

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN
KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

İlhan SUBAŞI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mehmet ERDEM

NİSAN 2016

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN
KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

İlhan SUBAŞI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mehmet ERDEM

NİSAN 2016

ÖNSÖZ

Modern tıpta ve hukukta, hastanın aydınlatılması hem hekim hem hasta açısından vazgeçilmez önemde olup gün geçtikçe daha fazla mahkeme içtihadına konu olmaktadır. Bu kritik konunun içeriğinin daha iyi anlaşılması, böylelikle bu konudaki hukuki sorunların önlenmesi veya sorunların ortaya çıkması durumunda çözüm konusunda yol gösterici olması temennisiyle hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve bundan kaynaklanan hukuki sorumluluk konulu böyle bir çalışma yaptık.

Çalışmam boyunca bana elinden gelen en iyi desteği veren değerli tez danışmanım Doç. Dr. Mehmet ERDEM'in katkılarını hep hatırlayacağım. Kendisine çok teşekkür ederim.

Tez savunmasında jüri üyeleri olarak önemli katkılarda bulunan, değerli hocalar Doç. Dr. Aslı MAKARACI'ya ve Yrd. Doç. Dr. Valentin Retornaz'a çok teşekkür ederim.

Yapmış olduğu değerli araştırmalarıyla ve yazmış olduğu eserleriyle bu tezi yazmam konusunda bana ilham kaynağı olmuş, tevazusunu ve yardımını benden esirgememiş Prof. Dr. Hakan Hakeri ve Prof. Dr. Yener Ünver'e katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Av. Fatih DÖNMEZ'in tezin tamamlanması sırasında bana vermiş olduğu büyük önemdeki desteği ve katkıları hiç unutmayacağım.

Eğitim hayatım boyunca bana ellerinden gelen her türlü maddi-manevi desteği veren aileme, özellikle abim Müslüm SUBAŞI'ya ve akademik katkıları dolayısıyla kardeşim Mustafa SUBAŞI'ya çok teşekkür ederim.

İlhan SUBAŞI

Bahçelievler - İstanbul, Nisan 2016

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT.....	xiii
ÖZET.....	xx
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.1. KAVRAM.....	3
1.2. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ.....	6
1.3. MUKAYESELİ HUKUKTA AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ....	12
1.3.1. Kıta Avrupası Hukukunda.....	12
1.3.2. Anglo-Sakson Hukukunda.....	13
1.4. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜYLE BAĞLANTILI KİŞİLİK HAKLARI.....	15
1.4.1. Genel Olarak.....	15
1.4.2. Yaşam Hakkı.....	16
1.4.3. Sağlık Hakkı.....	17
1.4.4. Vücut Bütünlüğü Hakkı.....	19
1.4.5. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.....	20
1.5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI.....	21

1.5.1.	Uluslararası Metinler ve Düzenlemeler.....	22
1.5.2.	Ulusal Düzenlemeler.....	25
1.6.	AYDINLATMANIN KONUSU, AMACI, TÜRLERİ, KAPSAMI VE YERİNE GETİRİLMESİ.....	29
1.6.1.	Aydınlatmanın Konusu.....	29
1.6.2.	Aydınlatmanın Amacı.....	30
1.6.3.	Aydınlatmanın Türleri.....	30
1.6.3.1.	Güvenlik (Tedavi, Koruma) Aydınlatması.....	31
1.6.3.2.	Otonomi (Karar) Aydınlatması.....	32
1.6.3.2.1.	Teşhis Aydınlatması.....	32
1.6.3.2.2.	Tedavi (Süreç) Aydınlatması.....	34
1.6.3.2.3.	Riziko Aydınlatması.....	36
1.6.4.	Aydınlatmanın Kapsamı.....	37
1.6.4.1.	Genel.....	37
1.6.4.2.	Aydınlatmanın Kapsamın Genişlediği Haller.....	40
1.6.4.2.1.	Tıbbi Müdahalenin İvediliği ile İlgili Durumlar.....	40
1.6.4.2.2.	Rizikonun Ağır Olduğu Durumlar.....	41
1.6.4.2.3.	Tıbbi Müdahalenin Telafisi İmkansız Neticeler Doğurma İhtimalinin Bulunduğu Durumlar.....	42
1.6.4.2.4.	Hastanın Açık Talebinin Olduğu Durumlar.....	43
1.6.4.3.	Aydınlatmanın Kapsamın Daraldığı Haller.....	44
1.6.5.	Aydınlatmanın Yerine Getirilmesi.....	45
1.6.5.1.	Aydınlatılacak Kişi.....	45
1.6.5.2.	Aydınlatma Yükümlüsü.....	47
1.6.5.3.	Aydınlatmanın Şekli.....	48
1.6.5.4.	Aydınlatmanın Zamanı.....	50
1.7.	AYDINLATMA ZORUNLULUĞUNUN BULUNMADIĞI DURUMLAR.....	52
1.7.1.	Hastanın Aydınlatılmadan Feragat Etmesi.....	52
1.7.2.	Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Önceden Bilgisinin Bulunması veya Daha Önce Aydınlatılmış Olması.....	54
1.7.3.	Fiili Zorunluluk Durumları.....	56
1.7.4.	Tedavi Ayrıcılığı.....	59
1.8.	AYDINLATMANIN GERİ ALINMASI VEYA DÜZELTİLMESİ...61	

İKİNCİ BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

2.1. GENEL OLARAK.....	62
2.2. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN DAYANAKLARI....	64
2.2.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk.....	65
2.2.1.1. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	66
2.2.1.1.1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü.....	67
2.2.1.1.2. Eser Sözleşmesi Görüşü.....	69
2.2.1.1.3. Vekalet Sözleşmesi Görüşü.....	72
2.2.1.1.4. Kendi Özgü Sözleşme Görüşü.....	78
2.2.1.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları.....	79
2.2.1.2.1. Tedavi Sözleşmesinin Varlığı ve Geçerli Olması.....	79
2.2.1.2.2. Sözleşmesel Bir Yükümün İhlali.....	80
2.2.1.2.3. Zarar.....	82
2.2.1.2.4. Kusur.....	84
2.2.1.2.5. İlliyet Bağı.....	88
2.2.1.2.5.1. İlliyet Bağı Teorileri.....	88
2.2.1.2.5.1.1. Şart Teorisi.....	89
2.2.1.2.5.1.2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	90
2.2.1.2.5.2. İlliyet Bağının Kesilmesi.....	91
2.2.2. Culpa In Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk).....	93
2.2.3. Vekaletsiz İş Görme.....	96
2.2.4. Haksız Fiil.....	101
2.2.4.1. Genel Olarak.....	101
2.2.4.2. Şartları.....	101
2.2.5. Kusursuz Sorumluluk (Sebep Sorumluluğu).....	104
2.2.5.1. Genel Olarak.....	104
2.2.5.2. Hekimin Kusursuz Sorumluluğunun Türleri.....	105
2.2.5.2.1. Hekimin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu....	105

2.2.5.2.2. Hekimin Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu.....	108
2.3.HUKUKEN SORUMLU KİŞİLER.....	112
2.3.1. Hastanın Hekime Doğrudan Başvurduğu Hallerde.....	112
2.3.2. Hastanın Hastane Aracılığıyla Başvurduğu Hallerde.....	114
2.3.2.1. Hastanın Özel Hastane Aracılığıyla Hekime Başvurduğu Hallerde.....	114
2.3.2.2. Hastanın Kamu Hastanesi Aracılığıyla Hekime Başvurduğu Hallerde.....	120
2.4. TAZMİNAT.....	124
2.4.1. Genel Olarak.....	125
2.4.2. Tazminat Türleri.....	125
2.4.2.1. Maddi Tazminat.....	125
2.4.2.2. Manevi Tazminat.....	130
2.5. HUKUKİ SORUMLULUKTAN KURTULUŞ OLANAKLARI..	133
2.6. İSPAT.....	136
2.7. ZAMANAŞIMI.....	143
SONUÇ.....	146
KAYNAKÇA.....	148
ÖZGEÇMİŞ.....	166
TEZ ONAY SAYFASI.....	167

KISALTMALAR

ABD.	Ankara Barosu Dergisi
A.g.e.	Adı Geçen Eser
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK.	Borçlar Kanunu
Bkz., bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Dn.	Dipnot
E.	Esas
F.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HHY.	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar.
m.	madde
MHAUM	Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi
MÜHF.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
p.	Page (İngilizce: sayfa)
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	sayfa
T.	Tarih
TAAD.	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
TCK.	Türk Ceza Kanunu
TDN.	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK.	Türk Medeni Kanunu
TTB.	Türk Tabipler Birliği
Vd.	ve devamı.
WHO	World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü).
WMA	World Medical Association (Dünya Tabipler Birliği).
Yarg. Y.	Yargıtay
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi

RÉSUMÉ

L'objet de notre étude concerne la responsabilité légale du médecin provenant de l'obligation de donner d'information. Le patient porte, pour sa part, la responsabilité d'obtenir l'information du médecin. Si le médecin n'accomplit pas correctement son obligation d'informer les patients, cela entraîne, dans ce cas, certaines conséquences légales pour le médecin. Ces conséquences, selon les conditions concrètes de chaque violation, peuvent entraîner la responsabilité du médecin (responsabilité professionnelle) en vertu du droit pénal, du droit administratif, du droit privé et des règles professionnelles. Mais, le type de responsabilité qui fait l'objet de notre étude est la responsabilité du médecin qui survient dans le cadre du droit privé à la suite de la violation par celui-ci de la responsabilité d'information.

Le médecin, dans la médecine traditionnelle, donnait seul l'information relative aux décisions concernant toute intervention médicale dans la mesure où le haut niveau de confiance reposait sur lui, et qu'il déterminait le destin du patient à cet égard. Les progrès dans la médecine moderne ont donné lieu à l'abandon de cette approche et au développement de nouveaux modèles basés sur la collaboration du médecin-patient. Selon cette nouvelle approche, la personne a des droits de la personnalité provenant simplement de son existence. Ses droits, tels que le droit de vie, l'intégrité du corps, l'intégrité physique, le droit de santé et le droit de déterminer son futur exigent d'obtenir le consentement de cette personne afin de procéder à une intervention sur celle-ci. Dans la mesure où l'intervention médicale est une intervention touchant ces catégories de droits du patient, l'approbation (consentement) joue un rôle très important pour garantir ces droits-ci. Le patient, qui ignore les alternatives de l'intervention médicale et n'a pas le droit de choisir, serait considéré dans le cadre du droit privé de déterminer son futur. D'ailleurs, le fait, que le seul propriétaire du corps de la personne soit cette personne signifie qu'il ne peut pas toucher à son corps sans son autorisation. L'approbation permet également de garantir le droit de vie et de santé du patient.

Alors, comment le patient saura-t-il et pourquoi il a donné l'approbation? À ce stade, il est très important que le patient soit informé de l'intervention médicale à appliquer. L'approbation donnée par le patient qui n'a pas été informé sur l'intervention médicale qui lui sera appliquée est considéré comme ne donnant pas de bons résultats. L'obligation du médecin relative à l'information du patient est l'une des conditions préalables à l'approbation de l'intervention médicale. Une approbation qui n'est pas basée sur une information sera juridiquement invalide.

De ce fait, d'informer le patient sur l'intervention à appliquer est aussi important que l'approbation à donner pour cette intervention. Bien que son

utilisation soit étendue à un demi-siècle auparavant, le concept d'approbation éclairée combinant les deux concepts de l'obligation, d'information et de l'approbation, est aujourd'hui utilisé tant dans la doctrine que la pratique. L'approbation éclairée est basée sur l'idée que la personne doit connaître tout type d'intervention médicale à appliquer sur son corps, avec tous ses avantages et désavantages que cela entraîne. Le médecin doit donner des explications satisfaisantes à propos de l'intervention à appliquer sur son corps dans le cadre de protéger les droits individuels. Après que le patient ait entendu toutes ces informations sans qu'aucune doute ne subsiste et dans le cas où il a accepté l'intervention médicale, il pourra donc être considéré comme avoir donné une approbation juridiquement valide pour l'intervention. Bien que les sujets d'information et d'approbation soient en relation étroite entre eux, l'obligation d'information sera examinée plus en détails dans cette étude, comme le sujet de notre étude est l'obligation d'information du médecin et la responsabilité légale qui en découle. Néanmoins, en ce qui concerne l'intégrité du sujet, l'approbation sera à nouveau discutée.

Aujourd'hui, il y a beaucoup de règlements et de déclarations à propos du droit international et du droit comparé sur ce sujet, car l'obligation d'information du médecin a une grande importance. Déclarations des Droits de Patient de Lisbonne émis par l'Association des Médecins du Monde à Lisbonne en 1981, Déclaration de Développement des Droits de Patient d'Amsterdam, Convention sur Droits de l'Homme et Biomédicale, Convention de Protection des Droits de l'Homme et d'Honneur de l'Homme en ce qui concerne l'Application de Biologie et de Médecine, et Convention Principale du Statut Européenne sur les Droits de Patient sont des exemples aux certains déclarations et règlements sur ce domaine-ci. De jour en jour la tendance de légalisation du droit comparé augmente progressivement. Quand on regarde l'état actuel, il y a des lois claires dans les lois allemandes, françaises, américaines et britanniques qui régissent l'obligation d'information. Quant à notre pays, bien qu'il y a des lois qui régissent l'obligation d'information du médecin en termes des interventions médicales privées, il n'y a aucun règlement légal régissant généralement cette obligation. Il y a des règlements concernant l'obligation d'information dans le Projet de Loi de Responsabilité sur L'Application Mauvaise des Services Médicaux, connu comme le Projet de Loi Ma. Dans la situation actuelle, les dispositions législatives au niveau plus élevée qui régissent le sujet sont encore au niveau de réglementation et elles sont comportées par le Règlement de Droit de Patient. Bien qu'un projet de règlement sur le consentement informé ait été préparé par le Département de Droit de Patient de la Direction Générale de Ministère de la Santé, ce projet n'est pas encore publié comme un Règlement qui applique les procédures nécessaires.

Le sujet de l'obligation d'informations implique la découverte et le diagnostic, les traitements alternatifs et les types d'interventions autant que possible, l'urgence de l'intervention, les effets secondaires, les risques, les résultats de l'intervention et les conséquences négatives en cas de ne pas intervenir.

Grace à l'information, le patient consent de manière saine pour l'intervention médicale. De cette manière, le patient sera sujet de l'intervention médicale au lieu d'être l'objet de ce processus. Donc, il est possible de faire une intervention médicale, de déterminer le type de cette intervention; car le patient pourra décider pour sa future lui-même.

On a développé des façons d'information différentes dans cette doctrine. Les types principaux sont l'information de traitement (sécurité) et l'information d'autonomie (Information de diagnostic, de processus et de risque). L'information de sécurité n'est pas orientée pour obtenir le consentement du patient. Connue également comme l'information de traitement, l'information de sécurité, l'obligation d'avertissement. Il vise ici de réaliser les avantages pour la santé du patient pour obliger le médecin d'informer. Dans ce contexte, le but est d'assurer le patient d'adopter des attitudes correctes correspondantes au traitement et d'appliquer des comportements définis pour le succès du traitement et d'empêcher les dangers de son santé, en informant le patient en ce qui concerne le fonctionnement des effets des médicaments et de processus de guérison. L'information d'autonomie a pour but d'obtenir le consentement du patient d'une façon saine et pour que le patient puisse décider volontairement et de façon consciente de sa responsabilité à propos de l'intervention médicale. Ainsi le patient est informé obligatoirement sur le diagnostic, le processus et le risque. Généralement, le cadre de l'information est déterminé par l'article 15 du Règlement des Droits de Patient. Selon cet article, les informations sur les causes éventuelles de la maladie et sur la progression de la maladie, par qui, où et comment le traitement médicale est effectué, la durée estimative de ce traitement, autres options de diagnostic et de traitement et les avantages et les risques de ce traitement, aussi bien que les effets éventuels sur la santé du patient, les complications possibles, les avantages et les risques en cas de rejet, les caractéristiques importantes de la drogue à utiliser, les conseils de style de vie critique pour la santé du patient, les informations qui portent sur la façon d'obtenir l'assistance médicale du même situation en cas de nécessité etc. sont avertis au patient.

On peut grandir l'étendue de l'information ou on peut rétrécir selon le cas. L'urgence et la nécessité de l'intervention médicale, la grandeur du risque, la possibilité de créer des conséquences impossibles à supprimer à la suite de l'intervention médicale, l'haut urgence de l'intervention médicale, l'utilisation par le médecin le traitement pour éviter l'effet négatif sur la psychologie du patient, la demande claire et directe du patient pour maintenir l'étendue étroite de l'information etc. sont les facteurs les plus importantes en ce qui concerne la détermination de l'étendue de l'obligation d'information.

La personne à informer est le patient qui est en règle générale. Si le patient n'a pas le pouvoir de discrimination, dans ce cas, un proche ou un conservateur du patient doit être informé. La responsabilité de l'information est le médecin. Le médecin peut transmettre cette responsabilité à un autre médecin.

Bien que l'information n'est pas sujet à une certaine forme, l'information doit être faite par écrit pour faciliter de prouver. Mais, les formes imprimées sans rapport avec la situation du patient ne seront pas suffisantes pour une information valide. Le patient sera informé oralement et il sera établi par écrit par la suite; ceci est la forme d'information la plus utile et appropriée.

L'une des conditions de validité pour obtenir l'approbation du patient est d'informer le patient de sorte qu'il puisse bénéficier d'un délai nécessaire à décider d'une façon saine avant de l'intervention médicale.

Dans certaines situations la responsabilité d'information pour le médecin peut être résiliée. Au cas où le patient renonce d'être informé par écrit, ou s'il y a certaines situations réelles, la possibilité d'augmenter le niveau de la maladie à cause des effets négatifs de l'information sur la psychologie du patient, la responsabilité d'informer le patient est résiliée.

Si le médecin comprend que l'information précédente n'est pas correcte, donc il doit corriger l'information. Le médecin doit notifier à son patient la situation nouvelle sans regarder à la faveur ou contre. Surtout, pour des désinformations concernant les maladies qui comportent des dangers mortels, cette question est encore plus importante.

Au cas où le médecin ne remplit pas sa responsabilité d'information, on peut lui de payer une compensation dans le cadre du droit privé; ou demander celui-ci de remplir l'information. Il est possible de séparer les dommages résultant de la violation de la responsabilité d'information en deux comme les dommages financiers ou moraux.

Le contrat est la première preuve légale du médecin en ce qui concerne la responsabilité là-dessus. En général, il y a un contrat de traitement ou un contrat de médecin qui assure la relation entre le médecin et le patient. Par ce contrat, le médecin est chargé d'informer le patient sur l'intervention médicale avant de l'intervention médicale comme une responsabilité d'acte supplémentaire, aussi bien que des responsabilités relatives au traitement.

La nature légale du contrat de traitement dans la doctrine est contradictoire. Quatre arguments de base sont argués sur ce sujet: Le contrat mandataire du contrat de traitement, le contrat de service, le contrat de travail et le contrat particulier. L'opinion est que le contrat mandataire est l'idée défendue au plus. Au cas où le médecin ne remplit pas dûment sa responsabilité d'information, les conditions de compensation sur la base du contrat, l'existence du contrat de traitement et sa validité, c'est la violation de la responsabilité d'information comme une violation d'une responsabilité contractuelle et le lien de dommage, tel que le défaut causalité.

Une autre base de la responsabilité d'indemnité du médecin peut être un crime. De causer par le médecin un dommage par un défaut qui viole illégalement la responsabilité d'information, est suffisant pour être considéré comme la violation de cette responsabilité.

Si le médecin a causé un dommage en violant la responsabilité d'information pendant les négociations du contrat de traitement, la responsabilité du médecin est considérée au sein de *Culpa in Contrahendo*.

Au cas où le patient n'est pas convenable pour informer et pour prendre l'approbation par des raisons de nécessité médicales, si le médecin a fait, dans les cas d'urgences, une intervention médicale et par la suite, le patient a subi un dommage en raison de ne pas être informé correctement en ce qui concerne l'intervention médicale, le cadre de responsabilité du médecin sera les provisions de gestion d'affaires (*negotiorum gestio*).

Dans certains cas, même en l'absence d'un défaut du médecin, si l'un de ses assistants ou les autres médecins occupés sont aussi considérés qu'ils ont violé la responsabilité d'information et ont causé un dommage, le médecin peut être aussi responsable légalement de ce dommage-ci. Pour déterminer l'existence de la responsabilité légale du médecin, les provisions sur la responsabilité à titre de l'employeur ou la responsabilité pour les actes de l'assistant seront guidées à cet égard. Les personnes chargées d'indemniser le dommage varient au cas où le patient s'adresse au médecin directement ou dans un hôpital privé ou dans un hôpital public.

Les dommages sur les possessions du patient déterminent l'étendue de la compensation matérielle alors que les dommages sur les valeurs individuelles du patient sont acceptés comme l'étendue morale de cette compensation. En général, la compensation sera d'éliminer les dommages de la personne en lui payant un somme d'argent.

Le médecin qui est demandé de payer un compensation en raison de violation de la responsabilité d'information, peut débarrasser de la responsabilité au moyen de prouver qu'il a rempli la tâche de l'information ou qu'il a, dans certains cas, aucun défaut, ou en moyen de remplir les conditions de l'article 66 du Code des Obligations ou en moyen de démontrer le défaut commun du patient est suffisant pour éliminer sa responsabilité.

Il ya des facilités à prouver celui qui concerne les demandes de compensation basée sur la violation de la responsabilité d'information du médecin. Le médecin est chargé de prouver qu'il a exécuté sa responsabilité d'informer le patient et tous types d'argument peuvent être utilisés par le médecin pour réaliser cette charge-ci.

Les compensations monétaires et morales résultant des violations du médecin la responsabilité d'information, sont des créances qui seront soumises aux périodes de péremptions du Code des Obligations. La période de péremption à appliquer pour les demandes d'indemnités monétaires ou morales résultant de violations de la responsabilité d'information du médecin est déterminées selon les bases juridiques (sources) et les demandes d'indemnités.

ABSTRACT

The subject of our study is civil liability arising from duty of a doctor to inform his/her patient. A doctor has a fiduciary duty to inform his patients of medical interventions. As an exchange of that, on the side of a patient, the patient has the right to knowledge acquisition. In case of failure of the doctor to perform his duty to inform, some legal consequences may come into existence. Depending on concrete circumstances of violation, these consequences may be within criminal law, civil law, administrative law and code of conducts (Professional Liability). However, here in this study, the consequence we focus on is liability within private law arising from violation of duty to inform.

In traditional medical understanding, due to high confidence to doctors, doctors made decisions on medical interventions single-handedly that they had become determiner of patient's destiny. Recent developments in medicine and law gave rise to leave such an understanding and improve new models based on doctor-patient cooperation. According to this new understanding, every person has rights that he acquires just by existence. Person's right to life, bodily integrity and inviolability, health and self-determination stipulates all interventions against himself to be performed only after he gives consent to it. Since medical treatment itself is such kind of an intervention involving person's such rights, person's consent plays a crucial role to ensure these rights. A patient who is not aware of the alternatives of a medical treatment and who has not been given options to himself, thus, will be assumed to be deprived of self-determination. Besides, the fact that a person is the only owner of his own body, draw the inference that nobody can touch his body without his/her consent. Consent is the assurance of right to life of an individual and its complimentary right to health as well.

Well, then how can a patient know what he/she is giving his consent to? At this point, the information of patient concerning medical treatment on himself comes into prominence. The validity of a consent given by a patient who is knowledgeable and not informed of medical treatment is out of question. The duty of doctor to inform his/her patient is a prerequisite of medical treatment. An uninformed consent is legally invalid. For this reason, the information of patient of medical treatment is as important as consent to treatment. Even though its short history goes just half century back, today both in doctrine and jurisprudence, informed consent is used as a term that combines the two closely related terms consent and duty to inform. Informed consent is based on the opinion that a person should know any intervention performed on his/her own body with its risks and benefits. To protect personal rights of the patient, the doctor shall provide satisfactory explanation to him/her regarding the medical intervention. After the patient understands such an explanation without any doubt and accepts the intervention, then it may be assumed that his/her consent to the treatment is a legally valid consent. Despite such a closed relationship between consent and duty to inform, here we will study on duty to inform in depth since the main subject of that study is duty to inform and civil liability arising from that. However, due to the integrity of the subject, we will mention Consent to medical intervention briefly when it is needed.

Due to its crucial role, today there are many laws, regulations and declarations in national, international and comparative law regarding duty to inform. Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient promulgated in 1981 by World Health Organization, Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, European Charter Of Patient's Rights are some of examples. The codification tendency in this subject in comparative law is becoming prevalent. In the current situation, there are laws that explicitly regulate the duty to inform in German, French, American and English Law. Even though there are provisions regarding duty to inform of some certain medical interventions, there is not any general law that regulates that duty in Turkish Law yet. The Law Draft of Liability Arising from Malpractice of Medical Services which has been known as Malpractice Law in public opinion includes provisions concerning duty to inform. According to the current situation, the relevant highest legal

provisions in this issue are in Regulations of Patients' Rights. Even though Ministry of Health - General Directorate of Health Care – Department of Patients' Rights has prepared the Regulation Draft of Informed Consent, this draft has not completed its process to be a regulation yet.

The subject of duty to inform consists of medical findings and diagnosis, the type of intervention and its content, if available treatment alternatives and forms of intervention, urgency of intervention, its side effects, risks, consequences of intervention, probable negative consequences that can emerge in the case of nonperformance of intervention.

The consent of patient comes into existence properly and validly by means of informing the patient. In this way, the patient shifts to subject of medical treatment rather than being the object.

Types of information has been improved doctrinally. Primary types of it are treatment (safety) information and autonomy (decision) information (diagnosis, process, risk information). Safety information is not a type information aimed at getting consent of patient. It has been also called treatment information, protection information or warning information doctrinally. The purpose of this type of information is to actualize interests concerning health of patient. In this regard, the aim of safety information is to assure the compliance of patient to some certain patterns of behavior in order to prevent health hazards by informing the patient about his/her own situation, effects of medications and process of healing. Autonomy information aims at providing patient's consent by assisting patient to make up his/her decision regarding medical intervention by being aware of his/her own responsibility and with his/her free will. Therefore, it is crucial to inform the patient concerning diagnosis, process and risks.

Scope of duty to inform, generally has been drawn in the Regulations of Patients' Rights Article 15. According to this article, the person should be informed of the probable causes of the disease and its progress, medical intervention to be performed by who, where and how, estimated duration of intervention, other

diagnosis and treatment options and their risks and benefits, their effects on the person's health, its probable complications, probable benefits and risks in the case of refusal of treatment, important properties of medications to be used, critical lifestyle suggestions for his/her health, if needed how to reach help in the same issue. The scope of information can be expanded or limited as occasions requires. .The emergency and necessity of the medical intervention, severity of risk, the probability of severe irreversible damages arising from medical intervention, high urgency of medical intervention, usage of treatment privilege by doctor in order to prevent adverse effect on patient's psychology, the exclusive and direct request of patient to limit the scope of information are the influential factors on the determination of scope of informing the patient.

The person to be informed is the patient himself/herself. If the patient is under incapacity, then the patient's parents or guardian should be informed. The responsible person to perform information is the doctor. The doctor can transfer this duty only to another doctor.

Even though informing the patient is not subject to any form, it is suggested to be in written form due to proof easiness. However, the forms which are not prepared according to special condition of the patient are not enough for legally valid information. First, informing the patient orally and then putting this information on the paper is the most beneficial and suitable form of information.

One condition for legally valid information on the purpose of getting his consent is giving enough time before the medical intervention to the patient to ponder for making a proper decision.

The doctor does not have duty to inform his/her patient in some situations. Waiver of information by patient, some actual necessities, the probability of information to cause adverse effects on patient's psychology are situations in which doctor does not have to inform his/her patient.

If doctor notices that his/her information was not done properly, he/she has to correct the previous information he/she has done before. Regardless of the correction

is on favor of or to the detriment of the doctor; he/she has to notify the patient about the new situation. Especially, in the cases of misinformation regarding life-critical diseases this issue becomes of a more important issue.

In the event that the doctor does not duly perform his duty to inform his/her patient, the patient can request proper performance of that duty in addition to claim compensation. The damages arising from violation of such a duty can be divided into two categories called pecuniary and intangible damages.

Contracts are the leading basis for the liability of doctors in this issue. Between a doctor and his/her patient, usually there is a contract called treatment contract. Under such a contract, the doctor undertakes to inform his/her patient of medical intervention before intervention as a subsidiary obligation besides obligations aimed at the treatment. The legal nature of treatment contract is controversial. Four basic opinions are set forth in this issue: The opinion that treatment contract has a nature of contract of mandate, contract of service opinion, contract of work opinion and a contract sui generis (with that courtesy which is his alone) opinion. The contract of mandate opinion is the predominantly supported doctrinally and practically.

The conditions of liability arising from malpractice of duty to inform the patient properly are mainly these ones: presence of a valid treatment agreement, violation of duty to inform the patient as an obligation under the contract, damage, omission and causal link between the violation of duty and damage.

Torts can be another basis for liability of a doctor. A damage caused by unlawful faulty violation of duty to inform the patient is enough to consider the doctor liable.

In the case the doctor causes a damage arising from violation of his duty to inform his/her patient during the treatment contract negotiations, his liability under culpa in contrahendo (fault in contracting) may arise.

In medical emergency cases that the patient is unavailable to be informed and give his/her consent to medical intervention, if the doctor performs a medical intervention on the patient with reference to implied consent of the patient and if the doctor does not inform his/her patient properly of the intervention he has done and if this misinformation causes a damage to patient, the framework of liability of doctor will be drawn based on negotiorum gestio (acting without authority) provisions.

In some cases, even in the absence of doctor's fault, if his/her employee or assistant causes a damage by violating his/her duty to inform the patient, the doctor may be liable for this damage. In determination of conditions of such a liability, the provisions regarding liability of employer or liability for acts of the assistant will be a guide.

The people who are liable for covering damages differentiates based on situations that the patient applies to a doctor directly or through a private hospital or public hospital.

Damages in assets of patient nominate the scope of material compensation. Decrements in patient's personal values nominate the scope of intangible compensation. The form of compensation usually becomes some money payment to the payee in order to cover inflicted damages.

A doctor who encounters a compensation claim due to violation of duty to inform, can be relieved of his obligations by proving his proper performance of his duty or by proving his faultlessness in some cases or by fulfilling conditions in Turkish Code of Obligations or by proving that the common fault of patient is at a level that can exculpate his fault.

There are some evidence easinesses in claims for damages arising from violation of a doctor's duty to inform. The burden of proof is on the doctor and the doctor can prove his proper performance of duty with any kind of evidence.

Material and intangible compensation claims based on violation of duty to inform are subject to durations in Code of Obligations. Term of limitations regarding

action for damages based on such claims, is determined according to legal nature (legal basis) of the claim.



ÖZET

Çalışmamızın konusu hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan hukuki sorumluluktur. Tıbbi müdahalelerle ilgili olarak hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun hasta tarafındaki karşılığı olarak da hastanın hekimden bilgi edinme yükümlülüğü vardır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmemesi durumunda, hekim ve bazı şartlar altında bünyesinde çalıştığı sağlık kuruluşu açısından birtakım hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. İhlalin somut şartlarına göre bu sonuçlar, hekimin ve/veya bünyesinde çalıştığı sağlık kuruluşunun bağlı bulunduğu tüzel kişinin ceza hukuku, idare hukuku, özel hukuk ve meslek kuralları çerçevesinde (mesleki sorumluluk) sorumluluğu şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak çalışmamız kapsamında incelenecek olan sorumluluk türü, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu hekimin ve bazı durumlarda diğer bazı kişilerin özel hukuk kapsamında meydana gelen sorumluluğudur.

Geleneksel tıp anlayışında hekim, kendisine duyulan yüksek güven sebebiyle tıbbi müdahaleyle ilgili kararları tek başına vermiş, bu konuda adeta hastanın kaderinin belirleyicisi durumunda olmuştur. Modern tıp ve hukuktaki gelişmeler ise bu anlayışın terk edilmesine ve hasta-hekim işbirliğini temel alan yeni modellerin geliştirilmesine yol açmıştır. Bu yeni anlayışa göre, kişinin sadece var olmakla edindiği kişilik hakları bulunmaktadır. Yaşam, vücut bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı, sağlık hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı gibi hakları kendisine karşı yapılacak müdahalelerin ancak onun onamıyla (rızasıyla) yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Tıbbi müdahalenin kendisi de kişinin bu haklarını ilgilendiren müdahalelerden olmasından dolayı, onam bu hakların garanti altına alınmasında önemli rol oynamaktadır. Tıbbi müdahalenin alternatiflerinin farkında olmayan ve bu şekilde de kendisine tercih hakkı tanınmayan hasta kendi geleceğini belirleme hakkından mahrum kalmış olur. Bunun yanında kişinin bedeninin tek sahibinin yine

kendisi oluşu, onun bedenine kendisinin izni olmadan kimsenin dokunamaması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Onam, aynı zamanda kişinin yaşam hakkı ve onun tamamlayıcısı olan sağlık hakkının da güvencesidir.

Peki, hasta neye onam verdiğini nasıl bilecek? Bu noktada hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmiş olması büyük önem kazanmaktadır. Kendisine yapılacak olan tıbbi müdahale hakkında aydınlatılmamış ve bilgisi bulunmayan hastanın vereceği onamın sağlıklı olacağı düşünülemez. Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü tıbbi müdahaleye onamın ön şartlarından biridir. Aydınlatmaya dayanmayan bir onam hukuken geçersizdir. Bu nedenle kişinin müdahale hakkında aydınlatılması en az müdahaleye vereceği onam kadar önemlidir. Kullanımı bundan sadece yarım asır öncesine dayansa da, bugün hem doktrinde hem uygulamada, aydınlatma yükümlülüğü ve onam denilen birbirleriyle sıkı ilişki içindeki bu iki kavramı birleştiren aydınlatılmış onam (*informed consent*) kavramı kullanılmaktadır. Aydınlatılmış onam, kişinin kendi bedenine yapılacak olan her türlü tıbbi müdahaleyi yararları ve riskleri ile beraber bilmesi gerektiği görüşüne dayanır. Hekim, kişilik haklarını koruma amaçlı olarak hastasına müdahale hakkında tatmin edici düzeyde açıklamalar yapmalıdır. Hastanın, kendisine açıklanan bu bilgileri hiçbir duraksamaya mahal bırakmadan anlamasından sonra tıbbi müdahaleyi kabulü durumunda hastanın müdahaleye hukuken geçerli bir onam verdiğinden söz edilebilecektir. Aydınlatma ve onam konuları birbirleriyle bu kadar sıkı ilişki içindeyse de çalışmamızın esas konusunun hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve bundan kaynaklanan hukuki sorumluluk olmasından dolayı bu çalışmada daha ayrıntılı olarak incelenecek olan aydınlatma yükümlülüğüdür. Ancak konunun bütünlüğü açısından gereken yerlerde onam konusuna değinilecektir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün taşıdığı büyük önem dolayısıyla bugün bu konuda ulusal, uluslararası ve mukayeseli hukukta birçok düzenleme ve bildirge mevcuttur. 1981 yılında Lizbon'da Dünya Hekimler Birliği tarafından yayımlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Amsterdam Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Ana Sözleşmesi bu konudaki bazı uluslararası bildirge ve düzenleme örnekleridir. Mukayeseli hukukta bu konuda kanunlaştırma

eğilimi giderek artmaktadır. Son durum itibarıyla Alman, Fransız, Amerikan, İngiliz Hukuklarında aydınlatma yükümlülüğünü açık şekilde düzenleyen kanunlar mevcuttur. Ülkemizde ise bazı özel tıbbi müdahaleler açısından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü açıkça düzenleyen kanun hükümleri mevcutsa da bu yükümlülüğü genel olarak düzenleyen bir kanuni düzenleme henüz mevcut değildir. Kamuoyunda Malpraktis Kanun Tasarısı olarak bilinen Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Şimdiki durum itibarıyla ise konuyu düzenleyen en üst mevzuat hükümleri halen yönetmelik düzeyinde olup bu hükümler Hasta Hakları Yönetmeliğinde bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları Şubesi tarafından bir bilgilendirilmiş rıza yönetmelik taslağı hazırlanmışsa da bu taslak henüz gerekli prosedürlerden geçirilerek yönetmelik olarak çıkarılmış değildir.

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu, hastalığa dair tıbbi bulgu ve teşhis, müdahalenin türü ve içeriği, varsa tedavi alternatifleri ve müdahale şekilleri, müdahalenin acilliği, yan etkileri, riskleri, müdahalenin sonuçları, müdahalenin yapılmaması durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar oluşturmaktadır.

Aydınlatmanın sayesinde hastanın tıbbi müdahaleye yönelik onamı sağlıklı olarak meydana gelmiş olur. Bu şekilde hasta, tıbbi müdahalenin objesi olmak yerine sükelerinden biri durumuna geçer. Tıbbi müdahalenin yapıp yapılmayacağı, duruma göre bunun ne şekilde gerçekleştirileceği ve kendi geleceği hakkında da kendisinin karar vermesi gibi olanaklara kavuşur. Böylelikle hasta müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını tartabilecek duruma gelmiş olur.

