

TIBBİ HATALAR NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN TAZMİNATIN MÜDAHALEYİ GERÇEKLEŞTİREN SAĞLIK EKİBİ ARASINDA PAYLAŞTIRILMASI

Doç. Dr. Yusuf Büyükay*

I. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesi, halkın refah seviyesinin yükselmesi ve tıp alanında reklam uygulamalarının fazla olması gibi sebeplerle, tedavi hizmetlerinin sayısının ve niteliğinin her geçen gün arttığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, tedavi sözleşmeleri yalnız birer sözleşme olmaktan çıkmakta, bir değil, birden fazla hekimin ve yardımcı personelin katkısı ile uygulanabilir hale gelmektedir. Buna ilave olarak bütün alanlarda uzman personelin sağlık kuruluşunda her an istihdam edilememesi, çok pahalı tıbbi cihazların tedavi kurumu içinde bulunmaması ve dışarıdan hizmet alınması, tıp eğitimi ve öğretimi faaliyetlerinin gerekliliği neticesinde birçok tıbbi müdahalenin asistan veya öğrencilere bırakılması gibi ihtimaller, tedavi hatası nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumluların tespitini karmaşık hale getirmektedir. Bu ihtimallere, tedaviye üstlenen (hekim) ile hasta arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumları da eklemek gerekecektir.

Özellikle hastanelerde, büyük kliniklerde, ayakta ve yatarak tedavi durumunda, hastanın birçok hekim ve diğer sağlık personeli tarafından tedavisi yapıldığından, bu gibi hallerde meydana gelen bir zarar söz konusu olduğunda, kimin hakkında dava açılacağı büyük sorun oluşturmaktadır¹.

Hekimin sorumluluğunun tartışıldığı olayların pek çoğunda, hekim ile hastası arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Yani, kural olarak hekim, hastayı, aralarında yaptıkları bir sözleşmeye istinaden tedavi eder. Tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi diye adlandırılan bu sözleşme ile hekim, öncelikli tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğü altına girmektedir².

Tedavi sözleşmesi yapısı itibarıyla borçlar hukukunun diğer sözleşmelerinden farklı değildir. Ancak konusu, amacı, tarafların sözleşmeyi yaparken içinde buldukları durum bakımından göz önünde tutulması gereken bazı özellikleri vardır. Her şeyden önce, tedavi sözleşmesinin konusu, kişilik hakkı içinde yer alan temel değerlerden “beden bütünlüğü ve sağlık”la ilgili müdahalelerdir. Dolayısıyla hekimin, diğer iş görme sözleşmesi borçlularına nazaran daha özenli hareket etmesi gerekir. Çünkü onların borca aykırı hareketleri genelde bir malvarlığı zararına yol açacağı halde, hekimin borcuna aykırı her hareketi, malvarlığı zararlarının yanında ve hatta ondan önce, telâfisi imkânsız veya çok güç şahıs varlığı

* Bu makale, Prof. Dr. Şener Akyol Armağanında yayınlanmıştır.

¹ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s. 271.

² AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 49.

zararlarına yol açabilir. İkincisi bu sözleşme, tamamıyla eşit şartlarda bulunmayan kimseler arasında kurulmaktadır³.

Hekim mesleğini icra ederken, meslek kurallarına dikkat etmek ve özen⁴ göstermekle yükümlüdür.

Hekim ile hasta arasında, hekimin sorumluluğuna esas teşkil etme bakımından üç ayrı hukuki ilişki söz konusu olabilir⁵. Bunlar haksız fiil, vekâletsiz iş görme ve sözleşme ilişkisidir. Somut olayın özelliklerine göre, hekimin “culpa in contrahendo” esasına dayalı bir sorumluluğun ortaya çıkması da mümkündür⁶. Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı halde, sözleşmenin müzakereleri sırasında, hekiminin bazı zarar tehlikelerine karşı gerekli uyarıda bulunmaması halinde bu durum ortaya çıkabilir. Ancak bu durumun istisnai nitelikte olabileceğini de söylemek gerekir⁷.

Bu çalışmamda esas itibariyle, hasta ile tedaviyi üstlenen kimseler arasında kurulan özel hukuka ilişkin tedavi sözleşmesi bakımından sorumluluklar ele alınacaktır. Tedavi sözleşmesinin tarafının “kamu” olduğu durumlar ise inceleme dışında bırakılmış olacaktır.

II. Tedavi Sözleşmesinin Tarafları

Esas itibariyle ve geleneksel ve de alışılmış olan, tedavi sözleşmesinin tarafını bir hekimin oluşturmasıdır. Ancak, bugün itibariyle özellikle kamu ve özel hastane ve diğer sağlık kuruluşlarının sayısının artması ile birlikte, kamu ve özel hastanelerinin de yoğun olarak tedavi sözleşmesinin tarafı olmaya başladığını söylemek mümkündür. Hekim ve hastane dışında, bir ebenin, iğne yapmaya ehil olan iğnecilerin, sünnet yapmaya ehil olanların vb. tedavi sözleşmesinin tarafını teşkil etmeleri mümkündür. Öyle ise tedavi borcunu üstlenen kimselerin sorumluluklarının öncelikli olarak, aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği dikkate alınarak belirlenmesi gerekecektir.

³ AYAN, a.g.e., s. 50.

⁴ Vekâletin özellikle bir ücret karşılığında mesleki olarak icra edildiği hallerde, vekilin özen borcu daima objektiftir. BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 162.

⁵ Çalışmamızın kapsamı dışında tutulmakla beraber, şunu da kısaca belirtmekte yarar vardır: Bir kamu hastanesine müracaat eden hasta ile kamu hastanesi arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu hastanesinin hastaya karşı akdi sorumluluğundan söz edilemez. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle o, hastane dâhilinde, kendisine sunulan sağlık hizmeti yüzünden zarar görecektir olursa, somut olayın özelliklerine göre, devlet ve ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmak durumundadır. AYAN, a.g.e., s.173; Hekim, devletin “ajanı” durumundadır. GÜRAN, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s. 78; Yine de hekimin kusurunun söz konusu olması durumunda, hekime karşı, ayrıca haksız fiil hükümlerine göre müracaat etmek mümkündür. “...Ali Kiraz’ın yaralı olarak Manavgat Devlet Hastanesine getirildiğinde konuşabilir ve bilinci yerinde durumdayken, burada yanlış teşhis konulması ve durumun gerektirdiği ilk müdahalenin yapılmaması, icapçı uzman hekim bulunmasına rağmen bunlar çağrılarak orada tedavi edilebilme imkânı ortaya konmadan yetkisini aşan pratisyen hekim kararı ile Antalya Devlet Hastanesine sevk edilmesi suretiyle yaklaşık üç saatlik gecikme sonunda müdahale edildiği, ancak, müdahalede gecikilmesi nedeniyle ölüm olayının gerçekleştiği olayda, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu...” Danıştay 10. Daire, E.2002/7426, K.2004/213. (Yayınlanmamıştır)

⁶ OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005., s. 39.

⁷ AYAN, a.g.e., s. 49.

Ancak, sağlık hukukunda, “hekimin sorumluluğu” kavramı altında yazılan ve söylenenlerin esas itibariyle, tedaviyi üstlenen diğer kimseler bakımından da geçerli olacağını ve hatta bu kimselerin temel sorumlulukları bakımından, bazen bir avukatın sorumluluğundan, bazen bir müteahhidin sorumluluğundan farklı hükümlerin söz konusu olmayacağını söylemek gerekir. Aynı şekilde uygulamada tedavi sözleşmesini üstlenen kimselerin daha çok hekim veya hastaneler olduğunu söylemek mümkündür.

Bu çalışmamızda, en geniş sorumluluk ihtimallerini içermesi bakımından tedaviyi üstlenen karşılığı olarak hekim yerine “hastane” kavramını kullanmayı uygun bulduk. Çünkü, sadece hekimin veya diğer kimselerin sorumluluklarının incelenmesi, konunun alanını daraltacak ve güncel birçok ihtimali içermeyecektir.

III. Tedavi Sözleşmesinin Temel Özellikleri

Tedavi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai, kural olarak şekle bağlı olmayan ve Borçlar Kanunu’ndaki sınıflama dikkate alındığında iş görme sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir.

Tedavi sözleşmesi ile tedaviyi üstlenen kişi, hastanın muayenesini, hastalığın teşhis ve tedavi borcunu üstlenmiş olmaktadır. Buna karşılık hastanın hekimi doğru bilgilendirme ve ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Tedavi sözleşmesi, geçerlilik şartı olarak şekle bağlı olmayan, yalnızca tarafların karşılıklı birbirine uygun rızalarını açık ya da zımnî olarak açıklamaları ile kurulan bir sözleşmedir. Böyle olmakla birlikte, bazı tedavi sözleşmelerinin istisnai olarak, adi yazılı şekilde yapılması öngörülmektedir. Örneğin, organ ve doku alınmasına ilişkin sözleşme, kürtaj sözleşmesi veya genetik teşhis sözleşmesi yazılı olarak yapılması gereken sözleşmelerdir.

Tedavi sözleşmesinin niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşleri, vekâlet sözleşmesi görüşü, eser sözleşmesi görüşü, hizmet sözleşmesi görüşü ve nihayet kendine özgü sözleşme görüşü olarak gruplandırmak mümkündür⁸.

Kanaatimize göre, tedavi sözleşmesi prensip itibariyle bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir⁹. Bu sözleşme ile tedaviyi üstlenen vekil, belirli bir sonucu borçlanmadan, müvekkili (hasta) adına belirli bir işi görmeyi, hastanın tedavisi için tıbbın gerektirdiği tüm müdahalelerde bulunmayı taahhüt etmektedir.

Ancak, hekimin veya tedaviyi üstlenen bir diğer kişinin bir tedavi sonucunu garanti etmesi ve bunun mümkün olması durumunda ise eser sözleşmesi bulunduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, bir diş hekiminin diş protezi yapması, estetik uzmanının burun estetiğini borçlanması, saç ekiminin taahhüt edilmesi, bir tahlil laboratuvarında tahlil

⁸BUYUKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Karşılanması Sorunu, İstanbul, 2006, s. 45 vd; DEUTSCH, Erwin, SPICKHOF, Andreas, Medizinrecht, 2008, 6. Auflage, s. 56 vd; AKARTEPE, Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, s. 13 vd; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu Ankara, 1998, s. 17 vd. (Hekim);AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s. 15 vd.

