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekmektedir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren (60 günlük )dava süresi içinde dava açabilir.*” denilmektedir.

**VII. MALPRAKTİS DURUMUNDA AÇILABİLECEK MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI**

Hukuki sorumluluk bahsinde anlattığımız üzere, hekimlerin ya da özel hastanelerin bazı hallerde gerçekleştirilen tıbbi girişim nedeniyle zarara uğrayan hastanın maddi ve manevi tazminat talepleri ile karşı karşıya kalması mümkündür. Bedensel zarar halinde, maddi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak tazminat kalemleri ile ölüm halinde destekten yoksun kalma tazminatı hesabında dikkate alınacak unsurlar ayrı ayrı incelenecektir.

* **Maddi tazminat**

Bedensel zarar halinde maddi tazminat unsurları:

1. Masraflar (tedavi giderleri, ulaşım masrafları )
2. Geçici iş göremezlikten doğan zarar (kazanç kaybı)
3. Sürekli iş göremezlikten doğan zarar (Yaşam boyu başkasının bakımına muhtaç olma)
4. İleride iktisaden maruz kalınacak mahrumiyetten doğacak zarar ve ziyan (ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar)

Ölüm halinde maddi ve şartları sağlanmış ise manevi tazminat talep hakkı ölenin mirasçılarına geçecektir. Bunun yanında, ölüm halinde destekten yoksunluk tazminatının hesabında zarar nispetinde değerlendirmeye alınacak unsurlar:

1. Hal ve mevkiin icapları (tarafların sosyal-ekonomik durumları, destekten yoksunluk süreleri)
2. Kusur oranları
3. Tazminatın işletilmesinden doğan menfaatler karşılığı yapılacak indirimler (indirim sebepleri)
* **Manevi tazminat**

 Manevi tazminat ise, bilindiği gibi hastanın söz konusu tıbbi müdahale sebebiyle uğramış olduğu psikolojik sarsıntı acı ve ıstırap karşılığında talep edilebilecek ve zararın büyüklüğüne oranla hâkim tarafından takdir edilecektir.

 Devlet hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler neticesinde ortaya çıkan maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ve sorumluluğa etki eden unsurlar da yukarıda anlatılanlardan ibaret olup yargılama usulü ve yargı kolu bakımından farklılık arz etmektedir.

**VIII. ZORUNLU MESLEKİ HEKİM SORUMLULUK SİGORTASI**

Hekimlerin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluklarının incelenmesinde, zorunlumesleki hekimlik sigortasından da bahsetmek gerekecektir.1219 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinde sigortanın, hekimlerin tıbbi kötü uygulama sebebiyle kişilere verebilecekleri zararları ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzereyapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle hekim ve diş hekimlerinin diğer idari görevleri kapsamındaki eylemleri sigorta kapsamında kalmamakta, yalnızca tıbbi kötü uygulamadan doğan zararlar sigorta güvencesine alınmaktadır. Yine sözleşme genel şartlarında kasten veya uyuşturucu, alkol veya narkotik maddelerin etkisi altında verilen zararların sigorta güvencesi içinde olmadığı belirtilmiştir.

 Sigorta kapsamına; hekim ile istihdam eden kamu ve özel sağlık kuruluşlarının genel hükümlere göre sorumlu oldukları hususlar alınmıştır. Ancak kapsam içerisine hekimin gözetimi ve denetimi altında sağlık hizmeti veren yardımcı sağlık personelinin tıbbi hizmetleri nedeniyle verilen zararlar alınmamıştır.

 Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali mesuliyet sigortası aşağıda belirtilenler tarafından yaptırılacaktır:

1. Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için, sigorta ettiren sıfatıyla kendileri tarafından,
2. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların her biri için ayrı ayrı sigorta ettiren sıfatıyla kurumları tarafından,
3. Mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri için kendileri tarafından.

**KONUYA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI**

**T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**

**2011/4-592E. 2012/25 K. Karar Tarihi: 01.02.2012**

**YANLIŞ TEDAVİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVASI - İDDİANIN DOKTORUN GÖREVİ SIRASINDA VE YETKİSİNİ KULLANIRKEN İŞLEDİĞİ BİR KUSURA DAYANMASI - KAMU GÖREVLİSİNİN İHMALİ - KİŞİSEL KUSURA DAYANILMADIĞI - HUSUMETİN İDAREYE YÖNELTİLMESİ GEREĞİ**

ÖZET: Davacıların iddiası, davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır. Davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.

 (2709 S. K. m. 40, 125, 129) (657 S. K. m. 13) (4. HD. 16.12.2008 T. 2008/4001 E. 2008/15365 K.) (YHGK. 14.09.1983 T. 1980/4-1714 E. 1983/803 K.) (YHGK. 10.12.2003 T. 2003/11-756 E. 2003/743 K.) (10 DD. 20.04.1989 T. 1988/1042 E. 1989/857 K.)

Dava: Taraflar arasındaki davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce husumet yönünden davanın reddine dair verilen 22.10.2007 gün ve 2002/426 E. 2007/590 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2008 gün ve 2008/4001 E. 2008/15365 K. sayılı ilamıyla;

(1- ... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıların davalılardan E. A.ve E. B.'na yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

 2- Davacıların davalılardan A. Ö.'e yönelik temyiz itirazlarına gelince; Dava, desteğin doğum yaptığı sırada davalıların ihmali sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece istem husumet yönünden reddedilmiş, kararı davacılar temyiz etmişlerdir.