Doktrinde aydınlatmanın çeşitli türleri geliştirilmiştir. Başlıca türler, tedavi (güvenlik) aydınlatması ve otonomi (karar) aydınlatmasıdır (teşhis, süreç, riziko aydınlatmaları). Güvenlik aydınlatması hastanın onamını alma amacına yönelik bir aydınlatma değildir. Doktrinde tedavi aydınlatması, koruma aydınlatması, uyarı yükümlülüğü gibi adlarla da geçmektedir. Bu aydınlatma türünde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesiyle hastanın sağlık durumuna ilişkin haklara pratikte kavuşması amaçlanmaktadır. Güvenlik aydınlatmasıyla istenen şey, hastayı kendi sağlık durumu, iyileşme sürecinin işleyişi ya da ilaçların etkileri

hususunda aydınlatarak, hastanın doğru ve işin özüne uyan davranışta bulunmasını sağlamak, sağlığa yönelik tehlikeleri önlenmek veya tedavinin başarısı için belli davranış kurallarına uymasını temin etmektir. Otonomi aydınlatması, hastanın serbest iradesiyle ve kendi sorumluluğunun bilincinde olacak şekilde tıbbi müdahale hakkında karar vermesini ve onamının sağlıklı şekilde temin edilmesini amaçlamaktadır. Bunun için hastanın teşhis, süreç ve rizikolar konusunda aydınlatılması şarttır.

Aydınlatmanın kapsamı, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde genel hatlarıyla çizilmiştir. Bu maddeye göre hastaya hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir. Aydınlatmanın kapsamı duruma göre genişleyebilir veya daralabilir. Tıbbi müdahalenin aciliyet ve zarureti, rizikonun ağır olması, tıbbi müdahalenin telafisi imkânsız neticeler doğurma ihtimalinin bulunması, tıbbi müdahalenin ivediliğinin yüksek olması, hastanın psikolojisinin olumsuz etkilenmemesi için hekimin tedavi ayrıcalığını kullanması, hastanın aydınlatmanın kapsamının dar tutulması yönündeki açık ve doğrudan talebinin olması aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının tayininde etkili olan faktörlerdir.

Aydınlatılması gereken kişi kural olarak bizzat hastanın kendisidir. Hasta ayırt etme gücüne sahip değilse, bu durumda hastanın velisi veya vasisi aydınlatılmalıdır. Aydınlatmanın yükümlüsü ise hekimdir. Hekim bu görevi ancak başka bir hekime devredebilir.

Aydınlatma belli bir şekle tabi değilse de ispat kolaylığı açısından aydınlatma yazılı yapılmalıdır. Ancak hastanın somut durumuyla ilgili olmayan, matbu hazırlanan formlar geçerli bir aydınlatma için yeterli değildir. Hastanın önce sözlü olarak aydınlatılması, sonra ise bunun yazıya dökülmesi en yararlı ve uygun aydınlatma şekli olacaktır.

Hastanın onamını almaya yönelik aydınlatmanın geçerlilik şartlarından biri de aydınlatmanın tıbbi müdahalenin öncesinde, hastaya düşünüp sağlıklı bir karar vermesi için gerekli sürenin bırakılarak yapılmış olmasıdır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü bazı durumlarda ortadan kalkmaktadır. Hastanın aydınlatılmaktan yazılı olarak vazgeçmesi, bazı fiili zorunluluk durumlarının bulunması, aydınlatmanın hastanın psikolojisi üzerinde olumsuz etkide bulunarak hastalığın düzeyini arttırma ihtimalinin bulunması durumlarında hastayı aydınlatma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Hekim daha önce yapmış olduğu aydınlatmanın doğru olmadığına farkına varırsa, aydınlatmayı düzeltme zorunluluğu vardır. Hekim yeni durumu derhal, lehine veya aleyhine olmasına bakmaksızın hastaya bildirmelidir. Özellikle hayati tehlike arz eden hastalıklara ilişkin yanlış bilgilendirmelerde bu husus çok daha önem arz etmektedir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda özel hukuk kapsamında hekime karşı tazminat talebi doğabileceği gibi hekimin aydınlatmayı yerine getirmesi de talep edilebilir. Hekimin bir hastane bünyesinde tıbbi faaliyet göstermesi durumunda bu talepler ilgili özel kişiye veya kamu tüzel kişisine de yöneltilebilir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu ortaya çıkan zararları maddi ve manevi zarar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.

Hekimin bu konudaki hukuki sorumluluğunun dayanaklarının başında sözleşme gelmektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide çoğunlukla tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi denilen bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşme ile hekim tedaviye yönelik yükümlülüklerinin yanında, bir de yan edim yükümlülüğü olarak tıbbi müdahale öncesinde hastayı tıbbi müdahale konusunda aydınlatmayı üstlenmektedir. Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda dört temel görüş ileri sürülmüştür: Tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve kendine özgü bir sözleşme tipi olduğu şeklindeki görüşler. Vekâlet sözleşmesi görüşü doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüştür.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda sözleşmeye dayalı olarak tazminat sorumluluğunun şartları, tedavi sözleşmesinin varlığı ve geçerli olması, akdi bir yükümlüğün ihlali olarak aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, zarar, kusur ve illiyet bağıdır.

Hekimin tazminat sorumluluğunun başka bir dayanağı haksız fiil olabilir. Hekimin hukuka aykırı bir şekilde aydınlatma yükümlülüğünü kusuruyla ihlal ederek bir zarara sebep olması bu sorumluluğun meydana gelmesi için yeterlidir.

Hekimin tedavi sözleşmesi görüşmeleri sırasında hastasını aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederek zarara sebep olması durumunda hekimin *Culpa in Contrahendo* kapsamında sorumluluğu doğabilir.

Hastanın aydınlatılmaya ve onam alınmaya müsait olmadığı tıbbi zorunluluk durumlarında, acil hallerde şayet hekim varsayılan onamdan hareketle tıbbi müdahalede bulunur ve sonrasında tıbbi müdahale hakkında hastasını gerektiği şekilde aydınlatmamasından kaynaklı olarak hasta bir zarara uğrarsa hekimin sorumluluk çerçevesi vekâletsiz iş görme hükümleri olacaktır.

Bazı durumlarda ise hekimin kusuru bulunmasa da, çalıştırdığı veya kendine yardım eden bir başka hekim aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eder ve zarar meydana gelirse, hekimin bu zarardan hukuki sorumluluğu doğabilir. Hekimin sorumluluğunun şartlarının belirlenmesinde adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluk veya yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk hükümleri bu konuda yol gösterici olacaktır.

Hastanın bir hastane aracılığıyla hekime başvurduğu durumlarda hekimin sorumluluğunun dayanağı ve hekimle birlikte sorumlu olacak kişiler hastanın özel hastane aracılığıyla veya kamu hastanesi aracılığıyla başvurması durumlarına göre farklılık gösterecektir.

Hastanın malvarlığında meydana gelen zararlar maddi tazminatın, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeler ise manevi tazminatın kapsamını belirler. Tazminat genellikle bir miktar paranın verilerek kişinin zararlarının giderilmesi şeklinde olacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğünü ihlali iddiasıyla tazminat talebiyle karşılaşan hekim, aydınlatmayı yerine getirdiğini ispat ederek veya bazı durumlarda kusursuzluğunu ispat ederek veya TBK. 66. maddedeki şartları yerine getirerek veya hastanın ortak kusurunun kendi sorumluluğunu kaldırarak düzeyde olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlaline dayanan tazminat taleplerinde hasta lehine ispat kolaylıkları mevcuttur. Aydınlatmanın gerçekleştiğini ispat yükü hekimde olup hekim aydınlatmayı yapmış olduğunu her türlü delille ispat edebilir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle meydana gelen maddi ve manevi tazminat alacakları Borçlar Kanunundaki zamanaşımı sürelerine tabi alacaklardandır. Bu tür taleplere dayanan tazminat davalarına uygulanacak zamanaşımı süresi tazminat taleplerinin hukuki dayanağına (kaynağına) göre tayin edilir.

GİRİŞ

Modern tıpta, hastanın kişilik haklarını ve iradesini daha arka planda tutan, kökenini Hipokrat'ta bulan, tıbbi müdahale konusunda ancak hekimin en doğrusunu bildiği faraziyesine dayanan paternalist (babacıl), geleneksel ve otoriter hekimlik anlayışı bugün için hukuk ve tıp çevrelerince doğru bulunmamaktadır. Bugün için hastanın iradesine saygıyı ön planda tutan, hekim-hasta işbirliğini esas alan aydınlatılmış onam kavramı geliştirilmiştir.

Modern hukukta kişinin vücut bütünlüğüne, dokunulmazlığına ve diğer kişilik haklarına yönelik her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı gerek Anayasa gerekse Türk Medeni kanununca güvence altına alınmıştır. Tıbbi müdahaleler de esasında vücut bütünlüğüne, dokunulmazlığına ve kişilik haklarına yönelik müdahalelerdendir. Hastanın veya varsa temsilcisinin tıbbi müdahaleye onamı ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir unsurdur. Hastanın onam öncesinde hekim tarafından aydınlatılmış olması ise onamın geçerliliğinin önşartıdır. Hastanın hür iradesiyle tıbbi müdahaleye onam verdiğinden söz edebilmek için tıbbi müdahalenin öncesinde tıbbi müdahalenin türü, şekli, kapsamı ve neticeleri hakkında aydınlatılması gerekir. Bu husus hastanın tıbbi müdahaleye katılımı ve kendi geleceğini belirleme hakkı açısından büyük önem taşımaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü hastanın tıbbi müdahaleye yönelik onamının sağlıklı şekilde oluşmasını sağlayan bir unsur olduğundan bu yükümlülüğün ihlali onamın geçersiz olmasına yol açar. Aydınlatma, özellikle güvenlik aydınlatması, tedavinin aynı zamanda amacına uygun bir şekilde, emniyet altında sürdürülmesini de sağlar.

Çalışmamızın birinci bölümünde, hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olmasını, bu yolla özgür seçimler yapma ve kendi geleceğini tayin etme imkânını olanaklı kılan hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin

aydınlatma yükümlülüğü incelenecektir. Aydınlatma yükümlülüğü kavramı, tarihi gelişimi, mukayeseli hukuktaki durumu, bağlantılı olduğu kişilik hakları, hukuki dayanakları; aydınlatmanın konusu, amacı, türleri, kapsamı, uygulanması; aydınlatma zorunluluğunun bulunmadığı durumlar, aydınlatmanın geri alınması veya düzeltilmesi bu inceleme kapsamında olacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu ise, son zamanlarda uygulamada da gündeme çok gelen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sonucu meydana gelen hukuki sorumluluk oluşturmaktadır. Böyle bir durumda hekimin hukuki sorumluluğu esas olarak tazminat sorumluluğu şeklinde olacaktır. Bu bölümde, hukuki sorumluluğun dayanakları, teorik temelleri, şartları, hukuken sorumlu olacak kişilerin kim olacağı, tazminatın kapsamı ve türleri, hekimin sorumluluktan kurtuluş olanakları, ispat ve zamanaşımı gibi hususlar incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.1. KAVRAM

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücudu üzerinde yapılacak olan tıbbi müdahalenin ancak onun onamıyla yapılabilmesini zorunlu kılmaktadır. Hastanın tıbbi müdahaleye onamı hem ceza hukuku hem özel hukuk bakımından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın açık ve doğrudan onamının bulunmadığı durumlarda ise hastanın varsayılan onamı veya mahkemenin onamı veya kanuni temsilcisinin onamı bulunmalıdır. Onamın da hukuken geçerli bir onam olabilmesi için hastanın neye onam verdiğini bilmesi şarttır. Bu da ancak hastanın tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmesiyle mümkün olur.¹ Bu bakımdan, hastanın hekimden bilgi edinmesi hasta açısından bir hak iken, bu hakkın hekim tarafındaki karşılığı hekimin aydınlatma (bilgilendirme) yükümlülüğüdür. Aydınlatılmış onam (rıza) kavramı, onam alma ve aydınlatma yükümlülüğü kavramlarını içeren üst bir kavram olarak bu konuda önemli bir rol oynar. Aydınlatılmış onam ilkesi; *“yararlılık, zarar vermeme ve özerkliğe saygı gibi diğer tıbbi etik ilkelerin dolaylı olarak uygulamaya taşınmasını da sağlayan omurga niteliğinde bir ilkedir”*.²

Yaygın olarak aydınlatılmış onam olarak kabul gören ifade, Anglo-Amerikan kaynaklı "Informed Consent" sözcüklerinden gelmektedir. Ancak tıp literatürümüzde aydınlatılmış onam ifadesinden başka *"bilgilendirilmiş onam"*, *"bilgilendirilmiş*

1 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 131.

2 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 131; Ömür Elçioğlu/Nermin Demirhan Erdemir, “Aydınlatılmış Onam”, **Klinik Etik – Klinik Uygulamalarda Etik Sorunlar**, Editör: Ayşegül Demirhan Erdemir/Yasemin Oğuz/Ömür Elçioğlu/Hanzade Doğan, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2001, s. 121.

*olur", "bilgilendirimli olur", "bilgilendirilmiş olur", "bilgilendirilmiş rıza", "aydınlatılmış rıza", "geçerli olur" ya da tek başlarına "rıza", "onam" ve "bilgilendirme" ifadelerine rastlamak mümkündür.*³

Aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza (informed consent) bireyin kendi vücuduna yapılacak olan her türlü tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olmasına ve bu konuda karar verme yetkisinin bulunduğu dayanan bir kavram olup⁴ yararları, riskleri ile seçenekleri ve onların da fayda ve risklerini içeren tedavi uygulamasının -hastanın hastalık anında da kişilik haklarını koruma amacıyla- hekimin hastayı uygun şekilde ve yeterince bilgilendirmesinden ve hasta tarafından bu bilgilendirmenin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılmasından sonra, hastanın tıbbi müdahaleyi bilerek ve isteyerek kabulü şeklinde tanımlanmaktadır.⁵

Teşhis veya tedavinin avantaj ve dezavantajlarının belirlenmesi, bunların alternatif tedavilerle kıyaslanması, meydana gelebilecek sonuçların değerlendirilmesi, risklerin anlatılması, tedavinin parçası olan yan uygulamaların ve ilaçların açıklanması, tedaviyi red durumunda gerçekleşecek sonuçlarının belirtilmesi, tıbbî gerçeklerden yararlanılarak hastanın sorularının cevaplanması ve kuşkuların giderilmesi yoluyla aydınlatılması, kişinin kendi geleceğiyle ilgili serbest ve sağlıklı kararlar alması ve kendi kaderini tayin hakkı açısından son derece önemlidir. Yeterince bilgi sahibi olmayan kişinin tıbbi müdahaleye serbest iradesiyle onam vermesi de beklenemez⁶.

Hastanın hekim tarafından bilgilendirilmesinden sonra hasta ile hekim arasında veya hastane ile hasta arasında bazen bir sözleşme kurulur. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hastalığın teşhisi, tedavisi ve bu tedavinin başarı olasılığının belirtilmesi, tehlikelerin ve risklerin ve tedaviden sonra alınacak tedbirlerin hastaya bildirilmesi, hastanın var olan kuşkularının giderilmesi ve tedavinin ekonomik boyutlarına ilişkin bilgilendirmede bulunulması, meydana gelen

3 Ahmet Turla, Hülya Köprülü, Emine Şirin Karaarslan, Gözde Yüksel, "Aydınlatılmış Onam", **Ondokuz Mayıs Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi**, C. 7 (2), s. 157.

4 Ali Rıza Tümer, Emre Karacaoğlu, Ramazan Akçan, "Cerrahide Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", **Ulusal Cerrahi Dergisi**, C. 27, Sayı 4, 2011, s. 191

5 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 131.

6 Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, (Bundan sonrası için kısaltma: Hekimin Sorumluluğu) İstanbul, 1972, s. 125.

sözleşmenin kurulmasında önemli oranda etkili olmaktadır.⁷ Bu yüzden hekimin aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri sürecinin bir parçası olarak düşünülebilir.

Hastanın ve hekimin tıbbi müdahalede beraber etkili olması gerekmektedir. Hasta hekime sağlık durumunu ve şikayetlerini bildirecek, hekim ise hastalık, tedavi, iyileşme şansı, riziko, tedavinin yapılmaması durumunda karşılaşılabilecek olumsuz sonuçlar, seçenekler gibi konularda hastayı bilgilendirecektir. Burada çatışmalı bir durum mevcuttur. Bir taraftan hekim, kendisine verilen tıbbi müdahale yetkisini kullanmak suretiyle geniş bir takdir yetkisini kullanmakta; öte taraftan hasta da kendisi ve sağlığı konusunda tek karar verici olarak kalmaktadır. Aydınlatma bu çatışmalı durumu uzlaştıran ve hasta-hekim işbirliğine dayanan hasta odaklı bir işlemdir. Hasta yargısını sağlığı ve tedavi yöntemleri konusunda hekimden öğreneceği bilgilere dayanarak yapacaktır.⁸

Hekim, ana ödevlerinden biri olan aydınlatma yükümlülüğüne uyarak hastaya önerilerde bulunmalı, onu kendi sorumluluğunun bilincinde bir birey gibi ele almalı ve onun kişisel haklarına saygı göstermelidir. Tıbbi müdahale neticesinde hastanın iyileşmiş olması da bu yükümlülüğü ortadan kaldırmamaktadır. Hekimin tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için hastayla uzlaşması şart olup bunun için de hastasını aydınlatması gerekmektedir. Hekimin tıbbi müdahale seçenekleri gün geçtikçe artmakta olduğu için hastanın sağlık durumunun gereğine en uygun olan tedavinin seçilerek tıbbi müdahalenin bireyselleştirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Buna bağlı olarak da hasta ve hekim arasında daha kuvvetli bir iletişim şart olmaktadır.⁹

Bazen aydınlatma, onamın sağlıklı şekilde oluşmasını sağlamak dışında tedavinin amacına uygun şekilde güven altında yerine getirilmesini sağlar. Bu durum

7 Hasan Seçkin Ozanoğlu: "Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.52, Sayı: 3, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003, s.64, Mine Kaya, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ile Kişilik Hakkı ile İlişkisi (Bundan sonrası için kısaltma: Kişilik Hakkı)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Sayı: 8, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2012, s. 59

8 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 132, Barış Erman, **Ceza hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 102; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, (Bundan sonrası için kısaltma: Tıbbi Müdahale) 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s. 224-225

9 Paula Walter, "The Doctrine of Informed Consent: To Inform or Not To Inform?", Volume 71, New York – USA, **St. John's Review Law Review**, Article 2, St. John Law Press, 1997, p. 546; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 132 vd.

özellikle güvenlik aydınlatması denilen aydınlatma türünde mevcuttur. Güvenlik aydınlatmasıyla istenen şey, hastayı kendi sağlık durumu, iyileşme sürecinin işleyişi ya da ilaçların etkileri hususunda aydınlatarak, hastanın doğru ve işin özüne uyan davranışta bulunmasını sağlamak, sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi veya tedavinin başarısı için belli davranış kurallarına uymasını temin etmektir.¹⁰

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün özel hukuk anlamında niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün teknik anlamda bir yükümlülük olmadığı, bir külfet olduğu ve bu ödevin yerine getirilmemesi durumunda hekimin belli hak ve ayrıcalıklardan mahrum kalacağı, kişilere ise bu ödevin ifasını talep hakkı tanınmayacağı fikri doktrinde ileri sürülmüştür.¹¹ Ancak, doktrindeki ağırlıklı görüşe göre aydınlatma yükümlülüğü teknik anlamda bir yükümlülük olup bu yükümlülüğün ihlali durumunda çalışmamızın ikinci bölümünde işlenmiş olan cezai, hukuki ve mesleki yaptırımlar söz konusu olur.¹²

1.2. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ

Hipokrat yeminine dayanan geleneksel paternalist¹³ tıp ahlakı anlayışına göre hekimin en önemli görevi, hastanın fikrine önem vermeksizin onun yararına hareket

10 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 138.

11 Cüneyt Çilingiroğlu, **Özel hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Mustafa Dural, İstanbul, 1991, s. 58-59; Ernst Steindorff, "Anmerkung zu BGH JZ", 1963, 369 f. aktaran Erman, **a.g.e.**, s. 103-104.

12 Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel), Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 29; H. Tamer İnal, **Borçlar Aykırılık**, 2. Baskı, İstanbul: Papatya Yayıncılık Eğitim, 2009, s. 166; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 60; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 76; Hayrunnisa Özdemir, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi** (Bundan sonrası için kısaltma: Teşhis ve Tedavi), Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 96; Hayrunnisa Özdemir, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma), **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 3-4, Erzincan: Özsoy Ofset, 2008 s. 349; Barış Erman, **a.g.e.**, s. 101.

13 Paternalizm: Kişinin kendi yararına olacağı düşüncesiyle kişinin otonomisinin devlet, kurum veya başka bir kişi tarafından sınırlandırılması anlayışı.

Paternalist Tıp Anlayışı: "Hekim yardım ve çare arayışı içindeki güç durumda olan hastasına sahip çıkacaktır. Hasta için en doğru olanı o belirleyecek, bilgi ve beceri sahibi biri olarak hastasını yönlendirecektir. Bir babanın çocuğuna gösterebileceği ihtimam, sahiplenme ve onun yerine kararlar alma şeklindeki ilişkiye benzetilmesinden dolayı hekim- hasta arasındaki böylesi bir ilişki paternalist ilişki olarak adlandırılmaktadır", Erdem Aydın, **Paternalizm ve Aydınlatılmış Onam**, Çevrimiçi, <http://www.nazimcankaya.net/paternalizm.htm#pater1> . Ayrıca bkzn. Erdem Aydın, **Tıp Etiği**, Güneş Kitabevi, 2006, s. 16-31.

etmek ve hastaya hiçbir şekilde zarar vermemektir. Hipokrat Külliyyatının 16. bölümünde hastaya bilgi verildiği zaman pek çok hastanın daha kötüsünü seçebileceği gerekçesiyle hekimlerin hastalarından pek çok şeyi gizleme akıllılığı gösterebileceği belirtilmektedir.¹⁴ 20. yüzyıla kadar bu anlayış farklı düzeylerde etkisini göstermiş olup günümüzdeki anlamda aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlatılmış onam gibi terimler kullanılmamıştır.

Roma Hukuku öncesi dönemlerde onama ilişkin çok az düzenlemeye rastlanmaktadır. Bunlar arasında, Hammurabi Kanunlarında hastanın çok ağır bir operasyon sonrası bir gözünü veya hayatını kaybetmesi durumunda çok ağır cezalar öngörülmüştür. Bu gibi durumlarda hastanın onamı hekimin cezalandırılmasına engel olmuyordu. Onam bunun dışındaki tıbbi uygulama hatalarında cezasızlık sebebi oluyordu. Ancak uygulama başarılı olduğu takdirde onamın veya aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması hekimin sorumluluğunu doğurmuyordu.¹⁵

Eski Mısır Uygarlığında hekimlerin tıbbi müdahaleler sırasında uyacağı belirli kurallar yazılı hale getirilmiş, bu kurallara uymayarak hastanın zararına sebep olan hekimin kusurlu olmasa dahi sorumlu olacağı düzenlenerek kusurlu olma adeta bu kurallara uymamaya eşitlenmiştir.¹⁶

Roma hukukunda acemilik, bilgisizlik, ihmal gibi durumlar hekimler için ağır ihmal olarak nitelendirilerek hekimlerin bu gibi durumlardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Aynı etkinlik ve nitelikte olmasa da bugün de geçerli olmakla birlikte *Volenti non fit iniuria*¹⁷ kuralı gereği hekimler hastanın onam vermesi durumunda sorumluluktan kurtulabiliyordu.¹⁸

14 Cross, A. W., & Churchill, L. R., **Ethical and Cultural Dimensions of Informed Consent: A Case Study and Analysis**. *Annals of Internal Medicine*, 96(1), 1982, 110-113; Tom L. Beauchamp, "Informed Consent: Its History, Meaning and Present Challenges", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 20.04, 2011: p. 515-523; Nermin Ersoy, "Aydınlatılmış Onam", *Hasta Hakları - Çağdaş Tıp Etiği*, İstanbul; Nobel Tıp Kitabevleri, 2003, s. 204

15 Çakmut, *Tıbbi Müdahale*, s. 55.

16 Bayraktar, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 44; Funda Işık Özcan, "Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, Danışman: Yrd. Doç. Fulya İlçin Gönenc, İstanbul, 2008, s. 41; John A. Wilson, "Medicine in Ancient Egypt.", *Bulletin of the History of Medicine*, 36, 1962, s. 114.

17 "Rıza gösterene yapılan fiil haksızlık oluşturmaz."

18 Bayraktar, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 34; Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahale*, s. 55; Nancy G. Siraisi, "Medieval and early Renaissance medicine: an introduction to knowledge and practice.", University of Chicago Press, 2009. s. 6

Kilise Hukukunda hekimin bilgisizlik ve ihmalden sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur.¹⁹ Kilise hukuku bireysel otonomi konusunda aşırı muhafazakar yaklaşmış olup kişinin kendine zarar verme iradesinin korunmaya değer olmadığını savunmuştur. Bundan hareketle onam hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum değildir. İntihar, yaralama, kısırlaştırma, kastrasyon gibi filler sert şekilde yasaklanmıştır.²⁰

İslam Hukukunda hekimin tıbbi uygulamalardan sorumlu tutulmaması için bazı şartlar koşulmuştur. Mağdurun onamının alınması, hekimin mesleğinde bilgi ve ehliyet sahibi olması, uygulanacak tedavinin dönemin kabul ettiği bilimsel ölçüler içinde gerçekleştirilmesi ve tıbbın kabul ettiği metodların kullanılmasıdır.²¹

Anadolu Selçuklu ve Osmanlı dönemlerinde İslam hukukundaki ana kurallar takip edilmiş olup hastanın hekimine daha kolay açılmasını sağlamak için hekimin dürüst, doğru sözlü, alçak gönüllü, güvenilir ve kibirli olmamak gibi erdemlere sahip olması gerektiği bildirilmiştir. Hekimin, hastanın sorduğu sorulara doğru ve güzel sözlerle cevap vermesi, sözlerinde şüphecilikten ve yanlıştan sakınması tavsiye edilmiştir. Hastanın zor kavrayabileceği konuların olduğu durumlarda ise, hekimin bu hususlarda hastanın yakın akrabasını bilgilendirmesinin daha uygun olabileceği belirtilmiştir. Bu dönemlerdeki şer'i mahkeme hükümlerinde hastanın onamı alındığı zaman hekimin sorumluluğunun meydana gelmediği açıkça ortaya konulmuştur.²²

Son yüzyılda ise hekimin, özellikle cerrahın, hastanın onamını elde etmekle ilgili sorumluluğu önemli değişikliklere uğramıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde geçtiğimiz yüzyılda görülen davalar hekimin, hastanın aydınlatması ve onamını elde etmesi ile ilgili hukuki ve etik sorumluluğun tanımlanmasına önemli katkı

19 Bedi N. Şehsuvaroğlu, **Tıbbi Deontoloji Dersleri**, Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul: Fatih Gençlik Matbaası, 1986, s. 51.

20 Weissenberger, **a.g.e.**, s. 9 aktaran Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 57.

21 Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, S. 77

22 Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 50; Ersoy, **a.g.e.**, s. 204; Tümer/ Karacaoğlu/Akçan, **a.g.e.**, s. 191-192; Halide Savaş, "Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri Kitabı**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 264; Hanım Göktaş, "XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hekim Hasta İlişkileri ve Diplomasız Hekimler", **International Journal of History**, Volume 6, Issue 6, p. 106-107; Özen Tok, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", **Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, 2008, s. 788-805.

sağlamıştır.²³ Anglo-Amerikan hukuk biliminde aydınlatılmış onam, insan onurunu ve bütünlüğünü korumayı amaçlayan iki temel ilke üzerine dayanarak ortaya çıkmıştır. Bunlar bireyin kendisi hakkında karar verme hakkı ve güvene dayanan ilişki kavramlarıdır.²⁴ Bunlardan güvene dayanan ilişki prensibine göre “*bir kimse kendisine güvenen ve inanan bir kişinin iyi niyetine sadık kalarak onun yararına davranmalıdır*” şeklinde açıklanmaktadır.²⁵ Hekimin mesleki bilgisi, hastanın hastalığı konusundaki bilgisizliği ve çaresizliği, hasta-hekim ilişkisinin güvene dayanmasını mecbur kılmaktadır. Güvene dayalı bu ilişki hekime, hastanın durumunu ve kendisine önerdiği tedavi hakkında bütün gerçekleri hastaya açıklama görevi yüklemektedir. Diğer prensip olan bireyin kendi hakkında karar verme hakkıyla ise, “*rıza verme yeteneğine sahip olan bir kişinin, kendi prensipleri doğrultusunda kendi bedenine ne yapılacağına karar verme hakkına sahip olduğu ve onun isteği dışında başkaları tarafından hiçbir girişim için kendisinin zorlanamayacağı*”²⁶ belirtilmektedir.

Aydınlatılmış onam konusunda en erken dava 1767'de Amerika Birleşik Devletleri'nde görülmektedir. Günümüzdeki aydınlatılmış onam kriterlerini tam karşılamasa da *Slater v. Baker* ve *Stapleton* davasında mahkeme hekimlerin belli bazı tıbbi müdahalelerde hastayı önceden uyarıp hastanın onamını alması gerektiğine karar vermiştir.²⁷ Davaların yapısı nedeniyle önceleri sadece cerrahi işlemler için hastalarından onam alma ödevi üzerinde durulmuş olsa da daha sonra tüm tıbbi uygulamalar için bu ödevin gerektiği sonucuna varılmıştır. 1905 yılında *Mohr-Williams* davasında mahkeme sağ kulağına yapılacak müdahaleye onam vermiş olan hastanın anestezi altındayken, tıbbi gereklilik düşüncesiyle, sol kulağına yapılan müdahaleyi hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme cerrahın ameliyatın başarılı geçmiş olduğu ve o an tıbbi gereklilik bulunduğu savunmalarına itibar etmemiştir.²⁸ 1914

23 Ersoy, **a.g.e.**, s. 205

24 **A.g.e.**, s. 205.

25 Bernard M. Dickens, "The Ethical Content of Legally Informed Consent", **Contemporary Issues in Biomedical Ethics**, Humana Press, 1978, 194; Ersoy, **a.g.e.**, s. 205; Mason Kenyon, Graeme Laurie and Alexander McCall Smith. "Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics.", Oxford University Press, 2013. p. 245

26 M. C. Silva, and P. L. Zeccolo, "Informed Consent: The Right to Know and The Right to Choose", **Nursing Management**, 17.8, 1986, p. 18.

27 Tom O'Shea, "Consent in History, Theory and Practice", **Essex Autonomy Project Green Paper Report** (University of Essex: Essex Autonomy Project, 2011), p. 40 [available: <http://autonomy.essex.ac.uk/consent-in-history-theory-and-practice>]

28 Jose E. Maldonado, "Strict Liability and Informed Consent: Don't Say I didn't Tell You So", **Akron Law Review**, 9, 1975, p. 609.

tarıhli *Schloendorff* davasında mahkeme hastanın onamı konusunda yeterliliğe değinerek ortalama akıldaki yetişkin insanın kendi vücudu üzerinde yapılacak tıbbi müdahalelerde karar verme hakkına sahip olduğunu ve bu onamı almayan hekimin tıbbi müdahalenin zararlarından sorumlu olacağını karara bağlamıştır.²⁹ 1918'de görülen *Hunter-Burroughs Davasında*, aydınlatılmış onam konusunda açıklama, gönüllülük ve hastanın karar sürecine katılması kavramları üzerinde durulmuştur. *Salgo-Stanford Üniversitesi davasında* (1957) ise aydınlatılmış onam³⁰ terimi ilk kez kullanılarak bu konuda hekimin açıklaması gerekenler belirlenmiştir.³¹

Nathanson-Kline (1960) davasında mahkeme hekim ile hasta arasında güvene dayanan bir ilişki bulunduğunun altını çizerek, hastalık ve tedavisi ile ilgili bütün gerçekleri hekimin hastasına bildirmek zorunda olduğunu ve bu bilgilendirmenin onama yönelik ve hekime ait bir yükümlülük olduğuna karar vermiştir. *Cobbs-Grant (1972)* davasında, yeterli şekilde aydınlatma yapılmadan hastanın karar sürecine etkin şekilde katılmış olmasının mümkün olmayacağına ve hastanın bilgiyi anlamış şekilde tıbbi müdahaleye onam verme hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. *Canterbury-Spence* davasında ise hekimin mantıklı bir insanın bilmek isteyeceği tüm bilgiler doğrultusunda hastasını bilgilendirmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³²

Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün geçtiği ilk karar Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1912 tarihli kararıdır. 1930'lu yıllardaki kararlarda da aydınlatma yükümlülüğün ihlali sebebiyle uğranılan zararlardan hekimin sorumlu olacağına hükmedilmiştir.³³

Nüremberg Mahkemeleri'nde, İkinci Dünya Savaşı boyunca Nazi Toplama Kamplarında tutulan savaş esirleri üzerinde insanlık dışı deneyler uygulayan hekimlerin yargılamalarının sonrasında Alman mahkemeleri aşağıdaki temel ilkeleri

29 Douglas ST Green and C. Ronald MacKenzie, "Nuances of Informed Consent: The Paradigm of Regional Anesthesia.", *HSS Journal* , 3.1, 2007, p. 116; Ersoy, **a.g.e.**, s. 206.

30 **Bknz.** Informed Consent

31 *Salgo v. Leland Stanford etc. Bd. Trustees*, 154 Cal.App.2d 560; Green, **a.g.e.**; Ersoy, **a.g.e.** , s. 206; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 48.

32 Green, **a.g.e.** ; Ersoy, **a.g.e.**, s. 206; Işık Özcan **a.g.e.**, s. 48

33 Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları.", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara: Fakülteler Matbaası, 1982, s. 35; Ersoy, **a.g.e.**, s. 206; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 48

ortaya koymuştur: Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın kararlarını kendisinin verebilmesi hakkından doğar. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve ölçüsü, tıbbi müdahalenin yol açabileceği komplikasyonların yoğunluğuna ve ağırlığına göre belirlenir; hekim prensip olarak müdahalenin meydana getirebileceği tipik tehlikeleri bildirmekle yükümlüdür. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi tıbbi bir sorun olmayıp hukuki bir sorundur. Bu yüzden hangi ölçüde aydınlatmanın yapılması gerektiği hekime bırakılmamalıdır. Kapsamın hâkim tarafından belirlenmesi gerekir.³⁴

Nuremberg Mahkemesi kararları hastanın aydınlatılarak onamının elde edilmesine hukuki dayanak sağlamış olup, Nuremberg Code (1645) denilen bir takım etik kurallar ortaya koymuştur.³⁵

Türk hukukunda aydınlatılmış onamın önemine dikkat çekilmiş ilk karar 1977 tarihli Yargıtay kararıdır.³⁶ Anılan karara konu olayda doğumevine genç bir kız getirilmiştir. Davacı genç kıza davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılarak hekimin başparmağı davacının himenine baskı yaparak hastanın anüler olan kızlık zarının yırtılmasına sebep olmuştur. Kararda aydınlatma yükümlülüğü doğrudan tartışılmıştır. Muayenenin risklerini, muhtemel sonuçlarını hekimin davacıya açıklaması gerektiğine, çünkü bu tür tıbbi müdahalelerde kızlık zarının bozulma tehlikesinin bulunmasına rağmen davalı hekimin yaptığı muayenenin muhtemel tehlike ve sonuçları hakkında davacıyı bilgilendirmediğine, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlayamayan hekimin sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

34 Ersoy, **a.g.e.**, s. 206 vd.; Işık Özcan **a.g.e.**, s. 49 vd.

35 Ersoy, **a.g.e.**, s. 207

36 Y.4.HD, 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/2541 K.. (Çevirimiçi, www.kazanci.com).

1.3. MUKAYESELİ HUKUKTA AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bireylerin temel haklarından olan kişilik haklarına dayandırılması sebebiyle bu hakları güvence altına almak amacıyla aydınlatılmış onam günümüzde birçok ülkede yasalarla düzenlenmiş durumdadır. Bunlardan bazıları şu şekildedir.³⁷

1.3.1. Kıta Avrupası Hukukunda

Alman Hukukuna göre hastanın tıbbi müdahaleye onam vermesi bir hukuka uygunluk nedeni olup onamın geçerliliği için hastanın neye onam verdiğini bilmesi gerekmektedir. Bu yüzden de hekim geçerli bir onam elde etmek için önce hastayı aydınlatmalıdır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü Federal Alman Anayasasının 1. ve 2. maddeleri ile korunan hastanın kendi kaderini belirleme hakkına dayandırılmaktadır.³⁸ 20 Şubat 2013 tarihli Alman Hasta Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanunla yapılan değişiklikler sonrasında, Alman Medeni Kanununun 630c ve 630e maddelerine³⁹ göre aydınlatmada yer alması gereken bilgiler genel olarak şu şekildedir: Tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde hastanın sağlığını tehdit eden tehlikelerin neler olduğu ile bu tıbbi girişimin türü, özellikleri, alternatifleri, biçimi, ivediliği, gerekliliği, uygunluğu, başarı şansı ve tehlikeleri. Ayrıca aynı maddede aydınlatmanın hastanın sağlıklı şekilde karar vermesine imkân verebilecek bir zamanda sözlü olarak yapılması gerektiği ve aydınlatmanın istisnaları düzenlenmiştir. Bu hususlar dikkate alınarak hastanın serbestçe tedavi kararı verebileceği ve bunlar olmaksızın ise onun kendisi hakkında karar vermekle ilgili anayasal ve yasal hakkına saldırıda bulunulmuş olacağı savunulmaktadır.⁴⁰

Japon Hukukunda tıbbi müdahalede aydınlatılmış onam medeni hukukun ve ceza hukukunun ilkelerine dayandırılmıştır. Aydınlatılmış onam olmadan

37 Ersoy, **a.g.e.**, s. 224

38 Gerfried Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Çeviren: Efe Direnisa, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C. III, 2006, S. 2, s. 3.