⁹ Y.13. HD. E. 2000/6186, K. 2000/9628; Y.13. HD, E. 1993/131, K. 1993/2741. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

sonuçlarının ortaya konulmasının borçlanması gibi durumlarda eser sözleşmesi bulunmaktadır. Tedavi sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme veya hizmet sözleşmesi olduğu görüşleri Türk doktrininde fazla yer bulmamaktadır. Ancak, özellikle tedavi sözleşmesinin “hastaneye kabul sözleşmesi” tarzında yapılması durumunda karma nitelikli bir sözleşme bulunduğunu söylemek mümkündür. Bünyesinde hekimlik hizmeti dolayısıyla vekâlet, eşyalı oda kullandırma dolayısıyla kira; hastanın kullanacağı ilaç ve diğer tıbbi malzemelerin temini dolayısıyla satım; yedirip içirme, genel ve kişisel temizliğin sağlanması yükümlülüğü dolayısıyla da hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri barındırmaktadır¹⁰.

IV. Bir tedavi sözleşmesinde sorumlulukları gündeme gelebilecek kişiler

Hastanın zarar gördüğü bir tedavi sözleşmesinde tedaviyi üstlenen hastanenin, hekimin, asistanın, hemşirenin, uzman kişilerin, tıbbi tahlil yapan laborantın ve sonuçları değerlendiren hekimin, kendisine danışılan hekimin (konsultasyon), tedavinin kendisine devredildiği veya bırakıldığı hekimin sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

V. Tedavi Sözleşmesinin Uygulamadaki Görünüş Tarzları

Tıbbi hatalardan dolayı kimlerin sorumlu olduğunu tespit edebilmek için, öncelikli olarak, tedavi sözleşmesinin uygulamadaki görünüş tarzlarını, taraflarını ve tedaviye katılan kimselerin niteliklerini ortaya koymak gerekecektir.

A. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinin Yapılması

Hastanede yatarak tedavi görmek isteyen bir hastanın genellikle hastalığın tedavi edilmesi ve hastane bakım hizmetlerinden yararlanmak şeklinde iki talebi bulunmaktadır¹¹. **Bu durumda tedavi sözleşmesinin tarafı hastanedir¹²**. Bir tüzel kişilik olan hastanenin tedavi sözleşmesinden doğan borcunu, istihdam ettiği kimseler yardımıyla yerine getirmesi mümkündür. Bu kimseler ise, hastanede çalışan hekim veya hekimler ile diğer yardımcı şahıslardır. Sözleşmenin kurulmasından sonra hasta, kural olarak kendisini tedavi edecek hekim ve yardımcılarını seçme imkânına sahip değildir. Söz konusu tedavi hizmetleri, hastane işletmecisinin bu tür hizmetler için hastane bünyesinde görevlendirmiş olduğu hekim ve yardımcı ekip tarafından verilecektir¹³.

Tedavi sözleşmesinde hekimin veya bir diğer sağlık çalışanının kusurlu davranışı ile hastanın zarar görmesi durumunda, sözleşme ilişkisine göre, öncelikli olarak sorumlu olacak olan hastane tüzel kişiliğidir. Bu durumda hastanın, sözleşme ilişkisine dayanarak, doğrudan hekimi veya zarara sebep olan diğer sağlık çalışanını dava etmesi mümkün değildir. Hastanın, sözleşmeye aykırılığa (eser veya vekâlet) dayanarak yalnızca sözleşmenin tarafı olan hastaneyi dava etmesi mümkündür.

¹⁰ AKKANAT, Halil, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 28.

¹¹ AKKANAT, a.g.m., s. 27.

¹² DEUTSCH, Erwin, Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 2008, s. 59.

¹³ AKKANAT, a.g.m. s. 29.

Şunu belirtmek gerekir ki, tedaviyi üstlenen hastanenin, teknik olarak yardımcı şahıs olarak nitelendirdiğimiz hekim veya diğer personelin kusurlu davranışlarından sorumlu olabilmeleri için, BK. m. 100 anlamında sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir:

1. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Yardımcı Şahısların Fiillerinden Sorumluluğun Şartları:

Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi, bir borcun ifasında yardımcı olarak katılan şahısların borçlunun borcuna aykırı davranarak alacaklıya verdikleri zarardan da borçlunun sorumlu olacağını ifade etmektedir¹⁴.

*BK. m. 100: "Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür"*¹⁵.

Hekim veya diğer sağlık çalışanlarının BK. m. 100 anlamında yardımcı şahıs sayılması ve hastanenin bu kimselerin kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilmeleri için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

a. Borçlu hastane, borcun ifasında yardımcı şahıs kullanmış olmalıdır.

Bir kimsenin yardımcı şahıs sayılabilmesi için, borçlunun emrinde olması veya borçluya bir akit ile bağlı olması gerekli değildir. Bir kimsenin yardımcı şahıs sayılması için, bunun borcun ifasına katılmasının **borçlunun muvafakatine dayanması** hem zaruri hem de kâfidir. Borçlunun muvafakati dışında borcun ifasına katılan kişi yardımcı şahıs sayılmaz ve bu şahsın fiile BK. m. 100 uygulanmaz¹⁶.

Dolayısıyla borçluya iş sözleşmesi ile bağımlı olan hekim, yardımcı şahıs sayıldığı gibi, hastaneye bağımlı olmadığı halde kendisine tıbbi bir konu danışılan (**Konsultasyon**) hekim de BK. m. 100 anlamında yardımcı şahıs sayılır ve bu kimsenin kusurlu davranışından, hatalı bilgi vermesi ve yönlendirmesinden de hastane sorumludur.

İfa yardımcısı borçlu tarafından, bir borcun ifası tamamen kendisine bırakılan kişi olabileceği gibi, ifa muamelelerinin yalnızca bir kısmına katılan kişi de olabilir. Oysa Borçlar Kanunu'nun 100. maddesinde borçlunun "bir borcun ifasını" üçüncü kişiye tevdi

¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 350.

¹⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesini karşılamaktadır: "Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 367.

edilmesinden söz edilmekte ve böylece bu ifade tarzı, ifa yardımcılarının sadece “bir borcun ifası kendisine bırakılan” kişiymiş gibi yanlış bir intiba uyandırmaktadır¹⁷.

Üçüncü kişinin, borçlunun ifa yardımcısı sayılabilmesi için, bu kişinin borcun ifası faaliyetine katılmasına ya da borcun tamamen onun tarafından ifasına, borçlunun muvafakat etmesi gerekir. Çünkü borçlu olarak hastanenin muvafakati yoksa onun bir borcun ifasını yardımcı kişiye tevdi etmesinden söz edilemez. (Aşağıdaki Yargıtay kararında bunu görmek mümkündür). Doktrinde hâkim olan görüş, üçüncü kişinin ifa yardımcısı sıfatını kazanabilmesi için aynı zamanda, bu kişinin ifaya fiilen katılmış olmasını da aramaktadır¹⁸. Yani, buradaki ifa yardımcısından maksat, borçlunun açık veya örtülü muvafakatiyle ifa fiillerine katılan herhangi bir şahıstır¹⁹.

Borçlu durumundaki hastane, çalışanlarından birini borcun ifası veya kendisine ait bir hakkın kullanılması ile ilgili bir işle görevlendirmemişse, böyle bir çalışanı “yardımcı” saymak ve onun vereceği zarardan borçluyu sorumlu tutmak mümkün değildir. Böyle bir durumda, yani borcun ifası dışında hastaya zarar veren kimseyi yalnızca haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmak mümkündür, bu durumda hastanenin sorumluluğu söz konusu değildir. Örneğin, bir hastanedeki arkadaşını ziyarete gelen hekimin, hastaneye gelen bir hastaya müdahale etmesi olayında olduğu gibi.

b. Borcun ifasında yardımcı şahıs kullanılması borca aykırı olmamalıdır.

Borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılması caiz olmalıdır. Borcun ifasının yardımcı şahıs tarafından yaptırılması caiz değil ise, borçlu ve alacaklı BK. 100’e göre değil, BK. m. 96’ya²⁰ göre sorumlu olur. Örneğin, borçlunun yetenek ve ünü esas alınarak yapılan bir istisna sözleşmesinde borçlanılan edimin ifası yardımcı şahsa bırakılamaz.

Ancak hastane ile yapılan sözleşmede, borcun yardımcı şahıs tarafından yerine getirilmesi işin niteliği gereğidir. Hekim, hemşire, asistan, konsulte eden hekim, yardımcı şahıs niteliğindedir.

c. Yardımcı şahıs, borçlunun borcuna aykırı bir davranışıyla, kendisine verilen işin görülmesi sırasında alacaklıya zarar vermiş olmalıdır.

Borçlunun BK. m. 100’e göre sorumlu olabilmesi için, yardımcı kişinin alacaklıya, yapılması kendisine bırakılan ifa işleri yerine getirildiği, ifa iş ve faaliyetini gördüğü sırada zarar vermiş olmalıdır. Başka bir deyişle, borç ilişkisinden doğan borcun, edim yükümleriyle yan yükümlerin ifası veya hakkın kullanılması olgusu ile meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağın bulunması gerekir. Yardımcı kişinin davranışı, borca aykırılık teşkil

¹⁷ ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 104; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 472.

¹⁸ ŞENOCAK, İfa, s. 105; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul 1970, s. 819.

¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1998, s. 1193; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuk Genel Hükümler Ankara, 2004, s. 471.

²⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesini karşılamaktadır : “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

etmeli, bu davranışı nedeniyle ya borçlanılan edim imkânsız hale gelmeli ve dolayısıyla borç ifa edilmemeli veya kötü veya gecikmiş ifa söz konusu değildir²¹.

d. Borçlu borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bulunsa sorumlu tutulabilecek olmalıdır.

Borçlunun yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için, kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır²². Katıldığımız görüşe göre, borçlunun sorumlu olması için yardımcı kişinin kusuru aranmaz. Hatta ve borçlunun ve yardımcı kişinin gerçek kusuruna da gerek yoktur. Burada sorumluluk yardımcı kişinin değil, borçlunun farazi kusuruna dayanır. Yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak idiyse, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık borçlu, yardımcı kişinin davranışında bulunsa idi, bu onun için kusurlu bir davranış sayılmayacak idiyse, borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir²³.

Bu teoriye göre, borçlunun bilgi, beceri ve yetenekleri yardımcı kişiye oranla daha üstün düzeyde ise, farazi kusurun belirlenmesinde bunlar da göz önünde tutulur ve yardımcı kişi için kusur sayılmayan bir davranış biçimi borçlu için kusur sayılabilir. Buna karşılık, yardımcı kişi yönünden kusurlu bir davranış, borçlu tarafından yapılmış olsa idi bu, borçlu için kusur sayılmayacak idiyse, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Yardımcı kişinin gerçek kusuru, borçlunun farazi kusuru yerine geçmez²⁴.

e. Yardımcının fiilinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan bir anlaşma bulunmamalıdır.