Davacılar desteğin Mersin Devlet Hastanesinde görevli doktor ve hemşire olan davalıların ihmali sonucu doğum sırasında meydana gelen yırtığın oluşturduğu kanama sonucu öldüğünü, olayda davalıların geç müdahaleleri nedeniyle kusurlu olduklarını belirterek tazminat isteminde bulunmuşlardır. Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu 1. ve 3. İhtisas Kurulu raporlarında ölümün doğum sırasında kollum yırtığına bağlı kanamadan ileri gelmiş olduğunun kabulü gerektiği; olayda hastaya zamanında müdahale etmeyen davalı doktor A. Ö.'in (4/8) oranında kusurlu olduğu, diğer davalıların kusurlarının bulunmadığı> belirtilmiştir. Şu haliyle davalılardan A. Ö.'in hizmetten ayrılabilen kusuruna dayanıldığına ve Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda da (4/8) oranında kusurlu olduğu belirtildiğine göre anılan davalı yönünden dava nın husumetten reddi doğru değildir. Mahkemece zarar kapsamı belirlenip sonucuna göre davalı A. Ö. tazminattan sorumlu tutulmalıdır. Bu yönün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

 Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

Karar: Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir.

 Mahkemece, istem husumet yönünden reddedilmiş; davacılar vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle davalı A. Ö. yönünden bozulmuş; diğer davalılar hakkındaki red kararına yönelik temyiz itirazları ise reddedilmekle, bu davalılar hakkındaki karar kesinleşmiştir.

 Mahkeme, 5. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi gereğince, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir,> gerekçesiyle önceki kararında direnerek davalı A. Ö. hakkındaki davayı reddetmiş; hükmü davacılar vekili temyize getirmiştir.

 Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kamu görevlisi doktorun eylemi nedeniyle açılan eldeki tazminat davasında husumetin adı geçen doktora yöneltilip yöneltilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

 Öncelikle, devlet hastanesinde çalışan kamu görevlisi doktorun eyleminden sorumluluğa ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir.

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarda yer almaktadır.

2709 sayılı T.C.Anayasası (Anayasa)'nın; başlıklı 40.maddesinde: (Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.> İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde:

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır,>; son fıkrasında da İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür,>

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129. maddesinin; Birinci fıkrasında; Beşinci fıkrasında; hükümleri yer almaktadır.

Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır.

 Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 gün 1980/4-1714 E. -1983/803 K. sayılı kararında da Anayasa'nın 129/5. maddesinin konuluş amacı tartışılmış; ifade edilmiştir.

 Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 13. maddesinde yer almaktadır.

 657 sayılı Kanunun başlıklı 13. maddesinin, 06.06.1990 tarih ve 3657 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik birinci fıkrasında:

Hükmü öngörülmüştür.

Anayasanın 129/5. maddesinin uygulama yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin meclis gerekçesinde;

Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir;

Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde özellikle büyük zararlar bakımından davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir.

İkinci teminat; memur, daha doğrusu Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmayacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu madde ile memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir...>

İfadeleri yer almaktadır.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5 maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; açıkça ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır:

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğreti ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

 İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir (Danıştay l0. Daire T. 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı). Yeri gelmişken ve kavramlarıyla amaçlananın ne olduğu üzerinde durulmalıdır:

Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından ve gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Şu halde görevin ifası ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır.

Memur ve diğer resmi görevlilerin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur. (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Beta 10.Bası s. 590 vd.)

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İdareye yöneltilmelidir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa orada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13 üncü maddesindeki ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde yukarıda açıklanan anayasal ve yasal düzenlemeler ile kurum ve kavramlar değerlendirilmiş;

Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgilisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek İçin ve ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylem in bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hA. göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkemece, davalı doktor H. A. gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir.

Sonuç: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle onanmasına, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından, başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 01.02.2012 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

**T.C.YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

**2011/11825 E. 2012/17429 K. Karar Tarihi: 20.11.2012**

**TAZMİNAT İSTEMİ - ADLİ TIP KURUMU İHTİSAS KURULUNDAN RAPOR ALINIP DAVALININ OLAYDAKİ KUSUR DURUMU SAPTANDIKTAN SONRA OLUŞACAK SONUCA GÖRE BİR KARAR VERİLMESİ GEREĞİ - EKSİK ARAŞTIRMA - HÜKMÜN BOZULMASI**

ÖZET: Dava, rücu yoluyla tazminat istemine ilişkindir.Mahkemece açıklanan olgular ve davalının savunması gözetilerek, Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu'ndan rapor alınıp davalının olaydaki kusur durumu saptandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

(2659 S. K. m. 16)

Dava: Davacı Sağlık Bakanlığı vekili tarafından, davalı A. M. Ş. aleyhine 18.08.2006 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.05.2011 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalı vekili, duruşmasız olarak incelenmesi de davacı vekili taraflarından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 20.11.2012 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı vekili ile karşı taraftan davacı vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

Karar: Dava, rücu yoluyla tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istem kısmen kabul edilmiş; karar, davacı ve davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, kalp ameliyatı geçirdikten sonra enfeksiyon kaparak ölen hasta yakınlarının idare mahkemesinde açtığı dava sonucunda kabul edilen tazminatı ödediğini belirterek, ödediği tazminatın kusuru oranında klinik şefi olan davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, olayda davalının 2/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek, bu kusur oranında belirlenen tutarın davalıdan alınmasına karar verilmiştir.

İdare mahkemesince benimsenen 25-26 Kasım 1999 günlü Yüksek Sağlık Şurası raporunda; dava konusu ölüme neden olan enfeksiyonun meydana gelmesinde tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik nedeniyle davalı doktorun olayda 2/8 oranında kusurlu olduğu, artan 6/8 oranındaki kusurun ise sağlık personelinin kişisel kusur ve savsaması sayılamayacak nitelikte ve hizmetin işleyişi dışında kalan etmenlere (faktörlere) ait olduğu belirlenmiştir. İdare mahkemesince bu kusur karşılığı da içinde olmak üzere tam kusura göre karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, idare mahkemesinde davalı doktor taraf olmadığından, o davada davalıya verilen kusur kesin nitelik taşımamaktadır.