39 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 630d Einwilligung

40 Özsunay, **a.g.e.**, s. 36; Tom L. Beauchamp, and James F. Childress, **Principles of Biomedical Ethics**, 6th Edition, 2008, p. 146; Josephine Shaw. "Informed Consent: a German Lesson.", **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 35, Issue .04, 1986, 864-890; Ersoy, **a.g.e.**, s. 225; Albin Eser, "Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice" (Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), **Patient's Rights: Informed Consent, Access and Equality**, 1994, p. 236; Fischer, **a.g.e.**, s. 3.

gerçekleşen bir tıbbi müdahale sonrasında hekimin haksız fiile dayanan sorumluluğu meydana gelecektir. Aydınlatılmış onamın alınmaması veya eksik aydınlatma ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının mevcut olması durumunda maddi ve manevi zararlar talep edilebilir. Hastanın ölmesi durumunda ise zararları talep hakkı mirasçılara geçer.⁴¹ 1997 tarihli Organ Nakli Kanununda organ nakillerine ilişkin aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir.⁴²

Fransız hukukunda, kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığını düzenleyen Medeni Kanunun 16. maddesinde istisnai haller dışında kişinin onamı olmadan kişiye tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Yine 2005 yılında Toplum Sağlığı Kanununda yapılan son değişikliklere göre hiçbir tıbbi müdahale hastanın özgür ve aydınlatılmış onamı olmadan gerçekleştirilemez. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına tıbbi tahliller, tedaviler, tedbir amaçlı müdahaleler, bunların amaçları, maliyetleri, gereklilikleri, sonuçları, riskleri, risk oranları, tedavinin gerçekleştirilmemesi durumundaki riskler ve varsa müdahale sırasında ortaya çıkan riskler girer. İhtilaf durumunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü hastada olmayıp hastane veya hekimdedir. Yükümlülüğün yerine getirildiği her türlü delille ispat edilebilir.⁴³

1.3.2. Anglo-Sakson Hukukunda

İngiliz Hukukunda aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmuyorsa da aydınlatma yükümlülüğü gerek mahkeme kararları gerekse de etik tartışmalar çerçevesinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte bazı tıbbi müdahaleler açısından bazı özel kanunlarda örneğin Akıl Sağlığı Kanununda⁴⁴, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Genel olarak ise, hekim

41 Eiji Maruyama, "Practice of Legal Medicine in Japan: Informed Consent in Research", **Legal and Forensic Medicine**, Ed: Roy G. Beran, Berlin: Springer, 2013, p 909; Ersoy, **a.g.e.**, s. 225; Diana Brahams, "Right to Know in Japan.", **Lancet**, 2.8655, 1989, p. 173; Masato Kumashiro, "Informed Consent in Medical Malpractice Litigation in Canada and Japan" ProQuest, 2006, p 18.; Kiyomi Tomita, "Informed Consent and the Right to Refuse Medical Treatment: A Comparative Study of Common-law Canada and Japan.", McGill University, Montreal-Canada, 1992, p. 55-123.

42 Robert B. Leflar, "Informed Consent and Patients' Rights in Japan", **Houston Law Review**, S. 33, 1996, 4, (Çevrimiçi, <http://ssrn.com/abstract=2123262>)

43 **Bkz. Code de la santé publique - Article L1111**, (Çevrimiçi, http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BBD0247EB1FFAE7DF8CD4F1B8AAC5F7C.tpdila12v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006170993&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20050422)

44 **Bkz. Mental Health Law**

onam alınmadan önce önerilen tedavinin yapısı, özelliği, sonuçları ve riskleri konusunda açıklama yapmalıdır.⁴⁵ Aydınlatılmış onamın seçenek tedavilerle ilgili bilgileri de içermesi gerektiği yönündeki hukuki ve etik düzenlemeleri 1983'te Helsinki Bildirgesi hükümlerine dayandırarak yapmış olan İngiltere, tıbbi müdahale için verilen onamın hukuken geçerli olması için hastanın neye onam verdiğini bilmesini ve aydınlatmayı yapan hekimin aydınlatma formunu hastayla birlikte imzalamasını şart koşturmuştur.⁴⁶ Hastanın geçerli şekilde onamı alındıktan sonra ortaya çıkan beklenmeyen tehlikeli durumlarda, hekim başka tedavinin daha uygun olacağı düşüncesindeyse, hekimin hastaya mutlaka bilgi vermesi ve hastanın maruz kalabileceği rahatsızlıklar konusunda hastayı uyarması gerekir. Mevcut onamdan başka bir onamın alınması gereken bu ve benzeri durumlarda hastanın onamı alınmaksızın yapılan her tıbbi müdahale hukuka aykırıdır.⁴⁷

Kanada Hukukunda, hastanın tıbbi müdahaleye onam vermiş olması ve bu onamın da hukuken geçerli bir onam olması için hastanın teşhis, önerilen tetkikler ve tedaviler, tedavi edilmeme durumundaki riskler, tedavilerin başarı şansı, alternatif tedaviler ve riskler konusunda bilgilendirilmiş olması tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından şarttır.⁴⁸ 1980 tarihli Kanada Yüksek Mahkemesi içtihadına göre⁴⁹ bilgilendirmenin düzeyi makul bir hastanın düzeyine göre olmalıdır.⁵⁰ 1996 tarihli Ontario Sağlık Hizmetleri-Onam Yasası onamın öğelerini tanımlamakta, hastanın ehliyetinin nasıl tanımlanacağına, hasta adına onam verebilecek kişinin kim olabileceğine açıklık getirmektedir.⁵¹

Amerikan Hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda kişinin kendi bedenini en iyi tanıyan kişi olduğu görüşünden hareketle kendi hakkında karar

45 British Medical Association, **The Handbook of Medical Ethics**, London: BMA, 1986, p. 111 aktaran Ersoy, **a.g.e.**, s. 225; Reginald Sydney Speller, "Law of Doctor and Patient.", **HK Lewis**, 1973, p. 42-46.

46 Ersoy, **a.g.e.**, s. 225

47 **A.g.e.**; Christian P. Selinger, "The right to consent: Is it Absolute? The Right to Consent: Is it Absolute?", **British Journal of Medical Practitioners**, 2.2, 2009, p. 50-54; Sydney Reginald Speller, **a.g.e.**, s. 42-46

48 Ersoy, **a.g.e.**, s. 225; Kumashiro, **a.g.e.**, s. 17-18; Evans, K. G., and G. Henderson. **Consent: A Guide for Canadian Physicians**, 4th Edition, Ottawa: Canadian Medical Protective Association, , 2006, p. 13; Tomita, **a.g.e.**, p. 12-55.

49 Reibl v. Hughes, 1980, 2 S.C.R. 880, (Çevrimiçi, <http://canliiconnects.org/en/cases/1980canlii23>)

50 Evans-Henderson, **a.g.e.**, s. 12-14.

51 Ersoy, **a.g.e.**, s. 225-226; Jyotica Pragma Kumar, **Informed Consent in Judicial Discourse: India and Canada 1996-2003**, University of Toronto, 2005, p. 80.

verme hakkı ve güvene dayanan ilişki prensibi genel olarak sıkı şekilde takip edilmiştir.⁵² Federal bazı düzenlemelerin yanında⁵³ kimi eyaletlerde belli durumlar için birtakım katı kurallar konulmuştur.⁵⁴ Örneğin klinik araştırmalarda belli bilgilerin verilmesini zorunlu kılan düzenlemeler gibi. Bazı eyalet yasaları makul derecede bilgilendirmeyi şart koşarken bazıları tam ve eksiksiz bilgilendirmeyi şart koştur.⁵⁵ Mevcut eyalet yasalarında, temel olarak hastanın teşhisi, tedavisi, varsa seçenek tedavileri ve bu tedavilerin yararları, zararları ile tehlikelerinin açıklanması, onamın alınma şartlarının bulunmadığı durumlarda ise temsilci onamının⁵⁶ alınabileceği ve bu onam açıklamasından sonra, hastanın tedaviyi kabul veya reddetme kararının geçerli olabileceği düzenlenmiştir.⁵⁷

1.4. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜYLE BAĞLANTILI KİŞİLİK HAKLARI

1.4.1. Genel Olarak

Kişinin vücut tamlığı, yaşamı, sağlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkı özellikle 1982 Anayasasının 17. maddesi ve Türk Medeni Kanununun 2., 23. ve 24. maddelerince korunmakta olan kişilik kavramına ve haklarına dahil kavramlardır. Bu haklar diğer kişilik hakları gibi mutlak, kişiye sıkı surette bağlı, devredilemez, vazgeçilemez, kanuna ve genel ahlaka aykırı biçimde sınırlanamaz ve parayla

52 Dickens, **a.g.e.**, p 194; Ersoy, **a.g.e.**, s. 226; Nancy M. Kettle, **Informed Consent: Its Origin, Purpose, Problems, and Limits**, Diss. University of South Florida, 2002, p. 57; Jessica W. Berg, Paul s. Appelbaum, **Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice**, 2nd ed., 2001, Available at http://works.bepress.com/charles_lidz/75/

53 Örneğin 42 C.F.R. § 482.51 nolu federal tüzük hasta aydınlatma formlarında bulunması gereken ibareleri belirtmiştir.

54 American Cancer Society, **Informed Consent**, <http://www.cancer.org/acs/groups/cid/documents/webcontent/003014-pdf.pdf>

55 American Cancer Society, **a.g.e.**, p. 3.

56 **Bknz.** Proxy Consent

57 Ersoy, **a.g.e.**, s. 226; Robert Audi, "The Moral Rights of the Terminally ILL.", **Contemporary Issues in Biomedical Ethics**. Humana Press, 1978, p. 43-62; Jessica W. Berg, Paul s. Appelbaum, **a.g.e.**, p. 39-165; Nancy M. Kettle, **a.g.e.**, p. 56-59; White, Christopher, Arnold J. Rosoff, and Theodore R. LeBlang. "Informed Consent to Medical and Surgical Treatment", **Legal Medicine**, 2007, p. 337-345; Wallach, D. Michael, and Steven J. Berry, "Informed Consent in Texas: A Proposal for Reasonableness and Predictability", **Mary's LJ**, 18, 1986, p. 835-886; Neal R. Reisman, **Medical Malpractice: Understanding the Law, Managing the Risk**, Singapore: World Scientific, Editors: S.Y. Tan, 2006, p 89-102.

ölçülemez haklardandır. Tıbbi müdahale, esasında bu hakları ihlal edici nitelikte olmasına karşın aydınlatılmış onam müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir.⁵⁸

1.4.2. Yaşam Hakkı

Kişinin en önemli ve temel haklarından biri olan yaşam hakkı⁵⁹ kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü koruyup sürdürülebilmesi; varlığının çeşitli etkilerle bozulmasını önleyebilmesi şeklinde tanımlanan⁶⁰, sadece doğmakla kazanılan ve kişinin doğumundan ölümüne kadar geçen sürede yaşamına yönelik olarak bir başkasının hatta kendisinin⁶¹ gerçekleştirebileceği saldırılardan korunmasını içeren vazgeçilemez bir haktır.⁶²

Herkesin en temel haklarından biri olan sağlıklı ve özgür bir yaşam, diğer kişilik değerleri için de bir önkoşul olması dolayısıyla ulusal metinlerin yanında birçok uluslararası metinde de yer almıştır. 1982 Anayasasının 17. maddesinin 1. fıkrasında herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve yine aynı maddenin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; onamı olmadan

58 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Kişilik Hakları ve Hukuk Devleti**, Murat Sarıca Armağanı, Aybay Yayınları, İstanbul, 1988, s. 179; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 43-46; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2000, s. 103; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 3. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s. 72-74; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2013, s. 339; Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 21. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 274; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Gün Matbaası, 1969, s. 104-105; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 153 vd.

59 Bahri Savcı, **Yaşam hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 449, Ankara, 1980, s. 7; Kudret Güven, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım A.Ş., 2000, s. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 159.

60 İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, 3. Baskı, AFA Yayıncılık, 1993, s. 142; Savcı, **a.g.e.**, s. 13-14; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 13; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 101.

61 Aynı yönde bkz. "... hatta kişi kendisi de yaşamından vazgeçemez ve öldürülmesine razı olamaz." Aydın Zevkliler, **Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler** (Bundan sonra için kısaltma: **Kişiler Hukuku**), Ankara: Seçkin Yayınevi, 1981 s. 272; Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 13; Erman, **a.g.e.**, s. 126; Güven, **a.g.e.**, s.5; Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 105; Ayrıca yaşam hakkının, kişinin kendisine karşı dahi koruma altında olduğuna ilişkin bir tartışma olarak **bkz.** Ötanazi tartışmaları.

62 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 160; Hamide Tacir, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19 (2), 2013, s. 1302; Ayşe Işıl Karakaş, **İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri**, Anadolu Üniversitesi Yayını 2990, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1943, Eskişehir, 2013, s. 136; Aynı yönde bkz; Savcı, **a.g.e.**, s. 15-16; Aytekin Ataay, "Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak." **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 20, 1996, s. 25; Güven, **a.g.e.**, s. 5.

bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa mahkemesi güncel bir kararında aydınlatma yükümlülüğünün ve onam alma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir.⁶³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/1'de ise hekimin yükümlülüğünün hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumak ve bu mümkün olmadığı takdirde, acılarını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak olduğu belirtilerek bir anlamda yaşam hakkı güvence altına alınmış ve hekimin sorumluluğunun çerçevesi olarak hastanın yaşam hakkı çizilmiştir.⁶⁴

Yaşam hakkı, bazı durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının tayininde önemli bir role sahip olabilir. Yaşam hakkının korunması bakımından, bazı zorunluluk hallerinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralabileceği gibi aydınlatma yükümlülüğü tamamen de ortadan kalkabilir. Bu bağlamda yaşam hakkının tıbbî müdahalenin ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını çizmekte etkin bir role sahip olduğu söylenebilir.⁶⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı bölümünde bu konu geniş olarak incelenecektir.

1.4.3. Sağlık Hakkı

Sağlık, kişinin yalnızca hastalık ve sakatlık durumunda olmayışı değil; “bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir”.⁶⁶ Sağlık bir hak olarak ele alındığında, kişi açısından sağlıklı bir ortam oluşturulması, mevcut sağlık durumunun korunması, bozulan sağlık durumunun iyileştirilmesini isteme haklarını da içerir.⁶⁷ Hastanın tıbbî müdahale konusunda gerektiği şekilde aydınlatılması, hasta açısından sağlık hakkına riayet edilmesi kadar, mevcut sağlık durumunun devamının bir başka deyişle daha kötüye gitmemesinin de teminatıdır. Hastanın gerektiği şekilde aydınlatılmaması halinde, hasta sağlık hakkına kavuşmak için doğru tercihlerde

63 **Ahmet Acartürk**, Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, § 71.

64 Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 48

65 Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 76.

66 World Health Organization, **The Preamble Of The Constitution Of The World Health Organization**, 1950, p. 4; Aynı yönde bkz.; 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinin 2. cümlesi: “*Sağlık: Sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.*”

67 Mustafa Süttaş, “**Hasta ve Hasta Yakını Hakları**”, İnsan Hakları Dizisi, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 2003; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 50; Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 15.

bulunamayacak ve sağlık hakkına yönelik doğru tercihlerde bulunma imkânına sahip olamayacaktır.⁶⁸

İnsan bedenini koruyucu bir etki gösteren ve temel bir hak olan sağlık hakkı⁶⁹ birçok uluslararası belgede⁷⁰ yaşam hakkı ile birlikte anılarak bu iki hak arasındaki sıkı ilişki vurgulanmıştır.⁷¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinin *“Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.”* şeklindeki düzenlemesinde sağlığın her kişinin hakkı olduğu belirtilmiştir.

Aynı zamanda sosyal bir hak olan sağlık hakkı, 1982 Anayasasının Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan 3. bölümünde yer alan 56. maddede⁷² devletin bu konudaki ödevlerini ortaya koymuştur. İlgili maddede sağlık hakkının gerçekleşmesi için devletin aktif olarak bir takım faaliyetlerde bulunması, yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Devlet, sağlık ve sosyal yardım kurumları kuracak ve özel sektörün de bu tür kurumlar kurması için destek sağlayacaktır.⁷³ Ancak sağlık hakkının anayasada sosyal ve ekonomik haklar arasında sayılmış olması nedeniyle devletin bu hakkın gereğini mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğine yer verilmiştir.⁷⁴

68 Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 77.

69 Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 101; İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 148.

70 Örnek bkz. **Convention on the Right of the Child**, article 6.

71 Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 13

72 1982 Anayasası'nın 56. maddesindeki düzenlemelere göre, *“herkes, sağlık ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”* (m. 56/1); *“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”* (m. 56/3); *“Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir”* (m. 56/4) ve *“Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”* (m. 56/5).

73 Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul: Beta Yayını, 2012 s. 185; Aynı yönde bkz. Özgür Temiz, *“Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”*, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 69, No: 01, 2014, s. 165-188.

74 İbrahim Şahbaz, *Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı*, S. 86, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, s. 412.

1.4.4. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Kişilik hakkının konusuna giren vücut bütünlüğü hakkı, kural olarak üzerinde tasarrufta bulunulamayacak kişilik değerleri arasında yer alır.⁷⁵ “*Kişi, bedenini oluşturan organları, kemikleri, dokuları, hatta en küçük parçaları üzerinde dahi kişilik hakkına sahiptir*”.⁷⁶ Kişinin bedensel bütünlüğüne karşı girişilecek eylemler, önemli sakıncalar doğurak nitelikte olmasa bile onaylanamaz ve kişi bu gibi davranışlara karşı korunur.⁷⁷

Vücut bütünlüğü hakkı, ulusal ve uluslararası mevzuatla koruma altına alınmış temel bir insan hakkıdır. Vücut bütünlüğüne maddi veya manevi şekilde zarar verecek hareketler vücut bütünlüğü hakkının ihlalini oluşturduğundan⁷⁸ ulusal ve uluslararası mevzuatla yasaklanmıştır. 1982 Anayasasının 17. maddesi, işkence yasağını düzenleyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi, Türk Medeni Kanununun 23. ve 24. maddeleri, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi ve Türk Ceza Kanununun md. 86. maddelerindeki düzenlemelerde temel kıstas kişinin vücut bütünlüğünü korumaktır.⁷⁹

Tıbbî müdahale tabiatı itibariyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olması sebebiyle, bu müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için müdahale öncesinde hastanın aydınlatılmış onamı temin edilmiş olmalıdır. Teşhis, risk ve süreç aydınlatmasından meydana gelen müdahale aydınlatması ile kişi, vücuduyla ilgili teşhis, tedavi ve bunların sonuçları hakkında aydınlatılmış olur. Kişi bu şekilde hukuken tanınan bir onam açıklamasında bulunarak hem tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale getirebilir hem de vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkını koruyabilir.⁸⁰

75 Zevkliler, **Kişiler Hukuku**, s. 272

76 **A.g.e.**, s. 272; Aynı yönde Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 76-77.

77 Zevkliler, **Kişiler Hukuku**, s. 272; Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları** (Bundan sonrası için kısaltma: Haksız Fiil), Ankara: Seçkin Kitabevi, 2009, s. 43; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 159; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk I Şahsın Hukuku - Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 2. Basım, İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1956, s. 128.

78 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 34; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.53; Dural, **Gerçek Kişiler**, s. 102; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 104.

79 Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 53.

80 Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 124-125; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 77; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 104; Zevkliler, **Kişiler Hukuku**, s. 274; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s. 104.

1.4.5. Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

Tıpta paternalist tutum, güvenilirlik beklentisi altındaki geleneksel hekim-hasta ilişkisi olup, bu ilişki türünde eşit olmayan kişiler arası güç ilişkisi ve mahremiyet şartlarında etkileşim mevcuttur.⁸¹ Günümüzde ise hekim ile hastanın tıbbi müdahale sürecine karşılıklı şekilde katılımı daha ön plana çıkmaktadır. Paternalist tutum, yerini giderek hekimin hasta karşısındaki karizmatik, tıbbî, hiyerarşik ve sosyal gücünü hasta lehine dengeleyerek bu gücü hasta ile paylaşma esasına dayanan empatik ilişkiye⁸² ve tıp etiğindeki hastanın özerkliği⁸³ kavramından kaynağını alan hastanın kendi geleceğini belirleme prensibine bırakmaktadır.⁸⁴

Yargıtay'ın 1977 tarihli bu konudaki kararı⁸⁵ sağlık hukukunda paternalist görüşten uzaklaşıldığını⁸⁶ ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına ağırlık verildiğini göstermektedir. Anılan kararda hastanın iradesine şu şekilde vurgu yapılmıştır: “... tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisinin hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir...”

Kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendi farklılığını ortaya koyma olanağı tanıyarak kendisini gerçekleştirmesine, kendi geleceğiyle ilgili kararları bizzat kendisinin vermesine, böylelikle kendi geleceğini bizzat kendisinin belirlemesine, hayatını etkileyen kararların sorumluluğunu kendisinin taşımasını sağlar.⁸⁷ Bu hakkın kapsamında, hastanın durumunu kendi bilmesi, aydınlanması, uygulanacak tıbbî müdahalenin etki ve sonuçlarını öğrenmesi, bunun neticesinde tedaviyi uygun bularak tedaviye razı olması, tedaviyi sürdürmesi ya da sona erdirmesi gibi hususlar bulunmaktadır. Kısacası geleceğin hasta tarafından tayin

81 Nükhet Örnek Büken, “Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım Ankara, 2.Bası, 2009, s. 37-39.

82 Ersoy, **a.g.e.**, s. 208-209.

83 Ersoy, **a.g.e.**, s. 208-209; Erdem Aydın, “Tıp etiğinde hasta özerkliğine saygı ilkesi”, **Erciyes Tıp Dergisi**, 25.2, 2003, s. 96-97.

84 Hilary Madder, “Existential Autonomy: Why Patients Should Make Their Own Choices”, **Journal of Medical Ethics**, V. 23-4, 1997, p.224; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 29.

85 **Bknz.** Dipnot 33.

86 Sibel Adıgüzel, “**Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü**”, Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 14.

87 Hilary Madder, **a.g.e.**, s.224; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 73.

edilmesi için öncelikle geleceğin ne olduğunun veya ne olacağının hasta tarafından bilinmesi gerekir. Bu da hastanın hekim tarafından aydınlatılmasıyla mümkün olur.⁸⁸

1982 Anayasasının 17. maddesinde kendi geleceğini belirleme hakkından açıkça bahsedilmemişse de *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* şeklindeki düzenlemeyle bu hak dolaylı olarak anılmıştır.⁸⁹

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın sağlık durumu ve tıbbi müdahale hakkında kişinin aydınlatılmasını, böylelikle bilgi sahibi konumuna gelen hastaya, hekim yardımıyla yararlanmak veya hastalığının akışını kadere bırakmak konusunda seçim hakkını içermektedir.⁹⁰ İnsan onuruna duyulan saygı bu hakka riayeti zorunlu kılmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunun 23. maddesi⁹¹ ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 12. maddesinde⁹² bulunan bu yöndeki iradi seçim hakkını sınırlayan düzenlemeler saklıdır.

88 Köksal Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı"(Hastanın Hakkı), **Sağlık Hukuku ve Yeni TCK.'daki Düzenlemeler Sempozyumu** 17.11.2006, İstanbul, 2007, s. 97.

89 *"Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 8. Maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. (Bknz. **Sevim Akat Eşki**, B. No: 2013/2187, 19.12.2013, § 30)", **Ahmet Acartürk**, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, § 47; Trocellier v. France, No. 75725/01, ECHR 2006-XIV; Şerif Gecekuşu vs. Türkiye, No: 28870/05, 25/05/2010/, AİHM; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 15.*

90 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 132; Erman, **a.g.e.**, s.60; Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, (Bundan sonrası için kısaltma: Hekimin Sorumluluğu) Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 44, 1998, s.37.

91 Türk Medeni Kanunu Madde 23- *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik Maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."*

92 HHY m. 12 uyarınca *"Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayat tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez."*

1.5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsurlardan biri olan onamın ön basamağı olan aydınlatma yükümlülüğü, taşıdığı önem sebebiyle bugün birçok uluslararası sözleşmeye ve bildirgeye konu olmuştur. Ulusal mevzuatımızda ise çeşitli kanun ve yönetmelikle düzenlenmiş durumdadır.

1.5.1. Uluslararası Metinler ve Düzenlemeler

1981 yılında Lizbon'da Dünya Hekimler Birliği tarafından yayımlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi⁹³ hastanın aydınlatılma hakkının kabul edildiği ilk uluslararası belgedir. Bildirgenin 3. maddesinde, hastanın kendi kaderini belirleme, kendisi ile ilgili özgürce karar verme, hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilme hakkının olduğu ve hastanın uygulanacak tahlil veya tedavinin amacının ne olduğu, bunun sonuçlarının ne olabileceği, tedaviyi kabul etmeme durumunda meydana gelebilecekleri açık bir şekilde anlaması gerektiği belirtilmiştir.

1994 yılında Amsterdam'da Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Ofisi tarafından Amsterdam Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinin 2. maddesinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, “

- 1- Hastaların durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidişi konularını içerecek şekilde sağlık durumları konusunda tam olarak bilgilenme hakkına sahip oldukları (madde 2.2),
- 2- Bilgilendirmenin yalnızca hasta üzerinde açık ve olumlu bir etkisinin olacağına inanmak gibi geçerli bir nedenin olduğu zamanlarda kısıtlanabileceği (madde 2.3),

93 Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, (Çevrimiçi, <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/l4/>)

- 3- Bilginin hastanın anlama kapasitesine uygun bir yolla ve yabancı teknik terminoloji kullanımını en aza indirerek iletilmesi gerektiği, hasta ortak dil konuşamıyorsa çeviri yapılabileceği (madde 2.4),
- 4- Hastaların kesin olarak belirttikleri takdirde bilgilendirilmeme hakkının bulunduğu (madde 2.5),
- 5- Hastaların kendi yerlerine kimin bilgilendirileceğini seçme hakkına sahip oldukları (madde 2.6)
- 6- Hastaların ikinci bir görüş alma imkanına sahip olmaları gerektiği (madde 2.7)
- 7- Sağlık kurumuna kabul edilen hastalar, kendilerine bakan sağlık personelinin kimliği, mesleki durumu, o kurumda kaldığı ve bakıldığı sürece uyacağı kurallar ve rutin işlemler konularında bilgilendirilmeleri gerektiği (madde 2.8)
- 8- Son olarak hastaların sağlık kurumundan taburcu edildiklerinde teşhisleri, tedavileri ve bakımlarını içeren bir yazılı özet alma ve isteme imkânına sahip oldukları (madde 2.9)”

belirtilmiştir.

1995 yılında Lizbon Bildirgesi⁹⁴ Dünya Hekimler Birliği tarafından Bali toplantısında gözden geçirilerek genişletilmiş ve hekimin aydınlatma yükümlülüğü de daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu bildirgeye göre hastanın kendi kaderini belirleme hakkı vardır. Hekim hasta hakkında vermiş olduğu kararların sonuçları konusunda hastayı bilgilendirecektir. Akli yeterliği olan erişkin hastaların teşhis ve tedavi yöntemlerini kabul etme ya da reddetme hakları bulunmaktadır. Hastanın bu kararı vermek için gerekli olan bilgileri edinme hakkı vardır. Hastanın, incelemelerin ve tedavinin amacını, muhtemel sonuçlarını ve eğer onam vermezse bunun ne gibi sonuçlara yol açabileceğini açıkça anlaması gerekir. Bilinci kapalı hasta yerine yasal olarak tespit edilmiş temsilci aydınlatılmalıdır. Yasal temsilcinin bulunmadığı ve

94 1995 yılında Lizbon Bildirgesi (Çevrimiçi, <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/14/>)

tıbbi girişimin acil olarak yapılması gereken durumlarda, hastanın onamı varsayılabilir. Varsayılan onamdan hareket edebilmek için, hastanın içinde bulunduğu durum dikkate alınarak, düşünülen tedaviye hastanın onam vermeyeceğini kesin ve açık olarak bildirmemiş olması gerekir. Buna rağmen, hekim bir intihar girişimi sebebiyle bilinci kapanmış olan hastanın hayatını her zaman kurtarmaya çalışmalıdır. Hasta kendi tıbbi kayıtlarında yer alan bilgileri edinme, tıbbi durumu ve bu duruma ilişkin tıbbi gerçeklerle ilgili tümüyle aydınlatılma hakkına sahiptir. Ancak üçüncü kişilere ait bilgiler hastanın gizli kayıtlarında yer alıyorsa bu bilgilerin hastaya verilmemesi gerekir. Bazı ayrıcalıklı durumlarda, eğer bilginin verilmesinin hastanın hayatına veya sağlığına ciddi biçimde zarar vereceği yönünde güçlü bir kanaati varsa, bu tür ayrıcalıklı durumlarda bilgi hastadan gizlenebilir. Bilginin hastanın anlayabileceği ve yerel kültüre uygun bir şekilde verilmesi gerekir. Başka bir kişinin yaşamını korumak için zorunlu olmadıkça, hastanın açıkça istemesi durumunda bilgilendirilmemeye de hakkı vardır. Ancak başka bir kişinin yaşamını kurtarma amacıyla aydınlatmanın zorunlu olduğu durumlar bu konuda istisnadır. Eğer hasta isterse, kendisinin yerine uygun gördüğü başka bir kişiyi bilgilendirme için seçme hakkına sahiptir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun adıyla ve 5013 Sayılı Kanun olarak ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilerek iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Bu sözleşmede aydınlatma yükümlülüğü üzerinde de durularak tıbbi müdahalenin ancak hastanın aydınlatılmış onamının alınmasından sonra gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

2002 yılında Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Ana Sözleşmesi'nin Bilgilendirilme hakkı başlıklı 3. maddesinin ilk bendinde ise herkesin kendi sağlık durumu, mevcut sağlık hizmetleri ve bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilme koşulları konusunda ve tüm bilimsel araştırma ve teknolojik yenilikler konusunda bilgi alma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.⁹⁵

1.5.2. Ulusal Düzenlemeler

Hukukumuzda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü, bütün tıbbi müdahaleleri kapsayacak şekilde ayrıntılı olarak düzenleyen bir kanun bulunmasa da aydınlatma yükümlülüğünün doğrudan veya dolaylı kanuni birtakım dayanaklarına rastlamak mümkündür. Yukarıda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı bölümünde de değindiğimiz üzere Anayasanın 17. maddesi, tıbbi müdahaleye onam vermenin ve dolaylı olarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının, hasta açısından bilgi alma hakkının, hekim açısından ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı olan normların başında yer alır.⁹⁶

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Türkiye tarafından 5013 Sayılı Yasa ile onaylanmış olduğundan ve Anayasanın 90. maddesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olduğundan ulusal mevzuatımızın bir parçasıdır. Yine Anayasanın aynı maddesine göre bu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir anlaşma anlaşma olması sebebiyle normlar hiyerarşisinde aynı konuda farklı hükümler içeren diğer kanunların üstündedir.

TMK md. 2'deki dürüstlük kuralı, kişilik haklarını koruyan TMK 23. ve 24. maddeleri, kişilik haklarına saldırı halinde tazmin borcunu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 49., 56. ve 58. maddesi, hasta ile hekim arasında bir sözleşmenin bulunması durumunda Borçlar Kanunu m. 506'daki vekilin özen borcu⁹⁷ aydınlatma yükümlülüğünün dayanaklarıdır.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde⁹⁸ hekimlerin her türlü tıbbi müdahalenin öncesinde hastalardan, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilciden onam alınması gerektiği düzenlenmiştir. Neye onam verdiği konusunda bilgilendirilmemiş olan hastanın vereceği onamın

⁹⁶ **Ahmet Acartürk**, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, § 41 vd.

⁹⁷ Yargıtay 13. HD, 18.09.2008 gün, 2008/4519, 2008/10750, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70: “*Tabipler ve dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*

(Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadının şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.”

sağlıklı ve hukuken geçerli olabileceği düşünölemeyeceği için bu düzenlemenin aydınlatma yükümlölüğünün zımnı ve dolaylı bir dayanağı olduğı kabul edilmelidir.

Kamuoyunda Malpraktis Kanun Tasarısı olarak bilinen Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının 3, 13 ve 15. maddelerinde hekimin aydınlatma yükümlölüğü tanımlanarak şartları ayrıntılı olarak ve onamla iç içe bir şekilde ele alınmıştır. Tasarı, aydınlatma yerine bilgilendirme sözcüğünü kullanarak tıbbi müdahaleye iznin ön adımı olarak bilgilendirmenin ne şekilde yapılacağı, şartları, acil durumlarda bilgilendirme, bilgilendirilmeden vazgeçme, hastanın bilgilendirilme için başkasını yetkili kılması gibi konuları düzenlemiştir.⁹⁹ Tasarının yasalaşması durumunda hekimin aydınlatma yükümlölüğü ayrıntılı bir şekilde yasal dayanağı kavuşmuş olacaktır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesi 2. fıkrasında “*Hastanın sağlık durumuna olumsuz bir etkide bulunmaması şartıyla teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya bildirilmesi lazım.*” hükmüyle aydınlatma yükümlölüğü genel olarak ele alınmıştır.¹⁰⁰

08.05.2014 tarihinde Hasta Hakları Yönetmeliğine getirilen yeni değişikliklerle bu yönetmelikte aydınlatma yükümlölüğü; tanım, kapsamı, kayıtları isteme, kayıtların düzeltilmesini isteme, bilgi vermenin usulü, bilgi verilmesi caiz

99 Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı
Madde:3/7 – “(Tanımlar) ... Bilgilendirerek izin alma: Hekimin, hastanın sağlık durumu ve konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin ve müdahalenin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin riskleri, verilen ilaçların kullanışı ve muhtemel yan etki ve advers tepkileri, tedaviyi kabul etmeme durumunda hastalığın meydana getireceği sonuçlar, varsa tedavi seçenekleri ve riskleri konularında bilgilendirip, hastanın tereddüdü olan konulardaki sorunlarını anlayacağı bir dille cevapladıktan sonra hastadan alınan sözlü veya yazılı izni...”

“Hasta üzerinde araştırma yapma

Madde:13 - Bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek ve tıbbi hizmetlerin iyileştirilmesini sağlamak amacıyla hasta üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar, ancak hastanın bilgilendirilerek yazılı rızasının ve Bakanlıktan izin alınması şartıyla yapılabilir.”

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi “Madde 14 – Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir: Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görölen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.

Maş’um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.”

olmayan haller ve tedbir alınması gerekli olan haller, bilgi verilmesini yasaklama başlıkları altında kapsamlı olarak düzenlenmiştir.¹⁰¹

101 Hasta Hakları Yönetmeliği

Tanım: 3/ğ) (Ek:RG-8/5/2014-28994) *“Bilgilendirme: Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini”*

“Bilgilendirmenin Kapsamı

Madde 15- (Başlığı ile birlikte değişik:RG-8/5/2014-28994)

Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

“Kayıtları İnceleme

Madde 16- Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”

“Kayıtların Düzeltilmesini İsteme

Madde 17- Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir.

Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar.”

“Bilgi Vermenin Usulü

Madde 18- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.”

“Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken haller

Madde 19- Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

“Bilgi Verilmesini Yasaklama

Madde 20- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında;

Türk Tabipler Birliğince kabul edilen Hekimlik Meslek Etik Kurallarının 26. ve 27. maddesi aydınlatma yükümlülüğü konusunda önemli düzenlemeler içermektedir. İlgili maddelere göre hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçları, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumunu gözetilerek yapılmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar açısından ise, toplum sağlığını tehdit sebebiyle, hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Bunun dışındaki durumlarda hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir. Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekli değildir. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.

Mevzuatımızda, bu belirttiklerimizin dışında da birtakım özel tıbbi müdahaleler için bazı kanun, tüzük ve yönetmelikler de mevcuttur.¹⁰²

kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

102 **Bknz.** 2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun madde 2, 6 ve 7, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun madde 4 ve 6, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 1, 13, 14 ve 15, İn vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği eki , İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik madde 8, Farmasotik Müstahzarların Biyoyararlanım Ve

1.6. AYDINLATMANIN KONUSU, AMACI, TÜRRLERİ , KAPSAMI VE YERİNE GETİRİLMESİ

1.6.1. Aydınlatmanın Konusu

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmesi için aydınlatmanın konusunun belirlenmesi önem arz etmektedir.¹⁰³ Aydınlatmanın konusu, hastalığa dair tıbbi bulgu ve teşhis, müdahalenin türü ve içeriği, varsa alternatif tedavi ve müdahale şekilleri, müdahalenin aciliyeti, yan etkileri ve rizikoları, müdahalenin sonuçları ve müdahalenin yapılmaması durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlardır.¹⁰⁴

Türk Tabipler Birliği'nin Hekimlik Meslek Etik kuralları'nın 26. maddesine göre hekim, sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, riskleri, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, önerilen tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve diğer olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda hastasını aydınlatmalıdır.

Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik madde 8 ve 23, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği , Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği madde 19, Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği madde 31, Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği madde 11, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği madde 4, Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik madde 26, Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik madde 46, Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği madde 9 ve 18, Kamu Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri Hakkında Yönetmelik madde 4 ve 5.

103 Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 105; Sevgi Akbenlioğlu, **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Pervin Somer, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2010, s. 84.

104 Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 205; Yahya Kıyak, **Lectures on Medical Ethics**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayın No: 445, Tıp Fakültesi Yayın No:1, 1987, s. 42; ; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Kazancı Matbaacılık, 1991, s. 74; Özsunay, **a.g.e.**, s. 41; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 61; Erman, **a.g.e.**, s. 106-110; Serkan Kızılyel, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara**, 1. Baskı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 211;

1.6.2. Aydınlatmanın Amacı

Aydınlatmanın amacı, hastanın tıbbi müdahaleye yönelik onamının sağlıklı bir şekilde oluşması ve onun özgür iradesinin gerçekleşmesidir. Bu şekilde hasta, tıbbi müdahalenin objesi olmaktan sujelerinden biri durumuna geçerek, müdahale yapılıp yapılmayacağına, duruma göre bunun ne şekilde gerçekleştirileceğine ve kendi geleceği hakkında da kendisi karar verecektir. Aydınlatmayla, hastanın, müdahalenin ve buna göstereceği onamın niteliği, önemi ve kapsamı konularında genel hatlarıyla bilgi sahibi olması ve müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını tartabilecek duruma gelmesi sağlanır.¹⁰⁵

Aydınlatmanın başka bir hedefinin de, hastanın işbirliği yeteneğini ve yatkınlığını arttırmak olduğu ileri sürülmektedir. Zira aydınlatma sayesinde tedavi imkanlarından ve seçeneklerinden haberdar olan hastanın, kendisini kurtarabilecek bir müdahale seçeneğinden mahrum kalma veya yanlış kullanım sonucu bir ilaçtan zarar görme olasılığı azalmaktadır.¹⁰⁶

Güvenlik aydınlatmasında ise amaçlanan şey, hastayı mevcut sağlık durumu, iyileşme sürecinin işleyişi ya da ilaçların etkileri hususunda aydınlatarak, hastanın doğru ve işin özüne uyan davranışta bulunmasını sağlamak, sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi veya tedavinin başarısı için belli davranış kurallarına uymasını temin etmektir.¹⁰⁷

1.6.3. Aydınlatmanın Türleri

Hukuk düzeninin kendisine yüklediği işlevlere göre aydınlatmanın doktrinde çeşitlerinden bahsedilmektedir.¹⁰⁸ Çalışmamızda bunlardan başlıcaları olan tedavi (güvenlik) aydınlatması ve otonomi (karar) aydınlatması (teşhis, süreç, riziko aydınlatmaları) üzerinde duracağız. Bunların yanında doktrinde ekonomik aydınlatma, kalite aydınlatması, hekim hatası aydınlatması, ticari yarar aydınlatması,

¹⁰⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 102; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 131-134; Erdem Aydın, **Tıp Etiği**, s. 19-20.

¹⁰⁶ Erman, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁰⁷ Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 138.

¹⁰⁸ Sevgi Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 105.

tıptaki yeni teşebbüsler aydınlatması, hekimin tecrübesi aydınlatması, hekimin hastalığı aydınlatması gibi aydınlatma türleri de ileri sürülmüştür.¹⁰⁹

1.6.3.1. Güvenlik (Tedavi, Koruma) Aydınlatması

Güvenlik aydınlatmasını aşağıda incelenecek olan otonomi aydınlatmasından ayıran nokta, hastanın onamını alma amacına yönelik bir aydınlatma olmamasıdır. Doktrinde tedavi aydınlatması, koruma aydınlatması, uyarı yükümlülüğü gibi adlarla da geçmektedir. Bu aydınlatma türünde hastanın sağlığına yönelik menfaatlerinin gerçekleştirilmesi hedeflenir. Bununla bağlantılı olarak, güvenlik aydınlatmasında hedeflenen şey, hastayı kendi sağlık durumu, tedavi süreci ve kullanılacak ilaçların birbirleriyle etkileşimi konusunda aydınlatarak, tedavinin olumlu neticelenmesi ve hastanın sağlığıyla ilgili tehlikelerin önlenmesi amacıyla hastanın belli davranış kalıplarına uymasını temin etmektedir. Bu sebeple, otonomi aydınlatmasında tedaviye dayalı bakış açısı ön planda iken, güvenlik aydınlatmasında tamamıyla tedaviye ilişkin düşünceler önemli rol oynamaktadır. Güvenlik aydınlatmasında tıbbi tehlikelere karşı hastayı koruma kaygısı hâkim olduğundan, hekimin özen yükümlülüğünün önemli bir parçasını vekâlet sözleşmesine dayalı aydınlatma ve danışma yükümü oluşturur.¹¹⁰

Hekim hastayı koruyacak yaşam biçimini, diyetini belirlemek için hastalığını ve hastalığının eğilimini açıklamak; ilaç verirken ilacın dozunu, bünyenin kaldıramayacağı yönlerini ve yan etkilerini anlatmalıdır. Ameliyat halinde, hastada ameliyat sonrası ne tür komplikasyonların meydana gelebileceği ve bunları nasıl tanıyabileceği konusunda da bilgilendirmelidir.¹¹¹

Hastanın teklif edilen bir tıbbi müdahaleyi kabul etmemesi durumunda aydınlatma yükümlülüğü daha yoğun olarak vardır. Hastanın bir ameliyata razı olmaması durumunda, hekim onu ikna etmek için gerekli uyarıları yapmak suretiyle çaba göstermek zorundadır. Hekimin bu uyarıyı yapmaması durumunda hekim sözleşmeden kaynaklanan hastanın bakımı yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur ve

109 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 135; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 359; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 96-97; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 69; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 80;

110 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 138; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 356-358.

111 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 139.

tazminat ödemekle yükümlü olur. Hastanın tıbben kabul edilemeyecek taleplerde bulunması halinde de, hekim onu bilgilendirmek ve yanlış taleplerden vazgeçirmek durumundadır. Hasta erken taburcu edilmeyi isterse hekimin asgari bir düzeyde hastayı aydınlatması gerekir. Böylece muhtemel komplikasyonlar zamanında tespit edilip önlenabilir veya uygun şekilde tedavi edilebilir. Böyle bir bildirimin ihlali, ağır ameliyat geçirmiş hasta bakımından, hastanın sonraki muhtemel zarar görmesini engellemeye yönelik, hekime yüklenen özen yükümlülüğünün ağır ihlali olur.¹¹²

Ayrıca hekim güvenlik aydınlatması çerçevesinde, tıbbi müdahaleden sonra algılama yeteneğinde, hareketlerini kontrol kabiliyetinde ve dikkatinde zayıflama meydana gelebileceği konusunda da hastasını uyarmalıdır. Almanya’da bazı mahkeme kararlarında ve doktrinde, tıbbi müdahale sonrasında hastanın araba kullanmasının tehlike barındırıp barındırmadığı ve uygulanacak olan tedavi sonrasında hastanın araba kullanma yeteneğinde zayıflama meydana gelip gelmeyeceği hususunda hekimin hastayı aydınlatmakla yükümlü olduğu ileri sürülmektedir.¹¹³

1.6.3.2. Otonomi (Karar) Aydınlatması

Otonomi aydınlatması, hastanın serbest ve kendi sorumluluğunun bilincinde olacak şekilde tıbbi müdahale hakkında karar vermesini ve onamının sağlıklı şekilde temin edilmesini amaçlamaktadır. Bunun için hastanın teşhis, süreç ve rizikolar konusunda aydınlatılması şarttır.

1.6.3.2.1. Teşhis Aydınlatması

Bir sağlık şikayeti üzerine hekime başvuran hastaya, hekimin muayene sonucu elde edilen tıbbi bulguları ve tanıyı açıklamasına teşhis aydınlatması denilmektedir.¹¹⁴ Bu tür aydınlatmada hekim hastaya -varsa- hastalığının özelliklerini, sebeplerini, etkilerini, olası ihtimallerini ve gelişimini açıklar.¹¹⁵ Bu

112 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 139.

113 Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2002, § 62, N. 14; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 358.

114 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 140; İpekyüz, **a.g.e.**, s. 77; Ayan, **a.g.e.**, 71; İpekyüz, **a.g.e.**, s. 77.

115 İpekyüz, **a.g.e.**, s. 77.

hususun hastanın kendi geleceği hakkında karar verebilmesi, en uygun kararı oluşturması ve kendi hastalığına karşı gerekli savunma önlemlerini alması için de önemli olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁶

Ağır hatta ölümcül hastalıkların söz konusu olduğu durumlarda dahi hekim kural olarak teşhis konusunda hastasını bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Hasta ancak bu şekilde tedaviler, alternatifler, rizikolar hakkında sağlıklı bir tasavvur sahibi olabilir. Ancak hastanın aydınlatılması halinde psikolojik olarak büyük bir baskı altına girecek olması, rizikonun yükselmesi ve üçüncü kişilerin bu suretle tehlikeye düşmesi durumu söz konusu olduğunda hekimin insancıl nedenlerle teşhis aydınlatmasından kaçınabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla çok özel hallerde, eğer hastaya hastalığının bildirilmesi yaşamı veya sağlığı bakımından ciddi tehlikelere yol açacaksa, hastanın hastalığının ciddiyeti konusunda bilgilendirilmesi şartıyla teşhis aydınlatması tedavi amacıyla sınırlanabilir veya aydınlatmadan tamamıyla vazgeçilebilir.¹¹⁷ Ancak hekimin paternalist tutumlara yönelmesi ve hastanın kendi geleceğini bilme hakkından mahrum olması kaygılarıyla, hekimin tedavi ayrıcalığına başvurmaktan mümkün mertebe sakınmasını öneren yazarlar da mevcuttur.¹¹⁸

Kural olarak hekim hastasının henüz kesinleşmemiş, ispatlanmamış veya onaylanmamış şüpheli teşhislerle rahatsız olmamasına özen göstermeli, aydınlatma esnasında tedbirli ve özenli davranmalı, o anda sahip olduğu bilgi düzeyinin geçici olduğunu ve bunun değişebileceğini vurgulamalıdır.¹¹⁹

116 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Özsunay, **a.g.e.**, s. 41; Erman, **a.g.e.**, s. 106; Erdem Aydın, "Hasta Hakları ve Terminal Dönem", (Bundan sonrası için kısaltma: Terminal), **Yoğun Bakım Dergisi**, Y. 2003, S. 1, C. 3, s. 41

117 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 111-112; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 354; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 121; Özsunay, **a.g.e.**, 46-47; İpekyüz, **a.g.e.**, s. 78; Erman, **a.g.e.**, s. 106.

Azınlık karşıt görüşü için. **Bknz.** Erman, **a.g.e.**, s. 106. dn. 141: "*Alman doktrininde azınlıkta kalan görüşe göre tanının hastaya bildirilmesinin aydınlatma yükümlülüğü içinde yer almadığını, özellikle AIDS veya kanser gibi onmaz hastalıklarda hekimin hastaya tanı konusunda bilgi vermekten kaçınabileceği, böyle bir durumda tanının ancak hasta talep ettiğinde açıklanması gerektiği, hastanın müdahaleye rıza göstermesi için müdahalede bulunulmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlikeleri bilmesi mutlaka gerekiyorsa bunun tersinin kabul edilmesi gerektiği de savunulmuştur.*"

118 Ersoy, **a.g.e.**, s. 215.

119 Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 112; Erman, **a.g.e.**, s. 106.

1.6.3.2.2. Tedavi (Süreç) Aydınlatması

Hekiminin hastaya uygulanacak teşhis neticesinde elde etmiş olduğu bulgular çerçevesinde tıbbi müdahale ve müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, gerekliliği, izlenecek yöntem, bu yöntemlerin başarı ve risk oranları, bu yolda uyulması gereken davranışlar, müdahale öncesi durumu ile başarılı bir müdahale sonrası durumu hakkında hastayı bilgilendirerek hastanın fikir oluşturmaya yardımcı olmasına tedavi aydınlatması denilmektedir.¹²⁰ Doktrinde, hekimin kimliği, deneyimi ve tıbbi müdahalede kullanacağı malzemenin özellikleri konusundaki aydınlatmaların da tedavi sürecine dair aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girdiği ileri sürülmüştür.¹²¹

Tedavi aydınlatması kapsamında hasta kendisine uygulanacak olan tedavi konusunda ana hatlarıyla aydınlatılmalıdır. Hastaya tıbbi müdahale öncesi ve müdahale sonrasındaki durumu hakkında bilgi verilmelidir. Hekim tedavi sürecini ayrıntılarıyla açıklamak zorunda olmayıp hastaya uygulanacak müdahalenin önemli noktalarında bilgi vermesi yeterlidir. Ancak müdahalenin kesin sonuçları konusundaki bilgilendirme tedavi aydınlatmasına dahildir. Örneğin ameliyattan sonra neşter izinin kalacağı, rahmin alınması durumunda kişinin çocuk doğurmasını olanaksız kılacağı, dişin çekilmesi halinde ısırmadaki zorluklar açıklanmalıdır.¹²²

Tıbbi müdahalenin başarı ve başarısızlık şansı, bunların yüzdeleri gibi konular da tedavi aydınlatmasına dâhil zorunlu unsurlardır. Özellikle bir ameliyatın söz konusu olduğu durumda hekimin tedavi aydınlatmasını daha ayrıntılı olarak yapması gerekmektedir. Böylelikle hasta herhangi bir yanılsamaya veya hileye kapılmadan bütün sonuçların bilincinde bir şekilde ameliyata onay vermesi sağlanmalıdır.¹²³ Örneğin bir içtihada konu olayda, hastanın rahmindeki tümör alınırken bütün rahminin alınacağı hastaya bildirilmemiştir. Hekim hastanın daha önce iki uzman hekime danışmış olması nedeniyle, tekrar aydınlatmaya gerek görmemiş ve tekrardan bütün rahmin alınabileceği ihtimalinden bahsederek hastayı

120 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 112; Ayan, **a.g.e.**, 71; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 61; Özsunay, **a.g.e.**, s. 46-47; Ayan, **a.g.e.**; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 125; İpekyüz, **a.g.e.**, s. 78; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 66.

121 Erman, **a.g.e.**, s. 108-109.

122 Ayan, **a.g.e.**, s. 71; Hakeri, **Tıp hukuku**, 3. Baskı, s. 113.

123 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 113; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 124-125; Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:12, Sayı: 24, Güz 2013/2, s. 103.

endişeye sevk etmek istememiştir. Mahkemeye göre bir kimse bütün rahminin alınmasındansa, hasta kalmayı kabul edebileceğinden ve bu karar hayati tehlikeye yol açacak düzeyde mantıksız olsa bile vücuduna dokunulmasını istemeyen kişinin bu istemine saygı gösterilmesi gerekir. Hekim hastasını bu konuda aydınlatıp kendisinin onamını almadığı için kusurlu bulunmuştur.¹²⁴

Tedavi aydınlatmasının başlıca önemli noktalarından biri de hastanın tıbbi standart haline gelmiş tedavi seçenekleri konusunda aydınlatılmasıdır. Hastaya tedavinin muhtemel alternatifleri, örneğin klasik bir tedavinin mi, yoksa ameliyatın mı, ilaç mı yoksa ışın tedavisinin mi mümkün olduğu veya hastaya mevcut rizikolar dolayısıyla normal doğumun dışında sezaryenin de söz konusu olabileceği açıklanmalıdır.¹²⁵

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hukuka uygun olarak yerine getirmiş sayılması için hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesinden önce kendisine müdahale yapılmamasının sonuçları konusunda ayrıntılı olarak aydınlatılmış ve uyarılmış olması gerekir.¹²⁶ Yargıtay bir kararında¹²⁷ hekimin, nereden ve hangi ortamda olduğu bilinmeyen parmağındaki kesik yaranın tedavisi için gelen hastanın tetanos mikrobi kapmış olabileceğini ve bu sebeple sağlık durumunun tehlike altında olduğunu bilmesi gerektiğini, hekimin bu tür durumlarda ivedilikle tetanos aşısı yapılmamasının ağır ve tehlikeli neticeleri hakkında hastasını uyarmakla ve onu aydınlatmakla yükümlü olduğunu karara bağlamıştır.

Tedavi aydınlatmasının içeriğine, hastanın tedavisinde kullanılacak olan ilaçlar da dâhil olup hekim hastasının kullanacağı ilaçlardan kaynaklanabilecek yan etkiler hususunda, uygulanacak ilaçların tehlikeleri oranında, hastasına gerekli açıklamaları yapmakla yükümlüdür. Ayrıca hekim söz konusu tehlikeli ilaçların kullanımında gereken önlemleri de almalıdır. Şayet ilacı hastaya bizzat uygulayan hekimse, hastaya ilgili ilacın yan etkileri hakkında bilgi vermelidir. Örneğin, bir hastaya penisilin iğnesi yapılmadan önce, bu ilaca karşı alerjisinin bulunup

124 İzmir Karşıyaka 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2005/377 E., 2009/276 K. sayılı kararı (karar yayımlanmamıştır)

125 Erman, **a.g.e.**, s. 108; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 114.

126 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 114; s. Ayan, **a.g.e.**, s. 71

127 Y. 13. HD, 14.02.2000 T., 2000/8582 E., 2000/10298 K., (Çevrimiçi, <http://www.kazanci.com/>)

bulunmadığıyla ve bu konuda testler yaptırıp yaptırmadığıyla ilgili sorular sormalıdır. Şayet hekimin olaydaki rolü sadece ilaçla ilgili reçete düzenlemekten ibaretse, bu halde de hem hekimin ve hem üretici firmanın hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak, hastanın ilacın yan etkileri, riskleri ve tehlikeleri konusunda hekim tarafından bizzat bilgilendirilmesi gerekir.¹²⁸

1.6.3.2.3. Riziko Aydınlatması

Kendi bedeni üzerinde kendisi karar verme ve geleceğini belirleme hakkına sahip olan hastanın, kendisini ne gibi bir tıbbi müdahaleye maruz bıraktığını her yönüyle öğrenmesi ve bunun farkında olması açısından, tıbbi müdahalenin başarısızlık olasılığını ve bunun kendi bedeni üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olabileceğini de bütün açıklığıyla hastaya bildirmek hekimin görevidir.¹²⁹ Hekim tıp biliminin kurallarına uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunsa dahi, her tıbbi müdahalede beklenmeyen bazı gelişmeler ve komplikasyonlar meydana gelebilir. Bu yüzden hekimin, meslek kuralları, tıp bilimindeki mevcut bilimsel ve teknik gelişmeleri de dikkate alarak tıbbi müdahalenin bilinmesi gereken olası yan etkileri hususunda hastasını bilgilendirmesi gerekir. Bu yöndeki aydınlatma türüne riziko aydınlatması denilmektedir.¹³⁰ Birçok tıbbi ve hukuki sorunun temelini oluşturan bu tür aydınlatmanın somut olayda ne ölçüde yapılması gerektiği ve nelerin aydınlatılması gereken rizikolar çerçevesinde olduğu en çok tartışılan problemlerden birini oluşturmaktadır.¹³¹

*“Riziko aydınlatması o ana kadar tıp biliminde bilinen riziko oranlarına bağlı değildir.”*¹³² Bu oranların ne olduğu önemsiz olup, önemli olan bu risklerin hasta tarafından bilinmesinin hastanın kararını oluşturmaya etkisinin olup olmadığıdır.¹³³ Hekim çok az rastlanan rizikolar konusunda da hastayı aydınlatmak zorundadır. Yargıtay sonucun nadiren rastlananlardan olması durumunda da, hekimin

128 Özdemir, **Aydınlatma**, s. 358; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 107;

129 Erman, **a.g.e.**, s. 109; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 116; **Ahmet Acartürk**, Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, § 56.

130 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 67; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 116; Özsunay, **a.g.e.**, s. 41; Şeref Ertay, "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1981, s. 188.

131 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 67; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 116.

132 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 116.

133 **A.g.e.**, s. 116.

rizikonun bulunduğu konusunda hastayı aydınlatması gerektiğine karar vermiştir.¹³⁴ Bu görüş, gerçekleşme ihtimali aşırı düşük olan riskler konusunda hastanın aydınlatılmasının yerinde olmadığı, en uzak ihtimaller konusunda dahi hastanın bilgilendirilmesi zorunluluğunun hekimi çok ağır bir yük altına koyacağı, yükümlülüğün kapsamının bu durumda aşırı şekilde genişletilmiş olacağı gerekçeleri ile eleştirilmiştir.¹³⁵ Ancak her halükarda hekim, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda tıp biliminin ülkede ulaşmış olduğu bilimsel ve teknik düzeyden hareketle, bilinen veya bilinmesi gereken tipik rizikolar ve yan etkiler yanında; ameliyatın rizikoları ve hastanın kendi bünyesinden dolayı meydana gelebilecek ağır ve kalıcı sonuçlar konusunda da hastasını aydınlatmalıdır.¹³⁶

Rizikonun büyük olduğu tıbbi müdahalelerde, estetik ameliyatlarda, aşı gibi önceliyici tıbbi müdahalelerde ve ivedilik bulunmayan durumlarda aydınlatmanın kapsamının geniş tutulması gerekir.¹³⁷

1.6.4. Aydınlatmanın Kapsamı

1.6.4.1. Genel Olarak

Her ne kadar etik uzmanları hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını hekimlere bırakma taraftarı olsa da, aydınlatma yükümlülüğü tıbbi bir sorundan çok hukuki bir sorun olup hekimin bu hususta kural koyma yetkisi yoktur. Hekim bu yükümlülüğü yerine getirirken bu konuda konulan kurallara uymak zorundadır.¹³⁸

Her hastalığın ve tıbbi müdahalenin kendine özgü koşullarının bulunması dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde bütün tıbbi müdahalelere uygulanacak genel bir kanun hükmü yoksa da bu konuda bazı özel hükümler mevcuttur. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında

134 Y. 4. HD., KT. 07.03.1977, E. 6297/K. 2541, Çevrimiçi, <http://www.kazanci.com/>

135 Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 126; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 117; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 62;

136 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 62.

137 Ozanoğlu, **a.g.e.**, 67; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 356, Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 119; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 127;

138 Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, (Bundan sonrası için kısaltma: Tıbbi Yardım), Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Hukuki ve Cezai), Ankara, 1993, s.29; Ersoy, **a.g.e.**, s.214; Sevtap Metin : **Biyo-tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 129

Kanun'un m.7/a-b hükmü buna örnektir. Bu hüküm ile vericinin organ ve doku alınmasının yol açabileceği riskler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları konusunda uygun bir şekilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi ve ayrıca alıcıya sağladığı yararlar hakkında aydınlatılması gerektiği düzenlenerek aydınlatmanın kapsamı belirlenmiştir.¹³⁹

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ve 21.8.1987 tarih ve 19551 numaralı İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğinde örnekleri verilmiş izin belgelerinde, hekimin gebeliğin tıbben sona erdirilmesine, sterilizasyona ve embriyo aktarmasına (invitro fertilizasyona) ilişkin müdahalelerin tıbbi sonuçları, olası komplikasyonları, ağırlığı, önemi ve onam olmaksızın böyle müdahalelerde bulunulamayacağı; onamın kapsamının ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılamayacağı gibi hususları hastaya bildirmek zorunda olduğu düzenlenerek yapılacak aydınlatmanın kapsamı belirlenmiştir.¹⁴⁰

Hukukumuzda -aydınlatmanın kapsamını tamamıyla düzenlememiş olsa da- bu konudaki genel düzenlemelerden biri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre, hekim kural olarak, hastanın maneviyatı üzerinde kötü bir etkide bulunmaması şartıyla teşhise göre alınması gerekli tedbirleri hastaya açıkça söylemek zorundadır. Ancak bu düzenlemenin aydınlatmanın kapsamı hususunu tamamıyla düzenlediğini söylemek mümkün değildir.¹⁴¹

08.05.2014 tarihindeki yapılan değişiklik sonucu Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde aydınlatmanın kapsamı genel hatlarıyla çizilmiştir. Bu maddeye göre bilgilendirme,

1- Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği

2- Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

139 Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 91; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 105; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 63; Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Genişletilmiş 2. Baskı Ankara: Adalet Yayınları, 2010, s. 42.

140 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 63; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 97-98

141 Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 98; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 91; Ayan, **a.g.e.**, s. 75.

- 3- Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- 4- Muhtemel komplikasyonları,
- 5- Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- 6- Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- 7- Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- 8- Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği gibi hususları içermelidir.

Bununla birlikte yukarıda aydınlatmanın konusu bölümünde değinmiş olduğumuz Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesi, aydınlatmanın konusunu oluşturan esaslara değinen ve aydınlatmanın kapsamını çizen çerçeve bir hükümdür.

Doktrinde aydınlatmanın kapsamının hekimden hekime, kurumdan kuruma değişmesi sebebiyle makul bir kişinin bu durumda neyi bilmek isteyeceği düşüncesine dayanan makul kişi standardı ileri sürülmüştür. Makul kişi standardı ortalama bir hastanın sağlıklı bir onam için neyi bilmeye ihtiyacı olabileceği düşüncesi üzerine odaklanmaktadır. Makul ölçü her somut olaya göre, hastanın içinde bulunduğu şartlar, yaşam ve kültür düzeyi dikkate alınarak belirlenecektir. Ancak bu ölçüt hekimi “*Bunu bilmek istemeyecektir, bu bilgi karar için işine yaramayacaktır, şu bilgi onu korkutabilir*” şeklinde önyargılı düşünmeye sevk ederek açıklanması gereken bilginin sınırlandırılmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle makul bir insanın ne kadar bilgilendirilmeyi istediği şeklinde genel bir ölçü benimsenememek mümkün değildir.¹⁴² Aydınlatmada esas alınması gereken kıstas somut hasta-hekim ilişkisinin tarafları olan hekim ile hasta olmalıdır. Buna göre aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde hekim bakımından somut olayda var olan risklerden hareketle belirlenen özen ölçüsü¹⁴³ dikkate alınmalıyken, hasta açısından makul bir hastanın ne ölçüde bilgilendirilmeyi talep edeceği değil, mevcut olayda hastalık ve uygulanacak tıbbi müdahaleye dair bilgilerin ne kadarını hastanın

142 Ersoy, **a.g.e.**, s. 215; Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 156-157; Özlem Yenerer Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma), **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, 2007, s. 12; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 92.

143 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, **a.g.e.**, s.29; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 92.

öğrenmek isteyeceği ve psikolojik durumunun ne kadarına hazır olduğu göz önüne alınmalıdır.¹⁴⁴

1.6.4.2. Aydınlatmanın Kapsamının Genişlediği Haller

Hastanın sağlık durumu, tıbbi müdahale, müdahalenin riskleri, faydaları, sonuçları, komplikasyonları ve tedavi süreçleri ile ilgili olarak bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından kural olarak yeterli görülmekteyse de aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin ve hastanın kendine özgü niteliklerine veya somut şartlarına bağlı olarak genişleyebilmektedir. Hasta ile hekim arasında güven oluşturulması veya güvenin güçlendirilmesi veya hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye hakkında sağlıklı şekilde karar vermesini sağlamak açısından bu durum önem taşımaktadır. Aydınlatmanın kapsamının genişletilmesine sebep olabilecek, dolayısıyla kapsamın belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken durumlar, aşağıda ele alınmıştır.¹⁴⁵

1.6.4.2.1. Tıbbi Müdahalenin İvediliği İle İlgili Durumlar

Planlanan tıbbi müdahalenin gerekliliği ve aciliyeti, aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde etkili olan önemli nedenler arasındadır. Aydınlatmanın kapsamıyla müdahalenin aciliyeti ve zaruriliği arasında ters bir orantı mevcut olduğundan, gerçekleştirilecek müdahale hastanın sağlık durumu açısından ne kadar az acil ve ertelenebilir ise, aydınlatma yükümlülüğü de o oranda genişler.¹⁴⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının geniş tutulacağı tıbbi müdahalelere, kişinin üzerinde serbestçe düşünüp ciddi bir karar vermesi gereken estetik ameliyatların (kural olarak tıbbi zorunluluk oluşturmaması sebebiyle) yanı sıra, yapılması tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan veya ertelenebilen tıbbi girişimler ve teşhise yönelik yapılan biyopsi alınması benzeri tıbbi müdahaleler misal olarak gösterilebilir.¹⁴⁷

144 Ayan, **a.g.e.**, s.76; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.128; Ersoy, **a.g.e.**, s.214; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 149; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.227; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 92.

145 Erman, **a.g.e.**, s. 110; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 64; Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s. 48; Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011, s. 41; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 113. Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 131; Yakut, **a.g.e.**, s. 30.

146 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 65; Ayan, **a.g.e.**, s. 76; Özsunay, **a.g.e.**, s. 39; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 81-82; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 360.

147 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 360; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 127; Ayan, **a.g.e.**, s. 76; Özsunay, **a.g.e.**, s. 39.

1.6.4.2.2. Rizikonun Ağır Olduğu Durumlar

Tıbbi müdahalenin beraberinde getireceği rizikoların ağırlığı ve sıklığı aydınlatmanın kapsamını belirleyen bir diğer faktördür. Tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkabilecek tehlikenin ölçüsü ne kadar artarsa aydınlatmanın kapsamı da o ölçüde genişler.¹⁴⁸

Tıbbi müdahale sonucu meydana gelebilecek komplikasyonların sıklığı ve uygulanacak müdahaleye özgü düşük risklerin bulunması durumunda, hasta bu konularda da aydınlatılmalıdır. Böyle bir durumda aydınlatmanın kapsamı bu yönde de genişlemiş olacaktır.¹⁴⁹

Alman Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında en küçük risklerin dahi bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Riskin içeriği ile tıbbi müdahaleden umulan yararın da karşılaştırılması gerektiği düşüncesiyle bu kararlar eleştirilmiştir. Bu yönde eleştiride bulunan hukukçulara göre hastanın kararını etkileyebilecek bir risk, hayati önem taşıyan müdahalelerde önem taşımayabilecektir. Hatta böyle bir riskin gerçekleşme oranı yüksek bile olsa, hekimin hastayı bu konuda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aksi görüşe göre ise, hangi riskin önemli hangisinin önemsiz olduğunun değerlendirilmesinin hekime bırakılması kabul edilemez. Hastanın iradesinin tek taraflı olarak sınırlandırıldığı, hastanın kendi geleceği hakkında karar verme hakkının ihlal edildiği böyle bir görüşe katılmak olanaklı değildir. Tam tersine yaşamsal önem taşıyan operasyonlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün genişlediğinin kabulü gereklidir.¹⁵⁰

Rizikoya konu zararların geçici nitelikte olup olmadığı da önemlidir. Buna göre, uygulanması planlanan tıbbi müdahale esnasında veya daha sonra geçici nitelikte bir zararın ortaya çıkma riski varsa, hastanın kapsamlı olarak aydınlatılması mecburi değildir. Fakat kalıcı nitelikte bir zararın ortaya çıkma tehlikesi varsa hastanın kapsamlı olarak aydınlatılması şarttır.¹⁵¹

148 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 65; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 29; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 132; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 115; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82.

149 Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 115; Erman, **a.g.e.**, s. 110.

150 Erman, **a.g.e.**, s. 113.

151 Ayan, **a.g.e.**, s. 77; Özsunay, **a.g.e.**, s. 40; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 115; Erman, **a.g.e.**, s. 112

Tıbbi müdahalenin beraberinde getirebileceği rizikoların, aydınlatmanın kapsamını genişletip genişletmeyeceği, somut olayda hastanın subjektif özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin tıbbi müdahale sonucunda parmaklarını kaybedebilecek olan kişinin bir piyanist olması, bir ses sanatçısının ses tellerinin hasar görmesi riskinin bulunması gibi, hastanın kendi mesleğini icra etmesinde önemi bulunan organlarına ya da yeteneklerine etkisi bulunan bir tehlikenin mevcut olması durumlarında, yapılacak aydınlatmanın kapsamı genişleyecektir.¹⁵²

1.6.4.2.3. Tıbbi Müdahalenin Telafisi İmkansız Neticeler Doğurma İhtimalinin Bulunduğu Durumlar

Hastaya yapılacak tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkacak olumsuz sonuçların sonradan ortadan kaldırılabilmesi, değiştirilebilmesi olanağı olmadığı durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının geniş tutulması gerekir. Geri döndürülemez nitelikteki bu gibi tıbbi müdahalelerde hekim aydınlatmanın kapsamını çok geniş tutmanın yanında hastata tıbbi müdahale hakkında sağlıklı bir karara varabilmesi için uzunca bir süre düşünme imkanı tanınmalıdır. Gebeliğe tıbben son verilmesi, sterilizasyon, doku organ ve embriyon aktarmaları, heterolog dölleme, güzelleştirici ameliyatlar, tedavi amaçlı tıbbi denemeler, cinsiyete yönelik müdahaleler ve nihayet insan bedeninde fizyolojik bir değişiklik yapabilecek veya belirli bir organın fonksiyonlarına son verebilecek diğer benzer müdahalelerde de durum böyledir.¹⁵³

Yabancı birçok mahkeme kararında ana karnındaki çocukta bulunan vetedavisi mümkün olmayan özürlü tespit edemeyen, bu sebeple de çocuğun zamanında alınmasını sağlamayan hekim, istemedikleri halde özürlü bir çocuğa sahip olmaları nedeniyle teşhisteki dikkatsizlik ve buna bağlı olarak ceninin durumu konusunda ebeveynin aydınlatılmaması nedeniyle kusurlu bulunmuştur. Rahim tahliyesinin mümkün olduğu aşamada hekimin ebeveyni yanlış veya eksik bilgilendirmesi neticesinde bedensel veya ruhsal olarak özürlü doğan çocuğun bakımına ilişkin masrafların hekimden istenebileceği mahkemeler tarafından kabul

152 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 66; Ayan, **a.g.e.**, s. 131; Özsunay, **a.g.e.**, s. 40; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 116.

153 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 66; Ayan, **a.g.e.**, s. 131-132; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 127; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 102; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 361.

edilmiştir.¹⁵⁴ Bir başka mahkeme kararında ise, bir kadının kısırlaştırılmasında, ameliyatın başarısızlık rizikosuna ilişkin olarak kadının bilgilendirilmesinde hekimin bu yönde bir aydınlatma yapmaması ve sonuçta kadının hamile kalması durumunda, çocuğun bakım masraflarından hekimin sorumlu olacağına karar verilmiştir.¹⁵⁵

Bunların yanında hastanın önerilen müdahaleyi veya tedavi şeklini reddetmesi durumunda da hekim, bu hakka saygı göstermekle birlikte, kararı hemen kabul etmemeli, doğru olduğuna inandığı çözüm yolunda hastayı ikna etmek için çabalamalıdır. Bu kapsamda da, aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir. Müdahaleyi veya tedaviyi kabul etmeyen hastaya ancak bu reddin sonuçlarını eksiksiz şekilde ve başarıyla açıkladığında aydınlatma yükümlülüğü sona erebilmektedir.¹⁵⁶

1.6.4.2.4. Hastanın Açık Talebinin Bulunduğu Durumlar

Hastanın hekimden açıkça talep etmesi durumunda da hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir. Hastanın böyle bir talepte bulunmasıyla somut olayın özelliklerine göre yapılması gerekenden daha geniş kapsamlı bir aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. Esasında hekim aydınlatma yükümlülüğünü hastanın böyle bir talebi olmadan somut olayın özelliklerinin gerektirdiği bir kapsamla sınırlı olarak yerine getirmek zorundaysa da, böyle bir taleple karşılaşan hekim gerçekleşme olasılığı son derece düşük olsa bile, atipik rizikoları dahi hastasına açıklamak, dolayısıyla somut olayın özelliklerinin gerektirdiği kapsamın sınırını aşan bir aydınlatma yapmak durumunda kalacaktır.¹⁵⁷ Hastanın sorularına kesinlikle doğru yanıtlar verilmeli ve normalde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girmeyen noktalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla,

154 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 121-122; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 102; Erdem Büyüksağış, "Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir Mi?", **E-Akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Şubat 2006, Sayı 48, (Çevrimiçi, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=48>); BGH, NJW, 1984, 658; Can Med Assoc J. 1997; 157: 553-4 (Çevrimiçi, <http://www.cmaj.ca/content/157/5/553.full.pdf+html>)

155 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 120.