Sorumsuzluk anlaşması, zarar verici sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce, alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma ihtimali bulunan, tazminat isteminin oluşmasına tamamen engel olan hukuki işlem olarak tanımlanabilir²⁵. Olayların çoğunda sorumsuzluk anlaşması, tek başına bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaz. Genellikle, taraflarca kurulan ya da kurulmuş esas bir sözleşmeye eklenen bir yan anlaşma mahiyetindedir²⁶.

Borca aykırı davranışlarından dolayı, normal olarak tazminat ödeme yükümü altında bulunan borçlu, sorumsuzluk anlaşması sayesinde bu yükümünden kurtulmaktadır. Geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapan tarafların amacı, borçlunun ileride herhangi bir tazminat talebi ile karşılaşmamasıdır. Ancak, bu anlaşma ile borçlunun esas sözleşme ilişkisinden doğan edim ve özen yükümlülükleri etkilenmemektedir²⁷.

²¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 1036.

²² Bu görüşler, borçlunun sorumluluğu için gerçek kusuru arayan görüş, farazi kusuru arayan görüş ve kusuru aramayan görüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, a.g.e., s. 1037.

²³ EREN, a.g.e., s. 1038.

²⁴ EREN, a.g.e., s. 1039.

²⁵ AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 6

²⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 1174; EREN, a.g.e., s. 1043.

²⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 117; EREN, a.g.e., s. 1042.

Hukuken geçerli bir sorumsuzluk anlaşması ile halen mevcut olmayan, ancak gelecekte ortaya çıkma ihtimali bulunan bir hak üzerinde tasarruf edilmektedir. Bu sebeple sorumsuzluk anlaşması gelecekteki bir tazminat talebi üzerine tasarruf işlemidir. Bu anlaşma ile alacaklının malvarlığının aktifinde yer alması gereken tazminat talebi hakkı doğrudan doğruya etkilenmektedir. Bu sorumsuzluk anlaşması, borçlu yönünden, bir kazandırıcı işlem mahiyetindedir. Bu kazandırıcı işlemin sebebi, bağışlama (causa donandi) sebebidir. Çünkü bu anlaşma ile onun malvarlığının azalması, malvarlığından bir şey çıkması önlenmektedir. Sorumsuzluk anlaşması, kural olarak karşılıksız bir kazandırma teşkil eder²⁸. Sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir²⁹.

aa. Hastanenin, kendi kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapması

Borçlar Kanunu'nda irade özerkliği, sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde de olsa, sorumsuzluk sözleşmesinin düzenlenmesi, taraflara mutlak bir hak olarak tanınmamıştır. Kanun koyucu, sorumsuzluk sözleşmesi yetkisine bazı sınırlar koymuştur. Gerçekten, BK. m. 99'a göre, borçlunun kasıtlı hukuka aykırı bir davranışından veya ağır ihmalden doğacak zarardan sorumlu olmayacağı hususunda alacaklı ile zararın doğmasından önce yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Buna karşılık borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılmış bir sorumsuzluk anlaşması ilke olarak geçerlidir. Ancak, tazminat istemekten vazgeçen taraf, vazgeçme iradesini beyan ettiği sırada karşı tarafın hizmetinde bulunuyor veya sorumluluk hükümetçe imtiyaz yoluyla verilen bir sanatla uğraşmaktan doğuyor ise, hâkim, takdir hakkına dayanarak sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kılabilir³⁰. Böylece söz konusu madde, borçlunun, alacaklı ile yapmış olduğu bir sözleşmeye dayanarak, sözleşmeden doğan borçların kasıtlı veya ağır ihmalli olarak ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan önceden kurtulmasına izin vermemektedir³¹.

Borçlu, borçlanmış olduğu edimin ifasını kasden veya ağır ihmali ile imkânsız hale getirmiş ise, önceden yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması geçersiz, yani batıldır. Butlanı hâkimin davada re'sen göz önünde tutması gerekir. Sınırlı sorumluluk şartı batıl olunca, borçlu zararın tamamından sorumludur³². Örneğin, hekimin, rahatsız olan böbrek yerine diğerini alması durumunda, müdahale öncesi yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersiz kabul edilecektir³³. Aynı şekilde, tıbbın ortaya koymuş olduğu imkânlar çerçevesinde, amniyosentez uygulamasında, özürlü olduğu halde ceninin bu durumunun tespit edilememesi halinde ağır

²⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 1175; EREN, a.g.e., s. 1043.

²⁹ EREN, a.g.e., s. 1043.

³⁰ Bu düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 115. Maddesini karşılamaktadır. Getirilen yeni düzenleme ile hafif kusurdan sorumsuzluğa ilişkin anlaşmanın geçersizliği hakim takdirine bırakılmamış, kesin olarak geçersiz sayılmıştır: "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür"; AKMAN, a.g.e., s. 62;

³¹ EREN, a.g.e., s. 1044; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 221; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 820.

³² EREN, a.g.e., s. 1044.

³³ BGE, 70 II 21.

ihmalin varlığı kabul edilebilecek ve daha önceden yapılan hekimin sorumsuzluğuna ilişkin sözleşme geçersiz sayılacaktır.

Borçlunun hafif ihmali ile ifayı imkânsız hale getirmesi halinde sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk sözleşmesi ilke olarak geçerlidir. Ancak, alacaklının anlaşmanın yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde bulunması ve borçlunun sorumluluğunun hükümet tarafından imtiyaz suretinde verilen bir işletmeden doğması durumlarında, hâkim, takdir hakkına dayanarak sorumsuzluk sözleşmesini geçersiz sayabilir³⁴.

Ancak, doktrinde, hekimin hafif kusurundan dolayı sorumluluğunu sınırlayamaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, imtiyaz suretinde verilen işletme kavramı ile yalnızca, su, gaz, elektrik vb. gibi işletmeler değil, eczacılık, avukatlık ve doktorluk gibi icrası resmi bir izin veya ruhsata tabi sanatlara da uygulanmalıdır. Böylece hekimin tıbbi faaliyetlerin icrası esnasında hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağını öngören her şartın geçerli olup olmayacağı hususu, BK. m. 99/II'ye göre daima, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde somut olayın hal ve şartlarına bağlı olacaktır³⁵. Bir diğer görüşe göre, tedavi sözleşmesinde hafif ihmal için sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Bu görüşe göre, BK.m. 390, özel hükümdür ve BK. m. 99'dan önce uygulanmalıdır. Ayrıca hasta, bir hekimle tedavi sözleşmesi yaparken onun her türlü özeni göstereceği inancı ile hareket eder. Çünkü hekim, belirli bir uzmanlığa dayalı olarak faaliyet icra etmektedir ve uymakla yükümlü bulunduğu meslek kuralları da özenli hareket etmesini gerektirmektedir³⁶.

bb. Yardımcı Şahsın fiillerine yönelik sorumsuzluk anlaşması

BK. m. 100/II, borçluya, yardımcı kişilerin borca aykırı fiil ve davranışlarından doğan zararlar hakkında alacaklı ile sorumsuzluk anlaşması yapma olanağı tanımaktadır. BK. m. 99'dan farklı olarak burada borçlu, ifa yardımcılarının kast ve ağır ihmalleri hakkında bile geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapabilir³⁷. BK. m. 100/II'nin uygulanabilmesi için, ifa yardımcısı kullanma, borç ilişkisinin mahiyetine ve sözleşmede kararlaştırılanlara aykırı olmamalıdır. Aynı şekilde söz konusu fıkranın uygulanabilmesi için, borçlunun işletmesinin organizasyonu kusursuz olmalıdır³⁸.

Borçlunun ifa yardımcılarının ağır kusuru için sorumsuzluk anlaşması yapma olanağı, BK. m. 99/II'ye paralel olarak, BK. m. 100/III'de sınırlara tabi tutulmuştur. Buna göre alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet **hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından** doğuyor ise, borçlu ancak hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluktan kendisini kurtarabilir. Borçlu belirtilen durumlardan birine sahip ise, yardımcı şahsın kasdını veya ağır ihmali kapsayan bir sorumsuzluk anlaşması, aynen BK. m. 99/I'de olduğu gibi mutlak surette batıldır³⁹.

³⁴ EREN, a.g.e., s. 1044; ŞENOCAK, Hekim, s. 95; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 831.

³⁵ ŞENOCAK, (Hekim), s. 96.

³⁶ AYAN, a.g.e., s. 119, 120.

³⁷ AKMAN, a.g.e., s. 75; OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 359.

³⁸ AKMAN, a.g.e., s. 75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 1203; EREN, a.g.e., s. 1041.

³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 1203.

Hekimlik mesleğinin imtiyaz verilmek suretiyle yapılan bir meslek olduğu⁴⁰ dikkate alınır, yardımcı şahsın kasit ve ağır kusuru dolayısıyla sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı açıktır (BK. m.100/III). Doktrinde böyle bir durumda, yardımcı şahsın hafif kusuruna ilişkin olarak da sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağı ifade edilmektedir.⁴¹

Uygulamada, hastaneye kabul sözleşmelerinde yapılan sorumsuzluk anlaşmalarında çok rastlanan **sorumsuzluk kayıtları** bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Hastanenin, alacaklı hastaya karşı, hafif ihmalden kaynaklanmış olsa bile, sorumsuzluk kaydı ile sorumluluktan kurtulması durumunda, hasta, yalnızca hafif kusuru ile zarara sebep olan hekime ve varsa onun bu davranışını sigorta eden şirkete müracaat edebilir.

2. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni

a. Dış ilişki

Tıbbi hata nedeniyle zarar gören hastanın karşısında, hastane ile birlikte diğer kusuru olan yardımcı personel (hekim, hemşire, asistan) zararın giderilmesi bakımından müteselsil olarak sorumludurlar. Burada BK. m. 51 anlamında **eksik teselsül** söz konusudur. Sorumlu olan kişiler, farklı hukuki sebeplere dayalı olarak, zarardan sorumludurlar. Hastanenin veya hekimin, zararı sigorta ettirmeleri durumunda ise, ayrıca sigortanın sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴².

Hastane, hasta ile imzaladığı hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde hastaya karşı sorumlu olacaktır. Bu sözleşmede hekim veya diğer sağlık çalışanları, sözleşmeye taraf olmadıkları için, kendilerine sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre müracaat etmek mümkün değildir. Bu kimselere, varsa kusurları sebebiyle dava açılabilir. Bu noktada ise, ekip halinde çalışan kişilerden kimin kusurlu olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Bu kişi doğrudan hastaya müdahaleyi yapan hekim olabileceği gibi, anestezi uygulayan uzman, asistan, diğer yardımcı personel de olabilir. Bu durumda kusuru bulunan kişinin sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

⁴⁰ AKMAN, a.g.e., s. 70

⁴¹ AYAN, a.g.e., s. 120; ŞENOCAK, (Hekim), s. 100.