Yerel mahkemece açıklanan olgular ve davalının savunması gözetilerek, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan rapor alınıp davalının olaydaki kusur durumu saptandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle davalı yararına BOZULMASINA; bozma nedenine göre, davacının tüm davalının ise öteki temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalı yararına takdir olunan 900,00 TL duruşma Avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine, davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 20.11.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T.C. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

**2009/12634 E. 2010/8101 K. Karar Tarihi: 01.07.2010**

**RÜCUAN TAZMİNAT DAVASI - DAVALI DOKTORUN HAKSIZ EYLEMİ NEDENİYLE İDARENİN ÖDEMEK ZORUNDA KALDIĞI TAZMİNATIN RÜCU YOLU İLE ALINMASI - İDARENİN ÖDEDİĞİ TAZMİNATIN TÜMÜNDEN DAVALININ SORUMLU TUTULMASININ İSABETSİZ OLUŞU - HÜKMÜN BOZULDUĞU**

ÖZET: Davacı Sağlık Bakanlığı, davalı doktorun haksız eylemi nedeniyle ölen küçüğün anne ve babası tarafından hizmet kusuruna dayanılarak idare mahkemesinde açılan dava sonunda ödemek zorunda kaldığı tazminatın rücu yolu ile alınmasını istemiştir. Davalının kusurlu olduğunun saptandığı ceza ve idare mahkemesi dosyaların kesinleşmesinin beklenilmesi; bu dosyaların beklenilmesine gerek duyulmaması durumunda, üniversitelerden birinin ilgili bölümden seçilecek üç kişilik bilirkişi kurulundan davalının kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise hangi oranda kusurlu olduğu yönünde rapor alınmalı; ayrıca, Borçlar Yasası'nın ilgili maddelerinin davalı yararına uygulanıp uygulanamayacağı tartışılıp değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

 (818 S. K. m. 43, 44)

Dava: Davacı Sağlık Bakanlığı vekili tarafından, davalı A. Ü. N. aleyhine 05/10/2006 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 27/05/2009 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

Karar: Davacı Sağlık Bakanlığı, davalı doktorun haksız eylemi nedeniyle ölen küçüğün anne ve babası tarafından hizmet kusuruna dayanılarak idare mahkemesinde açılan dava sonunda ödemek zorunda kaldığı tazminatın rücu yolu ile alınmasını istemiştir. Yerel mahkemece istem kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu olayda; SSK Adapazarı Hastanesi'nde görevli uzman çocuk doktoru olan davalı, 27.12.2002 günü anne ve babası tarafından ishal şikayeti ile acil servise getirilen 6.5 aylık Mehmet Can'ı muayene etmiş ve yatarak tedavi edilmesi gereken çocuğu, hastane çocuk servisinde yer olmadığı gerekçesiyle evine geri göndermiş, çocuk 4.5 saat sonra alt solunum yolu enfeksiyonu nedeniyle yaşamını yitirmiştir.

Davalı doktor hakkında, bu eylem nedeniyle açılan ceza davasında alınan Adli Tıp 5. İhtisas Kurulu'nun 05.05. 2003 günlü raporunda, davalı doktorun 1/8 oranda kusurlu olduğu, kalan kusurun ise hizmetin ve sistemin işleyişinden kaynaklandığı belirtilmiş; davalının itirazı üzerine Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan alınan 26.08.2005 günlü raporda; çocuğun alt solunum yolu enfeksiyonu, gastroenterit sonucu öldüğü, mevcut tablosu ile gerekli sıvının damar yolu ile verilmesi ve klinik tablosunun düzeltilebilmesi için yatırılması gerekirken tedavi önerisi ile sanık tarafından evlerine gönderilmesi nedeniyle sanığın kusurlu olduğu ancak ölüm olayının çok kısa bir süre içinde meydana gelmiş olmasının da nazara alınarak sanığa 2/8 oranında kusur atfedilebileceği>belirtilmiştir. Ceza mahkemesince 2/8 kusurlu olduğu saptanan davalının cezalandırılmasına ilişkin kararın henüz kesinleşip kesinleşmediği anlaşılamamaktadır.

İdare mahkemesince verilen 01.12.2005 günlü kararda; ceza davasında Adli Tıp Kurumu'ndan alınan ilk rapora göre ölüm olayında doktorun 1/8 oranında kusurlu olduğu, geri kalan kusurun ise hizmetin ve sistemin işleyişinden kaynaklandığını, davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu kanaatine varıldığı' gerekçesi ile ölen çocuğun anne ve babasının maddi ve manevi tazminat isteminin bir bölümü kabul edilmiş ancak, temyiz edilen bu karar henüz kesinleşmemiştir.

Bu durumda, davalının kusurlu olduğunun saptandığı ceza ve idare mahkemesi dosyaların kesinleşmesinin beklenilmesi; bu dosyaların beklenilmesine gerek duyulmaması durumunda, üniversitelerden birinin ilgili bölümden seçilecek üç kişilik bilirkişi kurulundan davalının kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise hangi oranda kusurlu olduğu yönünde rapor alınmalı; ayrıca, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddelerinin davalı yararına uygulanıp uygulanamayacağı tartışılıp değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, davacı İdare'nin ödediği tazminatın tümünden davalının sorumlu tutulması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA; bozma nedenine göre öteki yönlerin incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 01.07.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

**2009/13214 E. 2010/3694 K. Karar Tarihi: 23.03.2010**

**MANEVİ TAZMİNAT DAVASI - DAVACININ DOKTORUN İHMAL VE MESLEKİ KUSURUNDAN DOLAYI ÜÇ KEZ OPERASYON GEÇİRMEK ZORUNDA KALDIĞI - DAVACIYA UYGULANAN TEDAVİ VE YAPILAN KÜRTAJ OPERASYONLARINDA GEREKLİ ÖZENİN GÖSTERİLİP GÖSTERİLMEDİĞİ**

ÖZET: Uyuşmazlık, davacıya uygulanan tedavi ve operasyonlarda, davalılara atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Adli Tıp Kurumundan, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.