156 Erman, **a.g.e.**, s. 115.

157 Ayan, **a.g.e.**, s. 77; Özsunay, **a.g.e.**, s. 40; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 67; Erman, **a.g.e.**, s. 115; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 118; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, 82-83.

hastanın açıkça aydınlatılmayı istediği her nokta üzerinde, normalde yükümlülüğün kapsamında bulunmasa bile, hasta aydınlatılmalıdır.¹⁵⁸

1.6.4.3. Aydınlatmanın Kapsamının Daraldığı Haller

Aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin niteliklerine göre, somut olayın kendine özgü şartları altında daraltılabilir. Bunlar aydınlatmanın kapsamını genişleten durumların tam tersi durumlardır. Örneğin tıbbi müdahalenin ivediliği arttıkça aydınlatmanın kapsamı daralacaktır.¹⁵⁹ Burada hekimin dikkat etmesi gereken, tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüyle aydınlatma borcunun arasındaki dengeyi hastanın haklarının korunması açısından en elverişli noktada belirlemesidir. Tıbbi müdahalenin rizikosu son derece düşük ise, aydınlatma dar tutulabileceği gibi tümüyle ihmal bile edilebilir.¹⁶⁰

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını daraltan bir diğer husus da hastanın aydınlatmanın kapsamının dar tutulması yönündeki açık ve doğrudan talebinin olması durumudur.¹⁶¹ Böyle bir durumda hekim, hastanın sağlık durumunu, hastalığın niteliğini ve seyrini dikkate alarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirlemekle sorumlu olacaktır.¹⁶² Hastanın aydınlatmanın kapsamının dar tutulabileceği yönündeki talebinin hukuken geçerli olması için hastanın belli bir bilgilenme düzeyine gelmesi gerektiği, detaylı olmasa da temel noktalar üzerinde aydınlatılmadan vazgeçemeyeceği, en azından hastalığın ve tıbbi müdahalenin neye ilişkin olduğu ve kendisine ne yapılacağı konusunda aydınlatılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁶³ Bu görüşün özellikle çocuk hastalar açısından benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatmanın kapsamının geniş tutulması durumunda hastanın psikolojik durumu bundan etkilenip bozulacaksa hastanın müdahale konusunda aydınlatılması

158 Erman, **a.g.e.**, s.115.

159 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Ayan, **a.g.e.**, s. 133; Özsunay, **a.g.e.**, s. 39; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 360

160 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Ayan, **a.g.e.**, s. 133; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83.

161 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Ayan, **a.g.e.**, s. 133; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 361; Aşcıoğlu, **Tıbbi Yardım**, 34; Özsunay, **a.g.e.**, 44

162 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Ayan, **a.g.e.**, s. 133; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83.

163 Erman, **a.g.e.**, s. 117.

kapsamı dar tutulabilir.¹⁶⁴ Böyle bir durumda hekimin, hastanın kendi geleceği hakkında karar verme hakkının ihlali ile aydınlatma sonucunda hastanın ruhen zarar görmesi olasılığı arasında bir seçim yapma zorunluluğu doğar. Bunun çözümünü de somut olayın özelliklerine göre, hekim takdir edebilir. Gerçeğin gizlenmesi veya dar kapsamlı açıklanması hasta için daha büyük bir iyileşme ihtimali yaratıyorsa¹⁶⁵, hekimin takdir yetkisi devreye girmeli ve aydınlatmanın kapsamı hasta yararına sınırlandırılmalıdır. Buna hekimin tedavi ayrıcalığı¹⁶⁶ denmektedir. Ancak bu durumun da bir istisnası, hastanın aydınlatmayı her türlü durum açısından talep etmiş olmasıdır. Böyle bir ihtimalde, hastanın psikolojisinin kötü etkilenecek olsa bile hekim aydınlatmada herhangi bir daraltmaya gitmeden aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecektir.¹⁶⁷

1.6.4. Aydınlatmanın Yerine Getirilmesi

1.6.4.1. Aydınlatılacak Kişi

Bir hukuka uygunluk sebebi olan onamın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması ve aydınlatmanın da hukuken geçerli bir onamın ön şartı olması sebebiyle, hasta ayırt etme gücüne sahipse aydınlatılacak kişi kural olarak bizzat hastanın kendisidir. Bu konuda hastalığın ciddi veya ağır olmasının, hastanın psikolojisinin olumsuz etkilenecek olmasının bir önemi yoktur. Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda hastanın velisi veya vasisi aydınlatılmalıdır. Hasta ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı ise, hekim aydınlatma yükümlülüğünü tıbbi müdahale hakkında karar verebilecek olan hastanın kendisine ve ayrıntılı olarak velisine veya vasisine karşı yerine getirecektir.¹⁶⁸

164 Tıbbi Deontoloji Tüzüğü madde 14/II : “*Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*”

165 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Ayan, **a.g.e.**, s. 78 dipnot 225.

166 Ayan, **a.g.e.**, s. 78; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 68; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 139-141; Özsunay, **a.g.e.**, s. 46.

167 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Ayan, **a.g.e.**, s. 78

168 Hakeri, **a.g.e.**, 3. Baskı, s. 128; Hans Theodor Soergel and Siebert Wolfgang eds., **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetz: Kohlhammer-Kommentar**, Vol. 4., 1967, Kohlhammer, s. 823 aktaran Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 72; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 65 vd; Aynı yönde bkznz. Berfin Işık Yılmaz, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, Sayı 98, s. 402-403; Kaya, **Kişilik Hakkı**, s. 63-64; Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma

HIV/AIDS teşhisi konulması durumunda hekimin hastanın ilgili yakınlarını¹⁶⁹ bilgilendirmesi yükümlülüğü ancak hekimin bu kişilerin de hekimi olması durumunda söz konusu olabilir.¹⁷⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise birçok eyalette hekimin, HIV hastalarının hastalığını bulaştırabileceği kişileri uyarması durumunda hukuki ve cezai olarak sorumlu tutulamayacağını düzenleyen yasalar olduğu gibi bazı eyaletlerde bunu yükümlülük haline getiren yasalar da mevcuttur.¹⁷¹

Hekimin hastanın yakınlarını aydınlatma gibi bir yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır. TDN 14/II ve HHY m. 19 hükümlerine göre ise, hastanın manevi yapısı üzerinde olumsuz etki yaratarak hastalığın artmasına neden olabilecek ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görüldüğü hallerde teşhisin saklanması caiz olup, hastanın sağlık durumu hakkında hastanın kendisine veya yakınlarına bilgi verilmesi hekimin takdirindedir.

2238 Sayılı Organ Nakli Kanununun 7/d hükmü gereği organ vericisi kişinin evli olması halinde, vericiye ek olarak, beraber yaşadığı eşinin bilgilendirilmesi ve bu durumun tutanakla tespit edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında gebeliğin sonlandırılması ya da sterilizasyon işlemi yapılacak kişi evli ise, bu tür müdahalelerden önce eşin de onamı gerektiğinden eşin de bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ancak gebeliğin sonlandırılmasında evli kişilerde eşin onamını arayan ve kadının bedenine yönelik böyle bir tıbbi müdahale konusunda kadını eşinin iznine tabi kılan böyle bir hüküm, kişinin özerkliği ilkesine aykırılık iddiasıyla eleştirilmektedir.

Hasta aydınlatılma konusunda kendine bir vekil tayin edebilir. Vekil, hastanın bilgi edinme hakkı kapsamında hastanın kararını vermesine olanak tanıyacak her

Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, 1992, 1.1, s. 59-60; Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", (Bundan sonrası için kısaltma: Rıza) **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, s. 65 vd; Bayraktar, **Hastanın Hakkı**, s. 125; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 40, Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 40; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 72.

169 Hastanın eşi, cinsel partneri, ortak uyuşturucu kullandığı kişiler.

170 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 112.

171 **California Code - Section 121015/a**; Ayrıca aynı yönde mahkeme kararları için, Zinn C. "Patient confidentiality challenged over HIV test results", **British Medical Journal**, 2003, 326: 7399, p. 1107; Aronheim JC, Moreno JD, Zuckerman C., "Ethics in Clinical Practice", 2d ed., Gaithersburg, Md.: Aspen, 2000, p. 292-3 aktaran JAYNE Rivas D. and DANIEL P. Sulmasy. "Sexually Transmitted Disease: a Private Matter?" **American Family Physician**, 66.7, 2002, p. 1351; (Çevrimiçi, <https://www.aids.gov/hiv-aids-basics/just-diagnosed-with-hiv-aids/your-legal-rights/legal-disclosure/>)

türlü bilgiyi hekiminden anlaşılır bir şekilde almaya yetkilidir. Gerek görülen hallerde, örneğin yetkisiz temsil şüphesinin bulunduğu bir durumda yetkinin belgelendirilmesi istenebilir.¹⁷²

Aydınlatılacak kişinin onam yeteneğinin mevcut olmaması ya da şuurunun açık olmaması halinde, hastanın yakınları bilgilendirilebilir. Ancak burada ortaya çıkan bir sorun, hastanın yakınlarından hangisinin aydınlatılacağıdır. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununun 14. madde hükmü kıyasen uygulanarak, eş, reşit çocuklar, anne veya baba ve kardeşlerden birisi şeklinde bir sıralamanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak yerine göre yakın ilişki içinde olduğu komşusu, arkadaşı gibi kimseler de aydınlatılabilir.¹⁷³

1.6.4.2. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğünü kural olarak, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim bizzat yerine getirir.¹⁷⁴ Ancak bu durum aydınlatma yükümlülüğünün 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi anlamında ifa yardımcısı sayılan hekimlere devrine engel değildir.¹⁷⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün hekim dışındaki diğer sağlık personeline devri hukuken mümkün değildir. Alman doktrininde bu devir yasağı aydınlatma yükümlülüğünün hastaya uygulanan tedavinin ve hastayla yapılan görüşmelerin bir parçası olmasına dayandırılmıştır.¹⁷⁶ Hekimler dışında kalan sağlık çalışanlarının da, hukuken yapmaya yetkili oldukları müdahalelerle ilgili olarak bilgilendirme ve onam alma yetkisi ve yükümlülüğü bulunduğu doktrinde savunulmaktadır. Örneğin bir kan alımında, hemşire yapacağı işlem ve varsa rizikoları konusunda hastasını aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁷⁷

Hekimin bu yükümlülüğünü bizzat yerine getirmemesi, bir başka meslektaşına bırakması durumunda, meslektaşının bu yükümlülüğü gereğince yerine

172 Bknz. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 15/2.

173 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 127.

174 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, 39; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 127; Özsunay, **a.g.e.**, s. 49; Cüneyt Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 72; Fischer, **a.g.e.**, s. 11; Ertaş, **a.g.e.**, s. 186; Battal Yılmaz, **a.g.e.** s. 109.

175 Hancı, **a.g.e.**, s. 79.

176 Özsunay, **a.g.e.**, s. 49.

177 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 128. Aynı yönde **bkznz.** Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 72; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 72; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 108; Zekeriya Kürşat, “Hemşirelerin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, s. 310, dipnot: 32.

getirdiği hususunda emin olması gerekir.¹⁷⁸ Şayet hastanın tedavisi farklı uzmanlık dallarından hekimlerce yürütülüyorsa, her hekim kendi uzmanlık dalıyla ilgili aydınlatmayı yerine getirmelidir. Fakat tedavi birlikte yerine getiriliyorsa, aralarında seçilecek bir hekim hastaya genel bir bilgilendirmede bulunmalı ve diğer hekimler de gerektiğinde kendi uzmanlık dalıyla ilgili ek aydınlatmaları yerine getirmelidir.¹⁷⁹ Örneğin, grup halinde yapılacak ameliyatlarda aydınlatma görevi operatöründür. Anestezi uygulanacak hallerde ayrıca anesteziist tarafından aydınlatma yapılmalıdır.¹⁸⁰

Aydınlatma yükümlülüğü kimi durumlarda tedaviyi bizzat üstlenmiş olan doktorla sınırlı değildir. Özel bazı hallerde tedaviye bizzat katılmamış olsa dahi belirli bir tedavi metodunu hastaya öneren, bu konuda bilgiler veren doktor da hastayı aydınlatmak zorundadır. Alman Federal Mahkemesi'nin 28.4.1980 tarihli bir kararına konu olayda, bir hastanın sağ kulağında önemli ölçüde işitme kaybı meydana gelmiştir. Orta kulak ameliyatları yapan bir kliniğin başhekiminin tavsiyesi üzerine hasta ameliyat olur. Hasta aynı klinikteki bir başka hekim tarafından ameliyata alınmıştır. Ameliyat sırasında hastanın yüz siniri zedelenmiş ve yüzünün bir tarafı felç olmuştur. Federal mahkeme, yüz sinirinin felç olması riskinin bulunduğu konusunda aydınlatılmayan hastanın eksik ve hatalı aydınlatıldığı sonucuna vararak her iki hekimin de meydana gelen zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir.¹⁸¹

1.6.4.3. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzda aydınlatmanın yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılan genel geçer bir düzenleme bulunmamakta olup bu konuda hekimin görevin gereklerine uygun olmak şartıyla takdir yetkisine sahip olduğu söylenmektedir.¹⁸² Hekim somut durumun özelliklerine göre sorumluluk anlayışı içinde yapacağı aydınlatmanın şeklini tayin edebilir. Ancak yine de ilerde karşılaşılabilecek ispat sorunları nedeniyle

178 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 128

179 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 128-129.

180 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 39

181 Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 40; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 108

182 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 132-133; Özsunay, **a.g.e.**, s. 54; Erman, **a.g.e.**, s. 104; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s. 230; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 366; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 73.

hekimin sözlü aydınlatmayla yetinmemesi, aydınlatmayı ve onam almayı yazılı şekilde de yerine getirmesi hekime tavsiye edilmektedir.¹⁸³

08.05.2014 tarihinde Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan bir dizi değişiklikle hekimin aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili yeni hükümler getirilmiş durumdadır. Yönetmeliğin rıza formu başlıklı 26. maddesinde aynı yönetmeliğin “*rızanın kapsamı*” başlıklı 15. maddesine “*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır.*” şeklinde bir gönderme yapılmış olması dolayısıyla hastanın yazılı şekilde aydınlatılması gerektiği bir an için düşünülebilir. Her ne kadar onam formunda aydınlatmayla ilgili bilgilerin -15. maddede gerektiği şekilde- yer alması zorunluluğu hastanın yazılı şekilde de bilgilendirilmiş olması gerektiğini bir an için düşündürse bile, bu düşünce yerinde değildir. Zira bu düzenleme tamamen onam ile ilgilidir. Aydınlatmada halen şekil serbestisi esastır.

Hastalıkların her hastadaki etkisinin, tablosunun ve gelişiminin farklı olması ve hastaların eğitim, kültür, kapasite gibi bakımlardan farklılık göstermesi dolayısıyla kişiye özel hazırlanmayan, hastanın özel durumu gözetilmeksizin formalite amaçlı hazırlanan ve genel bilgiler içeren matbu aydınlatma veya onam formları hekimin aydınlatma yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirdiğini göstermez.¹⁸⁴ Çünkü bu tür formlar hasta veya hasta yakınları tarafından tıbbi müdahale öncesinde sıradan ve zorunlu birer formalite olarak görülmekte, diğer evraklarla birlikte klinikteki kargaşada imzalanmakta veya yatış formları üzerinde küçük bir ayrıntı olarak imzalanmaktadır. Bu yüzden bu tür matbu aydınlatma formlarının hasta tarafından okunduğu ve okunduysa da anlaşıldığı konusu şüphelidir. Formlar üzerindeki hasta tarafından anlaşılmayan hususlar ise hastaya olumsuz etkilerde bile bulunabilir.¹⁸⁵

Yazılı aydınlatma genel olarak iki şekilde yapılmaktadır. Bunlardan birincisi, formüller aydınlatmadır. Bu şekil aydınlatmada hastalığının tanısı, tanıya göre

183 Özsunay, **a.g.e.**, s. 54-55; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 132-133.

184 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.28; Erman, **a.g.e.**, s.105; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 133; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 84; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 73.

185 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.27; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s.134-135; Özsunay, **a.g.e.**, s.54; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.86; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 84.

planlanan tedavi ve uygulanacak diğer tıbbi müdahalelere ilişkin bilgilerin bulunduğu bir formüler hastaya verilmektedir. Hasta bu metni okuyarak imzalar ve böylelikle hasta tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmiş olur. Fakat hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisine zarar verebileceği düşüncesiyle formüler aydınlatma eleştiriye uğramıştır. Broşür aydınlatması ise diğer bir aydınlatma şeklidir. Hastaya hastalığı ile ilgili olarak verilen broşürlerde hastanın teşhisi, kendisine uygulanacak tedavi yöntemleri, alternatifleri, başarı oranları, riskleri yer alır. Bu broşürlerden sonra ise hekim hastasına kısa bir sözlü aydınlatmada bulunur. Ancak bu aydınlatma şekli de çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Bu aydınlatma türüne karşı olan yazarlara göre, eğitim seviyesi düşük bir hastanın söz konusu broşürü okuyup anladığından emin olunamaz. Ayrıca broşürlerde bulunan gereksiz ve fazla bazı bilgiler kuruntulu hastaların korku ve paniğe kapılmasına yol açabilir.¹⁸⁶

Hastanın aydınlatılması gayesinin tam olarak gerçekleştirilmesi ve sorumluluktan daha kesin şekilde kurtulma amacıyla hastaya yazılı genel bilgiler verilmesi tercih edilse bile sözlü açıklamaların da yapılması tavsiye edilmektedir. Hekim hastayla konuşmasında hastanın korkularını ve beklentilerini belirlemelidir. Hasta da bu yolla hekimle ilgili kanaatini bizzat edinme şansı bulur. Bu yüzden dereceli bir aydınlatma şekli önerilmektedir. Bu modele göre önceden hazırlanan formlarla temel bilgiler verilmeli, arkasından sözlü açıklamalarda bulunulmalı ve sorular cevaplandırılmalıdır. Önemli tıbbi müdahalelerde sözlü açıklamalar esnasında ikinci bir doktor veya hemşire hazır bulundurulmalı ve açıklamalar ile hazır bulunanların kimlikleri hasta kağıdına geçirilmelidir.¹⁸⁷

Aydınlatma hasta tarafından anlaşılabilir şekilde, mümkün olduğu ölçüde tıbbi terimler kullanılmadan, duraksama ve kuşkuyla mahal bırakmadan, nazik bir ifadeyle ve hastanın psikolojik durumuna uygun bir şekilde yapılmalıdır.¹⁸⁸

1.6.4.4. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatmanın kural olarak tıbbi müdahaleden önce yerine getirilmesi gerekir. Tıbbi müdahalenin ne kadar öncesinde aydınlatmanın yapılması gerektiğiyle

186 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 73; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 86-87; Özsunay, **a.g.e.**, s. 54-55;

187 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 27; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 134.

188 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 135; **Bkz.** Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 18.

ilgili kesin bir ölçü verilemese de, doktrinde aydınlatmanın hastanın kendisine uygulanacak olan ya da uygulanabilecek diğer tıbbi müdahaleler hususunda, sakın ve sağlıklı bir şekilde düşünüp taşınabileceği, yakınlarına ya da diğer güvendiği kişilere de danışarak serbestçe karar verebileceği bir süre bırakılarak yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.¹⁸⁹

Aydınlatma anında hasta, hekimin tavsiyelerine mi uymayı yoksa başka bir yol mu izleyeceği konusunda iradesini serbestçe kullanamayacak kadar bir baskı altına girmemiş bulunmalıdır.¹⁹⁰ Örneğin, ayakta uygulanan tedaviler açısından bakıldığında, aydınlatma müdahale gününde ve müdahalenin hemen öncesinde yapıldığı takdirde hastanın müdahale sürecini artık değiştiremeyeceği izlenimi içinde tıbbi müdahalenin gerçekleştiği ve aydınlatmanın zamanında yerine getirilmediği sonucuna varılmalıdır. Çünkü böyle bir durumda müdahale sürecine girilmiş olup hasta da kendini artık sürece hazırlamıştır. Bu sırada yapılacak aydınlatma ayaküstü ve ciddiyetten uzak olacaktır. Böyle bir durumda hastanın ruhsal durumu da buna itiraz etmeye uygun olmayacağından bu şekilde yapılacak aydınlatma hukuken geçerli bir aydınlatma olarak kabul edilemez.

Aydınlatmanın yapıldığı zaman ile hastanın onam vermesi arasında geçmesi gereken süre gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin ivediliğine göre değişecektir.¹⁹¹ Uzun süreli, planlanabilir bir ameliyatta müdahaleden hemen önceki günde yapılan aydınlatma zamanında yapılmış bir aydınlatma olarak kabul edilemez.¹⁹² Buna rağmen, tıbbi müdahalenin ivediliği ve tedavinin rizikoları gibi sebeplerle, müdahalenin hemen öncesinde ve hatta müdahale sırasında da hasta aydınlatılabilir.¹⁹³

189 Ayan, **a.g.e.**, s. 83; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 73; Erman, **a.g.e.**, s. 104; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 366; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 129.

190 Erman, **a.g.e.**, s. 104; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 84;

191 Özsunay, **a.g.e.**, s. 52.

192 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 84.

193 Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 71; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 111.

1.8. AYDINLATMA ZORUNLULUĞUNUN BULUNMADIĞI DURUMLAR

Hekimin hastasını aydınlatması kural olarak bir yükümlülükken bu yükümlülük bazı durumlarda ortadan kalkar.¹⁹⁴ Yükümlülüğün ortadan kalktığı istisnai durumlar aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

1.8.1. Hastanın Aydınlatmadan Feragat Etmesi

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli olmakla birlikte, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak aydınlatılmaktan vazgeçme hakkı bulunmaktadır. Zaten hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı bir görev değil bir hak olup hastanın bu hakkı kullanması zorunlu değildir.¹⁹⁵ Hastaya bu seçim hakkının verilmesiyle hasta zaten kendi geleceğini belirleme olanağına kavuşmuş olmaktadır. Kaldı ki hastanın tedaviyi red etme hakkının ağır sağlık sorunlarına ya da ölüme sebebiyet vermesine rağmen mümkün olduğu düşünülürse¹⁹⁶ hastanın aydınlatma ödevi kapsamında bulunan noktalar hakkında bilgi sahibi olmak yerine, bu konudaki seçimi hekimine bırakma hakkının bulunduğu evleviyetle kabul edilmelidir.¹⁹⁷ Ancak bu vazgeçmenin hukuken geçerli şekilde aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için hastanın ayırt etme gücüne sahip olması ve özgür iradesi ile aydınlatmadan vazgeçmesi gerekir.¹⁹⁸

194 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 87; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 136-142.

195 Erman, **a.g.e.**, s. 116; Yakut, **a.g.e.**, s. 36;

196 Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 105; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Yakut, **a.g.e.**, s. 36; Ölüm tehlikesine rağmen hastanın tedaviyi reddetme hakkı bulunmadığı yönünde karşıt görüşler de mevcuttur. **Bkz.** Ötenazi Hakkı

197 Erman, **a.g.e.**, s. 116; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 136; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, 34; Özsunay, **a.g.e.**, 44 ; Ayan, **a.g.e.**, s. 78; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 68; Özsunay, **a.g.e.**, s. 44; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 362; Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s. 35; Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdaaleden Doğan Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 77; Bedia Boran, "Aydınlatılmış Rıza", **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 100; Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 211.

198 Ayan, **a.g.e.**, s. 79; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 68-69; Zafer Zeytin, "Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Gore Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu" **Roche Sağlık Günleri 1/Tebliğler**, 1. Baskı, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, 2007, s. 111; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 105; Hamit Hancı, **Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 77.

Doktrinde aydınlatmadan vazgeçmenin zımni şekilde de yapılabileceği ileri sürülmüşse de¹⁹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. maddesinde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikle²⁰⁰ vazgeçmenin ancak açık ve yazılı şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. Anılan yeni düzenlemeye göre hasta vazgeçme iradesini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi talep edebilir.

Aydınlatmadan vazgeçmenin kapsamı konusunda ise, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını en iyi gerçekleştirecek bir çözüm bulunmalıdır. Bu sebeple, öncelikle hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesinin yaşama ilişkin sorunlarda, geri dönülmez neticeler barındıran tıbbi müdahaleler ile tıbbi standardın dışında kalan müdahalelerde olanaksız olduğu ve aksi kabulün bu kurumun amacı olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına aykırı bir durumu ortaya çıkaracağı savunulmaktadır.²⁰¹

Hastanın her türlü aydınlatmadan kayıtsız olarak vazgeçmesi hukuken geçerli kabul edilmemelidir. Bir kişinin belirli bir bilgilenme düzeyine gelmeden, daha fazla bilgilenmemeyi tercih etmesi, kavramsal olarak mümkün değildir. Hastanın durumunu ayrıntılı olmasa da en azından genel hatları ile anlaması gerektiği ve bu ölçüdeki aydınlatmadan vazgeçmeyeceği ifade edilmektedir.²⁰² Bunun yanında, hastanın bir hekimin şahsına dayalı olarak koşulsuz olarak aydınlatılma hakkından feragat etmesi de hukuken mümkün değildir.²⁰³ Alman Federal Mahkemesi'nin uygulamasına göre de²⁰⁴, etkili bir vazgeçmede bulunabilmesi için, hastanın en azından hastalığın ve müdahalenin neyle ilgili olduğu ve kendisine ne yapılacağı

199 Erman, **a.g.e.**, s. 116; Ayan, **a.g.e.**, s. 79.

200 Hasta Hakları Yönetmeliği “Bilgi Verilmesini Yasaklama
Madde 20- (Değişik:RG-8/5/2014-28994)

İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

Ayrıca Bknz. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

“Bilgilendirilmeme Hakkı

Madde 27-Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.”

201 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 136-142 ; Erman, **a.g.e.**, s. 117; Ayan, **a.g.e.**, s. 79.

202 Erman, **a.g.e.**, s. 116; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 136-142.

203 Erman, **a.g.e.**, s. 116; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 69.

204 BGH, 28.11.1972 tarih ve VI ZR 133/71 sayılı kararı; NJW 1973, s. 556,558 aktaran Erman, **a.g.e.**, s. 116.

konusunda genel bir bilgiye sahip olması gerekir.²⁰⁵ Doktrinde ayrıca, hastanın aydınlatmadan vazgeçmesinin haklı ve inandırıcı nedenlerinin bulunması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰⁶ Somut olayda hastanın prosedürden çok şey anlamadığını ve bir değerlendirme yapacak durumda olmadığını belirtmesi, büyük bir stres altında olduğundan dolayı aydınlatmanın yararlı olmayacağını düşünmesi, tercüman varlığına rağmen dil engelinin aşılamaması gibi durumlar vazgeçme için birer neden olabilir.²⁰⁷

1.8.2. Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Önceden Bilgisinin Bulunması veya Daha Önce Aydınlatılmış Olması

Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında herhangi bir şekilde bilgisinin bulunduğu hallerde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı düşünülmektedir. Hasta, tıbbi müdahale hakkında okuduğu kitaplar veya broşürler, mesleği, daha önce başka bir hekim tarafından bilgilendirilmiş olmayla, tecrübeleri, müdahalenin özellikleri gibi sebeplerle bilgi sahibi olabilir. Fakat hekimin her somut olay açısından, aydınlatmanın tekrardan gerekli olup olmadığını özenle araştırması gereklidir.²⁰⁸

Hastanın mesleğinin hekimlik olması hallerinde, hastanın uygulanacak tıbbi müdahale konusunda bilgisinin bulunduğu kimi durumlarda varsayılabilir.²⁰⁹ Böyle bir durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Alman mahkemesine konu bir olayda²¹⁰, 24 yıldır muayenehanesi bulunan genel cerrahi uzmanı bir hekime yapılan safra kesesi ameliyatı öncesinde, iyot içeren madde kullanımı dolayısıyla tiroit olma riski hasta konumunda olan hekime bildirilmemiştir. Ameliyat sonrasında hastada ortaya çıkan tiroit sebebiyle hasta uğradığı zararların tazminini hekimden talep etmiştir. Mahkeme, tıbbi müdahalede bulunan hekimin, hastanın da hekim olması sebebiyle temel tıp eğitimi sırasında verilen rizikoya ilişkin

205 Erman, **a.g.e.**, s. 116.

206 Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s. 43; Erman, **a.g.e.**, s. 117.

207 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 136-142

208 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 138; Hancı, **a.g.e.**, s. 77; Özsunay, **a.g.e.**, s. 45; Yakut, **a.g.e.**, s. 38; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 69; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 129; Erman, **a.g.e.**, s. 115; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 88, Özdemir, **Aydınlatma**, s. 362; Mustafa Dural, "Hekimin Aydınlatma Yükümü", (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma) **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, 254.

209 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 138; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 362; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 69.

210 OLG Hamm, VersR 1998, 322, 323; aktaran Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 138.

bu bilgiden haberdar olması gerektiğini ve bu sebeple tedaviyi uygulayan hekimin bu konuda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığını, çünkü hasta konumunda olan hekimin kendi mesleki bilgisi sebebiyle bu hususta gerekli bilgiye zaten sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak hastanın hekim olduğu her tıbbi müdahalede aydınlatma yükümlülüğü kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Bunun için tıbbi müdahalede bulunan hekimin, hastası konumunda olan hekimin söz konusu müdahale ve sonuçları konusunda bilgili olduğu konusunda emin olması gerekmektedir. Özellikle söz konusu bilgilendirme hasta konumundaki hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir uzmanlık dalına ilişkinse veya hastanın müdahale konusunda bilgili olmadığına dair bir şüphe oluşursa, müdahalede bulunan hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı kabul edilmelidir.²¹¹

Toplumda haklarında genel olarak bilgi sahibi olunan müdahalelerde, aksine bir işaret olmadıkça hekim, hastanın bilgili olduğunu varsayarak aydınlatmayı temel noktalara indirgeyebilecektir. Yargıtay da bir kararında²¹², körlüğe, yüzünün sağ tarafında ağır felce ve konuşma güçlüğü kadar ağır sonuçlara sebep olabilen beyin ameliyatı hakkında, davacı ve eşinin sosyal konumları göz önüne alındığında, beyinden ur alınması ameliyatının ağır ve ciddi niteliğini bilmemelerine imkan olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık bir başka karara konu olayda²¹³ davalı hekim hastaya rektal tuşe yapmak suretiyle hastayı muayene etmiştir. Bu sırada başparmak ile hymene yapılan tazyik anüler olan kızlık zarının saat altı hizasında yırtılmasına yol açmıştır. Hastanın kızlığının bozulduğu bu olayın konu edildiği kararda, hastanın bu riski bilmesi gerekip gerekmediği tartışılmış ve olayın özelliği sebebiyle hastanın bu riski bilmek zorunda olmadığı, zira tuşenin rektumdan yapıldığı belirtmiştir.

Hastanın aynı hastalık nedeniyle daha önce başka hekimlere gittiği ve bu nedenle başvurduğu önceki hekimlerce aydınlatılmış olmasının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmış olup olmadığı hususunda Alman Federal Mahkemesi'ne bir olay intikal etmiştir. Mahkeme, hastanın senelerdir bu şikâyeti dolayısıyla aralarında uluslararası üne sahip hekimlerin bulunduğu birçok hekime

211 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 138.

212 Yargıtay 4. HD., E. 1964/6458, K. 1964/4925 aktaran Seza Reisoğlu, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu**, Mukayaseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 6.

213 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

danışmış olmasının hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir. Mahkemeye göre bu husus aydınlatmanın türü ve kapsamına etkide bulunabilir, fakat aydınlatma yükümlülüğünü bütünüyle ortadan kaldırmaz. Hekim, hastanın daha önce gerektiği şekilde aydınlatıldığı konusunda kesin olarak emin olmadıkça hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaz.²¹⁴

1.8.3. Fiili Zorunluluk Durumları

Hekimin bilinci kapalı durumda olan hastayı bilgilendirmesinin mümkün olmaması, hastanın kanuni temsilcisine ulaşamaması veya bizzat tıbbi müdahale esnasında aydınlatma gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, hekim aydınlatma olmaksızın da müdahale edebilir. Trafik kazasında bilincini kaybeden hastaya müdahale veya ameliyat esnasında yapılması zorunlu başka bir müdahalenin yapılması bu durumlara birer örnektir. Hekim tarafından aydınlatma yapılmasının somut olayda fiilen imkansız olduğu bu tür durumlara hekimin caiz olmayan teşhis veya eksik operasyon planlamasıyla duruma bizzat sebebiyet vermemiş olması şarttır.²¹⁵

Bu tür durumlarda hekim, *“hasta müdahalenin risk ve tehlikelerini bilseydi dahi rıza verirdi”* düşüncesine dayanan hastanın varsayılan onamı esas alarak aydınlatma yapmaz ve vekaletsiz iş gören sıfatıyla gerekli tıbbi müdahaleyi yapar. Burada ölçü, makul bir hastanın ihtimal dahilinde olan iradesidir.²¹⁶

Acil hallerde, yani hastanın hayati tehlikesinin mevcut olduğu veya belirli bir müdahalede bulunmamanın hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaya yol açmasının beklendiği durumlarda, hastanın onamı alınmadan tıbbi müdahale gerçekleştirildiğinden, aydınlatma yükümlülüğü de müdahale öncesi için ortadan kalkar. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesi 7. fıkrası bu konuda yeni bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, hastanın onamının temin edilemediği, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin açık olmadığı acil haller ile hastada bir organ

214 BGH NJW 1976, 363 aktaran Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 138.

215 Hakeri, **Tıp Hukuku El Kitabı**, 6. Baskı, s. 156; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 68., Gültezer Hatırnaz, **Özel hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 33; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 107.

216 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 57; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 34.

kaybına veya bir organının işlevini yerine getiremez duruma gelmesine neden olacak bir durumunun varlığında, hastaya müdahalede bulunmak için hastanın onamı gerekli değildir. Böyle bir durumda hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunulmalıdır. Bu durum da kayıt altına alınmalıdır. Mümkünse hastanın orada bulunan bir yakını veya kanuni temsilcisi; bu mümkün olmadığı takdirde ise tıbbi müdahale sonrasında hastanın bir yakını veya kanuni temsilcisi aydınlatılır. Ancak hastanın bilincinin açılmasından sonra tıbbi müdahaleler açısından hastanın yeterliği ve ifade gücü dikkate alınarak hastadan onam alma işlemlerine başvurulur.

Ameliyatın genişletilmesi zaruretinin doğması durumunda, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusu doktrinde çok tartışılmışsa da, Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan son değişiklik²¹⁷ bu konudaki birçok tartışmaya nokta koymuş durumdadır. Buna göre böyle durumlarda hastaya müdahalede bulunmak için hastanın onamı da, aydınlatma da gerekli değildir. Ancak doktrinde aydınlatmanın öne alınmasının, ameliyat öncesinde aydınlatma yapmanın ve hastanın onamını almanın mümkün olduğu ileri sürülmüştür. Hekimin, ameliyatın çok öncesinde olmaması şartıyla, hasta ile rizikolar ve muhtemel gelişmeler konusunda konuşması, hastanın bu yöndeki onamını edinmesi ve dikkatli bir ameliyat planı hazırlaması gereklidir. Aydınlatılma konusunda hastanın kendisi için bir vekil ataması mümkündür. Örneğin narkoz altında gerçekleşecek bir ameliyat sırasında aydınlatılma ve müdahaleye onam vermek için hastanın kendi eşini vekil ataması gibi. Ancak, lokal anestezi altında gerçekleşen bir ameliyat sırasında herhangi bir kusura dayanmayan bir teşhis hatasının sonucu olarak, ameliyat sırasında ameliyat planının değiştirilmesi gereği anlaşıldığı takdirde, yeni planın başlangıçta yapılan aydınlatma ve alınan onamdakinden farklı olması durumunda, hastanın yeni durum hakkında aydınlatılması ve onamının alınması gereklidir. Böyle bir durumda varsayılan onamdan hareket etmek hukuka aykırı olacaktır.²¹⁸

Yargıtay'ın bir kararına²¹⁹ konu olan olayda, bir hastadan böbrek taşının alınması için onam alınmıştır. Ancak ameliyat sırasında böbreğin tamamı alınarak onam aşılmıştır. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararındaki gerekçeye katılarak

217 **Bkz.** Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesi 7. fıkrası

218 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 135-136; Akbenlioğlu, **a.g.e.**, s. 108;

219 Y. 4. HD T. 5.3.1971 E.1970/10853 K. 1971/2096 (yayımlanmamıştır) aktaran Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 44

böbreğin tamamının alınmasının tıbbi bir zorunluluk olduğuna ve tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay'a göre, böyle bir ameliyatta böbreğin tümünün alınması yerine sadece böbrek taşının alınması durumunda hastanın sağlığı tehlikeye girecektir. Ayrıca böbreğin tamamının alınması tıbbi bir zorunluluk olup ameliyatın yarıda kesilerek hastanın bu konuda onamının alınması tıbbi açıdan sakıncalıdır. Yargıtay bu kararında dolaylı olarak, hastanın ameliyattan önceki aydınlatılması ile yetinilebileceğine, ameliyatın genişletilmesi yönünde hastanın aydınlatılması ve onamının alınması yükümlülüğünün bulunmadığına hükmetmiştir.

Öğretide psikiyatri hastalarının aydınlatılması ve onlardan onam alınması zorunluluğunun bulunmadığını ileri süren yazarlar varsa da bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira birçok psikiyatri hastası tıbbi müdahalenin anlamını, önemini ve bu konudaki bilgilendirmeyi anlayabilecek, bu konudaki tıbbi müdahalelere ilişkin kararları alabilecek durumdadır. Ancak, psikiyatri hastalarının ruhsal durumu itibarıyla aydınlatılması anlamsız olacak ve onam yetenekleri de bulunmuyorsa, bu takdirde kanuni temsilcilerinin aydınlatılması ve onlardan onam alınması yoluna başvurulması gereklidir.²²⁰

Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemesi, aydınlatmanın fiilen olanaksız olması halinde, belirli şartlar altında aydınlatmanın yapılmayabileceğine karar vermiştir. Karara konu olayda, Körfez savaşı sırasında Suudi Arabistan'da görev yapan askeri personel üzerinde İlaç Dairesi tarafından henüz onaylanmamış, araştırma niteliğinde ilaçlar kullanmıştır. Mahkeme bütün askerlerin aydınlatılarak kendilerinden onam almanın olanaksızlığı sebebiyle aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir. Her ne kadar mahkeme, Irak'ta savaşta kullanılması beklenen kimyasal ve biyolojik silahlara karşı askerlerin korunması amacıyla İlaç ve Gıda Kanununun Savunma Bakanlığı'na izin vermiş olmasına yani yasal bir yetkiye ve zorunluluk haline dayanarak böyle bir karar vermişse de bu karar gerek aydınlatma ve onamın eksik olması gerekse de yeni bir ilacın kullanılmasına ve insan üzerinde deneye ilişkin kurallara uyulmaması nedeniyle sert şekilde eleştirilere maruz kalmıştır.²²¹

220 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 141.