⁴² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tam teselsül ve eksik teselsül ayırımına son verilmiş ve eksik teselsül kaldırılmıştır. Zarardan sorumlu olanların borçları farklı hukuki sebeplere dayansa bile, tam teselsül söz konusu olacaktır. Müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler şu şekildedir: “ M. 61“- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

M. 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. **Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.**

Kanaatimize göre farklı sorumluluk sebeplerin göz ardı edilmesi suretiyle, eksik teselsülün kaldırılması isabetli olmamıştır ve içinden çıkılması güç karmaşık bir durumun ortaya çıkmasına sebep olunmuştur. Mevcut düzenlemeye göre, sorumluluğun iç ilişkide paylaşılmasında, sorumluluk kaynağı olarak, kusur, sözleşme ve kanun'a ayrı bir anlam yüklenmekte ve iç ilişkide sorumluluk nihai olarak kusur sahibine yüklenmekte idi. Yeni düzenleme ile sorumluluk kaynaklarının bir önemi kalmamakta, hakime, içi ilişkide sorumluluğun paylaşılmasında, bütün durum ve koşulları, kusurun ağırlığını ve yaratılan tehlikenin yoğunluğunu göz önünde hususunda geniş bir takdir yetkisi verilmektedir.

Hastanın, hastanede görevlendirilen hekimler arasında bir seçim yapması ise mümkündür. Bu tür bir seçimin yapılmış olması da, her zaman seçilen hekim ile hasta arasında ayrı bir akdi ilişkinin kurulmuş olduğu anlamına gelmemektedir.⁴³

Bir diğer ihtimal de, hastanenin veya hekimin, bu tür zararları sigorta ettirmiş olmasıdır. Öyle ise, hatalı tıbbi müdahale dolayısıyla zarar gören hasta karşısında, sözleşmeye göre sorumlu olan hastane, kusur esasına göre sorumlu olan hekim ve diğer personel ve yine hastane ile yaptığı sözleşmeye göre sorumlu olan sigorta şirketi bulunmaktadır. Sigorta şirketi ile hastanenin yaptığı sözleşme esas itibariyle “tam üçüncü kişi yararına sözleşme”dir.

b. İç İlişki

Ancak, BK. m. 51 iç ilişkide sorumluluğun paylaşılması bakımından bir düzen öngörmüştür:

“Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız fiil, muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen (sebeplere göre) mes’ul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur”.

Hastaya tazminat ödeyen hastane, kusuru ile zarara sebebiyet veren hekime veya diğer yardımcı personele müracaat edebilecek, sorumluluk nihai olarak bu kimseler üzerine kalacaktır. Kusuru ile zarara sebep olan bir kimse olabileceği gibi, birden fazla kimse de olabilir. Bu durumda kusur oranına göre bu kimselerin sorumlu olması söz konusudur. Ancak bu kişilerin de mesleki sorumluluk sigortası yaptırımları durumunda, sorumluluklarını sigorta şirketine devretmeleri mümkündür.

Zarara sebep olan yardımcı şahısların kusurlarının tespiti önemli bir noktadır. Zarara sebep olan hekimin kusurunun tespiti, diğer yardımcı şahıslara, örneğin henüz eğitimini tamamlamamış olan intörn öğrencilere ve asistanlara oranla daha kolay görünmektedir. Bu noktada bu kimselerin kusurlu olup olmadıkları ve bu davranışlarından dolayı sorumlu olup olmadıkları da ayrı bir önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahalelerde kusurun bağımsızlığı temel prensiptir⁴⁴. Tıbbi müdahalede bulunan kimselerin her biri kural olarak kendi davranışlarından sorumludur. Kusurlu bir davranış ile hastasına zarar veren bir öğrencinin veya bir asistanın da sorumluluğu pek tabii ki söz konusudur. Ancak burada, bu kimselerin kusurlu olup olmadıklarını tespit bakımından işin kendi sorumluluklarına bırakılıp bırakılmadığına bakmak gerekir. Örneğin, bir hastanın ameliyat sonrası pansumanı, kendisine bırakılan bir asistan veya öğrenci, kendi sorumluluk alanında bulunan bu müdahalede kusurlu ise bundan sorumlu olacaktır. Aynı şeyleri hasta bakıcı veya hemşireler için de söylemek mümkündür.

⁴³ AKKANAT, a.g.m., s. 36.

⁴⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2010, s.50

Ancak, örneğin bir ameliyathanede, cerrahi bir müdahalede bulunulması esnasında, ameliyatı yürüten Hocanın yardımcısı durumundaki asistan, Hocasının verdiği talimatları uyguluyorsa, bu durumda kendisi yine prensip olarak kusurlu olmayacaktır. Fakat yine de hocasının talimatı, tıbbın bilinen temel kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa, Anayasa ile korunan temel hak hürriyetlere aykırı bir talimat teşkil ediyorsa ve asistan da, mesleki standartlara göre, bunun farkında veya farkında olması gerekiyorsa, bu durumda hocanın talimatı doğrultusunda işlem yapmak, asistan için yine kusurlu bir davranış olarak kabul edilecektir. Örneğin, hastanın rızası olmadığı halde, hastanın kısırlaştırılması talimatı, acil bir durum olmadığı halde ameliyatın genişletilmesi talimatı gibi. Boğaz kanseri bir hastanın boğazına yerleştirilecek tıbbi malzemenin hastanın midesine düşürülmesi olayında asistanların kusurlu olduklarının kabulü gerekir.

Ancak burada, kusurlu olan kimsenin davranışı ile zarar arasında illiyet bağının mutlaka kurulması gerektiğini vurgulamak gerekir. Kusurun bulunmasına rağmen illiyet bağı bulunmuyorsa, sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Burada şu ihtimaller gündeme gelmektedir:

aa. Ortak İlliyet: Birden çok sebep, tek başına meydana getiremeyecekleri bir sonuca ancak birlikte ulaşıyorlarsa, ortak illiyet söz konusudur⁴⁵. Bunun tipik örneği, bir kişinin tek başına taşıyamayacağı bir kasayı üç kişinin taşıyarak çalmaları halidir.

Ortak illiyetin “kusurlu ortak illiyet” ve “yalın ortak illiyet” olarak iki alt başlıkta ele alınması mümkündür. Kasa örneğinde olduğu gibi, kusurlu ortak illiyette, birden çok şahıs arasında hem kusur, hem de illiyet yönünden ortaklık vardır.

Yalın ortak illiyette zararlı sonucun birden çok sebebini meydana getiren sorumlu şahıslar arasında birlikte hareket iradesi yoktur. Hatta bu ihtimalde sorumlu şahıslar birbirlerinin davranışından haberdar bile değildir. Örneğin, iki fabrikadan atılan atık suların birleşerek, zararlı sonucu meydana getirmeleri gibi. Veya iki hemşire birbirinden habersiz olarak hastanede yatan hastaya belirli dozda ilaç vermekte, ancak bunların bileşimi fazla olduğu için hasta ölmektedir⁴⁶.

Anlaşma sonucu ortak illiyet kurulması ile birbirinden habersiz olarak ortak illiyet kurulması, sorumlular arasında tam teselsül veya eksik teselsül uygulanması açısından önem taşır⁴⁷.

bb. Yarışan İlliyet: Birden çok sebeplerden her birinin zararlı sonucu aynı zamanda birbirinden bağımsız olarak tek başına meydana getirmeye elverişli olduğu hallerde yarışan illiyetten söz edilmektedir. Örneğin, bir hastaya iki hemşire, her biri öldürücü dozda zehri kısa

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 524.

⁴⁶ EREN, a.g.e., s. 506.

⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, incelediği bir olayda, bir garaj sahibi boş benzin bidonlarını yola bırakmış, bir çocuğun yoldan geçerken boş benzin bidonunun içine yanan kibrit atması benzin artıklarının bidonu patlatmasına yol açmış ve oradan geçen bir şahıs bu esnada yaralanmıştı. İsviçre Federal Mahkemesi, bidonun tedbirsizce bırakılması ile yaralama arasında uygun illiyet bağının varlığını kabul etmiştir. JdT 1940 I 502, OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 525, dn. 115

aralıklarla verirler ve hasta iki zehrin birleşmesi sonucu kısa sürede ölürse, ölümle hemşirelerin fiilleri arasında yarışan illiyet vardır⁴⁸.

Yarışan illiyet halinde müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Bu itibarla her biri “kendi davranışı olmasaydı bile, zararlı sonuç meydana gelecekti” şeklinde bir savunmada bulunarak sorumluluktan kurtulamaz.

cc. Seçimlik İlliyet: Zararı birden çok sebep birlikte meydana getirmiş olmasına rağmen, gerçekte bunlardan hangisinin zararın sebebini teşkil ettiği tespit edilemiyorsa seçimlik illiyet vardır.

Seçimlik illiyette kural olarak sorumluluk söz konusu olmaz. Çünkü hangi zararlı sonucun hangi sebepten kaynaklandığını kesin olarak bilinmemektedir.

Ancak, bazı istisnai hallerde, seçimlik illiyet dolayısıyla verilen zararlardan dolayı, zarara sebebiyet veren şahıslar arasında müteselsil sorumluluk kabul edilir. Özellikle sebeplerin **birlik manzarası oluşturduğu durumlarda** bu durum mevcuttur⁴⁹. Örneğin birden fazla şahsın bir kavgada bir şahsı döverek öldürmeleri ancak, kimin öldürücü davranışı ile ölümün gerçekleştiğinin tespit edilemediği durumlarda, birlik manzarası sebebiyle müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

Aynı şekilde, birlikte tedaviyi üstlenen iki genel cerrahın kusurlu davranışlarından hangisinin ölüme sebep olduğunun tespit edilemediği durumlarda, müteselsil sorumluluk söz konusu olabilecektir.

dd. Farazi İlliyet: Şayet, birden çok olgu aynı zararı meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen, zararı, olgulardan sadece biri meydana getirmişse, olgulardan etkili olanın diğer olgunun bağımlı kestiği, daha doğrusu engellediği ifade edilir. Etkili olguya gerçek sebep, bu sebep zararı meydana getirmese idi, yani illiyet bağımlı engellemese idi, zararı meydana getireceği farzedilen diğer sebebe **farazi sebep** ve bununla kurulmak istenen bağlantıya **farazi illiyet** denilebilir⁵⁰.

Örneğin, hasta A'ya hemşire B ve hemşire C ayrı ayrı öldürücü dozda farklı zehirleri iğne ile bir saat arayla vermişlerdir. A'nın ölümünden sonra yapılan otopside C'nin verdiği zehirden A'nın öldüğü tespit edilirse, ölümün gerçek sebebi olan C'nin fiili, B'nin fiilinin ölümle illiyet bağımlı kesmiştir.