(818 S. K. m. 41, 321, 386, 390) (1086 S. K. m. 284)

Dava ve Karar: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, gebeliğinin 10. haftasında küçük bir kanama ile davalı Ç.M. Hastanesine başvurduğunu, diğer davalı Doktor S. A.'ın kendisine ilaç vererek kontrole çağırdığını, bir hafta sonra kontrole gittiğinde, bebeğin öldüğü belirtilerek, kürtajla alındığını, kürtaj sonrasında olağandışı bir kanama olduğunu, 3-4 saat gözlem altında tutulduğunu, bir hafta sonraki kontrolde ise, rahimde hematom olduğu gerekçesiyle ikinci kez kürtaj yapıldığını, kanama şikayetinin devam etmesi üzerine başvurduğu dava dışı Doktor T. K.tarafından yapılan ultrason incelemesi sonucunda, rahim içinde cenin parçaları bulunduğunun, yeni bir operasyon yapılması gerektiğinin bildirildiğini, üçüncü kez kürtaj olmak zorunda kaldığını, kanamanın durmaması ve hayati tehlike nedeniyle kaldırıldığı Şişli Eftal Hastanesinde rahminin alındığını, davalı hastane ve davalı doktorun ihmal ve mesleki kusurundan dolayı, üç kez operasyon geçirmek zorunda kaldığı gibi, bundan sonrada çocuk sahibi olamayacağını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 30.000,00 TL manevi tazminatın, haksız fiil tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı I. Sağlık Hizmetleri A.Ş. davacıya yapılan kürtaj operasyonunda herhangi bir doktor hatasının bulunmadığını, davacının kontrollere gelmeyip, tedavisini yarım bıraktığını belirterek, diğer davalı S. A. ise, davacının sürekli hastası olmadığını, poliklinikte muayenesini yaptığını, ancak davacının kontrollere gelmediğini, tedavisini yarım bıraktığını, davacıya ikinci kez uygulanmak zorunda kalınan kürtaj işleminin bir hekim hatası değil komplikasyon olduğunu, rahminin alınması sonucunu doğuran operasyonun ise kendisi ve diğer davalı Hastane dışında yapılan bir operasyon olduğunu, herhangi bir kusur ve ihmalinin bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, hükme esas alınan, 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporuna göre, davacıya yapılan tedavi ve müdahalelerin tıp kurallarına uygun olduğu, davalılara yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, davacıya uygulanan tedavi ve operasyonlarda, davalılara atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalının vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK.386, 390 md)

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK.390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil. BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Somut olayda, davacının gebeliğinin 10. haftasında kanama şikayeti ile davalı Hastaneye geldiği, davalı doktor tarafından ilaç tedavisi uygulandığı, bir hafta sonraki kontrolde ise ana rahminde ölen ceninin aynı doktor tarafından kürtajla alındığı, kısa süre sonra hematom oluştuğu gerekçesiyle aynı Hastanede 2. kez kürtaj yapıldığı, şikayetlerin devam etmesi üzerine ise bu kez başka bir doktor tarafından özel bir muayenehanede 3. kürtajın yapıldığı, kanamanın durmaması üzerine de acilen kaldırıldığı Şişli Eftal Hastanesinde davacının rahminin alındığı anlaşılmakta olup, mahkemece görüşüne başvurulan İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulundan alınan 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporunda. nın özellikle erken gebelikte, uterus operasyonla çıkarılmadan tanısının konulmasının oldukça zor olduğu, tıbbi tedavilere yanıtsız uterus kanamalarında total abdominal histerektominin sıklıkla başvurulan bir yöntem olduğu, devam eden kanamalar ve son kürtaj sonrasında hastaneye başvurulması göz önüne alındığında, yapılan operasyonun hayat kurtarıcı olduğu belirtilerek, davalı doktor ve 3. kürtajı gerçekleştiren dava dışı Türker K.'ın olayda herhangi bir ihmal ve kusurlarının olmadığı> mütalaasında bulunulmuş, mahkemece de bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmişse de anılan rapor, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan operasyonlarda özen borcunun yerine getirilip getirilmediği hususunda yetersiz olduğundan, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Eksik incelemeye dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, davacının tedavi ve kürtaj operasyonlarına ilişkin tüm tıbbi bilgi ve belgeler, varsa çekilen film ve sonografik inceleme raporları ile 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporu da birlikte gönderilerek; Adli Tıp Kurumundan, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın temyiz eden davacı yararına BOZULMASINA, peşin alınan 15.60 TL temyiz harcının istek halinde iadesine, 23.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

**2009/6365 E.2010/59 K. Karar Tarihi: 18.01.2010**

**TAZMİNAT DAVASI - BEBEKTEKİ SAKATLIĞIN GEBELİĞİN HANGİ SAFHASINDA NET OLARAK ANLAŞILABİLECEĞİ - SAKATLIĞIN BEBEĞİN RAHİMDEN TAHLİYE NEDENİ OLUP OLMADIĞI - DAVACILARIN ZARARLARININ NE OLDUĞU KONUSUNDA RAPOR ALINARAK SONUCA GİDİLMESİ GEREĞİ**

ÖZET: Bebekteki sakatlığın gebeliğin hangi safhasında net olarak anlaşılabileceği, yine böyle bir sakatlığın bebeğin rahimden tahliye nedeni olup olmadığı ve dolayısı ile davacıların sağlıklı bir bebek sahibi olamayacaklarını bilme hakkı dışında başkaca bir maddi zararlarının bulunup bulunmadığı hususlarında mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.