221 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 142; Patrick J. Moran, "A Military Exception to 'Informed Consent'", Doe v. Sullivan, **St. John's Law Review**: Volume 66, Issue 3, Article 15. Available at: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol66/iss3/15>)

1.8.4. Tedavi Ayrıcalığı

Doktrinde önceleri hastayı kesin olarak ölüme götüren ve tıbbın çözüm bulamadığı, bugün için yetersiz kaldığı hastalıkların açıklanmasının gerekli olmadığı savunulmuşsa da bugün için böyle bir durumda aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığını bu kadar kesin şekilde söylemek mümkün değildir. Hekimin hastayı aydınlatması, hastanın hayatına, sağlığına ya da psikolojik durumuna, hastalığa karşı direncine kötü bir etkiye bulunması veya üçüncü kişileri büyük bir tehlikeye maruz bırakma ihtimali söz konusu olacak ise, hekimin aydınlatmadan vazgeçebileceği de kabul edilmektedir. Bu duruma tedavi ayrıcalığı adı verilmektedir.²²²

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesi hükmü, hekime bu konuda takdir hakkı tanımıştır. Düzenlemeye göre; hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, bir önceki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde hekiminin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir hekim tarafından ve tam bir dikkat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.

Sonuç olarak tedavi ayrıcalığını hekim, olayın özellikleri, hastanın psikolojik yapısı ve sağlık durumu gibi faktörleri dikkate alarak hastanın menfaatine en uygun tercihte bulunarak kullanacaktır. Böylelikle de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceğine karar verecektir.²²³

Bazen, hastaya teşhis hakkında bilgi verilmesi, doğrudan doğruya üçüncü kişiler bakımından tehlike doğurabilir. Bu durumlar, özellikle psikiyatride söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir psikiyatrinin tedavi ettiği ruh hastasına, ruhsal durumu ile ilgili bazı açıklamalarda bulunması halinde, hastanın, ana babasına saldırması

222 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 89; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 139; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 70-71; Özsunay, **a.g.e.**, s. 43-47; Ayan, **a.g.e.**, 80; Hancı, **a.g.e.**, s. 78.

223 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 89; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 139; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 70-71; Özsunay, **a.g.e.**; Ayan, **a.g.e.**, s. 80; Hancı, **a.g.e.**, s. 78.

tehlikesi mevcutsa, psikiyatr, tedavi ayrıcalığından yararlanarak, susmayı yeğlemelidir.²²⁴

Yargıya konu bir olayda, davalı hekimin ameliyatın olası sonuçlarını küçümseyerek davacıya anlatmasında, hekimin bu şekilde hareket etmesinin hastanın maneviyatını güçlendirmek açısından faydalı olacağına karar verilmiştir.²²⁵

Birçok yabancı mahkeme kararında da, hastanın bilgilendirilmesi halinde kendisinin yaşamına veya sağlığına yönelik ciddi tehlikelerin bulunması durumunda aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. İsviçre Yüksek Mahkemesi bir kararında²²⁶, kanser hastalığı kendisine bildirilmeyen kimsenin şikayeti ile ilgili olarak, aydınlatmanın amacının hastayı paniğe sokmak, fiziki ve ruhsal sağlığına zarar vermek olmadığını; hastanın sağlığında zarara yol açma ihtimalinin bulunması durumunda teşhisin hastadan saklanabileceğini, ancak bu durumda bir yakınına durumun bildirilmesi gerektiğini açıklamıştır. Japon Yüksek Mahkemesi de, gerçek teşhis yerine daha hafif bir hastalığın kendisine bildirildiği hastanın, durumu önemsiz görerek ameliyat olmaması sonucu öldüğü olayda, hekimin kanser hastasına durumu bildirme yükümlülüğünün olmadığını, aksi durumun hastayı şoka sokabileceğine karar vermiştir.²²⁷

Hastanın aydınlatılması durumunda tıbbi müdahaleden vazgeçme ihtimalinin bulunması, aydınlatmama için bir sebep olarak kabul edilemez olup hekimin bu durumlarda da aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde paternalist anlayışla hareket edilmiş olarak hastanın özerkliği ilkesi ihlal edilmiş ve hasta kendi geleceğini belirleme hakkından mahrum bırakılmış olacaktır.²²⁸ Ancak tıbbi müdahalenin hastanın sağlığı açısından çok büyük önem arz ettiği durumlarda, hekim aydınlatma yükümlülüğünü bir ihtiyat halinde yerine getirmeli, müdahalenin zarureti varsa bunu hastaya anlatmalı, müdahale yapılmamasının rizikolarını belirtmeli ve hastanın onamını bu şekilde temin etmeye çalışmalıdır.

224 Deutsch, NJW 1980, 1307 aktaran Özsunay, **a.g.e.**, s. 47; Aynı yönde Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 89; Zeka Kayalı, **Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Kayıhan İçel, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994, s. 40-41; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 71; Hancı, **a.g.e.**, s. 78.

225 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ve 12.05.1964 tarihli, E. 1954/6458 K. 1964/4925 sayılı kararı.

226 BGE 105 II 284 aktaran: Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 139.

227 Akira Akabayashi and Brian T Slingsby, "Informed Consent Revised", **Japan U.S.A JOB.**, Volume 6, 2006, p. 10-11; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 139.

228 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 140-141.

1.9. AYDINLATMANIN GERİ ALINMASI VEYA DÜZELTİLMESİ

Tedavi süreci içindeyken, yapılan aydınlatmanın doğru olmadığı veya aşıldığı anlaşırsa, hekimin aydınlatmayı düzeltme sorumluluğu vardır. Hekim yeni durumu derhal, lehine veya aleyhine olmasına bakmaksızın hastaya aktarmak durumundadır. Özellikle de hayati tehlike arz eden bir hastalığın mevcut olduğu şeklinde yanlış bir bilgilendirmenin yapıldığının (örneğin hastalığın kanser olduğu) anlaşılması durumunda aydınlatma derhal geri alınmalı ve düzeltilmelidir.²²⁹

Aydınlatmanın düzeltilmesinin önem kazandığı bir husus ise insan üzerinde yapılan klinik deneylerde, süreç boyunca ortaya çıkan, istenmeyen ve amaçlanmayan yeni gelişmelerin, yan etkilerin, olumsuz diğer sonuçların deneklerle paylaşılması zorunluluğudur. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası j bendinde "*Gönüllünün, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişi görevlendirilir.*" şeklinde bu yükümlülük düzenlenmiştir. Bu hükümle, klinik araştırmalar sırasında ortaya çıkan yeni bilgiler ışığında önceki aydınlatmaların doğru olmadığı anlaşıldığı takdirde, önceki aydınlatmaların düzeltilmesi ve yeni sağlıklı bilginin temini için bir görevli şart koşularak denek lehine bir imkân ve kolaylık sağlanmaya çalışıldığı sonucuna varılabilir. Klinik araştırmalar açısından dünyanın önemli merkezlerine sahip ülkelerinden biri olan Amerika Birleşik Devletleri'nde de bu yönde düzenlemeler mevcuttur.²³⁰ Aydınlatma yanlış olmasına rağmen, yapılan yanlış esaslı değilse, tıbbi müdahale yine de hukuka uygun şekilde yapılmış sayılır.²³¹

229 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 157.

230 45 CFR 46,§46.116, b-5, <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.html>

231 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 157.

İKİNCİ BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

2.1. GENEL OLARAK

Kural olarak kişilik hakkını meydana getiren değerlere yönelik her türlü müdahale iyileştirme amacı bulunup bulunmamasına bakılmaksızın hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleler de bu kapsama girebilecek türden müdahalelerdendir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren birtakım sebepler mevcuttur. Hastanın aydınlatılmış onamı hukukumuzda bir hukuka uygunluk sebebi olarak yer almaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü hastanın tıbbi müdahaleye yönelik onamının sağlıklı şekilde oluşmasını sağlayan bir faktör olduğundan bu yükümlülüğün ihlali onamın geçersiz olmasına yol açar. Tıbbi müdahalenin türü, şekli, türü, kapsamı ve sonuçları hakkında önceden bilgilendirilmiş bir hastanın hür iradesi ile tıbbi müdahaleye onam verdiğiinden söz edilebilecektir. Müdahaleyi hukuka uygun hale getiren aydınlatılmış onam olduğundan, sonuç hasta yararına olsa bile aydınlatılmış onam olmadan gerçekleşen tıbbi müdahale hukuka aykırı olur. Böylesi bir hukuka aykırılık kişinin hayatı, sağlığı, ve vücut bütünlüğüne ilişkin hukuki koruma altındaki kişilik hakları, kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişinin bahsi geçen şahıs varlıklarına yapılan her türlü müdahale açısından söz konusu olacaktır. Bunun dışında, hastanın onamını almaya yönelik olmayan güvenlik aydınlatmasının yapılmadığı durumlarda da hekimin sorumluluğu meydana gelebilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hekimin ceza hukuku, idare hukuku, özel hukuk ve disiplin sorumluluğu doğabilir.²³² Çalışmamızda incelenecek

232 Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 132; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 85, 143, 144; Çilingiroğlu,

olan aydınlatma yükümlülüğünün ihlalden doğan hukuki sorumluluğudur. Bu kapsamda da hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğu, bunun kapsamı, şartları ve hükümleri incelenecektir. Ayrıca bu tazminat sorumluluğunun hukuki temelleri, tazminat türleri, oluşan zarardan hukukten sorumlu kişiler, ispat usülleri, tazminat sorumluluğundan kurtuluş olanakları ve zamanaşımı konuları da bu yükümlülük açısından değerlendirilecektir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda özel hukuk açısından -diğer şartların da varlığı durumunda- öncelikle hekimin tazminat sorumluluğu doğabileceği gibi hekimin aydınlatmayı yerine getirmesi de talep edilebilir. Ancak ceza hukukunun farklı olarak, ortada bir maddi zarar bulunmadıkça aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumunda tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kişilik değerlerinin ihlaline yol açtığından manevi tazminat düşünülebilecektir.²³³ Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine bağlı olarak ortaya çıkan zararlar, genel esaslara da paralel olarak maddi zarar ve manevi zarar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.²³⁴ Bunun yanında geniş zarar ve dar anlamda zarar şeklinde de ikili bir ayrım mevcuttur. Geniş anlamda zarar, kişinin kişilik değerlerine ilişkin bir zarar olan manevi zarar ile malvarlığında meydana gelen bir zarar olan maddi zarar kavramlarının her ikisini kapsayan bir ifade iken; dar anlamda zarar ise sadece maddi zararı içeren bir ifadedir.²³⁵

Bir tıbbi müdahale sözleşmesinin varlığı durumunda meydana gelen zarar ve hekimin bu zarardan sorumluluğu bir arada değerlendirildiğinde; hasta ile hekim arasında kurulan bir tıbbi müdahale sözleşmesinin ifası gerçekleştirilirken, hastanın beklemekte haklı olduğu tedaviyi alamaması ya da gereğine uygun olarak yapılmayan bir tıbbi müdahale söz konusu olması halinde hastanın yaşama, sağlık,

a.g.e., s. 81; Yakut, a.g.e., s. 81.

233 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 143; Özsunay, a.g.e., s. 57.

234 Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 16. Baskı), 16. Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2014, s. 521.

235 Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku** (Bundan sonrası için kısaltma: Mesuliyet Hukuku), (1961 yılı birinci baskıdan tıpkı bası yapılmıştır) İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 63; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 13. Baskı), Değiştirilmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2011, s. 473.

vücut bütünlüğü, kişilik haklarında ve malvarlığında meydana gelebilecek maddi ve manevi zararlardan esas olarak hekim sorumlu olacaktır.²³⁶

Hastanın hekime doğrudan değil de bir hastane aracılığıyla başvurduğu durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan hukuki sorumluluğu özellik göstermektedir. Hekim eğer bir kamu hastanesi bünyesinde görevini yerine getirmekteyse meydana gelen zararın giderilmesi idare hukuku esaslarına göre çözümlenecektir. Hasta, özel bir hastane aracılığıyla hekime başvurmuşsa anlaşmazlığın çözümüne özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Özel hastane aracılığıyla hekime başvuran hasta ile hastane işleticisi arasında çok kez hastaneye kabul sözleşmesi adında bir sözleşme meydana gelmekte olup sorumluluğun çerçevesi bu sözleşmeye göre belirlenmektedir.

2.2. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN DAYANAKLARI

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu meydana gelen zararın tazmininin hukuki dayanağı, hukuki sorumluluğun şartlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Hukuk düzeninin, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiiliyle maddi ve/veya manevi bir zarara yol açan kişiyi, verdiği zararı gidermekle yükümlü tutmasına hukuki sorumluluk denir.²³⁷ Bu sorumluluk çeşitli hukuki temellere dayanır. Sözleşmeye dayanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk diye ikili temel bir ayırım mevcuttur. Başka bir ayırım da kusura dayanan ve kusura dayanmayan sorumluluk şeklindedir.²³⁸

Hukuki sorumluluk, kaynağına göre de sözleşmeden, kusura dayanan haksız eylemden ve yasadan doğar. Bir kimsenin eylemi kusurlu olmadığı halde bir

²³⁶ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 123; H. Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, 2. Baskı, Ankara: Papatya Yayıncılık Eğitim, 2009, s. 152; Özdemir, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, s. 145.

²³⁷ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku**, 25. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 2011, s. 85; Berna Özpinar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 55; Mustafa Kılıçoğlu, 6098 Sayılı Türk borçlar Kanununa Uyarlı **Tazminat Hukuku** (Bundan sonrası için kısaltma: Tazminat Hukuku), 4. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014, s. 3.

²³⁸ Kıcılıoğlu, **a.g.e.**, s. 146; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s.7

başkasına zarar vermişse ve bu zararın giderilmesi bir yasa veya hakkaniyet kuralının gereği ise, buna kusura dayanmayan (sözleşme dışı) sorumluluk veya kusursuz sorumluluk denir.²³⁹ Tarafların sözleşme kurulmadan önceki görüşmelerde dürüstlük kuralına riayet etmesi gerektiği şeklindeki sorumluluk türü ise *Culpa in Contrahendo* olarak adlandırılmaktadır.²⁴⁰ Son olarak ise vekaleti olmadan bir başkasına yararına iş yapan kimsenin sahip olduğu sorumluluk türü vekaletsiz iş görme sorumluluğudur.²⁴¹

2.2.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk

Sözleşme, “*belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanından oluşan bir hukuki işlem*”dir.²⁴² Geçerli olarak kurulmuş olan bir borç ilişkisinin, zamanında, yerinde ve konusuna uygun olarak ifa edilmemesi halinde, borca aykırılık ya da borç ilişkisinin ihlâli söz konusu olur. Borçlar Kanunumuz 112. maddesi vd. hükümleri ile borcun ifa edilmemesinin yani borcun ihlâl edilmesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemiş olmasıyla birlikte, borcun kötü ifa edilmiş olmasını veya borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını da içeren bir anlam taşımaktadır.²⁴³ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucu meydana gelen zararların birçoğunda hekim ile hasta arasında veya hasta ile hastane işleticisi arasında bir sözleşme bulunmakta olup hukuki sorumluluğun dayanağı sözleşme olmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde hastanın hekime doğrudan başvurduğu hallerdeki hukuki sorumluluğun esasları incelenecektir. Hastanın bir hastane aracılığıyla hekime başvurması halindeki hukuki sorumluluğunun esasları üzerinde ise aşağıda, hukuken sorumlu kişiler başlığında durulacaktır.

239 Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 146; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s.3

240 Selahattin Sulhi Tekinay – Sermet Akman – Haluk Burcuoğlu – Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 975.

241 Haluk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme** (Bundan sonrası için kısaltma: Vekâletsiz İş Görme), İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957

242 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 200; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C.I) 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 42; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 146; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 22.

243 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. 1**, s. 379.; Ayrıca aynı yönde **bkz.** Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C. III) C.III, 6 Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, 198; Uygur, **a.g.e.**, s. 281; Nomer, **a.g.e.**, s. 241.

2.2.1.1. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Niteliği gereği tıbbi müdahaleler haksız fiil olarak değerlendirilmekle birlikte, hekim ile hasta arasında çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi vardır. Bu sebeple hasta ve hekim arasındaki ilişki genel olarak bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Hukuki niteliği tartışmalı olsa da bu sözleşme çoğunlukla tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi şeklinde adlandırılmaktadır.²⁴⁴ Bu sözleşme ile hekim tıp biliminin öngördüğü ilkeler çerçevesinde teşhis koymak, bu teşhise bağlı olarak en uygun tedavi yöntemini belirlemek ve tedaviyi uygulama edimlerini yerine getirme yükümlülüğünü ve (yan edim yükümlülüğü olarak) tıbbi müdahale öncesinde hastayı tıbbi müdahale konusunda aydınlatmayı, hasta ise bunun karşılığında hekime ücret ödemeyi taahhüt eder.²⁴⁵ Hekimin bir hastane bünyesinde hastaya tıbbi müdahalede bulunduğu birçok sözleşmede ise bu yükümlülükler esas olarak hasta ile hastane işleticisi arasında meydana gelmektedir.

Tedavi sözleşmesi iş görme borcu doğuran bir borçlar hukuku sözleşmesi ise de gerek tarafların gerekse edimlerin özelliği dolayısıyla tedavi sözleşmesinin birtakım başka özellikleri bulunmaktadır. Öncelikle taraflar hastanın sağlığa kavuşması şeklinde ortak bir amaca yönelmiş durumdadır. Ancak hekim hastanın tedavi sonrasında sağlığına kavuşacağını garantisini veremez. Bu husus Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde, hekimin sözleşme ile hastanın sağlığına kavuşması için gerekli müdahaleyi yapmayı üzerine aldığı, ancak hastayı iyileştirmenin hekimin borcu olmadığı şeklinde açıkça belirtilmektedir. Bu düzenlemeye göre: *“Tabip ve diş tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı deontoloji bakımından muhazene edilemez.”* Bununla birlikte hekim iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelere nazaran daha özenli hareket etmek zorundadır. Zira hekimin gerçekleştireceği edimler doğrudan hastanın

244 Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s.33; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s.27; Murat Doğan, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare Hukuku)**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, Ankara: Şen Matbaa, 2009, s.41; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 132; Ayan, **a.g.e.**, s.49

245 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 16; Yakut, **a.g.e.**, s. 52; Mehmet Demir, **"Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu** (Bundan sonrası için kısaltma: Hekimin Sorumluluğu)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 232; Akartepe Alpaslan, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 13; Savaş Nuriye, **"Hekimin Tazminat Sorumluluğu"**, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri: 10/17 Eylül 2011, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 161

vücut bütünlüğüne yöneliktir. Öyle ki hekimin borca ve hukuka aykırı davranışı malvarlığı zararının yanında hatta ondan önce telafisi güç belki de imkânsız şahıs varlığı zararlarına yol açabilmektedir. Gerek bu durum gerek hastanın hastalığı yüzünden zayıf ve yardıma muhtaç olması hekimin ise uzmanlık, güç ve otoriteyi elinde bulundurması yani tarafların eşit olmaması nedeniyle hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi son derece önemlidir. Hekim tıp biliminin gerektirdiği bütün özeni göstererek tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlüdür. Hekim iyileşme garantisinde bulunmuş olsa dahi hekim bu sonucu sağlamak yükümlülüğünde değildir.²⁴⁶

Tedavi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür.²⁴⁷ Tedavi sözleşmesi veya diğer adıyla hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılan bu ilişki, özü itibarıyla borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir. Ancak söz konusu sözleşme ilişkisinin, gerek konusu gerekse tarafları bakımından taşıdığı özellikler dolayısıyla, hukuki niteliği konusunda önceden beri tartışmalar yaşanmaktadır. Zira tedavi sözleşmesi, Borçlar Kanununda düzenlenmemiş bir sözleşme tipi olmayıp ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta hangi kuralların uygulanacağı sorusu önem taşımaktadır.²⁴⁸

Doktrinde tedavi sözleşmesinin niteliğine ilişkin temel olarak 4 görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin birincisine göre tedavi sözleşmesine hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekir. İkinci görüşe göre ise eser sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanması gerekir. Doktrinde ağırlıklı görüş olan üçüncü görüşe göre, vekâlet sözleşmesine ait kurallar uygulanmalıdır. Son görüşe göre ise tedavi sözleşmesi kendine özgü yapısı olan bir sözleşme tipidir.²⁴⁹

2.2.1.1.1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde Alman hukukundan esinlenen bir görüşe göre, tedavi sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi olup hasta ile hekim arasındaki ilişkiye bir hizmetin ifa edilmesi nazarıyla bakılmakta ve taraflara bu anlamda hukuki yükümlülükler düşmektedir. Bu yükümlülükler hasta açısından hekime ücret ödeme yükümlülüğü,

246 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 16.

247 Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 72; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 16.

248 Akartepe, **a.g.e.**, s. 13.

249 Akartepe, **a.g.e.**, s. 13.

hekimin tavsiye ve uyarılarına uyma yükümlülüğü; hekim açısından ise hastayı tıp biliminin verilerine uygun olarak sağlığına kavuşturmak amacıyla tedavi etmektir. Hizmet sözleşmesi yeni Borçlar Kanunumuzun 393. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."*

"İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir."

Hizmet sözleşmesi konusu insan emeği olan, iş görme amacı güden bir sözleşmedir. Bu sözleşme türünde işçi -belirli olsun veya olmasın- bir süre zarfında öngörülen bir hizmet yerine getirmeyi taahhüt ederken, karşı taraf ise bu hizmetin görülmesi karşılığı bir ücret ödemeyi kabul eder. Tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede, kanundan da anlaşılacağı üzere bu sözleşmenin kurucu unsurları işçinin hizmet yüklenimi, işverenin ise ücret yüklenimidir. Ayrıca kanunla öngörülmemiş de olsa doktrin ve içtihatlarla kabul edilmiş olan işçinin işverene bağımlılığı unsuru, yani işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi da bunlara eklenmiştir.²⁵⁰ Yargıtay bir kararında²⁵¹ bağımlılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır: *".... her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık..."*

Yine birtakım yazarlarca, işçinin vermiş olduğu emeğin bedeni bir emek olmasına gerek olmadığı, ilmi ve fikri bir emeğin yeterli olacağı, aile hekimlerinin veya belirli zamanlarla bir hasta tedavi etmeyi üzerine alan hekimlerin yaptığı sözleşmelerin hizmet sözleşmesinin tipik örnekleri olacağı ileri sürülmüştür.²⁵²

250 Anayasa Mahkemesi, T. 27.09.1967, K.336/29, Resmi Gazete 19.10.1968, S.13031 aktaran Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 85; Hamdi Mollamahmutoğulları/Muhittin Astarlı, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 Sayılı Borçlar Kanunu – 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu – 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 310; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Özel), 12. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 423; Işık Olcay, **Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Metin İkizler, Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2010, s. 78.

251 Yargıtay 10. HD., T.01.07.1974, E.1974/3612, K. 1974/4738, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Ankara: Türk Matbaacılık Sanayi, Ağustos, 1975, s. 110.

252 Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 12; Süheyl Donay, "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", **İktisadi ve**

Fakat doktrindeki ağırlıklı görüşe göre tedavi sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu görüşteki yazarlara göre hizmet sözleşmesinin esaslı unsuru olan işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü unsuru tedavi sözleşmesinde mevcut değildir. Hekim tedavisini hastanın emir ve talimatlarına göre değil, kendi mesleki bilgi ve tecrübesine dayanarak yürütmektedir. Ayrıca, hasta-hekim ilişkisinde, hekim, kendi bilgi ve tecrübesine dayanarak hastanın hastanede yatış süresini belirlemek, hastanede yatış esnasında ya da daha sonra yapacağı veya yapamayacağı davranışları ve beslenme şeklini belirlemek, alacağı ilaçları belirlemek suretiyle buyruk veren konumundadır.²⁵³ Bunun yanında hekimin amacının belli bir zamana bağlı olmadan hastayı tedavi etme amacı bulunduğundan hizmet sözleşmesindeki süre kıstası yerine getirilmemiş olur. Zira bu sözleşmede önemli olan tedavinin yapılmasıdır. Yoksa belirli veya belirsiz bir süre için hekimin hizmette bulunması, işgücünü hastanın emrine tahsis etmesi amaçlanmamaktadır.²⁵⁴

2.2.1.1.2. Eser Sözleşmesi Görüşü

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin ileri sürülen bir diğer görüş de eser sözleşmesi hükümlerinin bu ilişkiye uygulanması gerektiği görüşüdür. Özellikle diş dolgusu, protez, köprü yapımı ve estetik ameliyatlar gibi belli bir neticeye yönelik faaliyetleri içeren tıbbi müdahalelere ilişkin sözleşmelere, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşü uygulamada ve doktrinde taraftar bulmaktadır.²⁵⁵

Eser sözleşmesi Borçlar Kanununun 470. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*". Tam iki tarafa borç yükleyen eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu eser meydana getirmek, eser sahibinin karşılık borcu ise ücret ödemektir. Eser kavramından anlaşılması

Ticari İlimler Dergisi, 1968, s. 20.

253 Akartepe, **a.g.e.**, s. 15; Aynı yönde bkz. Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 35; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 32.

254 Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 36; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 58; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 19

255 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 59-64; Ayan, **a.g.e.**, s. 55; Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 12; Yargıtay 13. HD. T. 05.04.1993 E.1993/131 K.1993/2741, Yargıtay 15.HD., T.03.11.1999 E.1999/4007 K.1999/3868 (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

gereken şey insan emeğinin ürünü olup hukuki bir bütünlüğü bulunan ve ekonomik değeri olan maddi veya manevi her şey olarak tanımlamak mümkündür.²⁵⁶ Bu anlamda eser sözleşmesinin konusu, “yüklenicinin iş sahibi adına ortaya çıkarmayı üstlendiği, maddi varlığı olan ya da olmayan bir iş görme”dir.²⁵⁷ Örneğin, bir gazeteye ilan konulması, ışıklı reklam, bir müşavirin reklam kampanyasını planlaması, bisiklet yarışlarının düzenlenmesi, buz hokeyi maçı, sinemada film gösterilmesi, bir yarış atının eğitilmesi, bir işyerini elektrikle ısıtma ve aydınlatma işlerinin üstlenilmesi gibi hallerde eser sözleşmesinin varlığı kabul edilmiştir.²⁵⁸

Hekim, hastayı iyileştirme borcu altına girmez; sadece tedaviye yönelik tıp standartlarına uygun olarak hastasının iyileşmesi amacıyla çaba sarf eder. Hekim tarafından yerine getirilen iş görmede güvenin taşındığı bir iş görme söz konusudur.²⁵⁹ Ancak bu bazı edimler açısından eser sözleşmesinin uygulanmasını engellemez. Eser sözleşmelerinde, sadece bir iş görme değil, eser denilen olumlu veya olumsuz bir neticenin üstlenilmesi de söz konusudur. Sonucun gerçekleşmemesi durumunda ise yüklenici sorumlu olur.²⁶⁰ Bu durum Yargıtay’ın bir kararında şu şekilde belirtilmiştir: “... Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.

256 Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri C. II** (Bundan sonrası için kısaltma: **Özel Borç İlişkileri**), C II, 2. Bası, Ankara: Olgaç Matbaası, 1987, s. 1-18; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (Bundan sonrası için kısaltma: **Borçlar Özel**), 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 334; Aydın Zevkliler, **Borçlar Özel**, s. 454; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: **Borçlar Özel**), Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 583; Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 1-8; Akartepe, **a.g.e.**, s. 16-17.

257 Aral/Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 333; Eren, **Borçlar Özel**, s. 583; Aydemir, **a.g.e.**, s. 1-8; Zevkliler, **a.g.e.**; Akartepe, **a.g.e.**, s. 16-17.

258 Aydemir, **a.g.e.**, s. 6-7; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 3-13; Ayrıca Yargıtay “ses ve saz sanatkarlarına konser vermek için menfaat karşılığı aracılık eden, onlara sanatlarını icra için organizatörlük yapan kişinin bu çabalarının eser niteliğinde” olduğunu kabul etmiştir. Y. 9. CD. 05.03.1981, E. 725, K. 889, YKD., C.7, S. 7, s. 933.

259 Aral/Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 337; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 61; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 349.

260 Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 349; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 61.

Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "Eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur.

Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolundaki eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK.nun 360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir.

Bu durumda, davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması, izahtan varestedir.”²⁶¹

Tandoğan'a göre maddi olmayan bir netice, ancak niteliği açısından bir çalışma neticesi olarak vaat edilmeye uygun olduğu durumda bir eser sözleşmesinin konusunu meydana getirebilir. Bir tedavide, öğretimde veya davada başarılı bir neticeye varılması, niteliği gereği tartılamayan ve borç altına girenin gücü dışında kalan etkenlere bağlı bulunduğundan, gerçekleştirenin önceden yüklenilmesine elverişli değildir. Bu sebeple dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahi bir ameliyata, hatta doğrudan iyileşme amacı bulunmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler eser ve vekalet sözleşmesinin sınırlarında olsalar dahi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeye uygun değildirler.²⁶² Yargıtay ise estetik amaçlı burun ameliyatlarında, ameliyatı yapan hekimin estetik ameliyat neticesinde estetik

261 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi T. 3.11.1999 E. 1999/4007 K. 1999/3868, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

262 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 13.

görünüm hususunda belli bir güvence vermesi durumunda taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğuna karar vermektedir.²⁶³ Bu tip sözleşmelerdeki iş görme yükümlülüğü vekalet sözleşmesinin konusunu teşkil eden iş görme mahiyetinde değildir. Burada vekâlet sözleşmesinde yer alan öğelerden farklı olarak, çalışma neticesinde, elde edilmek istenen belli bir sonucun işi üstlenen tarafından kesin şekilde ortaya konulması amacı bulunmaktadır.²⁶⁴

Sonuç olarak ise eser sözleşmelerinde maddi olmayan sonuçların niteliği bakımından objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmasının gerekliliği, eser sözleşmesinde eserin teslimine ve muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının belli ölçüde maddi bir biçimlenmeyi gerektirmesi ve hekimin faaliyetlerini eser kavramı içinde nitelendiremememiz nedeniyle, hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi niteliği tanımak kural olarak mümkün değildir. Zira hekimin hastayı tedavisi, cerrahi müdahalenin başarıyla sonuçlanması, niteliği gereği ve çoğunlukla da hekimin elinde olmayan faktörlere bağlı olup, objektif olarak niteliği gereği taahhüt edilmeye elverişli değildir. Bunun istisnasının ise estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ile protez yapımının üstlenildiği ameliyatlar olduğu kabul edilebilir.²⁶⁵

2.2.1.1.3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Borçlar Kanununun 502. maddesinde vekalet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: *"Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır."* Vekalet sözleşmesini diğer iş sözleşmelerinden ayırt etmek amacıyla doktrinde vekalet sözleşmesinin *"Vekalet bir akit tir ki vekile müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi, rizikosu ona ait olmak üzere yükler."* şeklinde bir tanımlı yapılmıştır.²⁶⁶

263 "... davacı, estetik estetik bir görünüm kazandıracağını ikna ve taahhüt ederek davalı doktorun burnunu ameliyat ettiğini, fakat meslek hatası ve kusur sonucu burnunun çöktüğünü ve yüzünün tamamen değişip çirkinleştiğini öne sürerek..", Y. 13. HD. 05.04.1993 E. 1993/131 K. 1993/2741, (Çevrimiçi, www.kazanci.com); Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 63

264 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 63.

265 Akartepe, **a.g.e.**, s. 15; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 63.

266 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 356; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı

Vekalet sözleşmesiyle ilgili yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere vekalet sözleşmesinin konusunu bir iş görme teşkil etmektedir. Sözleşmenin diğer unsurları ise söz konusu iş görmenin herhangi bir zaman aralığına tabi olmadan ve neticenin elde edilememesi riskini taşımaksızın belli bir neticenin elde edilmesi amacıyla belli bir yönde yerine getirilmesi, işin müvekkilin iradesine uygun ve yararına olması, bağımsız olması, tarafların herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan açık veya örtülü olarak anlaşmaya varmalarıdır. Bu unsurların bulunması vekalet sözleşmesinin oluşması için yeterli olup kanuna göre ücretin ödenmesi gerekli değildir. Ücret ancak kararlaştırılmışsa veya ücret alınması konusunda teamül varsa ücrete hak kazanılmış olur.²⁶⁷

Doktrindeki azınlık görüşüne göre, hekimlik sözleşmesi çeşitli gerekçelerle vekâlet sözleşmesi nitelikli bir sözleşme değildir. Bu gerekçelerden birincisine göre vekilin gerçekte müvekkilin nam ve hesabına hareket ettiği, buna karşılık hekimin ise müvekkilin nam ve hesabına hiçbir işlem veya fiilde bulunmadığı ve hatta hekimin hastasının muvafakatiyle yaptığı ameliyatın dahi onun nam ve hesabına yapılmış bir işlem veya fiil olmadığı ileri sürülmektedir.²⁶⁸ Oysaki hekimin tıbbi müdahaleleri hastasının menfaatine, onun nam ve hesabına yaptığı şüphesizdir.²⁶⁹

İkinci gerekçeye göre, hekim tarafından yapılan cerrahi müdahaleler istisna tutulmak kaydıyla, hekimin genellikle ne bir işi idare, ne de bir hizmeti ifa etmekte olup, hekim sadece hastayı muayene edip tedavisi için ilaç tavsiye etmektedir. Bu sebeple de hastanın muayenesi de tavsiye edilecek ilacın tayini için yapılan ihzari bir muameleden başka bir şey değildir.²⁷⁰ Oysa ki vekalet sözleşmesinin muhakkak bir hukuki işlem ya da hukuki işleme benzer bir şey için kurulması gerekli değildir. Maddi bir işlem, yani hekim tarafından yapılan tıbbi faaliyet için de vekalet sözleşmesi akdedilebilir. Bu sebeple de hekimin tıbbi amaçla yaptığı her faaliyetin vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturduğu söylenebilir.²⁷¹

Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz – Burak Özen –Faruk Acar, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 1120; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 64-65.

267 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 181-199; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 65; Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 353-357.

268 Reşat Atabek ve Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XXVIII, İstanbul, 1954, s. 143 vd.

269 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 65.

270 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 143.

271 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 65.

Üçüncü gerekçeye göre, vekalet sözleşmesinde vekil müvekkilin emirlerine, kesin talimatına uymakla yükümlüdür. Hasta ile hekim arasındaki ilişkide, hasta hiç bir zaman hekime emir ve talimat veremez; ayrıca hekim bazı durumlarda hastanın iradesine aykırı davranmak zorunda kalabilir. Örneğin, hekim intihara teşebbüs etmiş bir hastaya onun muvafakatini almadan ve hatta muhalefetine rağmen müdahale ederek ölmesine engel olacak önlemleri almakla yükümlüdür.²⁷² Hâlbuki hekim kural olarak hastanın onamı üzerine tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olup bu onamla bağlıdır. İnsani ve etik kaygılarla, bazı durumlarda hekimin hastanın iradesine aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunabileceği konusu ise tartışmalıdır.

Dördüncü gerekçeye göre, vekilin kural olarak müvekkiline gerekli açıklamayı yapması ve sorularına doğru cevap vermesi zorunludur. Hekim ise bazı durumlarda hastanın psikolojik durumunu dikkate alarak ruhsal çöküntüye uğramaması için gerçeği hastasından saklayabilir. Örneğin, kanser hastasına, hastalığının geçici bir hastalık olduğunu söyleyerek onun çöküntüye uğramasına engel olabilir.²⁷³ Oysa ki hekimin hastasına gerekli bilgileri vermesi, hastasını aydınlatması zorunluluktur. Ancak tedavi ayrıcalığının bulunduğu durumlarda hekim gerçeği hastasından saklayabilir.²⁷⁴

Beşinci gerekçeye göre, hekim Hıfzısıhha Kanunu gereğince kanunda sayılan bazı hastalıkları (bulaşıcı hastalıklar, akciğer ve gırtlak veremi) hastanın muhalefetine rağmen, sağlık müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Kamu hukukundan doğan bu yükümlülüğün vekil ile müvekkil arasındaki ilişki açısından kabul edilemez olduğu ileri sürülmüşse²⁷⁵ de bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Çünkü kamu menfaatinin gerektirdiği bazı durumlarda borcun sadece hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkiyi değil, diğer birçok akitleri de sınırladığı bilinen bir gerçektir. Hıfzısıhha kanununda bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda kamu sağlığının korunması amacıyla hekime bu zorunluluk yüklenmiş olup, taraflar arasındaki sözleşmesel (akdi) borçlara bir sınır getirilmemiştir.²⁷⁶ Ayrıca kamu hukukunun getirmiş olduğu bu sınırlama, hasta ile hekim arasındaki sözleşmeyi

272 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 66 dipnot: 262: “Ayrıca hekimin hayati tehlike içinde olan ve yaşaması için gerekli olan kan nakline veya cerrahi müdahaleye rıza göstermeyen hastaya, kan verip vermeyeceği ya da cerrahi müdahalede bulunup bulunmayacağı konusu tartışmalıdır.”