Uygulamada kusur, 8/8 oranı üzerinden belirlenmektedir. Kusuru ile zarara sebep olan kişi, ya 8/8 oranında kusurlu olmalı; Ya da kendisine bu oranda kusur izafe edilemiyorsa, geriye kalan oran mutlaka bir sorumluya izafe edilmelidir. Örneğin, sorumlu tutulmak istenen kimseye sınırlı oranda kusur izafe edilip, kalan kısmın açıkta bırakılması mümkün değildir. Nitekim aşağıdaki Yargıtay kararında bunu görmek mümkündür:

⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 524.

⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 524; EREN, a.g.e., s. 508.

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 521.

“... Davacıların, davalılardan Tisan Sağlık Hizmetleri AŞ.’ne ait Aksoy Hastanesinde ikiz çocuklarının dünyaya geldiği ve prematüre doğan bu çocukların doğum sonrası sağlık kontrollerinin davalı çocuk doktoru Hülya Tolga tarafından yapıldığı ve çocuklardan Kağan’ın bir gözünün, diğer çocuk Doruk’un ise iki gözünün de görme kabiliyetini kaybettiği anlaşılmaktadır. Yüksek Sağlık Şurasının raporuna göre, istihdam eden şirket ve davalı doktora ayrı ayrı 1/8 oranında kusur izafe edilmiş ve mahkemece de bu orana göre tazminat miktarından indirim yapılmıştır. Davalılarla hasta arasındaki hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup⁵¹; vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumludur. Kaldı ki, olayda davacılar izafe edilecek bir kusur saptanmadığına göre, davalılar saptanan tazminat miktarının tamamından sorumludur. Hakim ancak, BK. m. 43 maddesi hükmü gereğince tazminatın miktarından indirim yapabilir...” (Yargıtay 13. HD. E. 2004/6493, K. 15431, T. 26.10.2004)

BK. m. 51/II, hâkime geniş bir takdir hakkı tanıyarak, tazmin yükümlülerini arasında zararın paylaşılması yönünden düzenleyici nitelikte bir rücu düzeni öngörmüş bulunmaktadır. Bunun anlamı, dış ilişkide zararı kim tazmin ederse etsin, rücu ilişkisinde zararın kusur sorumlusunun üzerinde kalmasıdır.

BK. m. 51/II,’de öngörülmüş olan rücu düzen ve sırası, **emredici bir kural olmayıp yalnız hâkime yol gösteren bir kuraldır**. Bu husus, BK. m. 51/II’nin **kural olarak** sözleriyle başlamasından anlaşılmaktadır. Bu nedenle hâkim, somut olayda dilerse, takdir hakkını kullanarak, bu sıradan ayrılabilir. Ancak, bunun için hâkimin sağlam bir gerekçeye dayanması ve gerekmedikçe, bu yola başvurmaması, çekingen davranması gerekir.

B. Hastanın, bir hastane ile sözleşme imzalamasının yanında, aynı hastalığın teşhis ve tedavisi için, bir başka hekimle de kendisinin hastanede tedavisi hususunda sözleşme imzalaması:

Bu ihtimalde, hastanın tedavi hususunda anlaştığı hastane ile birlikte, aynı zamanda hastane ile akdi bağı bulunmayan bir başka hekimin de tedaviye katılması söz konusudur⁵². Böylece hasta, tedavisi için iki ayrı sözleşme yapmış olmaktadır. Hastane işletmecisi, kendisi ile akdedilen hastaneye tam kabul sözleşmesi çerçevesinde hastaya karşı hem hastane bakım hizmetleri vermeyi ve hem de hekimlik hizmeti vermeyi borçlanmış olmaktadır. Hekim ise kendisi akdedilen hekimlik sözleşmesi çerçevesinde hastaya karşı sadece hekimlik hizmeti vermeyi borçlanmaktadır. Hasta, önemli tıbbi müdahalelerin hastane işletmecisi tarafından belirlenecek bir hekim tarafından değil, kendisinin özel olarak seçeceği, yeteneklerine güvendiği bir hekim tarafından gerçekleştirilmesini arzu ettiği için bu tür bir yöntemle müracaat etmektedir. Seçilen hekim, hastanın ihtiyaç duyduğu tıbbi müdahale türünden

⁵¹ Bu nitelendirme hastane ile hasta arasındaki ilişki bakımından doğru olmakla birlikte, hekim ile hasta arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır.

⁵² AKKANAT, a.g.m. s. 26.

müdahalelerin yapılmasında uzmanlaşmış bir hekim olmakta ve genellikle söz konusu hastanede ilgili bölüm başkanı olarak mesleğini icra etmektedir⁵³.

1. Sorumluluk Düzeni

a. Dış İlişki

Böylece hem hastane işletmecisi ve hem de hekim tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden akdi sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmektedir. **Burada hastane işletmecisi ile hekimin müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır**⁵⁴. Çünkü her ikisinden talep edilmesi imkânı bulunan edim içeriği, kaynağı ve yönelmiş olduğu amaç açısından bütünüyle aynıdır. Müteselsil sorumluluğun zorunlu hukuki sonucu olarak hem hastane işletmecisi ve hem de hekim aynı edimin yerine getirilmesini borçlanmış olmaktadır⁵⁵.

Tarafların sözleşme ile hastaya karşı onun tedavisini üstlenmiş olmaları, müteselsil sorumluluk bakımından aranan **ortak sebep** kavramı için yeterlidir. Ortak sebep kavramından bazı yazarların, “ortak kusur” aramalarına karşı, biz sözleşmeye aykırılığın, ortak sebep için yeterli olduğunu düşünmekteyiz⁵⁶.

Müteselsil sorumluluk zarar görene, diğer borç ilişkilerine oranla zarar verenler karşısında güçlü ve ayrıcalıklı bir durum sağlar. Buna göre zarar gören, tazminatın tamamını dilediği takdirde zarar verenlerin tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir. Tazminatın tamamının zarar verenlerden birine karşı açılan davada talep edilmesi, zarar göreni ispat ve tahsil kolaylığı sağlar. Buna göre zarar gören tazminat davasını en sağlam ispat araçlarına sahip olduğu zarar verene karşı açılabilmesi gibi, böyle bir davayı, tazminatı ödeme gücü en yüksek olan zarar verene karşı da açabilir. Bu sayede zarar gören, zarar verenlerden her birini ayrı dava edip, sayısız zahmetlere katlanacağı yerde, tamamı aleyhine açacağı bir tek dava ile de kolayca ulaşılabilir. Keza, zarar görenin tazminat alacağını bir kısmını bir zarar verenden, diğer bir kısmını da diğer zarar verenden istemesi mümkündür. Ancak burada tek tazmin ilkesi geçerli olduğundan, tazminat ödeme borcu, zarar verenlerden biri tarafından yerine getirildiği oranda sona erer. Zarar verenlerden biri tazminatın tamamını ödemediği takdirde, borç ortadan kalkar. Zarar gören, diğer zarar verenlerden tazminat talep edemez⁵⁷.

b. İç İlişki:

BK. m. 50, kusura dayanan tam teselsülde; BK. m. 146, borca aykırılığa dayanan tam teselsülde tazminatın tamamen veya kısmen müteselsil sorumlulardan biri tarafından ödenmesi ve özellikle kendi payından fazla ödemede bulunması durumunda, diğer müteselsil sorumlulara karşı hangi esaslar içinde rücu edeceğini düzenlemektedir. **Rücu ilişkisi zarar ve**

⁵³ AKKANAT, a.g.m. s. 36.

⁵⁴ EREN, a.g.e., s. 778.

⁵⁵ AKKANAT, a.g.m. s. 36.

⁵⁶ EREN, a.g.e., s. 778.

⁵⁷ EREN, a.g.e., s. 783.

tazminatın müteselsil sorumlular arasında kesin ve nihai olarak paylaşılması sorunu ile ilgilidir.

BK. m. 50/I'e göre ise, hâkim, ortak kusurlarıyla bir zarara sebebiyet verenlerin birbirlerine rücu haklarının bulunup bulunmadığına, varsa bunun miktarına takdir hakkını kullanarak karar verir. Her ne kadar bu maddede sadece ortak kusura dayanan müteselsil sorumluluk hali düzenlenmişse de kanımızca, aynı sebepten doğan diğer teselsül hallerinde de hakim, bu maddedeki esaslardan yararlanabilir. Aynı sebepten doğan teselsül halleri, kusur, sözleşme ve sebep sorumluluğuna dayanır⁵⁸.

BK. m. 146: *“Borcun mahiyetinden hilaftı istidlal olunmadıkça, müteselsil borçlulardan her biri yapılan tediyeden birbirine **müsavı birer hisseyi** üzerine almaya mecburdur ve hissesinden fazla tediyede bulunan, fazla ile diğerlerine rücu hakkını haizdir.*

*Birinden tahsili mümkün olmayan miktar, diğerleri arasında **mütesaviyen** taksim olunur”⁵⁹.*

Müteselsil sorumluluk, zarar verenlerin ortak veya bağımsız kusurlarından doğmuşsa, ilk planda sorumluların kusur dereceleri göz önünde tutulur. Zarar verenlerin kusurları birbirlerine eşitse, her birinin ödemek zorunda bulunduğu tazminat miktarı da eşit olur. Zarar verenlerin biri zarar verene bundan daha yüksek bir ödemede bulunmuşsa, eşit payı aşan miktar için diğer sorumlulara rücu eder.

Buna karşılık, müteselsil sorumluluk zarar verenlerin kusurlarından doğmakla birlikte, kusur dereceleri farkı olduğu takdirde, rücu ilişkisi ve dolayısıyla zararın paylaşılması kusur derecelerine göre gerçekleştirilir. Aynı ilke, sözleşmenin birden çok kişi tarafından kusurlu ihlali halinde de ihlal edenlerin kusur oranları göz önünde tutularak uygulanır.

Sözleşmeye göre, kusur olmadığı halde, zarar görene karşı tazminat ödeyen müteselsil sorumlu, içi ilişkide kusuru ile zarara sebep olan diğer sorumluya rücu edebilir.

C. Hasta, tedavisi için bir hekimle sözleşme imzalamaktadır. Hekim ise hastanın tedavisini, daha önce (ameliyathanenin kullanılması hususunda) anlaştığı bir hastanede icra edecektir.

Burada da uygulamada iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır:

1. İlk olarak, hastanın, hekimin daha önce anlaşmış olduğu hastane ile hekimin vereceği hizmetlerin dışında kalan alanlarda, örneğin, yeme içme ve barınma gibi, hizmetlerin alınması hususunda sözleşme yapması söz konusudur.

⁵⁸ EREN, a.g.e., s. 788.

⁵⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 167. maddesini karşılamaktadır: “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler”.