 (818 S. K. m. 321, 386, 387, 388, 389, 390, 394) (1086 S. K. m. 76, 275)

Dava: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı şirket yetkilisi Ercin ve vekili Avukat B.B. gelmiş, davacılar tarafından gelen olmadığından onların yokluğunda duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Karar: Davacılar, davacı Songülün hamilelik döneminde, davalı C... Özel Sağlık Polikliniğinde 12.07.2006 tarihinde normal kontrollerinin yapıldığını ultrasonografîk tetkikte, 25 hafta, 2 günlük olan gebeliğin normal seyrettiğinin söylendiğini, 23.08.2006 tarihinde yapılan diğer tetkiklerde ise 31 hafta 1 günlük gebeliğin normal olmadığının belirtildiğini, gelişmiş teknoloji devrinde anne rahmindeki çocuğun bütün uzuvlarının ultrason grafisi ile görüldüğü halde sakat bir çocuğun doğduğunu, anne ve baba olarak bu çocuğun tedavisi için beklemedikleri bir masrafla karşılaştıklarını, bundan dolayı acı duyduklarını, erken tanı ile tedavi ve çözümü mümkün olan -gebeliğin sonlandırılması gibi- gerekli önlemlerin alınmaması neticesinde telafisi imkansız zararları olduğunu ileri sürerek, 10.000,00.-YTL maddi, 100.000,00.-YTLnin manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

 Davalılar, kusurlarının ve ihmallerinin bulunmadığını, rahatsızlığın 25. haftanın sonunda da gerçekleşebileceğini, durumun 25. veya 31. haftada teşhis edilmesi ile uygulanacak tedavi yöntemlerinin başarıya ulaşması ihtimalinde de bir fark olmayacağını, ailenin rızasına bağlı olarak gebeliğin sonlandırılması gerekirken, ailenin bu yönde herhangi bir karar vermeyip gebeliğin devamı yönünde karar alıp doğumu gerçekleştirdiğini savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporu esas alınarak davanın kısmen kabulü ile 10.000,00.-YTL maddi, 40.000,00.-YTL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiş; Hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMKnun 76. maddesi gereği doğrudan hakimin görevidir. Davacılar, bu davada davalı doktorun üstlendiği teşhis, tedaviyi ve müdahaleyi yaparken özensiz ve kusurlu olması nedeniyle çocuklarının sakat doğduğu iddiası ile maddi ve manevi tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hastane, 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. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BKnun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise vekil sorumlu tutulmamalıdır.

Mahkemece, hükme esas alınan Adli Tıp raporunda, ...12.07.2005 tarihli ultrasonografi nedeniyle davalı doktorun eyleminin eksik olduğu....> belirtilmiş, davalıların kusurlu olup olmadıkları ve eylem ile mevcut zarar arasında illiyet bağı olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Bu itibarla adli tıp raporu ihtilafı çözmekten uzak, yeterli ve doyurucu bir rapor olarak kabul edilemez. Mahkemece yeniden konusunda uzman tıp fakülteleri öğretim üyelerinden içlerinde kadın doğum uzmanı ve radyologun bulunduğu üç kişilik bilirkişi kurulundan, ilgili kanun ve tüzük de gözetilmek suretiyle davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı, hakkında değerlendirme yapılarak gebeliğin 25. haftasında yapılacak teşhis ile 31. haftasında yapılacak teşhisin bebeğin mevcut durumuna etkisi olup olmadığı daha açık bir anlatım ile, bebekteki sakatlığın gebeliğin hangi safhasında net olarak anlaşılabileceği, yine böyle bir sakatlığın bebeğin rahimden tahliye nedeni olup olmadığı ve dolayısı ile, davacıların sağlıklı bir bebek sahibi olamayacaklarını bilme hakkı dışında başkaca bir maddi zararlarının bulunup bulunmadığı hususlarında mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, davacı tarafın itirazları giderilmeksizin yazılı şekilde ve yeterli olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, temyiz olunan kararın davalılar yararına BOZULMASINA, 750,00.-TL duruşma avukatlık parasının davacılardan alınarak davalılara ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 18.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T.C. YARGITAY . HUKUK GENEL KURULU**

**2010/13-717 2011/129 Karar Tarihi: 13.04.2011**

**MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASI - DAVACIDA TESPİT EDİLEN PAMUK ELYAFININ HANGİ AMELİYAT SIRASINDA BIRAKILDIĞI - DAVALI YANIN KUSURU BULUNUP BULUNMADIĞI - DAVACI TARAFIN ŞİKAYETLERİNİN DAVALI DOKTOR TARAFINDAN YAPILAN AMELİYAT SONRASINDA ORTAYA ÇIKTIĞI**

ÖZET: Yerel mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.

(1086 S. K. m. 76) (818 S. K. m. 321, 386, 387, 388, 389, 390, 394)

Dava: Taraflar arasındaki davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Şişli 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22.07.2008 gün ve 2002/478 E- 2008/322 K.sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine,

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 01.06.2009 gün ve 2008/15209-2009/7545 sayılı ilamı ile;

(...Davacı, 28.02.2001 tarihinde davalı doktor tarafından davalı hastanede over kisti ameliyatı olduğunu, ameliyat sonrasında şikayetlerinin devam ettiğini, davalı doktorun bu duruma kayıtsız kaldığını, başka doktorlara muayene olduğunu ameliyat önerilmesi nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını, ikinci ameliyat ile çıkartılan yabancı cisim üzerinde yapılan laboratuar araştırmasında 4 adet pamuk elyafına rastlandığının tespit edildiğini, davalı doktorun kusuru nedeniyle ikinci ameliyatı olmak zorunda kaldığını ileri sürerek 3.000 YTL maddi tazminat ile 50.000.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalılar, kendilerine yüklenecek herhangi bir kusur bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini dilemişlerdir.