273 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 144.

274 Bknz. Birinci Bölüm Başlık 1.8.4. Tedavi Ayrıcalığı

275 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 144.

276 Ayrıca **bkz. Hekimin Sır Saklama Borcu.**

vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmemize engel değildir. Çünkü temel bir hak ve hürriyet olan sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirilebileceği Borçlar Kanununun 19. ve 20. maddelerinde belirtilmiştir.²⁷⁷ Ayrıca bu sınırlamaların anayasal dayanağı olan 1982 Anayasasının 13. maddesi 2001 yılında değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliğin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasını anayasal dayanaktan yoksun hale getirdiği ve bu yüzden de bu tür sınırlamalar öngören kanunların anayasaya aykırı hale geldiği yönünde tartışmalar mevcuttur.²⁷⁸

Doktrinde ve uygulamada ağır basan görüşe göre, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi uygundur.²⁷⁹ Sadece yapıları vekâlet sözleşmesi hükümlerine uygun olmayan ve kanundaki diğer tiplere de girmeyen iş görme sözleşmeleri, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak nitelendirildiğinden tedavi sözleşmesi vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme vekâlet sözleşmesi mahiyeti taşıdığına göre, bu sözleşmeyi kendisine özgü yapısı olan sözleşme, hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir.²⁸⁰

Vekalet sözleşmesinin tanımı ve unsurları dikkate alındığı zaman, hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu açıkça görülür.²⁸¹ Hekimlik sözleşmesinin tüm özellikleri, vekalet sözleşmesinin hükümlerine, yapısına ve unsurlarına tamamıyla uygundur. Hastası ile arasındaki sözleşme gereğince hekim, hastasını tedavi etmeyi, maddi bir fiili yapmayı taahhüt etmektedir ki bu da Borçlar Kanununun 502. maddesi anlamında bir iş görmedir. Çünkü vekalet

277 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 66

278 **Bkz.** Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 59, 2001, s. 63; Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 19, s. 142; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlak Aykırılık**, Turhan Kitabevi Yayınları, 2007, Ankara, s. 57 vd.

279 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 185; Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 13; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Özel), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 388; Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 36; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1121; Yargıtay 9. HD., T. 18.11.1991, 1991/8375 E., 1991/14336 K. (Çevrimiçi, <http://www.kazanci.com/>)

280 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 199-207; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 68; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1125.

281 "Vekâlet sözleşmesinin hekim-hasta ilişkisine uygunluğu bu müessesenin tarihsel temellerinden kaynaklanmaktadır. Roma hukukunda hekim ile hasta arasında yapılan sözleşme, bir mandat vekalet sözleşmesi sayılırdı ve bu hizmet için de "diğer hizmetlerde olduğu gibi bir ücret" ödenmezdi. Söz konusu olan ücret, honorarium (şeref ücreti) olarak ödenirdi.", Rado Türkan, **Roma Hukuku Dersleri - Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 151.

sözleşmesiyle taahhüt edilen iş görme borcunun konusu, hukuki bir işlemin ya da hukuki işlem benzerinin yapılması veya maddi bir fiilin yapılması da olabilir. Bunun yanı sıra hekim aradaki sözleşmeyle, tıbbi faaliyetlerini belirli veya belirsiz bir süre için hastanın hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli veya belirsiz bir süre için hastaya tahsis etmeyi taahhüt etmemiştir. Hekim hastanın iyileşmesi için gerekli tıbbi müdahalelerde bulunmayı borçlanmıştır. Hekimin üstlendiği iş görme bununla sınırlıdır. Dolayısıyla hekim, sözleşmenin ifası sırasında herhangi bir süreyle bağlı değildir. Zaten tıbbi müdahalelerin süresini önceden kesin şekilde tespit etmek olanaklı değildir. Hastalığın niteliği ve hastanın durumuna göre bu süre değişebilir. Bu özellik de vekalet sözleşmesinin niteliğine uygun düşmektedir.²⁸²

Hekimlik sözleşmesinin bir diğer özelliği ise hekimin hastaya tedavi sonucunu garanti etmemiş olmasıdır. Tıbbi müdahalenin amaçlanan sonucu vermemesi durumunda hekim sorumlu olmayacaktır. Vekalet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran bu unsur, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığının açık bir delilidir.²⁸³

Hekimin hastaya karşı borçlarını ifa ederken nispi bağımsızlık çerçevesinde hareket etmesi hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığının bir diğer kanıtıdır. Vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırt etmek için ileri sürülen bu nispi bağımsızlık unsuru, vekilin müvekkilin yararına belli bir neticeye ulaşmak için işgörürken, amacına ulaşmak için belli ölçüde bir karar verme gerekliliğinin sonucudur. Özel uzmanlık gerektiren tıbbi faaliyetlerde bu bağımsızlık genellikle daha geniş olacaktır. Fakat her halükarda hekim bu karar verme özgürlüğünü ve bağımsızlığı sadakat ve özen çerçevesinde kullanacaktır.²⁸⁴

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide, hekimin hastayı iyileştirmek için gerekli olan müdahaleleri yürütmesi konusunda, tarafların sarıh veya zımni şekilde anlaşmaları sonucunda vekâlet sözleşmesi meydana gelmekte olup ayrıca hekime

282 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 185; Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 589-593; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69; Atiye Uygur, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan İşgüzar, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 104-112; Akartepe, **a.g.e.**, s. 18-19.

283 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 189; Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 592; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69

284 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. II**, s. 185; Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 592.

ücret ödenmesinin kararlaştırılmış olması gerekli değildir.²⁸⁵ İşte vekalet sözleşmesinde de ücret zorunlu bir unsur olmayıp ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır.²⁸⁶ Diğer taraftan ise vekalet ücreti kararlaştırılmış, ancak miktarı tespit edilememiş ise veya ücret verilmesi teamülden ise, taraflar arasında daha sonra çıkacak anlaşmazlıkta hakim *“yapılan işin gerektirdiği uzmanlık derecesini, ekonomik önemini, harcanan emeği ve zamanı, taahhüt edilen sorumluluğu, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun ücrete”* hükmeder.²⁸⁷

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin kişisel karakteri ve ağır basan güven unsuru taraflara kural olarak diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının tanınması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu ihtiyacı karşılayacak olan çözüm hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak kabulüdür. Zaten uygulamada ve doktrinde de ağır basan görüş bu yöndedir.²⁸⁸ Ancak bu ilişkinin taraflarını ve tarafların konumunu karşılaştırdığımızda hekimin daha üst konumda, uzman ve hakim durumda olduğunu, hastanın da korunmaya muhtaç olduğu ve sözleşmenin konusunun vücut bütünlüğüne ilişkin olduğu düşünüldüğünde hekimin ancak önemli sebeplerin varlığı halinde bu ilişkiyi sonlandırabileceği benimsenmelidir.²⁸⁹

285 **Bkz.** Y. 9. HD. T. 18.11.1991 E. 1991/8375, K. 1991/14336; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 70.

286 **Bkz. Türk Borçlar Kanunu madde 502/3.**

287 Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri II**, s. 190-191; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1131; Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 354; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69.

288 Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 33; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 199; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69; Akartepe, **a.g.e.**, s. 20: Hemen belirtelim ki görüşü bu yönde olanlar arasında dahi dış dolgusu, estetik ameliyatlar ve protez takılması gibi sınırdan kalan girişimler nedeniyle ortaya çıkacak hukuki uyumsuzluklar konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur. Bir başka ifadeyle vekalet sözleşmesi görüşünde olanlar, hekimin bir sonucu taahhüt etmesi halinde eser sözleşmesi, aksi takdirde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedirler.

289 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 69; Ayrıca bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Madde 19: *“Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkedemez.”*

Borçlar Kanunu “Madde 512: Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

“Tedaviyi Üstlenmeme veya Yarıda Bırakma

Madde 25-Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektigi gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde

2.2.1.1.4. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiç birinde unsurlarının mevcut olmadığı, kendilerine özgü öğelerden oluşan sözleşmelerdir.²⁹⁰ Bu tür sözleşmeler, iyi niyet kurallarına ve uygulamadaki yaygın teamüllere göre yorumlanarak tamamlanırlar. Bu sözleşmelere, özellikleri elverdiği ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır ve gerektiğinde Borçlar Kanununun genel hükümlerine de başvurulur. Bu türden sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözüm yolları, özellikle içtihat ve teamül hukukunda bulunur. Hakim de bazı durumlarda Medeni Kanun 1. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak hukuk yaratma yoluyla karşılaştığı sorunları çözer.²⁹¹

Tedavi sözleşmesinin Borçlar Kanununda düzenlenen herhangi bir sözleşme tipine uymadığını, bu sözleşme tiplerine dahil edilemeyeceğini, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu da doktrinde savunulmuştur.²⁹² Bu görüşü savunanlara göre hekim ile hasta arasındaki ilişki diğer hiçbir sözleşmede olmayan özellikler taşımaktadır ki, taraflar arasında sadece bireysel çıkara dayalı edim mübadelesi yerine, yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat unsurlarının ağır bastığı bir ilişki söz konusudur. Taraflardan biri güç ve otorite sahibi bir uzman iken, diğer taraf, yani hasta zayıf ve bilgisiz bir konumdur. Ayrıca hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme, insanın en özel ve derin alanına giren insan boyutu ile Borçlar Kanununda düzenlenen diğer sözleşme tiplerine hiç de benzemeyen bir durumdur.²⁹³ Bu nedenle, böyle bir ilişkide çıkabilecek uyuşmazlıklar için Borçlar Kanununun genel

ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”

290 Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, s. 38; Uygur, **a.g.e.**, s. 103; Yavuz, **a.g.e.**, s. 28; Yavuz İpek, **a.g.e.**, s. 72; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C I-1**, s. 13; Oktay Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması (Bundan sonrası için kısaltma: İsimsiz Sözleşmeler)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, 1996, s. 263 vd.

291 Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**,; Yavuz/Özen/Acar, **a.g.e.**, s. 25; Yavuz İpek, **a.g.e.**, s. 72; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C I-1**, s. 13; Oktay, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 263 vd.

292 Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 55; Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 143 vd.

293 Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 55.

hükümlerine başvurulması gerektiği savunulmuştur.²⁹⁴ Ancak bu görüş çok taraftar bulamamıştır.

2.2.1.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden doğan hukuki sorumluluğunun temelini çoğunlukla bir sözleşme olduğunu daha önceki bölümlerde belirtmiştik. Şimdi ise hekimin bu sorumluluğunun şartları olan bir tedavi sözleşmesinin varlığı ve bu sözleşmenin geçerli olması, sözleşmesel bir yükümlüğün ihlali, zarar, kusur ve illiyet bağıını sırasıyla inceleyeceğiz.

2.2.1.2.1. Tedavi Sözleşmesinin Varlığı ve Geçerli Olması

Diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, yoğunluklu bir güven unsurunun temel oluşturduğu tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğun ilk koşulu tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığıdır. Bu sözleşme, taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktaları olan belli bir ücreti ödeme karşılığında tıbbî teşhis ve tedavi edimini üstlenmeye yönelik olmalıdır.²⁹⁵ Tedavi sözleşmesinin sadece hasta ve hekim arasında kurulmuş olmasına gerek olmayıp bu sözleşme özel hastane ve hasta arasında da kurulabilmektedir. Bu şekilde kurulmuş tedavi sözleşmesine hastaneye kabul sözleşmesi denmektedir.²⁹⁶

Hekimlik sözleşmesi ile hekimin üstlendiği temel borç (aslî edim yükümü), hastanın hastalığını teşhis ve tedavi etme biçiminde maddî fiilin ya da fiilî bir hizmetin yapılmasına ilişkin bir iş görme taahhüdüne dayanmaktadır.²⁹⁷ Türk Borçlar Kanununun 503. maddesi anlamında mesleğinin bir gereği olarak işini yapan kişilerden (örneğin, tıpkı serbest meslek faaliyetlerini devletten aldıkları bir çalışma ruhsatına dayanarak yürüten avukat, veteriner, mimar ve mühendisler gibi) olması nedeniyle, hekim hastanın hastalığını teşhis ve tedavi için kendisine yönelik olarak ücretli hekimlik sözleşmesi yapma teklifini derhal reddetmezse, hekimin hekimlik

294 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 143 vd.

295 Mehmet Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 237; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, 33 vd.; Öztürkler, **a.g.e.**, s. 42 vd.

296 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 27.

297 Demir, **a.g.e.**, 237; Aral/Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 409.

sözleşmesini kurmayı zımnen kabul ettiği ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünün doğduğu sonucuna yasal varsayım gereği ulaşılabacaktır.²⁹⁸ Hekimlik sözleşmesi bu şekilde de hukuken geçerli şekilde meydana gelmiş sayılır. Sonuç olarak, hekimlik sözleşmesinin de tıpkı avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi, hukuksal nitelik bakımından bir vekâlet sözleşmesi niteliğini taşıdığı; ancak, hukuki işlem ya da hukuki işlem benzerlerinin yapılmasına ilişkin vekâlet türünde değil de maddî fiillere ilişkin vekâletin özel bir görünümü biçiminde gerçekleştiği belirtilmelidir.²⁹⁹ Hekimlik sözleşmesinin niteliğine ilişkin tartışmalara ise yukarıda değinmiş olduğumuz için bu bölümde ayrıca bu konunun üzerinde durmayacağız.

2.2.1.2.2. Sözleşmesel Bir Yükümün İhlali

Hekimin sözleşmesel sorumluluğu, sözleşmeye aykırılık veya alacaklıya zarar veren bir davranış veya sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi gibi hallerde söz konusu olur. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ya da hiç ifa edilmemesi Borçlar Kanununun 112. maddesine göre sözleşmeye aykırılığın tipik biçimleridir.³⁰⁰ Bu bakımdan tedavi sözleşmesiyle hekime yüklenen borçlar belirlenirken sözleşmenin somut içerik ve kapsamının sınırlarının iyice araştırılıp ortaya konulması önemlidir.³⁰¹

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülükleri diğer sözleşmelerde olduğu gibi, edim yükümlülükleri ve edim yükümlülüğünden bağımsız yükümlülükleri kapsamaktadır.³⁰² Edim yükümlülükleri hastalığın teşhisini koymak, koyulan bu teşhise uygun olacak en iyi tedavi yöntemini tespit etmek ve uygulamak, eğer bir ameliyat gerekliliği varsa bunu saptayıp uygulamak olarak sayılabilir.³⁰³ Edim yükümlülüğünden bağımsız yükümlülükleri ise hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın onamını alma yükümlülüğü, sadakat ve özen yükümlülüğü, tedaviyi kayda geçirme ve sır saklama yükümlülüğü, hastaya hesap verme

298 **Türk Borçlar Kanunu Madde 503.**

299 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 34; Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, 238

300 Yavuz İpek, **a.g.e.**, s. 129; Ayan, **a.g.e.**, s. 63; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 330; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. 1**, s. 379; Nomer, **a.g.e.**, s. 241.

301 Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 238.

302 Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 145; Yakut, **a.g.e.**, s. 64.

303 Demir, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 238; Yakut, **a.g.e.**, s. 64.

yükümlülüğü, gerektiğinde tedaviyi üstlenmekten kaçınma yükümlülüğü ve kendini mesleki olarak geliştirme yükümlülüğü olarak sıralanabilir.³⁰⁴

Tedavi sözleşmesi bakımından ise, hekimlik sözleşmesinin kapsamı, hastanın şikayetlerine göre hastalığın teşhisi, şikayetlerin azaltılması ve tedavisine ilişkin belirli hekimlik faaliyetlerinden oluşur. Bunun yanında, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi sınırları içinde değerlendirilebilecek her davranış sözleşmeye aykırılık oluşturur.³⁰⁵ Borçlanılan yükümlülüklerden herhangi birinin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi, yani bütün unsurlarıyla yerine getirilmemesi durumunda hekimin sorumluluğu doğacaktır.³⁰⁶

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, nitelik olarak, alacaklıya ait olan mal ve şahıs varlıklarını muhtemel zararlardan korumak amacı taşıyan bir yükümlülük türü olarak değerlendirilmektedir.³⁰⁷ Bu bağlamda, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile birlikte hastanın, müdahale riskleri ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olarak onamının alınması ile yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi haklarının koruma altına alınması amaçlanmaktadır.³⁰⁸ Bu yüzden de -bazı istisnai haller dışında- hekimin aydınlatma yükümlülüğü tedavi sözleşmesinden kaynaklanan, hekimin takdirine bırakılamaz ve vazgeçilemez bir yükümlülük olarak görülmektedir.³⁰⁹ Önemle belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, alınan onam hukuka aykırı bir şekilde alınmış olacak ve böyle bir onama bağlı olarak yapılacak tıbbi müdahalenin tamamının, hastanın özerkliğini ve vücut bütünlüğünü ihlal etmesi sonucu ortaya çıkacaktır.³¹⁰ Ancak hastanın gerçekleştirilmiş olan tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması ve buna daha sonradan muvafakat vermesi durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla ortaya çıkan borç ilişkisi ortadan kalkar.

304 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 74; Yakut, **a.g.e.**, s. 64.

305 Yavuz İpek, **a.g.e.**, s. 129; Ayan, **a.g.e.**, s. 64.

306 Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 147 vd; Yakut, **a.g.e.**, s. 65

307 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C I**, s. 79; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 37 vd; Yakut, **a.g.e.**, s. 65

308 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 76; Yakut, **a.g.e.**, s. 65.

309 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 77; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 99 ve 102; Yakut, **a.g.e.**, s. 65.

310 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 102

2.2.1.2.3. Zarar

Hekimin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için, tıbbi müdahaleden dolayı hastanın mutlaka bir zarara uğramış olması gerekir. Zarar oluşmadan herhangi bir tazminat sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Zarar, hekimin hukuki sorumluluğunun ve dolayısıyla tazminat sorumluluğunun en önemli unsurlarından biridir.³¹¹

Tedavi sözleşmesinden kaynaklanan zarar kavramı düşünüldüğünde, akla hasta ile hekim arasında kurulan tedavi sözleşmesinin ifası gerçekleştirilirken, hastanın beklemekte haklı olduğu tedaviyi alamaması ya da gereğine uygun olarak yapılmayan bir tıbbi müdahale söz konusu olması halinde, başta hastanın yaşama, sağlık, vücut bütünlüğü, kişilik haklarında ve malvarlığında meydana gelebilecek maddi ve manevi zararlar akla gelir.³¹²

Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirseydi , hastanın sahip olacağı sağlık durumuyla mevcut sağlık durumu arasındaki farkın hastanın malvarlığına yansması, hastanın uğradığı maddi zarara tekabül eder.³¹³ Örneğin, hekim hastasına ilaç tedavisi ile ilgili gerekli uyarıları yapmayarak aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bunun sonucunda hasta mide kanaması geçirerek ameliyat olmak zorunda kalır. Bu şekilde hekim, ameliyat masrafları (ulaşım, konaklama), işine devam edememe nedeniyle yoksun kalınan kâr ve iş gücü kaybı şeklinde maddi kayıplara sebep olur. Hekimin bu kusurlu davranışı nedeniyle ameliyat olan hastanın bu ameliyat için ödemek zorunda kaldığı masraflar fiili zararı, hastanın işine devam edememek ya da kalıcı rahatsızlığı nedeniyle aynı verimlilikte çalışamaması ise yoksun kalınan kârı oluşturur.³¹⁴

Ayrıca tıbbi müdahale esas itibariyle hastanın kişilik hakkı kapsamında korunan vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan, maddi zararların yanında çoğunlukla manevi zararların da meydana gelmesi mümkündür.³¹⁵ Hekimin kusurlu

311 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 136; Yakut, **a.g.e.**, s. 65.

312 Yakut, **a.g.e.**, s. 73.

313 Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 9-10.; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 76; Uygur, **a.g.e.**, s. 338.

314 Uygur, **a.g.e.**, s. 338.

315 Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 10.; Ayan, **a.g.e.**, s. 110.; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 76 vd; Uygur, **a.g.e.**, s. 338.

fiili ile hastanın bir organını kaybetmesi veya bir organının işlevini yitirmesi vücut bütünlüğü hakkını ihlal etmek suretiyle kişilik hakkı ve değerlerinde objektif bir eksilmeye neden olmaktadır. Bunun dışında, hastanın fiziki bütünlüğü eksilirken bu yüzden duyduğu acı, elem ve yaşama sevincindeki azalma sebebiyle de ruhsal bütünlüğünde bir kayıp yaşanır. Bütün bu eksilmeler hastanın manevi açıdan da zarara uğradığı anlamına gelir.³¹⁶ Manevi zararın meydana gelmesi için vücut bütünlüğünün ya da fiziki anlamda sağlığın bozulması şart değildir. Kişilik hakkı kapsamında korunan değerler olarak kişinin şerefi, saygınlığı, sırları da ihlal edilirse manevi zarar oluşur. Örneğin, yanlış kişiyi aydınlatarak hekim sır saklama yükümlülüğünü hastasına karşı ihlal edip saygın bir insanı sosyal çevresinde ağır utanç ve sıkıntı içine düşürerek manevi zararına neden olabilir.³¹⁷

Borçlar Kanununun 114/2 hükmünde zararın ne olduğu ve zararın hesaplanması konularında haksız fiil hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zarar konusunda Borçlar Kanununun 50-52. madde hükümleri uygulanacaktır.³¹⁸ Fakat, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, sözleşmeden doğan sorumluluk için kullanılan önemli bir ayrım mevcuttur ki bu da müspet zarar ve menfi zarar ayrımıdır. Müspet zarar, borcun ifa edilmesindeki menfaatinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zarar, diğer bir ifade ile alacaklının malvarlığının borcun ifa edilmesi halinde göstereceği durum ile borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması halinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder.³¹⁹ Menfi zarar ise, meydana gelmeyen veya hükümsüz kalan bir sözleşmenin, geçerliliğine güvenmekten doğan zarar, diğer bir ifade ile sözleşme yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarardır.³²⁰

316 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 531; Uygur, **a.g.e.**, s. 339

317 Uygur, **a.g.e.**, s. 339.

318 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s.424.; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s.643; Uygur, **a.g.e.**, 336

319 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 426; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altup, **a.g.e.**, s. 855; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 530; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 730.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel C1**, s.396.; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s.239; Uygur, **a.g.e.**, 336.

320 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 427.; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altup, **a.g.e.**, s.855; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 530; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 730.; Oğuzman / Öz, **Borçlar Genel C. I**, s.396.; Buz, **a.g.e.**, s.239 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 336.

2.2.1.2.4. Kusur

*“Sorumluluk hukuku açısından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış türüdür.”*³²¹ Bir başka ifadeyle *“benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan davranış biçimidir.”*³²² Objektif kusur teorisine göre ortalama davranış tipi kavramı belirlenirken objektif ölçütler esas alınacak olup bu ölçütler *“zarar verenin kişisel şartları, bireysel yetenekleri, fiziksel gücü, mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif (makul) bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fiziksel ve fikri gücüdür”*³²³. Sübjektif kusur teorisine göre ise kusur, faildeki bir irade zayıflığı, eksikliğidir. Zarara sebep olan borçlu, davranışının zararlı sonuçlarını önceden görebilip bunlardan sakınma ve başka türlü hareket etme olanağına sahipken, gerekli çabayı göstermekten kaçınması sebebiyle kusurludur. Objektif kusur teorisinden farklı olarak, burada, borçlunun, zarara sebep olan davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik şartları, durumu, kişisel yetenekleri, yetiştirme, eğitim ve öğrenme düzeyi, mesleki becerileri vs. göz önünde tutulmaktadır.³²⁴

Kusur, sorumluluk hukukunda kurucu bir özellik taşımaktadır. Sübjektif ve objektif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Objektif yönü, borçlunun fiilinin aynı şartlar altında bulunan benzer kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapması, ona uygun olmaması, zararı öngördüğü halde bunu engellemek için gereken çabayı ve özeni göstermemesidir.³²⁵ Sübjektif yönü ise, borçlunun sorumluluk ehliyeti, yani zararı meydana getiren davranışının ona yüklenebilmesi veya yüklenememesi noktasındadır. Bu sebeple, ortaya çıkan zarardan kişinin sorumlu olması için örnek tipin ortalama davranıştan sapmasından başka, borçlunun, ayırt

321 Ayan, **a.g.e.**, s. 100; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C.II), C. II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 53; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 45; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 130; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 166; Nomer, **a.g.e.**, s. 121.

322 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 569; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 130; Ayan, **a.g.e.**, s. 100; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 45

323 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 570; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 130.

324 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 570; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 130.

325 Ayan, **a.g.e.**, s. 101; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 131; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 572.

etme gücüne sahip olması gerekir. Kusur iradeyi gerektiren bir kavram olduğundan ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin kusurundan söz edilemeyecektir.³²⁶

Kusur kast ve ihmali olarak ikiye ayrılmaktadır. Hekimin esas olarak her türlü kusurundan sorumlu olması dolayısıyla bu ayrım ceza hukukundaki kadar önemli değildir.³²⁷ Borçlu ister kasten isterse ihmali olarak bir zarara sebep olsun, ortaya çıkan zararı tazminle yükümlüdür.³²⁸ Ancak kusurun ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesinde önem kazanmaktadır.³²⁹

*“Kast hukuka aykırı sonucun borçlu tarafından bilerek istenmesidir. Borçlu uymakla yükümlü olduğu örnek davranışından bilerek ve isteyerek ayrılmaktadır.”*³³⁰

Kastın da doğrudan kast ve dolaylı kast olarak iki türü vardır. Doğrudan kast, *“borçlunun meydana gelen neticeyi bilmesi, doğrudan istemesi ve kabul etmesi; dolaylı kast ise, meydana gelen sonucu bilen borçlunun sonucu istememekle birlikte onu göze almasıdır.”*³³¹ Hekimin kasıtlı fille zarara sebep olmasına örnek olarak, hastadan yüksek tedavi ücreti almak amacıyla bilerek ve isteyerek yanlış tıbbi müdahalede bulunması; uygulanan tedavinin süresini bilerek uzatması; tıbbi zorunluluk hiç bulunmamasına rağmen hastayı ameliyat etmesi; hasmı olduğu için veya bir başkasının arzusunu yerine getirmek amacıyla hastayı zehirlemesi gibi olaylar gösterilebilir.³³² Hekimin yeni tedavi usulünün hasta üzerinde yol açabileceği etkilerini öngörmesine rağmen bunu göze almasında ve tedaviye devam etmesinde veya yeni tedavi usullerini bulmak amacıyla yapılan tıbbi deneylerde meydana gelecek olumsuz sonuçları göz ardı etmesinde, bu konuda hastayı aydınlatmaktan kaçınmasında böyle bir durum görülebilir.³³³ Ancak hekimlerin hukuki sorumluluğunda kasıtlı davranışlarla oluşan zararlar genellikle görülmemektedir.

326 Ayan, **a.g.e.**, s. 101; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 572; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 131.

327 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 574; Ayan, **a.g.e.**, s. 101; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 55; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 167; Nomer, **a.g.e.**, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm** (İkinci Cilt) **Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 67.

328 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 574; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 55.

329 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 117; Ayan, **a.g.e.**, s. 101; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 208; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 68; Nomer, **a.g.e.**, s. 173.

330 Ayan, **a.g.e.**, s. 101; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 309; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 574; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 67.

331 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132; Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 575.

332 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132.

333 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132.

Hekimin sorumluluğuna esas teşkil eden olayların çoğunluğu ihmal şeklinde kendini gösterir.³³⁴

Kusurun diğer türü olan ihmalde ise borçlu hukuka aykırı neticenin meydana gelmesini istememekle birlikte, bu neticenin meydana gelmemesi için şartların zorunlu kıldığı özeni göstermemektedir.³³⁵ Bir diğer ifadeyle ihmal, zararlı sonucun meydana gelmemesi için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu yükümlülüğe uygun hareket etmemek, gereken önlemleri almamaktır.³³⁶ İhmalin ölçüsü ise objektiftir. Borçlunun fiili, “orta seviyede, aklı başında, makul bir kişinin somut olayın hal ve şartlarına göre alması gerekli zorunlu önlemlere, harcayacağı emeğe, göstereceği özene göre” belirlenecek olup hekimin subjektif özellikleri değerlendirmeye alınmaz.³³⁷ Örneğin, ortalama davranış tipi belirlenirken, somut olayın özellikleri de göz önünde tutulur. Dolayısıyla son derece modern döşenmiş bir hastanede çalışan hekimden, az gelişmiş bir yörenin mahrumiyetlerle dolu hastanesinde çalışan hekime nazaran daha fazla özen göstermesi beklenir.³³⁸ Dolayısıyla hekimden beklenen özen, kendi kategorisi dâhilinde yer alan ortalama bir hekimin benzer hal ve şartlar da bulunacağı davranıştır.³³⁹ Pratisyen bir hekimin davranışı ortalama seviyedeki bir pratisyen hekimin davranışıyla³⁴⁰, uzman bir hekimin davranışı yine uzman bir hekimin davranışıyla karşılaştırılır. Pratisyen hekimden uzman bir hekimin davranışı beklenemez.³⁴¹ Ancak hekimin kendi bilgi ve yetenekleri makul tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üst düzeydeyse, artık ortalama hekim tipinin özen yükümü esas alınamaz.³⁴² İşin zorluğu ve tehlikeliliği arttıkça, borçludan beklenen özenin ölçüsü de ağırlaşır.³⁴³

334 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132.

335 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 56; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 576; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 309; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 133; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 67.

336 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 576; Ayan, **a.g.e.**, s. 102; ; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 133

337 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 147; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 133; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 576

338 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 133

339 Ayan, **a.g.e.**, s. 102; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 132

340 Ayan, **a.g.e.**, s. 102-103; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 134

341 Ayan, **a.g.e.**, s. 103; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 134

342 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 578; Ayan, **a.g.e.**, s. 103; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 134

343 Ayan, **a.g.e.**, s. 103; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 578; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 134

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hekimin hukuki sorumluluğunda ihmalin ağır veya hafif olmasının bir önemi olmasa da ihmalin ağırlık derecesi tazminat miktarının hesaplanmasında önem arz eder.³⁴⁴

Hekimin sorumluluğu genel olarak sözleşmeye dayanan bir sorumluluk türü olmasından dolayı Borçlar Kanununun 114. maddesi bu konuda önemli bir uygulama alanına sahiptir.³⁴⁵ Söz konusu düzenlemeye göre, sözleşme sorumluluğu esas olarak kusur sorumluluğu olup, hekimin sözleşmeye dayanan hukuki sorumluluğuna başvurulabilmesi için, bir sözleşmenin mevcut olması ve bu sözleşmenin ihlali yanında kusurun da varlığı şarttır.³⁴⁶ Dolayısıyla hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin tedavi sözleşmesinin yüklemiş olduğu yükümlülükleri kasten veya ihmal ile yerine getirmemiş olması gerekmektedir.

Kusurun tedavi sözleşmesindeki karşılığı tıbbi meslek kusurudur. Tıbbi meslek kusuru bir Yargıtay içtihadında³⁴⁷ *“Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.”* şeklinde belirtilmiştir.

344 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 579; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 309; ; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 57; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 134; Ayrıca Yargıtay bir kararında *“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. Vekilinin 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.”* demek suretiyle bu yönde karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 7.2.2005, E. 2004/12088 K. 2005/1728, Çevrimiçi, www.kazanci.com)

345 Atabek/Sezen, **a.g.e.**, s. 153 vd., Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 137.

346 Ayan, **a.g.e.**, s. 100; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 131; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 137.

347 Y. 4. HD., T. 07.03.1977, E.6297/K.2541, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 9, S. 6, Haziran 1978, s. 907 vd.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali başlı başına bir tıbbi meslek kusuru olup³⁴⁸ bu kusur hem kast şeklinde hem de ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hekim tarafından bilerek ve istenerek gerçekleşmişse kast, isteme faktörü olmadan ihlal gerçekleşmişse ihmal söz konusudur.

Borçlar Kanunu 114. maddesini hükmüne göre sözleşmenin ihlali durumunda borçlu kural olarak kusurlu kabul edilmektedir. Borçlu kusurlu olmadığını ispatla yükümlüdür. Bu yüzden kusuru ispat yükü borçluda olmayıp, kusurun bulunmadığını ispat yükü hekimdedir. Tedavi sözleşmesinin ihlali durumunda hekim kusurlu olmadığını, gerekli özeni gösterdiğini, aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlüdür.³⁴⁹

2.2.1.2.5. İlliyet Bağı

İlliyet bağı hekimin aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan hukuki sorumluluğu açısından büyük önem taşımakta olup gerek kusur sorumluluğunda gerekse sebep sorumluluğunda illiyet bağı şartı gerçekleşmeden hekimin hukuki sorumluluğu doğmaz.³⁵⁰ “İlliyet bağı, hukukta, ortaya çıkan zararlar, sorumluluğun bağlandığı davranış ya da olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder”.³⁵¹

2.2.1.2.5.1. İlliyet Bağı Teorileri

Sorumluluk doğuran olayın sonuçlarından ne dereceye kadar sorumlu olunacağı, bu olaylar arasında ne şekilde neden-sonuç ilişkisi kurulacağı, hukuki sorumluluğun nasıl sınırlanacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden başlıcaları olan şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorileri aşağıda incelenecektir.

348 Yakut, **a.g.e.**, s. 72

349 Ayan, **a.g.e.**, s. 104; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 135.

350 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 88.

351 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 71; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 536; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 88.

2.2.1.2.5.1.1. Şart Teorisi

Şart teorisinin esas aldığı hareket noktası tabii sebep kavramı olup bu teoride, sonucu meydana getiren sebeplerden her biri tabii sebep kavramı içinde ifadesini bulur.³⁵²

Şart teorisine göre bir olayın varlığı, zorunlu şekilde onu meydana getiren bütün şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlardan birinin bulunmaması durumunda o olay gerçekleşmez. Böylece, zarar verici davranışta bulunan kişi, zorunlu şart niteliği gösteren davranışın, bütün sonuçlarından sorumlu olmalıdır. Zarar verenin davranışının, zararın zorunlu şartlarından birini teşkil etmesi, kendisinin sorumlu tutulması için yeterli olup ayrıca zarar veren kişinin diğer şartları da meydana getirmesi gerekli değildir. Bu teoriye göre sonucun meydana gelmesinde rol oynayan her şart eşit değerdedir.³⁵³

Felsefi sebep kavramının hukuk alanına yansımaları olan bu teori, sorumluluğu sınırsız bir şekilde genişletmiş olduğundan sorumluluğu sınırlama açısından yeterli görülmeyerek doktrinde eleştirilmiştir.³⁵⁴

Hastanın zarara uğramasında etkili olan her türlü aydınlatmanın ihlali illiyet bağının kurulması için yeterli değildir. Mevcut tıbbi standartlara göre öngörülmesi ve bilinmesi mümkün olmayan bir komplikasyon konusunda hastanın aydınlatılmaması sebebiyle hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda, her ne kadar hastanın bu konuda aydınlatılmamış olması zararın meydana gelmesinde etkiliyse de, şart teorisinin böyle bir durumda kabul edilmesi, sorumluluğu sınırsız şekilde genişleterek adaletsiz bir sonuç meydana getirecektir.

352 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 89; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 538; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 74-75; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 301.

353 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 539; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 75; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 89.

354 Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 488; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 75; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 89.

2.2.1.2.5.1.2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Bir olayı meydana gelen şartların her birini oluşturan tüm kişileri zararı gidermekle yükümlü tutmak hakkaniyet ilkesine uymaz. Bu sebeple bugün doktrinde savunulan³⁵⁵ ve Yargıtay tarafından da³⁵⁶ benimsenen uygun illiyet bağı teorisi hâkim teoridir. Buna göre, hukuki sorumluluk ancak eylem uygun nedensellik niteliği taşıdığı takdirde kabul edilebilir.³⁵⁷ *“Somut olayda meydana gelen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve genel hayat deneyimlerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye çoğunlukla elverişli olan veya böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış olan zorunlu şartla söz konusu netice arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir”*.³⁵⁸ Hekimin tedavi sözleşmesine aykırı davranışı ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı varsa, hekimin sözleşmesel sorumluluğu doğar. Eğer sözleşmenin ihlali normal yaşam deneyimlerine göre zararı meydana getirmeye elverişli değilse, yani uygun illiyet bağı yoksa, arada illiyet bağı bulunuyor olsa bile hekim bu tür anormal, atipik sonuçlardan sorumlu tutulamaz.³⁵⁹ Örneğin, hekimin telefonla yaptığı görüşmede muayene saati verdiği hastanın yolda gelirken geçirdiği trafik kazası sonucunda ölmesi halinde, hekimin davranışı ile hastanın ölümü arasında uygun illiyet bağı olmadığı için hekim ölümden sorumlu tutulmaz. Çünkü uygun olmayan nedenler dikkate alınmaz.³⁶⁰ Başka bir örnek vermek gerekirse, tıp biliminin o güne kadar erişmiş olduğu durum itibarıyla henüz bilinmeyen bir komplikasyon konusunda hekim hastayı aydınlatmaz ve sonrasında hekimin tıbbi müdahalesiyle hastada bir komplikasyon ve zarar meydana gelirse hekim bu zarardan sorumlu olmayacaktır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ve meydana gelen zararda uygun illiyet bağının bulunmaması hekimin hukuki sorumluluğuna engel olur.

Hekimin sözleşmeye dayanan sorumluluğundan doğan illiyet bağını ispat yükü hastaya düşer. Uygun illiyet bağının ispatı çok güç olduğundan, doktrin ve

355 Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, 573; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 76-88; Oğuzman, **Borçlar Genel C. II**, s. 44-53; Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 492-529.