Hastanın hastane ile yaptığı sözleşme doktrinde “hastaneye kabul sözleşmesi” olarak isimlendirilmektedir⁶⁰. Burada iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimle yapılan tedavi sözleşmesi.

Bu durumda tedavideki kusurlu davranışı nedeniyle hekimin, hastaneye kabul sözleşmesine aykırılık sebebiyle hastanenin dava edilmesi mümkündür. Ancak, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle hastanenin dava edilmesi mümkün değildir. Çünkü hastane, tedavi borcunu üstlenmemiştir. Hastanenin verdiği bakım hizmetleri sebebiyle hastanın zarar görmesi durumunda, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre hastanenin sorumlu tutulması mümkündür.

Bir diğer ihtimal, hastaneye bağımlı olarak çalışan personelin tedaviye katılması durumunda, bu kişilerin kusurlu davranışları ile ortaya çıkan zararlardan dolayı BK. 55’e göre hastaneyi sorumlu tutmak mümkündür. Örneğin, anestezi teknisyenin kusurlu davranışı sebebiyle hastanın zarar görmesi gibi.

Hastanın tedavisinin hastanede yapılmasına ilişkin, hekim ile hasta arasındaki sözleşme aynı zamanda “**tam üçüncü kişi yararına sözleşme**” niteliğindedir. Bu sebeple, örneğin, hastanın hastanede bir enfeksiyon kapması veya ameliyat esnasında elektrik kesintisinin yaşanması durumunda, hastanenin bu hükümlere göre ve tabi olarak haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkün olacaktır.

2. İkinci ihtimalde, tedavi borcunu üstlenen hekim, hastanın tedavisini daha önce anlaşmış olduğu bir hastanede icra etmektedir. Bu durumda hasta, hastane ile ayrı bir sözleşme imzalamamaktadır.

Hastanın tedavisi, hekimin daha önce sözleşme imzaladığı hastanede gerçekleştirilmektedir. Hastane ile hasta, doğrudan bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla karşı karşıya gelmemektedir. Bu durumda, hasta ile hekimin yaptığı sözleşmeye “tedavi sözleşmesi”; hekim ile hastanenin hastanın tedavisi, barınması, yeme ve içme gibi ihtiyaçlarının karşılanması hususunda yapmış oldukları sözleşmeyi ise “**tam üçüncü kişi lehine sözleşme**” olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Bu ihtimalde, hastayı zarara uğratacak bir davranış neticesinde, hekime karşı sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle sorumluluk davası açmak mümkündür. Aynı şekilde, doğrudan sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte, hastaneye karşı da varsa kusurlu davranışlarından dolayı, örneğin hastanın hastanede enfeksiyon kapması, hastanın yediği yemekten zehirlenmesi gibi, “tam üçüncü kişi lehine sözleşme” gereğince dava açmak ve talepte bulunmak mümkündür. Ancak, bu durumda hastanenin hastanın tedavisini üstlenmediğini ve hekimin kusurlu davranışları ile ortaya çıkan zararlardan dolayı hastaneyi sorumlu tutmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

Yargıtay 13. HD.’nin verdiği, ancak yayınlanmamış olan bir karar bu somut durumu açıkça göstermektedir. “*Davacılar, ortak miras bırakanları Zeynep Kartop’un davalı*

⁶⁰ AKKANAT, a.g.m. s. 26.

doktorlar tarafından ameliyat edilirken kusurlu davranışları sonucu ölümüne neden oldukları, diğer davalı şirketin de **istihdam eden sıfatıyla** sorumlu bulduklarını ileri sürerek, dilekçede miktarı yazılı maddi ve manevi tazminatın müteselsilen ödetilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı doktorlar, olayda kusurlu bulunmadığını, davalı şirket ise gerek kusurlu olmaması, gerek doktorların istihdam edeni bulunmaması nedenleriyle sorumlu tutulamayacağını savunmuş, mahkemece takdir edilen maddi ve manevi tazminatın her üç davalıdan müteselsilen tahsiline karar verilmiş, davalıların temyizi üzerine hüküm dairemizce onanmış, bu kez davalı Nevzat Aknar ile davalı şirket karar düzeltme isteğinde bulunmuşlardır.

1. Temyiz ilamında belirtilen gerekçirici nedenler karşısında ve özellikle Yüksek Sağlık Şurasından alınan raporda davalı Nevzat Aknar'ın kusurlu olmadığı açıklanmış ise da, Adli Tıp 2. Ve 5.ihstias kurullarının raporlarında kusurlu bulunma nedenleri tek tek anlatılmış ve bu rapor tıbbi kurallara ve toplanan delillere daha uygun bulunmuş ve mahkemece de bu şekilde takdir edilerek hüküm kurulmasına ve ayrıca olayda kusurlu olduğu saptanan Dr. Süreyya Eray'ın bu davalı tarafından seçilmiş olmasına ve kusurlu bir doktoru seçmek suretiyle edimini özenle yerine getirdiğinin kabulüne olanak bulunmamasına göre, davalı Dr. Nevzat Aknar'ın karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

2. **Davalı Anadolu Sağlık Gereçleri Sanayi ve Tic. AŞ. Yönünden;** Davacıların ortak miras bırakanları Zeynep Birkan Kartopu ile Dr. Nevzat Aknar'ın gerek gebeliğin sezeryanla alınmasına ve gerek bu operasyonun bu davalıya ait hastanede gerçekleştirilmesine karar verdikleri ve Dr. Nevzat Aknar'ın anestezi uzmanı olarak diğer davalı DR. Süreyya Aray'ı seçerek çağırdığı ve böylece ameliyatın gerçekleştirildiği konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu olayda davalı şirketin meydana gelen zarardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, ya bizzat kusurlu bulunması veya istihdam eden durumunda bulunması şarttır⁶¹. Dava şirketin kusurlu olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Kaldı ki, alınan her iki bilirkişi raporunda da kusurun davalı doktorlarda olduğu açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, BK. m. 55. hükmü uyarınca davalı şirketin istihdam eden kimse sayılabilmesi için, emretme, talimat verme ve denetleme kudretine sahip olması gerekir. Oysa davalı şirket ile diğer davalı doktorlar arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemez. Değişik bir anlatımla, her iki doktorun hastanede çalışmadıkları ve ancak anlaştıkları hastaları anılan hastaneye yatırarak ameliyat ettikleri ve böylece doktorlar ile hastane arasında BK. m. 55'in tanımladığı biçimde bir ilişkinin bulunmadığı sabittir. **Bu nedenle davalı şirketin, diğer davalı doktorların kusurlu davranışlarından ötürü sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır.** Hal böyle olunca davalı şirket aleyhine açılan tazminat davasının reddine karar verilmesi gerekir". (Y. 13. HD. E. 384, K. 1128, T. 22.2.1999).

⁶¹ Kanaatime göre, Dr. Süreyya ARAY, Dr. Nevzat Aknar'ın yardımcı şahsıdır.

Bu kararda da açıkça görüleceği üzere, bu tür sözleşmelerde, hastanenin hastayı tedavi borcu bulunmamaktadır. Hasta, hastane ile sözleşme de imzalamamaktadır. Hekim ile hastane arasında yapılan sözleşme gereği, hastanenin sağladığı uygun ortamda, hastanın tedavisi hekim tarafından gerçekleştirilmektedir. Hekimin ve yukarıdaki kararda açıkça görüleceği üzere, hekimin yardımcı şahsı mahiyetinde diğer hekimin kusurlu davranışı neticesinde ortaya çıkan zarardan dolayı hastanenin sorumluluğu bulunmamaktadır.

Bu olayda zarar, hastanede ve ona bağımlı olarak çalışan bir hemşirenin kusurlu davranışı veya ameliyat ortamının ve ameliyat malzemelerinin yeterince steril olmaması neticesinde ortaya çıkmış olsa idi veyahut da hastanenin vermiş olduğu yemekten hasta zehirlenmiş olsa idi, bu durumda gerek **“haksız fiil”** hükümlerine (BK. m. 55) dayanılarak, gerekse **“tam üçüncü kişi lehine sözleşme”** hükümlerine dayanarak, hastanenin sorumluluğu yoluna gidilebilirdi.

Aynı şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir diğer kararında da bu durumu görmek mümkündür: *“Davacı, yüzdeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora gittiğini, yüzüne yaptığı uygulamalar ve kullandığı ruhsatsız ilaç nedeniyle yüzünde sert modüler oluştuğunu, göz kapağının düştüğünü, kırışıklık ve izlerin derinleşip yenilerinin eklendiğini, büyük ağrı ve ızdırıp çektiğini, davalı doktorun tamamıyla kusurlu olduğunu ileri sürerek, ödediği 5700 USD karşılığı 3.700 TL, yüzünde oluşan bozuklukların düzeltilmesi için gerekli olan 20.000 TL ile 10.000 TL manevi tazminat toplamı 34.700 TL'nin faizi ile ödetilmesini istemişlerdir.*

*Davalılardan Ömer Alp, kusurlu olmadığını, davalı **Vatan Sağlık AŞ.**, davalı doktorun kendi hastanelerinde çalışmadığını, olayın kendileri ile ilgisinin olmadığını savunarak davanın reddini savunmuşlardır.*

Mahkemece davanın kısmen kabulüne 3.700 TL ile 5.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden faizi ile tahsiline, fazla talebin reddine karar verilmiş; hüküm davalılarca temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı Ömer Alp'in tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

*Diğer davalı **İstanbul Vatan Sağlık Hizmetleri AŞ.'nin** temyiz itirazlarının incelenmesinde davalı doktorun eyleminin adli Tıp Raporuna göre, “kişinin sağlığına zarar verecek şekilde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulamaktan dolayı müessir fiil olduğu, doktorun ortaya çıkan zarardan tamamıyla sorumlu olduğu Adli Tıp Raporu ve dosyadaki tüm diğer rapor ve belgelerle sabittir. Ne var ki, davalı doktorun davacı hastanede görev yapmadığı, sadece bir geceliğine hastane odasını ücret karşılığı kullandığı ve doktorun müessir fiil olduğu kabul edilen eyleminden doğan zarar ile hastanenin eylemi arasında illiyet bağının ve davacı ile sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, bu nedenle hastanenin de zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gözetilerek davalı Vatan Sağlık Hizmetleri Aş. hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bu davalı hakkındaki davanın kabul*

edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. (Y. 13.HD. 2006/905 E., 2006/5549 K. 13. 04.2006 T.)