Mahkemece, alınan Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporu Yüksek Sağlık Kurulu raporu ve Tabip Odası Onur kurulunca yapılan soruşturmalar neticesinde davalıların kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK. 76. maddesi gereği doğrudan hakimin görevidir. Davacı, davalı doktor tarafından yapılan ameliyat nedeniyle ameliyat edilen bölgede yabancı cisim bırakıldığından yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/1. md.) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. 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. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en E... yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BKnun 394/1.maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olayda, davacının davalı hastanede davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, davacının ameliyat sonrasında şikayetlerinin devam etmesi nedeniyle ikinci defa ameliyat olduğu ve ameliyat ile çıkartılan yabancı cisim içerisinde 4 adet pamuk lifinin bulunduğu Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporu, Yüksek Sağlık Kurulu raporu ve Tabip Odası Onur kurulunca yapılan soruşturmalar sonucunda alınan raporlarla da kabul edildiği gibi, bu husus davalılar tarafından temyiz edilmemekle kesinleştiği anlaşılmaktadır. Öyle olunca yukarıda açıklanan kurallar gereğince mesleği doktor olan davalının vücüt içerisine girecek yabancı cisimlere karşı vücudun tepki göstereceğini bilmemesi mümkün olmadığına göre ameliyat sırasında bilirkişi raporuyla saptanacağı gibi kalitesiz malzeme kullanması (alınan bilirkişi raporlarından) nedeniyle vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mahkemece davacının delilleri toplanarak tazminat konusunda karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir>)

gerekçesiyle bozulmasına karar verilerek dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu Kararı

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

Karar: Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı doktorun kusuru nedeniyle oluşan zararın giderilmesine yönelik maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalılara atfedilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacının temyizi üzerine mahkemece verilen karar yukarda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, Yerel Mahkemece önceki hükümde direnilmiştir. Hükmü temyize Davacı vekili getirmektedir.

Dosya içeriği ve toplanan delillere göre; davacının 28.2.2001 tarihinde davalı doktor tarafından diğer davalı Hastanede ameliyat edildiği, sonrasında karnında şikayetlerinin sürdüğü, en son olarak da 11.2.2002 tarihinde diğer bir Hastanede başka bir doktor tarafından ameliyat edildiği ve alınan parçanın patolojik incelemesi neticesinde, yabancı cisimle birlikte pamuk elyafının tespit edildiği anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının karnından yabancı madde ile pamuk elyafı çıkarılması eyleminde davalıların kusurlarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Özel Daire bozma ilamında da değinildiği üzere, davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, dava özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (818 sayılı Borçlar Kanunu/BK md.386-390). Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BKnun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olaya gelince:

Davacının 28.01.2001 tarihinde davalı hastanede, diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, akabinde davacı da ortaya çıkan rahatsızlık neticesi bir çok tetkik yapıldıktan sonra, başka bir doktor tarafından 11.02.2002 tarihinde yapılan ikinci ameliyat sonrasında çıkarılan numunenin incelendiği, bunun sonucunda, İTÜ Makine Fakültesi Tekstil Mühendisliği Bölümü Tekstil ve Konfeksiyon Kalite Kontrol ve Araştırma Laboratuarı'nın 01.03.2002 T.li raporunda, yabancı cisimlerle birlikte 4 adet pamuk elyafının belirlendiği anlaşılmaktadır.

Yine İstanbul Tabip Odası Onur Kurulu tarafından 28.04.2003 tarihinde karar verilmiştir.

Son olarak da Yüksek Sağlık Şurası 5-6-7 Eylül 2007 tarihli raporunda; karar verildiği görülmektedir.

Her ne kadar yerel mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de; dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden; mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.

O halde, yerel mahkemece, davalı yanın kusurlu olduğu da gözetilerek, davacı lehine bozma ilamında değinildiği üzere, uygun bir miktar tazminata hükmedilmelidir. Mahkemece, bozma ilamında ve yukarıda açıklanan hususlar göz ardı edilerek önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında yer alan ve ayrıca yukarda açıklanan ilave nedenlerden dolayı HUMKnun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.04.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T**.**C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

**1994/8557 E. 1994/2138 K. Karar Tarihi: 04.03.1994**

**TAZMİNAT DAVASI - HATALI TEDAVİ NEDENİNE DAYALI TAZMİNAT İSTEMİ - ÖLMEYEN BİR BEBEĞE ÖLÜ RAPORU DÜZENLENİP VERİLDİĞİ - TIP BİLİMİNİN KABUL ETTİĞİ BÜTÜN KURALLARA UYGUN MÜDAHALE VE TEDBİRLER ALINARAK BEBEĞİN HEMEN PREMATÜRE SERVİSİNE NAKLEDİLMEDİĞİ**

ÖZET: Tüm dosyadaki delil ve belgeler ile davalıların savunmaları ölmeyen bir bebeğe ölü raporu düzenlenip verildiğini, tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun müdahale ve tedbirler alınarak bebeğin hemen prematüre servisine nakledilmediğini, aradan hayli zaman geçtikten sonra bebeğin fakülteye gönderildiğini ve orada öldüğünü, böylece olayın bir kayıtsızlık ve kargaşalık içinde cereyan ettiğini çok açık bir şekilde doğrulamıştır. Orta seviyede bir kimsenin yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutat ihtimam ve özenin davalılarca gösterilmediği açık olup ihmal ve tedbirsizliklerinin kabulü zorunlu olmaktadır.

(818 S. K. m. 41, 47, 321, 386, 390, 394) (1086 S. K. m. 275, 276) (1219 S. K. m. 75)

Dava: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine; dosya incelendi, gereği konuşuldu:

Karar: Davacılar vekili, karı koca olan müvekkillerinden H.'nin 7 aylık hamile iken rahatsızlandığını, davalılardan Dr. A. O.'nun sahibi bulunduğu Hastahanesi'ne götürüldüğünü; burada davalı Dr. A. D.'nin muayenesi ile doğum yapacağının teşhis edildiğini ve aynı gün gece saat 2.00 sularında sancılarının artması üzerine hastahanenin doğumhane kısmına alındığını ve yaklaşık bir saat sonra bir erkek çocuğunun dünyaya geldiğini, bir süre sonra çocuğun öldüğünü ve morga kaldırıldığını Dr. A. D.'nin bildirdiğini, aynı günün sabahı da ölümü belgeleyen ve B. Sağlık İşleri Müdürlüğü'ne yazılmış yazının hastahane tarafından kendilerine verildiğini, mezarlığa götürmek için çocuklarını hastahaneden aldıklarında çocuğun ölmeyip sağ olduğunun tespit edildiğini, davalıların paniğe kapılarak hemen çocuğu B. Tıp Fakültesi Hastahanesi'ne sevk ettiklerini, doğumun akabinde küveze alınmaması ve 8 saat morgda kalması nedeni ile aynı günün gecesi saat 12.00 sularında tüm uğraşılara rağmen öldüğünü, davalıların gerekli özen göstermemeleri, ihmalleri ve mesleklerindeki acemilikleri nedeni ile olayın vukua geldiğini öne sürerek, her bir müvekkili için 40.000.000 TL. manevi ve H. için 7.500.000 TL., E. için 2.500.000 TL . maddi tazminatın ortaklaşa ve zincirleme davalılardan alınmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar; hastanın muayenesinde elde edilen bulgularla erken doğum yapma zorunluluğunun tespit edildiğini, doğumundan sonra 25-26 haftalık doğan bebeğin yaşama şansının az olduğunun prematüre servisi olan fakülteye götürülebileceğinin hasta sahiplerine bildirdikleri halde kabul edilmediğini, bebeğin aspire edilip oksijen verilerek anestezi ve reznimasyon uzman tarafından tedaviye ve küveze alındığını, bu arada Dr. A. D.'nin bir iki saat dinlenmek üzere uyuduğunda sekreter N.ın telefonla bebeğin öldüğünü, ölüm raporuna ölüm nedeninin ne olacağını A. D.'den sorduğunu, onun da inma türite olabilir dediğini; sekreterin bu şekilde düzenlediği ölüm raporunun Dr. A. ile hastahane başhekimi yerine Dr. B. C.nin imzaladığını ve bebeğin dedeleri olduğunu söyleyen bir kişiye verildiğini, bebeğin hastahaneden alınması istenildiğinde, Dr. E. G.'nin çocuğun yaşadığını hasta sahiplerine bildirdiğini, buna rağmen bir yanlışlık neticesi verilen ölüm raporuna davacılar dayanıp hazırladıkları senaryo ile hemen Mezarlıklar Müdürlüğü'ne başvurarak mezar kazdırıp gazetecileri de çağırarak artistik pozlar verip resim çektirdiklerini, bebeğin fakülteye nakli hususunda Dr. E. G.'nin önerisine hasta sahiplerinin ısrarla karşı koyduklarını, bebeğin normal sağlık durumu nedeni ile yaşatılamadığını, bebeğin morga alınması gibi bir olayın olmadığını, tüm gerekli tıbbi müdahale ve tedavilerin yerine getirildiğini, kusurları bulunmadığını savunmuşlar, davanın reddini dilemişlerdir.

 Mahkemece; davalıların olayda tıbbi kusurları bulunmadığını belirten Yüksek Sağlık Şurası'nın raporuna dayanılmış, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve de uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hakimin doğrudan görevidir. (HUMK. m. 76)

Dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda asla duraksama söz konusu değildir. Eşdeyişle dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK. m. 386, 390)

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (B. K. m. 390/II) Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. (B. K. m. 321/I) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank. 1982, Sh. 236 vd.)

Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil B. K. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Uyuşmazlığa uygulanacak az yukarıda açıklanan yasal kurallardan sonra bunların maddi olgu ve delillere uygulanması ve değerlendirilmesine sıra gelmiştir.

Davalılar, 18.5.1989 günlü davaya cevap dilekçelerinde; 25-26 haftalık doğan bebeğin yaşama şansının az olduğu, ancak prematüre servisi olan Fakülteye götürülmesi gerektiğinin hasta sahiplerine bildirildiğini onlarca talebin reddedildiğini, Dr. A. D.'nin 1-2 saat dinlenmek üzere uyuduğunda sekreter N.'ın diye telefonla sorduğu; Dr. A. D.' nin de; hastanın başında tedavisi ile uğraşan başka bir uzman doktor bulunması nedeni ile fazla bir araştırmaya gerek görmeden inma türite olur cevabını verdiğini, bunun üzerine sekreter N.'ın ölüm raporunu Dr. A. D.'ye imzalattıktan sonra hasta sahiplerine verdiğini, ölen bebeklerini almak için ameliyathaneye çıktıklarında karşılaştıkları Dr. E. G.'nin bebeğin yaşadığını beyan ettiğini, buna rağmen hasta sahiplerinin sekreteri kandırarak, elinden ölüm kağıdını alarak Mezarlıklar Müdürlüğüne gidip mezar yeri kazdırdıklarını, böylece kötü niyetle bir senaryo düzenlediklerini açıklamışlardır.

Hemen belirtelim ki, bu savunma kendi içinde çelişkileri taşıdığı gibi yargılamada toplanan delillerle de doğrulanmamıştır. Davalıların kabulünde olduğu şekilde prematüre bir bebeğin dünyaya getirildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir bebeğin tıp verilerine göre prematüre servisine gecikmeden ve hemen gerekli özen ve dikkatle aktarılması kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu çok açıktır. Kaldı ki davalılarda buna gerek görmüşler, yalnız hasta sahiplerinin bunu reddettiklerini savunmalarına dayanak yapmışlardır.