Sorumluluğa esas teşkil etme bakımından hekim ve hasta arasında haksız fiil ilişkisi değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Her şeyden önce zarar veren kimse ile zarar gören hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve vekâletsiz iş görmenin şartlarının da mevcut olmadığı durumlarda, hasta, haksız fiil hükümlerine dayanabilir⁶². Örneğin, hastaneye tam kabul sözleşmesinde hasta, kural olarak kendisini tedavi edecek hekim ve yardımcılarını seçme imkânına sahip değildir. Dolayısıyla, hasta ile onun tedavisinde görev alan hekim arasında doğrudan bir akdi ilişki kurulması da söz konusu olmaz. Hasta, tedavisi ile ilgili bir eksiklik bulunduğu inancında ise akdi ilişki içerisinde bulunduğu hastane işletmecisine müracaat etmek durumundadır. Hastanın, doğrudan bir akdi ilişki içerisinde olmadığı hekime karşı, akdi sorumluluk hükümleri çerçevesinde müracaat imkânı yoktur⁶³. Eğer şartları mevcut ise hekime karşı haksız fiil hükümleri çerçevesinde müracaat edebilir. Aynı şekilde, hastanın geçerli rızası olmadan beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi, örneğin, hastanın gen analizinin izinsiz olarak yapılması veya hastanın kobay olarak kullanılması durumlarında hekim, haksız fiil esasına göre sorumlu tutulabilir.

Hekimin, hastaya bir tedavi sözleşmesi gereğince müdahalede bulunduğu hallerde de haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkabilir. Çünkü hekim, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu için, sözleşmeye aykırı zarar verici her davranış, kural olarak aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edecektir⁶⁴. Bu halde sözleşmeye aykırılık unsuru, haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuruna paralel bir nitelik taşır. Dolayısıyla, söz konusu olaylar bakımından sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışacaktır. Örneğin, gerekli tetkikler yapılmadan hastaya HIV virüsü taşıyan kan verilmesinde olduğu gibi, zarar verici olay, bazen hem sözleşme sorumluluğunun, hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarını taşıyabilir⁶⁵. Özellikle hamileliğin ananın rızasına aykırı olarak gerçekleştiği ve

⁶² AYAN, a.g.e.,s. 61.

⁶³ AKKANAT, a.g.m.. 27.

⁶⁴ İstenmeyen hamilelikte olduğu gibi, hekimin kusuru, hem sözleşmeye aykırılık oluşturmakta, hem de haksız fiil teşkil etmektedir. ULMER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, s. 1161.

⁶⁵ EREN, a.g.e., s. 1092; “Davacılar, ...çocukları Y'nin prematüre olarak doğduğunu, bundan dolayı da kan verilmesi gerektiğinin hastane yetkililerince bildirilmesi üzerine, İzmir Kızılay Bölge Müdürlüğü'nden gerekli kanı satın alıp, sağlık görevlilerine teslim ettiklerini çocuklarına bu kanın verilmesinden dört ay kadar sonra AİDS virüsü taşıdığı belirlendiğini belirterek ...TL. manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Dava, davalının haksız eylemi ile uğranılan zararın ödetilmesine ilişkin bulunmaktadır. İddia edilen eylemden, davalının sorumlu tutulabilmesi için, davalının kusurlu olduğunun, davacıların bu eylemden dolayı zarar gördüklerinin, eylemle oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının ve eylemin de hukuka aykırı olmasının kanıtlanması gerekmektedir. Açıklanan şu unsurlardan zararın oluştuğu, bu zararın da kullanılan kan nedeniyle meydana geldiği, böyle bir eylemin de hukuka aykırı olduğu konusunda yanlar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yine somut olayın oluş biçimine göre, davacıların küçük çocuklarının tedavisinde kullanılan kanı, Kızılay İzmir Bölge Müdürlüğü'nden aldıkları, bu kanda AİDS virüsünün bulunduğu da tartışmasıdır.

Uyuşmazlığın odak noktası, davalı Kızılay Genel Müdürlüğü'nün kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Yasalarımızda kusurun bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kusurlu sorumluluğun dayanağını teşkil eden BK.'nın 41. maddesinde, “...haksız bir surette...” sözcük dizisi ile sorumluluk için, kusurun varlığının zorunlu olduğu ifade edilmek istenmiştir. O halde, kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği bir davranış olarak tanımlanabileceği gibi, olması gereken biçimde davranmak gerekirken, somut

hekimin başarısız kürtaj müdahalesinden sonra, hamileliği ve buna bağılı olarak gerçekleşen komplikasyonları, ananın beden bütünlüğünün ihlâli olarak değerlendirmek gerekir. Böyle bir durumda ana, ayrıca haksız fiil hükümlerine dayanabilir⁶⁶.

Bazı durumlarda da, zarar görenin, örneğin, hastanın tedavi sözleşmesini hastane ile yaptığı, hekimin de hastane işletmecisinin çalışanı olduğu durumlarda, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle oluşan zararın tazmini için, müteselsil sorumlulardan hekime karşı, haksız fiil hükümlerine, hastane işletmecisine karşı da hem haksız fiil hükümlerine, hem de sözleşmeye aykırılığa dayanma imkânı vardır.

Zarar gören kimse, hem sözleşmeye aykırılığa göre, hem de haksız fiil sorumluluğuna göre sorumlu olan hekime karşı, tazminat alacağını isterse haksız fiil, isterse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilir. Ancak, zarar görenin sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerini tercih etmesi ilke olarak kendi yararına değildir. Çünkü sözleşme sorumluluğuna göre davacı, zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olmadığı gibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda da kurtuluş beyyinesi getirme imkânı yoktur. Zamanaşımı yönünden de sözleşme hükümlerine dayanan alacaklı için, haksız fiile oranla daha uzun zaman öngörülmüştür⁶⁷.

YHGK'nun bir kararında⁶⁸ belirtildiği gibi, ana-babanın hastane ile sözleşme yaptığı durumlarda, hekim ile ana-baba arasında vekâlet sözleşmesi bulunmamaktadır. Çünkü hekim, tedavi sözleşmesine taraf olmamıştır. Vekâlet sözleşmesi hastane işletmecisi ile hasta arasında bulunmaktadır. Hastane işletmecisinin, hekimlerin davranışlarından dolayı hastaya karşı sorumluluğunun hukuki dayanağı ise, BK. m. 55 değil, BK. m. 100'dür⁶⁹. İfa yardımcıları olan hekimlerin davranışlarının haksız fiil teşkil ettiği durumlarda, BK. m. 41'e göre, ifa yardımcılarının sorumluluğuna gidilebileceği de açıktır⁷⁰. Yani hastanın, hastane işletmecisine vekâlet sözleşmesine aykırılığa dayanabileceği gibi, ayrıca müteselsil sorumlu durumundaki hastane işletmecisi ve hekimlere karşı, haksız fiil hükümlerine dayanması da mümkündür.

olaydaki gibi davranmış olmak olarak da tanımlanabilir. Hukuk düzenince öngörülen bu tanımlamayı, somut olaya uyarladığımızda, ismi Kızılay Kan Merkezi olan bir kurumun, kan gereksinimlerinin giderilmesinde birinci derecede önem taşıdığı ve bu hizmeti nedeniyle güvenilir olduğu, bilinen bir olgudur. Diğer bir anlatımla, davalı kurumdan alınan kanları beklenen gereksinmeye cevap veren bir nitelik taşıdığı varsayım olarak kabul edilmektedir. Ne var ki, alınan ve kullanılan kanın hiç de temiz olmadığı, giderilmesi mümkün olamayacak kadar zararlı olduğu ortaya çıkmıştır. Kullanılan kanın sağlandığı kişinin bilinen virüsü taşıması, davalıyı sorumluluktan kurtarmaz. Davalı bu denli önemli olan ve yaşamsal değer taşıyan bir maddeyi, o maddenin kullanılış amacı ve önemine uygun olarak teknolojinin öngördüğü tüm testlerden ve denetimden geçirmesi gerekli ve zorunludur. Ne var ki, olayda kullanılan kanın mevcut teknolojinin öngördüğü teste tabi tutulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca olayın özelliği itibarıyla davalının kusursuzluğunun kanıtlanmasında tanık açıklamaları da sonuca etkili değildir. Diğer bir anlatımla, tanık açıklamaları ile davalının kusursuz olduğu sonucuna varılamaz". Y. 4. HD. E.1998/7491, K. 1999/843. (Yayınlanmamıştır).

⁶⁶ BGH, NJW, 1980, s. 1453.

⁶⁷ EREN, a.g.e., s. 1093; AYAN, a.g.e., s. 62.

⁶⁸ YHGK., E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, Kararın tam metni için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/index_files/1047.htm

⁶⁹ AKKANAT, a.g.m., s. 27.

⁷⁰ ŞENOCAK, ifa, s. 263.

IV. Hastanenin ikame olunan şahıslardan sorumluluğu

Esas itibariyle, dar manada yardımcı şahıs mefhumu ile borçlunun yerine kaim olan şahıs mefhumu, birbirinin aynı kavramlar değildir. Borçlunun kendi yerine başkasını ikame etmesi halinde, borçlu, akitten doğan bütün borçlarının kendi idaresi ve nezareti altında olmaksızın, müstakil surette ifasını bir üçüncü şahsa bırakmaktadır. Yardımcı şahıs kullanmada borçlu, ifa ile mükellef kaldığı ve bu mükellefiyeti yerine getirmek için başkasını kullandığı halde, ikamede ifa mükellefiyeti, kaim olan şahsa intikal etmektedir. Yardımcı şahsın mı, kaim şahsın mı bahis mevzuu olduğu somut olaya göre belirlenmelidir⁷¹. Örneğin, bir ameliyat esnasında, hekimin başka hekimlerden yardım alması, narkozu bir başkasına yaptırması veya hemşirelerden yararlanması durumunda yardımcı şahıs kullanımı söz konusu olmaktadır. Hekimin, ameliyatı bir başka hekime bırakmasında ikame söz konusudur. Aynı şekilde, hastanın kan tahlilinin veya genetik analizinin bir başka hekime yaptırılması veyahut da hasta bir uzvun görüntülenmesi işinin bir görüntüleme merkezine bırakılması durumlarında ise, işin üçüncü kişiye gördürülmesi söz konusudur.