Yine davalılar savunmasından; Dr. A. D.'nin bebeği bırakıp uyuduğu, sekreterin sağlıksız ve bizzat dayanağı olmayan bebeğin öldüğüne dair sözlerine inanarak ve bebeği görme ihtiyacını dahi duymadan ölüm sebebini sekretere inma türite diye yazdırdığını ve ölüm raporunu imzaladığı ve hasta sahiplerine verildiği çok açık şekilde belirlenmiştir. Dr. A. D.'nin uyuması sırasında hastanın başında uzman bir doktorun bulundurulduğuna değinen savunma bölümü de kanıtlanmamıştır. Öte yandan, davalıların önerilerine rağmen Fakültede bulunan prematüre servisine bebeğin nakledilmesini hasta sahiplerinin karşı koydukları ve ölüm raporunu sekreteri kandırarak alıp hemen mezar yeri temin etmeye gittikleri şeklindeki savunmada hayatın olağan akışına, hayat deneyimlerine, tamamen aykırıdır, kabul edilemez. En önemlisi, insanlarda doğuştan var olan çocuklarını korumak, kurtarmak için her türlü çareye başvurma duygusuyla bağdaşmaz. Yine bu psikolojik bunalım içinde bulunan anne ve babanın sırf mizansen yaratmak amacıyla mezar yeri temin etmeye gitmeleri de hiç bir suretle düşünülemez. Dahası, bebeğin prematüre doğacağını davalıların anneyi ilk muayenelerinde anladıklarından böyle bir doğumun akabinde beklenilmeden gerekli özeni gösterip tedbirleri alarak prematüre servisine hemen göndermeleri hasta sahiplerinin iradelerine bağlı olmayıp bilakis davalıların vekâletin özenle ifa yükümlülüğünün içinde olduğunda kuşku ve duraksama olmamalıdır. Tüm dosyadaki delil ve belgeler ile davalıların savunmaları ölmeyen bir bebeğe ölü raporu düzenlenip verildiğini, tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun müdahale ve tedbirler alınarak bebeğin hemen prematüre servisine nakledilmediğini, aradan hayli zaman geçtikten sonra bebeğin fakülteye gönderildiğini ve orada öldüğünü, böylece olayın bir kayıtsızlık ve kargaşalık içinde cereyan ettiğini çok açık bir şekilde doğrulamıştır. Şu durum karşısında, orta seviyede bir kimsenin yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutat ihtimam ve özenin davalılarca gösterilmediği açık olup ihmal ve tedbirsizliklerinin kabulü zorunlu olmaktadır.

Hal böyle olunca, böyle bir olayın içerisinde yaşayan anne ve babanın ruh ve bedeni huzurlarının bozulmadığını düşünmek mümkün değildir. O nedenle, olayda belirlenen özel hal ve şartlar, duyulan elem ve acı göz önünde tutularak başka bir araştırmaya da gerek görülmeden evvelemirde davacılar yararına manevi tazminat takdir olunup hükmedilmelidir.

Yine mahkemece, Yüksek Sağlık Şurası'nın olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek dosyadaki delillere; özellikle davalılarca kabul edilen olgulara uygun düşmeyen yetersiz görüşlerini benimsemesi usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükümlerine aykırıdır. Doktorun sorumluluğunu tayin ederken hâkim; olayların özelliğine uymayan, dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bütün bunların yanında, esasen 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin ceza mahkemesini bağlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bu merciin görüşlerinin hukuk mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez. Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre usulün 276/II. maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk davalarında, çözümlenmesi gerekli tıbbi sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.

Şu durum karşısında maddi tazminat yönünden; davalıların mesleki özen ve ihtimama ilişkin yükümlülüklerini şifa sırasında gösterdikleri az yukarıda açıklanan eksik eylemleri ile zararlı sonuç (bebeğin ölümü) arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığı, eylemin niteliği itibariyle olayların doğal ve alışılmış (mutad) akışına, hayat deneyimlerine ve objektif ihtimallere göre, meydana gelmiş zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı öncelikle saptanmalıdır. Bunun için mahkemece, bebeğin nakledildiği fakültede tutulmuş dosya ve kayıtlar varsa getirtilmeli dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Büyük Kurulu'na gönderilmeli, dosyadaki iddia, savunma, tüm delillerin ve olayın gelişiminin verdiği kanaatle değerlendirilerek zararın meydana gelmesinde davalıların varlığı kanıtlanan mesleki ihmal ve tedbirsizliklerinin zararın (ölümün) meydana gelmesinde mutlak ve tek etken olup olmadığı konularında gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmeli hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir.

Hukuki nitelendirmede, maddi olgular ve delillerin takdirinde apaçık hataya düşülerek özellikle dosya içeriğine uygun düşmeyen Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar yararına BOZULMASINA, istek halinde peşin harcın iadesine, 04.03.1994 gününde oybirliği ile karar verildi.

**KAYNAKÇA**

1. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk
2. Sema Güleç UÇAKHAN, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması
3. Çelik Ahmet Çelik, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları
4. Av. Prof. Dr. Yüksel ERSOY, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004
5. Nurten FİDAN, Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, TAAD,Cilt:1,Sayı:3, 20 Ekim 2010
6. Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları
7. 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
8. Sinerji Web Mevzuat Ve Yazılım Sistemleri
9. T.C. Anayasası
10. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
11. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
1. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.140 [↑](#footnote-ref-2)
2. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.91 [↑](#footnote-ref-3)
3. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.139 [↑](#footnote-ref-4)
4. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.149 [↑](#footnote-ref-5)
5. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.147 [↑](#footnote-ref-6)
6. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.149 [↑](#footnote-ref-7)
7. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.151 [↑](#footnote-ref-8)
8. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.897 [↑](#footnote-ref-9)
9. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.919 [↑](#footnote-ref-10)
10. Sema Güleç Uçakhan, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, syf.113 [↑](#footnote-ref-11)
11. Demir, Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Syf.160 [↑](#footnote-ref-12)
12. Hasan Tahsin GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, syf.940 [↑](#footnote-ref-13)
13. Çelik Ahmet ÇELİK,İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat, syf.256 [↑](#footnote-ref-14)