İkame olunan şahıs kavramını vekâlet sözleşmesi ve diğer sözleşmeler bakımından ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

İkame olunan vekil kavramı, alt vekâlet ve ikame vekâletini kapsamaktadır. Alt vekil kavramı ile vekilin kendi adına yaptığı bir sözleşme ile vekâlet akdinin kendine yüklediği ve şahsen yerine getirilmesi önemli olan edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız surette yapılması için tevkil ettiği kimseler ifade olunmaktadır⁷². Buna karşılık vekilin müvekkil adına vekâletin tamamını ve bu arada işin yarısını da başkasına devrettiği ve devralanın müvekkille doğrudan ilişki içine girdiği hallerde **ikame vekâleti söz konusu olmaktadır⁷³. Öyle ise bir avukatın, müvekkiline ait işin görülmesi için bir başka avukata vekâlet vermesi durumunda alt vekâlet, hekimin ameliyat esnasında ortaya çıkan acil bir durumda, bir başka uzman hekimin yardımını talep etmesi durumunda ikame vekâlet söz konusu olmaktadır. İkame vekâleti, alt vekâletten ayıran en önemli özellik, asıl vekilin kendi adına ve hesabına bir sözleşme yapmamasıdır⁷⁴.**

A. Hekimin ikame olunan vekillerin fiillerinden dolayı sorumluluğunu inceleyebilmek için her şeyden önce vekilin başkasını tevkil etmesinin caiz olup olmaması arasında bir ayırım yapmak gerekir:

1. Müvekkil tarafından vekilin başkasını tevkil etmesine açıkça veya zımnen rıza gösterildiği, vekilin başkasını tevkile örf gereğince yetkili olduğu veya vekilin başkasını tevkile halin gereklerine göre yetkili olduğu hallerde bir vekilin atanması caizdir⁷⁵. Örneğin, bir cerrahın ameliyat esnasında ürolojik komplikasyonlar baş göstermesi üzerine derhal bir üroloğa

⁷¹ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 445.

⁷² AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara, 2003, s. 113.

⁷³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II., Ankara, 1987, s. 461 (Özel); ŞENOCAK, (Hekim), s. 100; BAŞPINAR, a.g.e., s. 201.

⁷⁴ AKİPEK, a.g.e., s. 120.

⁷⁵ TANDOĞAN, Özel, s. 458; ŞENOCAK, (Hekim), s. 100.

başvurmasında, vekilin hastanın zımni kabulüyle yetkilendirilmesi söz konusudur. Çünkü taraflar daha önceden bu tür hal ve şartları bilmiş olsalardı, bir kaim vekile⁷⁶ başvurabileceği hususunda sarıh olarak anlaşmaya varabileceklerinden, bu durum tarafların farazi iradelerine uygun düşer⁷⁷. Aynı şekilde, hekimin hastadan alınan örnekleri tahlil için uzman bir laboratuara göndermesi durumunda da kaim vekil söz konusu olmaktadır.

2. Borçlar Kanunu'nun 391. maddesinin I. fıkrasında caiz olmayan vekâlet düzenlenmektedir⁷⁸. Buna göre, "Vekil, salâhiyeti haricindeki başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendi yapmış gibi mes'uldür". Böylece vekil buna yetkisi olmadığı halde, ister kendi adına, ister müvekkil adına yaptığı bir akitle vekâletten doğan borçlarının ifası için başkasını tevkil etsin, ifa için yerine başkasını koymakla, müvekkil ile arasındaki vekâlet akdine aykırı davranmış olur ve bunun bütün sonuçlarından, yerine koyduğu vekilin zarar veren fiillerinden, onun kusuru olmasa dahi sorumlu olur⁷⁹. Vekilin caiz olmayan şekilde kendi yerine bir başkasını ikame etmesi durumunu düzenleyen 391. maddenin I. fıkrası, BK.'nin 100. maddesinin özel bir uygulama alanından ibarettir. Bu nedenle ilk önce hangi şartlar altında vekilin işin görülmesini bir başkasına devretmesinin caiz olduğunu belirlemek gerekir⁸⁰.

Caiz olan ikame vekâlet ise, BK.'nin 391. maddesinin II. fıkrasına göre, "vekil, başkasını tevkile selâhiyattar olduğu takdirde, yalnız selâhiyatını kullanırken ve talimat veririrken takayyüd ve ihtimam göstermekle mükelleftir". Bu hükmün de caiz olan bütün ikame hallerinde, yetkiye dayanmak kaydıyla, gerek alt vekâlette, gerekse ikame vekâletinde uygulanması kabil olduğu genellikle kabul edilmektedir⁸¹. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, vekil, başkasını tevkile yetkili olduğu takdirde, yerine koyduğu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermekte özen göstermekle yükümlüdür. O halde vekil, yerine koyduğu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermekte kusurlu olmadığını ispat ederek, bu kişinin vekâleti gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle doğan sorumluluktan kurtulabilir. Görüldüğü üzere, sadece vekilin caiz olan şekilde kendisinin yerine bir başkasını ikame etmesi durumu için, BK.'nin 100. maddesindeki alelâde yardımcı kişilerin sorumluluğuna oranla daha hafifletilmiş bir sorumluluk öngörülmüştür⁸².

Diğer sözleşmelerde ise, borçlu, ifa için kendi yerine koyduğu kişinin eylemlerinden BK. m. 100'e göre sorumlu olur ve BK. m. 391 f. II'deki kurtuluş beyyinesini getiremez⁸³.

⁷⁶ Üçüncü şahsın ne zaman yardımcı şahıs, ne zaman kaim vekil olarak kabul edileceği hususunda doktrindeki tartışmalar için bkz. ŞENOCAK, İfa, s. 141 vd.

⁷⁷ ŞENOCAK, İfa, s. 141.

⁷⁸ 6098 sayılı kanunun 507. Maddesini karşılamaktadır: "Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir."

⁷⁹ TANDOĞAN, Özel, s. 461; ŞENOCAK, (Hekim), s. 100; AYAN, a.g.e., s. 70; GÜMÜŞ, Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 169; AKİPEK, a.g.e., s. 163.

⁸⁰ ŞENOCAK, İfa, s. 140.

⁸¹ TANDOĞAN, Özel, s. 466; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 172.

⁸² TANDOĞAN, Özel, s. 466; AYAN, a.g.e., s. 70; BAŞPINAR, a.g.e., s. 201; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 172; AKİPEK, a.g.e., s. 162.

⁸³ TANDOĞAN, Özel, s. 468; TANDOĞAN, (Mes'uliyet), s. 443; ŞENOCAK, (Hekim), s. 100.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumu için, yukarıda ifade olunan düşünceler geçerli olmakla birlikte, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin, örneğin, estetik burun ameliyatında, diş protezinde ve kanaatimize göre, genetik analiz sözleşmesinde, istisna sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda, farklı bir hukuki durumun ortaya çıktığını görmekteyiz:

B. Sözleşmenin istisna sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda da, işin bir kısmının veya tamamının üçüncü kişiye bırakılması durumunu, caiz olan ve olmayan durumlar olarak ikiye ayırmak gerekmektedir.

1. İlk müteahhidin caiz olmayan biçimde işi kedisine bıraktığı alt müteahhidin zararlı eylemlerinden asıl iş sahibine karşı BK. m. 100'e göre sorumlu tutulması mümkündür. BK. m. 100 f. I'deki "velev ki kanuna muvafık surette tevdi" ibaresinden işi başkasına yaptırmanın caiz olmadığı hallerde, alt müteahhidin yardımcı kişi sayılmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır⁸⁴.
2. Burada asıl önemli olan yön, ilk müteahhidin işi devre yetkili olduğu hallerde, alt müteahhidi iyi seçtiğini ve ona iyi talimat verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Öğretide genellikle kabul edilen görüş gereğince, BK. m. 391 f. II, vekâlete özgü gerekçelerle haklı gösterilen özel bir hükümdür ve bunun kıyas yoluyla alt müteahhitlere devri halinde de uygulanarak alanının genişletilmesi doğru olmaz. Alt müteahhit bağımsız nitelikte de olsa yine bir yardımcı kişidir. Bu nedenle asıl müteahhit, alt müteahhit ve onun adamlarının eylemlerinden BK. m. 100 anlamında sorumlu tutulmalıdır⁸⁵.

2. Hastaya karşı sorumlu olanlar:

Borç ilişkisinin alacaklısı olan hasta ile ifa yardımcısı arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı için, alacaklı ona karşı sözleşmenin ihlâlüne dayanan bir tazminat davası açamaz. Buna karşılık, yardımcı kişinin davranışı bir haksız fiil teşkil ediyor ise, alacaklı, BK. m. 41 ve 55'e dayanarak borçlu ile birlikte veya tek başına yardımcı kişiye haksız fiil hükümlerine göre dava açabilir. Bu takdirde borçlu ve yardımcı kişi, alacaklıya karşı müteselsil sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olur⁸⁶.

BK. m. 391/III. fıkraya göre, vekilin caiz olmayan ve olan biçimde kendi yerine koyduğu kişiye karşı haiz olduğu bütün hakları, müvekkil de doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir. Bu hüküm yalnızca alt vekâlet şeklinde ikame hallerinde uygulanabilir; ikame vekâletinde bu hükmün uygulama yeri yoktur. Çünkü vekilin haiz olduğu yetkiye dayanarak müvekkil adına yaptığı bir sözleşme ile vekâletin ifası için başkasını tevkil etmesi halinde, zaten müvekkil ile yerine geçen kişi arasında doğrudan doğruya bir vekâlet sözleşmesi mevcut ve müvekkilin bu sözleşmeyi ileri sürmesi

⁸⁴ TANDOĞAN, Özel, s. 92.

⁸⁵ TANDOĞAN, Özel, s. 94; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 172; ŞENOCAK, İfa, s. 145.

⁸⁶ EREN, a.g.e., s. 1041.

mümkün ve yeterlidir; kaldı ki, vekille yerine geçen kişi arasında akdi bir ilişki mevcut olmadığı için, vekilin bu kişiye karşı da herhangi bir talep hakkı yoktur⁸⁷.

BK. m. 391 f. III, müvekkile, vekille alt vekil arasındaki akitten doğan talep haklarını ileri sürmek olanağı tanımakla, bu gibi durumlarda müvekkilin zararını alt vekile tazmin ettirebilmesini mümkün kılmaktadır. Caiz olmayan alt vekâlet halinde ise, vekil, alt vekilin eylemlerinden doğan zarardan müvekkile karşı sorumlu olacağından ve müvekkil alt vekile de vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurabileceğinden, müvekkilin alt vekile yönelen dava hakkının pratik önemi o kadar büyük değildir; fakat bu dava hakkı tamamen de lüzumsuz sayılmaz; vekilin borç ödemekten aczi halinde, müvekkilin alt vekile doğrudan doğruya dava açabilmesi yararlı olabilmektedir⁸⁸.

Netice itibariyle, sözleşme ihlâli ile karşı karşıya bulunan hasta, alt vekile ve ikame vekile karşı doğrudan dava açma hakkına da sahiptir. Örneğin, gen analizinin yapılmasının bu şekilde üçüncü kişiye bırakılması ve kusurlu olarak hatalı sonucun elde edilmesi neticesinde, hekimle birlikte bu kişilerin de ayrıca dava edilebilmeleri mümkün gözükmektedir.

⁸⁷ TANDOĞAN, Özel, s. 469.

⁸⁸ TANDOĞAN, Özel, s. 470.