356 “Borçlar Hukukumuzda ise uygun sebep ve sonuç nazariyesi benimsenmiştir”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.6.1964, E. 508/D-4, K.481, aktaran Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1981, s. 156.

357 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 139; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 44.

358 Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 567; Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 536; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 44.

359 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 90; Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 139.

360 Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 139.

uygulamada hâkim olan görüş, bu konuda çok sıkı bir ispat aramamaktadır. Bu görüşe göre, zararın söz konusu davranışın neticesinde meydana geldiği büyük ihtimalle sübuta ermişse bununla yetinilmeli, kesin delil aranmamalıdır. Böylece meslek kurallarına uygun bir tedavi, hayat tecrübeleri ve olayların normal akışına göre, genellikle başarıyla sonuçlanıyorsa uygun illiyet bağının varlığını kabul etmek gerekir.³⁶¹

2.2.1.2.5.2. İlliyet Bağının Kesilmesi

İlliyet bağının kesilmesi durumunda hekimin hukuki sorumluluğu ortadan kalkar. Böyle bir durumda sebep, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibarıyla elverişliyse de, somut olayda ortaya çıkan yeni bir sebep, ilk sebebi arka plana atmış, somut olayda bu sebebi uygunsuz hale getirmiştir.³⁶² İlliyet bağını kesen nedenler üç tanedir: Beklenmedik olay/mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve mağdurun (çalışmamızda hastanın) kusuru veya eylemi³⁶³.

Bu sebeplerden birincisi olan beklenmedik olay/mücbir sebep, önceden kestirilmesi ve karşı konulması olanaksız olan olağanüstü olay biçiminde tanımlanabilir. Yer sarsıntısı, yıldırım gibi doğa olayları olabileceği gibi savaş veya ihtilal gibi sosyal olaylar da olabilir.³⁶⁴ Örneğin hekimin hastayı ameliyat ettiği sırada meydana gelen yer sarsıntısının etkisiyle hastanın üzerine ağır ameliyat düzeneğinin düşmesi ve hastanın bunun altında kalarak bir zarar görmesi halinde, hekimin davranışı ile hastanın uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı, beklenmedik olay sonucunda kesildiği için hekim zarardan sorumlu tutulamaz.³⁶⁵

Bir diğer sebep olan üçüncü kişinin kusuru/eyleminde, üçüncü kişinin eyleminin zararın meydana gelmesindeki etkisi, zararlı sonucun uygun nedeni

³⁶¹ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 91.

³⁶² Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 555; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 94.

³⁶³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 139; Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 557; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 94.

³⁶⁴ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 54; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 418.

³⁶⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140.

sayılmasına yetecek kadar yoğunluk arz etmektedir.³⁶⁶ Üçüncü kişinin kusurunun çok ağır olması veya olaya neden olan eylemin çok önemli olması nedeniyle hukuki sorumluluk açısından birinci eylem geri plana itilmektedir.³⁶⁷ Hastaya, eczanede, hekim tarafından reçeteyle verilmiş ilaçtan farklı bir ilaç verilmesi ve bunun da daha ağır zararlara yol açması üçüncü kişinin kusuruna örnektir.³⁶⁸ Bir diğer örnekte ise hastanın kanı, kendisine zarar vermek isteyen biri tarafından laboratuvarında kasten başkasının HIV’li kanıyla karıştırılmıştır. Bunun üzerine, hekim gereken bütün özeni göstermesine rağmen gerçeği yansıtmayan kan tahlili yüzünden hasta gerçekte sağlıklı olmasına rağmen hastaya yanlış teşhis koymuştur. Hekim hastayı yanlış bilgilendirmiş ve bu yanlış bilgilendirme sonucu da hasta büyük manevi zarara uğramıştır. Bu örnekte de görülebileceği üzere üçüncü kişinin kusuru, hekimin yanlış bilgilendirmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir.

İllyet bağıını kesen son sebep olan mağdurun (çalışmamızda hastanın) kusuru veya eylemi hususunda, kusurun çok ağır ve eylemin çok belirgin olması ve bunların, failin sorumluluk nedenini ortadan kaldıracak nitelikte olması durumunda, hekim sorumluluktan kurtulabilir.³⁶⁹ Yargıtay bu hususu “... *bir genel hukuk kuralı olarak, kimse kendi kusurundan yararlanamaz...*” şeklinde ifade etmiştir.³⁷⁰ Örneğin hekimin, hastanın koluna hastane koşullarında yapması gereken bir cerrahi müdahaleyi, muayenehanesinde yaptığı halde, müdahale sonrası bakımın çok önemli olduğu ve hekim tarafından kendisine verilen antibiyotik iğne ve ilaç tedavisini uygulamaması sonucunda, hastanın kolunun enfeksiyon kapması ve bunun sonucunda da kolunun kesilmesi halinde, hekim yapmış olduğu müdahaleden sorumlu tutulamaz. Çünkü hastanın kusuru burada zararlı sonucun doğmasına etken olmuştur.³⁷¹ Mağdurun eylemi illiyet bağıının kesilmesine yetecek yoğunlukta değilse, bu takdirde söz konusu kusur Borçlar Kanunun 52. maddesi dikkate alınarak tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulur.³⁷² Hastanın kendi sağlık sorununu hekime doğru şekilde anlatmaması sonucu hekimin yanlış teşhis koyup

366 Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 566 vd.; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, 1. Baskı, İstanbul: XII. Levha Yayıncılık, 2012, s. 61; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 54.

367 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 566.

368 Ayan, **a.g.e.**, s. 111; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140.

369 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140; Baysal, **a.g.e.**, s. 39; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 209; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 53.

370 Yargıtay 9. HD. 22.02.1973 T. ve E. 28082, K. 2825, **İş Hukuku Dergisi**, 1973, S. 53-54, s. 21; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 564.

371 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 140

372 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 94; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 563.

hastayı yanlış şekilde bilgilendirmesi ve bunun sonucunda hastanın bir zarar görmesi durumunda, hastanın kusuru sebebiyle kesilen illiyet bağından dolayı hekim oluşan zarardan sorumlu tutulmayacaktır.

2.2.2. Culpa In Contrahendo (Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk)

Sözleşme görüşmelerinden doğan hukuki sorumluluk (Culpa In Contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, tarafların birbirleriyle görüşmeleri sırasında, görüşmecilerin veya yardımcıların, dürüstlük kuralına dayalı olarak meydana gelen sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak (örneğin açıklaması gerekli bilgileri açıklamama, karşı tarafa yanlış bilgi verme gibi) karşı görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere vermiş olduğu zarardan sorumluluğudur. Sözleşmenin kurulmasından önce görüşmeci taraflar sözleşmenin şartları, içeriği, içerdiği hak ve yükümlülükler hakkında birbirleriyle görüşmelerde bulunurlar. Görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında dürüstlük kuralına (TMK. 2. madde) dayanan sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulur.³⁷³ Bu güven ilişkisine göre, sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmecilerin sözleşmenin şartları ve içeriğiyle ilgili birbirlerini bilgilendirmesi, dürüstlük kuralına uygun şekilde davranmaları, kişilik değerlerine ve malvarlığına zarar vermemek için gereken dikkat ve özeni karşılıklı göstermesi ve edim yükümünden bağımsız koruma yükümlülüklerine uyması şarttır. Görüşmeciler, kusurlu olarak bu yükümlülüklerle aykırı davranarak aralarında görüşmelere başlanmasıyla kurulmuş olan güven ilişkisine aykırı hareket etmeleri durumunda, meydana gelen zarardan sorumludurlar. Bu sorumluluk türüne Latince bir deyişle “*Culpa in Contrahendo*” adı verilmektedir. Bu sorumluluk, sözleşme kurulması sürecinde, sözleşmenin kurulması amacıyla hukuki değerlerini birbirlerinin etkisine açan tarafların, hem yaşam, sağlık ve mülkiyet, hem de malvarlığına ilişkin değerlerinin diğer tarafça korunacağına ilişkin güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur.³⁷⁴

373 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1128; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 488; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 331.

374 Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 137 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu, **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet Ünal, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 13, 296, 306.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, kimi durumlarda tedavi sözleşmesi veya hastaneye kabul sözleşmesi öncesinde sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmedeki belirli şartlara ilişkin karar verme iradesini sağlama amacına yönelik ve güven esasına dayalı olması sebebiyle *Culpa in Contrahendo* kapsamında değerlendirilebilecek bir yükümlülüktür.³⁷⁵ Tıbbi müdahalenin uygulanmasından ve tedavi sözleşmesinin kurulmasından önce hastayı aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyerek zarara sebep olan hekimi, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmiş olduğu için sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu bu tür kusurlu davranışlar sonucu meydana gelen zararlardan hekimin sorumlu tutulmasını sağlayan bir sorumluluk türüdür. Hatta *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun tayininde sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü benimsenirse, sözleşme kurulmamış olsa bile, hekim sözleşme görüşmeleri sırasındaki aydınlatma yükümlülüğü ihlallerinden kaynaklanan zararlardan, akdi sorumluluk ilkeleri çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Her ne kadar kanunda sözleşme görüşmeleri sırasındaki bazı kusurlu davranışların³⁷⁶ sorumluluk doğuracağı açıkça belirtilmişse de, diğer pek çok kusurlu davranışın sonuçları kanunda düzenlenmemiştir. İşte, dürüstlük kuralına ve kanunun ruhuna dayanarak bu gibi durumlarda da zarar görenin tazminat istemesini sağlamak üzere *Culpa in Contrahendo* sorumluluğundan söz edilmektedir.³⁷⁷

Sözleşmesi görüşmelerinden doğan sorumluluğun meydana gelmesi için doktrinde bazı yazarlarca³⁷⁸ sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasının şart olduğu ileri sürülmüşse de zamanla doktrinde ve uygulamada hâkim olan fikre göre, görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin kurulmuş ya da kurulmamış veya batıl ya da geçerli olmasının şart olmadığı

375 Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme C. I.**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s. 9; Yakut, **a.g.e.**, s. 55.

376 Aldatılarak veya korkutularak karşı tarafı sözleşme yapmaya razı edeni sorumlu tutan Türk Borçlar Kanununun 39. maddesi 2. Fıkrası, kendi kusuruyla yanılarak yaptığı sözleşmeyi bu sebeple iptal edeni sorumlu tutan Türk Borçlar Kanununun 35. maddesi, yetkisiz olduğu halde kendisini temsilci gibi göstererek başkası adına işlem yapanı sorumlu tutan Türk Borçlar Kanununun 47. maddesi hükümleri, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışlardan sorumluluğa ilişkin kanuni düzenleme örnekleridir.

377 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 489; Safa Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 331.

378 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1129 dipnot 434.

sonucuna varılmıştır.³⁷⁹ Sözleşme kurulmadan görüşmelerin kesilmesi, sorumluluk sebebi olmasa da görüşmeleri kesmek ve bu suretle karşı görüşmeciye zarar vermek niyetiyle görüşme başlatan kimsenin bu davranışı görüşme sorumluluğuna neden olabilir.³⁸⁰

Culpa in Contrahendo sorumluluğunun dayanağı doktrinde tartışmalıdır. Bu sorumluluğun dayanağının sözleşme, haksız fiil ve karma nitelikli olduğu şeklinde üç görüş mevcuttur. Ancak olmakla gerek doktrinde gerek uygulamada ağırlıklı olarak bu sorumluluğun sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu görüşü hâkimdir.³⁸¹ Bu görüş bir dönem İsviçre Federal Mahkemesi³⁸² tarafından da savunulmuştur. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.³⁸³ Buna göre, sözleşme görüşmelerinden doğan zarardan sorumluluk, niteliği itibarıyla sözleşme sorumluluğu veya sözleşme benzeri sorumluluktur. Sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla görüşenler arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi doğar. Görüşülmeye başlanan sözleşme daha sonra ister kurulsun ister kurulmasın, ister geçerli ister geçersiz olsun, bu ilişki, görüşmelere başlayan taraflara birbirlerine özen gösterme, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümleri yükler. Bu yükümlülüklerin ihlali, aynen sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali gibi sözleşme sorumluluğuna neden olur. Yargıtay da bir kararında bu yöndeki görüşü şu şekilde benimsemiştir: “Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları

379 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1129 dipnot 435.

380 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1130; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 488.

381 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 490; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1131; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 293.

382 “İsviçre Federal Mahkemesi de, *Culpa in Contrahendo*’dan doğan sorumluluğun borca aykırılık esaslarına tabi olacağını kabul etmekteydi.” (JdT 1943 I 262; JdT 1952 I 542; JdT 1965 I 252).

“Ancak daha sonraki bir kararında *Culpa in Contrahendo* olarak nitelendirdiği bir durumda, sorumluluğun daha uzun zamanaşımına tabi olmasının hukuki güvenliğe aykırı düşeceği gerekçesiyle haksız fiil zamanaşımının uygulanmasını kabul etmiş ve önceki tutumundan farklı olarak davranışın niteliğinin borca aykırılık olduğunu ifade etmekten kaçınmıştır.” JdT 1978 I 55; JdT 1976 I 187 aktaran Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C I**, s. 490;

“Bu iki ana görüşün yanında ise kendine özgü sorumluluk görüşü hem doktrinde hem de İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1994 yılındaki bir kararında savunulmuştur.” Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1132, BGE 120 II 331, 336.

383 “... Diğer taraftan taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 01.12.2010 E.2010/13-593 K. 2010/623, (Çevrimiçi, www.kazanci.com):

içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”³⁸⁴

Culpa in Contrahendo sorumluluğunun sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu görüşü kabul edildiğinde, tazminat talepleri Türk Borçlar Kanunun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunun 112. maddesi gereğince ispat yükü borçlu üzerinde olup, bu kişi kendi kusursuzluğunu ispat zorunda olacaktır. Görüşmecilerin yardımcılarından dolayı sorumluluklarına da, borçlunun yardımcılarına da, borçlunun yardımcıları nedeniyle sorumluluğunda olduğu gibi Türk Borçlar Kanunun 116. maddesi uygulanır.³⁸⁵

2.2.3. Vekâletsiz İş Görme

Bazen hasta ile hekim veya hastane işleticisi ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan hekim tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Bu durum hastanın, sözleşmenin kurulması için şart olan geçerli bir irade beyanında bulunamadığı zamanlarda söz konusu olur. Bu tür durumlarda hekim kendisine yabancı olan bu şahsın yöneticisi olarak hareket eder. Hastanın iyileşme beklentisiyle hekim hastaya böyle bir durumda müdahalede bulunur. Bu yüzden de vekâletsiz iş gören olarak hekim haklı görülür.³⁸⁶ Örneğin, bilinci kapalı bir hastaya, hekimin tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapacağı müdahale Türk Borçlar Kanununun 526-

³⁸⁴ Yarg 19. HD., 30.11.2004, 2004/4912, aktaran Hakan Karakurt, “Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Barosu Dergisi** C. 86, Sayı 4, 2012, s. 230.

³⁸⁵ Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 491; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1131.

³⁸⁶ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 102; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk** (Bundan sonrası için kısaltma: Tıbbi Müdahale), 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 919.

527. maddelerinde de düzenleme altına alınan vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilir ve bu müdahale hukuka uygun görülür.³⁸⁷ Aynı şekilde, bir toplantı ya da bir seyahat esnasında aniden fenalaşan bir kişiye, yakında bulunan bir hekimin ilk müdahalede bulunması, tesadüfen kaza yerinde bulunan yahut kaza yerine çağrılan serbest çalışan hekimin kazazedeyi ölümden veya ağır zarardan kurtarmak için yaptığı zorunlu tıbbi müdahaleler yine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilecektir.³⁸⁸ Bu hallerde, hastanın varsayılan onamına ve üstün özel yararına uygun bir tıbbi müdahale olduğundan, bunun bir haksız fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.³⁸⁹

Yukarıda, 1.8.3. nolu Fiili Zorunluluk Durumları başlıklı bölümde incelediğimiz üzere, acil hallerde, yani hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu veya belli bir tıbbi müdahalede bulunmamanın hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaya neden olmasının beklendiği durumlarda, hastanın onamı olmadan da hastaya tıbbi müdahalede bulunulabildiğinden dolayı aydınlatma ve onam alma yükümlülüğü de müdahale öncesi için ortadan kalkar. Ancak hastanın bilincinin açıldığı veya kanuni temsilcisine veya vekiline ulaşılabildiği en kısa sürede tıbbi müdahaleyle ilgili aydınlatmanın yerine getirilmesi gerekir. Hastanın bilincinin açıldığı en kısa sürede hasta uygulanmış olan tıbbi müdahale ve sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir. Bu noktadaki aydınlatma yükümlülüğünde onam almaya yönelik aydınlatmadan çok tıbbi müdahalenin sıhhati açısından uyarı yükümlülükleri önem kazanmaktadır. Şayet hastanın bilinci açıldıktan sonra hastanın kendisi tarafından veya temsilcisine ulaşılabildikten sonra temsilci tarafından yapılmış olan tıbbi müdahaleye onam verilmediği için vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanamazsa ve hekim yapmış bulunduğu tıbbi müdahaleye ilişkin hastasını veya hastanın temsilcisini aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eder ve hasta bundan dolayı maddi veya manevi bir zarara uğrarsa hekim bu zarardan vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde sorumlu olur.

387 Güven, **a.g.e.**, s. 123, Uygur, **a.g.e.**, s.22; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s. 919.

388 Hekimin bu tür acil durumlarda gerekli müdahaleleri yapması gerek Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesi gerekse Türk Ceza Kanunu hükümleri gereğince hekim açısından aynı zamanda bir zorunluluktur.

389 Zeytin, **a.g.e.**, s. 102. Uygur, **a.g.e.**, s.22; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 103. Güven, **a.g.e.**, s. 123.

Vekâletsiz iş görme Türk Borçlar Kanununun 526. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*” Bu maddeye göre, vekâletsiz iş görme, başkasına ait olan bir işin, diğer bir kişi tarafından, iş sahibinin vekâleti olmadan, bir iş görme iradesiyle yapılmasıdır. Buradan hareketle bir iş görmenin olması, bu işin başkasına ait olması, iş sahibinin vekâletinin olmaması, iş görenin iş görme iradesinin mevcut olması vekâletsiz iş görmenin unsurlarıdır.³⁹⁰

Vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği, iş görmenin caiz olup olmaması durumlarına göre farklılık gösterir. İş sahibinin menfaatine uygun olarak girişilen hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmayan vekâletsiz iş görmeye caiz olan vekâletsiz iş görme; vekâletsiz iş görenin, iş sahibinin menfaatine sandığı, fakat aslında iş sahibinin menfaatine uygun olmayan veya iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan veya iş görenin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi menfaatine yapmış olduğu işe veya iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekâlete dayanarak iş sahibinin bir işini gören kişinin durumuna da caiz olmayan vekâletsiz iş görme denir.³⁹¹ Caiz olan vekâletsiz iş görme hukuki işlem benzeri bir fiil niteliği gösterirken, caiz olmayan vekâletsiz iş görme hukuka aykırı bir fiil niteliğindedir.³⁹² 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 531. maddesi gereğince, iş sahibinin sonradan iş görmeye icazet vermesi halinde ise vekâletsiz iş görmenin her iki türünde de, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet hükümleri uygulanır.

Hekimin vekâletsiz işgören sıfatıyla tıbbi müdahalede bulunduğu bir diğer durum hastanın kendi geleceğini bizzat tayin hakkını yakından ilgilendiren ameliyatın genişletilmesi durumudur. Bir cerrahi müdahalenin yapılması sırasında, hekimin, yeni değişik bir teşhise sebep olan bulguyla karşılaşması durumunda, hekim tarafından ameliyat planının değiştirilmesi veya genişletilmesi zorunlu olabilir. Bu

390 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 678-680; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 74; Zevkliler/Gökyayla, “**Borçlar Özel**”, s. 629; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 489; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 102.

391 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 678-680; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 74; Zevkliler, **Borçlar Özel**, s. 179; Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 490; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 103;

392 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 677; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 54; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 103.

durumlarda hasta aslında sadece o sırada yapılan ameliyata onam vermiş, ameliyat sırasında ortaya çıkan diğer zorunlu cerrahi müdahale, hekimle hasta arasındaki görüşmelerde görüşülmemiştir. Hangi hal ve şartlar altında hastanın ilk onamının, zorunlu ve güncel olan ameliyatın genişletilmesini de kapsayacağı konusunda Türk ve İsviçre hukuk doktrini ve mahkeme uygulamaları şu şartları aramaktadır³⁹³:

- a) Zorunluluk sebebiyle genişletilen tıbbi müdahalenin, hastanın daha önce onam vermiş olduğu tıbbi müdahaleden daha büyük riskler barındırmaması gerekir.
- b) Hastanın onamını beklenmenin sağlık açısından hastayı büyük bir riskle karşı karşıya getiriyor olması gerekir.
- c) Önemli organların genişletilmiş tıbbi müdahaleyle alınması caiz değildir, meğerki böyle bir müdahale ölüm tehlikesi sebebiyle zorunlu olsun.

Yargıtay 1971 tarihli bir kararıyla³⁹⁴ onanan bir mahkeme kararında aynı yönde şu ifadeler yer verilmiştir: “... *Davacı, davalı doktor Necati Güvenç’e böbrekteki taşı ameliyatla almak üzere izin vermesine rağmen, yaptığı ameliyat sırasında rızası olmadan böbreğini tamamen almak suretiyle kendisini bu uzvundan haksız yere mahrum etmesinden dolayı duyduğu elem ve teessüre karşılık 1.000.000 lira manevi tazminat talep etmiştir. Gerekçe:*

1. *Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata, böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında; ameliyata tevessülün (taşın alınması) davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu,*
2. *Böbrek alma keyfiyetinde davalıya, atfı kabil bir kusur bulunmadığı gibi, böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin istihaliyle, ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve bu durumda tıbbın gerektirdiği*

393 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 105; Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 7; Bayraktar, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 141.

394 İstanbul Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nin 6.3.1970, E. 968/8, K.105 sayılı, Yargıtay 4. HD. 5.3.1971, E. 1970/10853, K. 2096 sayılı ilamı ile kesinleşen kararı, aktaran Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 44.

şekilde hareket edilmiş bulunulmasına göre; davalı doktorun sorumlu olmadığına ve açılan bu manevi tazminat talebinin reddine karar verildi.”

Türk Borçlar Kanunun 527. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *“Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.”* Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, vekâletsiz iş gören sıfatıyla hekimin hareket ettiği ameliyatın genişletilmesi ve acil haller gibi durumlar, söz konusu ikinci cümlemin tipik uygulama alanlarıdır. Çünkü bu gibi hallerde, hastanın sağlığının uğrayabileceği büyük bir zarar önlenmektedir. İş sahibinin mameleki varlıklarını tehdit eden bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için acilen hareket edilmesi gereken hallerde dahi uygulama alanı bulan bu hükmün, hastanın hayati tehlikesinin sözkonusu olduğu durumlarda evleviyetle uygulanması gerekir. Aksi bir yorum tarzının kabulü, hastanın sağlığının büyük risk altında olduğu hallerde, hekimi zorunlu olan müdahaleyi yapma konusunda çekingenliğe ve tereddüte itebilir.³⁹⁵ Karşıt görüşe göre ise, ameliyatın genişletilmesi problemine vekâletsiz iş görme hükümlerindeki sorumluluk sınırlamalarının uygulanması, doğruluk ve güven kuralı açısından (TMK. Md. 2/I) hekimlik mesleğinin güven ve üstünlük yaratan niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bu görüşün ayrıca acil durumlar hakkında da geçerli olduğunu ileri sürenler olmuştur.³⁹⁶

Yine Türk Borçlar Kanunun 527. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: *“İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”* Her ne kadar sözkonusu duruma hekimin sorumluluğu alanında çok rastlanmasa da, hekimin hastasının önceden reddettiğini bildiği bir tıbbi müdahaleyi hastaya uygulaması durumunda hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

395 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 682; Tandoğan, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 216;

396 Werner Eduard Ott, **Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich, 1978, s. 80 aktaran Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 106.

2.2.4. Haksız Fiil

2.2.4.1. Genel Olarak

Hekim ile hasta veya hekim ile hastane işleticisi arasında önceden açık veya örtülü bir sözleşmenin veya vekâletsiz iş görmenin şartlarının bulunmadığı durumlarda, belli şartlar altında hekimin haksız fiil sorumluluğu meydana gelir. Bazı durumlarda hem sözleşmeden doğan sorumluluğun hem de haksız fiilden sorumluluğun veya hem vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun şartları bir arada bulunabilir. Örneğin hekimle hasta arasında tedavi sözleşmesinin bulunduğu bir durumda hekim, tedavinin güvenliğine ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederek hastanın sakat kalmasına yol açarsa hem sözleşmeye dayanan yükümlülükleri ihlal etmiş olur hem de haksız fiil işlemiş olur. Böylelikle de iki sorumluluk sebebi meydana gelmiş olur.

Sözleşme sorumluluğu gibi bir kusur sorumluluğu türü olan haksız fiil sorumluluğu, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için bu tür sorumluluğa kusur sorumluluğu da denilmektedir.³⁹⁷ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde haksız fiil “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen hekimin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu sözleşmeye dayanan sorumluluğa paralel özellikler göstermektedir. Bu yüzden çalışmamızın bu kısmında bu tür sorumluluğun sözleşmeden doğan sorumluluktan farklı yönleri üzerinde detaylı olarak durulacaktır.

2.2.4.2. Şartları

Borçlar Kanunundaki esaslar göz önüne alındığında haksız fiilden sorumluluğun şartları bir fiilin varlığı, bu fiilin bir zarara sebep olması, fiille oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, fiilin kusurlu ve hukuka aykırı olması

397 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 11; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 516.

şeklinde 5 tanedir.³⁹⁸ Bu şartlar, haksız ve kusurlu fiille hareket ederek hastasının zararına sebep olan hekimin sorumluluğu açısından da geçerlidir.

Hekimin haksız fiile dayanan sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için öncelikle hekimin yapma (olumlu) veya yapmama (olumsuz) şeklinde bir fiilinin bulunması gerekir. Kendisinden tazminat istenen hekimin bir fiili yoksa sorumluluğu da söz konusu olmaz. Hekimin koma durumunda bulunan hastaya deney amacıyla tıbbi müdahalede bulunması olumlu davranışa bir örnek oluştururken, hekimin acil olaylarda mesleğinin kendisine yüklemiş olduğu ilk yardım görevinden kaçınması olumsuz davranışa örnek teşkil eder. Birinci örnekteki olumlu fiil hekimin yapmamakla yükümlü olduğu bir hareket tarzında bulunması şeklinde gerçekleşirken, ikincisinde hekimin yapmakla yükümlü olduğu bir harekette bulunmaması tarzında gerçekleşebilir. İkinci örnekteki olumsuz tarz fiillerin ihmal suretiyle icra edildiği söylenebilir. Ancak burada geçen ihmal ile kusurun bir türü olan ihmalin karıştırılmaması gerekir. Olumsuz davranışın kasten yapıldığı, örneğin hasta bakıcının hastanın ilacının zamanını bilerek ve isteyerek geçirdiği hallerde de bir ihmal suretiyle icra söz konusuysa da kusurun derecesi ihmal değil, kasıttır.³⁹⁹

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer şartı ise hekimin işlemiş olduğu fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili, doktrinde sübjektif ve objektif teori olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Sübjektif teoriye (olumsuz hukuka aykırılık teorisi) göre, bir zarar verici fiil, ancak failin onu işleme yetkisinin bulunmaması durumunda hukuka aykırıdır. Fiili hukuka aykırı hale getiren, failin başkasına zarar verme hakkının bulunmamasıdır. Türk ve İsviçre doktrinlerinde savunulan ağırlıklı olarak savunulan objektif teoriye göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin mevcut olmaması durumunda, başka kişilere zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı neticeyi engellemek için belirli bir davranış tarzında bulunmayı emreden hukuk kurallarına aykırı her fiil hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık ise kişilerin malvarlığını ve kişilik değerlerini doğrudan doğruya ve dolaylı şekilde koruma amacını taşıyan, yazılı olan veya yazılı olmayan, emredici olan, belli bir hareket tarzında bulunma kuralına aykırılık şeklinde tanımlanabilir.⁴⁰⁰

398 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 12; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 516; Nomer, **a.g.e.**, s. 110; Hüseyin Hatemi/Emre K. Gökyayla: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm** (Bundan sonrası için kısaltma: **Borçlar Genel**), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 116.

399 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 13.

400 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 586; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 14 vd.;

Hekimin haksız fiille hastaya zarar vermesindeki hukuka aykırılık şartı, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundaki sözleşmenin ihlali şartının yerini tutmaktadır. Tıbbi sorumlulukta sözleşmenin ihlali hastanın kişilik haklarını oluşturan değerlerden, sağlık, hayat ve vücut bütünlüğünün ihlali şeklinde gerçekleşeceğinden, her sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış niteliği gösterecektir.⁴⁰¹

Çalışmamızın başlangıcında da belirtildiği üzere, kişilik haklarının kapsamında bulunan sağlık, yaşam ve vücut bütünlüğü haklarına yönelik olarak yapılan her tıbbi müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleyi hukuka aykırılıktan çıkaran şey hukuka uygunluk sebepleridir. Bu durum Türk Medeni Kanununun m. 24/2. f. hükmünde “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri;

- 1- Hastanın Aydınlatılmış Onamının Bulunması:** Çalışmamızın konusu olması dolayısıyla bu kısımda bu konuya ayrıca değinmiyoruz. Sadece ilgili kısım olan birinci bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.
- 2- Hastanın Menfaatine Uygun Davranış:** Hekimin vekâletsiz iş görmesi bu temelde bir hukuka uygunluk nedenidir.
- 3- Kamu Yetkisinin Kullanılması:** Kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin ilgili memur veya kamu görevlisi tarafından hukuka uygun şekilde kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez. Böyle durumlarda kamu menfaati özel menfaate üstün tutularak özel menfaat hukuki korumadan yoksun bırakılmış olmaktadır. Örneğin devlet memuru sıfatıyla çalışan hekimin, alkollü bir otomobil sürücüsünün kanındaki alkol miktarını ölçmek amacıyla onun onamına aykırı olarak kanını

Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 18.Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 111.

401 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 111; Gökcan, **Tıbbi Müdahale**, s. 920; Kıcılıoğlu, **a.g.e.**, s. 417.

alması ya da salgın hastalıklar esnasında kanuna uygun olarak yerine getirdiği aşılama faaliyetleri, kamu yetkisinin kullanılması sebebiyle hukuka uygun hale gelmektedir.⁴⁰²

2.2.5. Kusursuz Sorumluluk

2.2.5.1. Genel Olarak

Sorumluluğun esası kusur olmakla beraber bugün için sosyal gelişmelerin ve sosyal hukuk devletine geçişin etkisiyle kusurun bulunmadığı bazı durumlarda da sorumluluk kabul edilmiştir. Kusurun bulunmadığı bu tür sorumluluğa sebep sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk denilmektedir. Bu sorumluluk türünde, ortaya çıkan zarardan sorumluluk açısından, kusur kurucu bir unsur olmaktan çıkarılarak sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin⁴⁰³, bunlar arasında uygun illiyet bağının varlığı yeterli görülmüştür.⁴⁰⁴ Sorumluluk, kusur yerine kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmıştır. Sorumluluğun bağlandığı olgulara örnek olarak; gözetim veya objektif özen yükümlülüğünün ihlali, tehlikeli bir nesneye veya işletmeye sahip olma verilebilir.⁴⁰⁵

Sebeb sorumluluğu teorisi, sorumluluğun kaynağını kişinin dışında arar. Sorumluluk doğuran etmen ön sıraya, sorumlunun kişiliği geri plana itilmektedir. Böylece sorumlunun sübjektif niteliği mümkün olduğunca geriye itilmektedir.⁴⁰⁶ Çoğu kez de sorumlu kişinin zararın doğumuna katkısı bulunmamakta olup sorumluluk, kendini başkasının eyleminden sorumluluk şeklinde kendini göstermektedir. Bir görüşe göre, zorunlu şekilde ekip çalışmasının gerekli olduğu tıbbi müdahalelerde, ekip başkanının, yardımcılarının fiilinden sorumlu olması kanundan doğan sebep sorumluluğuna örnektir.⁴⁰⁷

402 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 112.

403 Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 449.

404 Karl Oftinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Bd. I, Allg. Teil, A., Zürich 1975 aktaran Eren, **Borçlar Genel**, s. 449.

405 Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 449.

406 Mustafa Kılıçoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı **Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014, s. 19; Özpinar, **a.g.e.**, s. 58.

407 Özpinar, **a.g.e.**, s. 58; Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kusursuz sorumluluk türlerinden olmadığına dair tartışmalar için **bkz. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**.

Kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat mağdura, yani olayımızda hastaya düşer. Davacının ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilen hallerde ise davalı, sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir sebebin varlığını iddia ederse, bu iddiasını ispat etmelidir. Zararın tespit edilmesi, tazminatın miktarının belirlenmesi, yetkili mahkeme, zamanaşımı gibi konularında, aksine bir hüküm bulunmadıkça, kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.⁴⁰⁸ (TBK. m. 50-58, 72)

Doktrinde, kusursuz sorumluluk hallerini “*tehlike sorumluluğu*” ve “*olağan sebep sorumluluğu*” şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutanların yanında⁴⁰⁹, “*hakkanîyet sorumluluğu*”, “*tehlike sorumluluğu*” ve “*nezaret ve ihtimam (gözetim ve özen) gösterme yükümünden doğan sorumluluk*” şeklinde üçlü bir ayırım yapanlar da vardır.⁴¹⁰

2.2.5.2. Hekimin Kusursuz Sorumluluğunun Türleri

Konumuzla ilgili olan kısım olarak, hekimin kusursuz sorumluluk türleri olan adam çalıştıranın sorumluluğu (Borçlar Kanununun 66. maddesi), yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (Borçlar Kanununun 116. maddesi) bu kısımda incelenecektir.

2.2.5.2.1. Hekimin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

Bazı durumlarda hekimin çalıştırdığı kişiler aydınlatma yükümlülüğünü ihlal edebilir ve Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi gereğince hekim adam çalıştıran sıfatıyla ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilir. Adam çalıştıranın sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden biri olup, TBK. 66. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini

408 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 136-137.

409 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 136; Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 573;

410 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 136.

ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.” denilmiştir.

Bu sorumluluk türü adam çalıştıranın kusuruna dayanmayan; adam çalıştıranın gözetim, denetim ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek yardımcısının işin görüldüğü sırada başkasına zarar vermesi halinde, bu zarardan adam çalıştıranın sorumlu olmasına dayanır. Böylelikle adam çalıştıranın yardımcı kişiler üzerinde objektif ve genel nitelikte bir özen, denetim ve gözetim yükümlülüğü yükletilmiştir.⁴¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında bu husus şöyle belirtilmiştir: “Olayda davacılar ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri konumundaki kişilerdir. Ölenin şikâyetleri yaşamsal öneme sahip şikâyetler olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda bir saptama da uzmanlarınca yapılmamıştır. Durum böyle iken ölümle sonuçlanması pek muhtemel olmayan bir ameliyat sonucunda ölüm gerçekleşmiş ve bu durum davacılarda büyük ölçüde elem ve ızdıraba sebebiyet vermiştir. Davacılarda uyandırılan güvene uygun bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ölüm riskinin olmayacağı bir ameliyatta hastanın kaybının onun yakınlarında manevi yıkım oluşturması olağandır.

Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, Özel Hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve

411 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 618; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 139; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 323; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, **a.g.e.**, s. 503.

*denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır”.*⁴¹².

Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk türünde adam çalıştıran kimse ile zarar gören arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına gerek olmayıp bu hüküm sözleşme dışı sorumluluğa uygulanabilen bir hükümdür. Bu hüküm, bu yönüyle Türk Borçlar Kanununun 116. maddesinde düzenlenen yardımcı kişilerin fillerinden sorumluluğundan ayrılır. Ancak kimi durumlarda hem 66. maddenin hem de 116. maddenin şartları somut olayda bir arada bulunabilir. Böyle bir durumda her iki sorumluluk sebebi yarış halinde olup hasta davasını dilediği sebebe dayandırabilir.⁴¹³

Hekimle arasında istihdam ilişkisi bulunan bir kişinin hastayı yanlış veya eksik aydınlatması sebebiyle hastanın zarara uğraması durumunda hekim, bu kişinin sebep olduğu zararı adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlü olur. Hekimin çalıştırdığı kişinin hastayı aydınlatma yetkisinin bulunup bulunmamasının da bu noktada hekimin hukuki sorumluluğu açısından bir önemi yoktur.

Hekimin adam çalıştıran sıfatıyla Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi kapsamında sorumlu olabilmesi için gerekli birinci şart, yardımcı şahısla hekim arasında bir bağımlılık ilişkisinin mevcut olması, yani yardımcı şahsın hekimin işlerini, onun emir ve talimatı, gözetimi altında görmesidir. Bu ilişki sözleşmeye dayanan bir ilişki olabileceği gibi, fiili bir ilişki de olabilir. Bu ilişkinin devamlı ya da ivazlı olup olmaması önemli değildir.⁴¹⁴

Hekimin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun ortaya çıkması için gerekli ikinci şart, çalıştırılan şahsın hizmetini yerine getirirken, hukuka aykırı bir davranışla zarar vermesidir. Çalıştırılan kişinin vermiş olduğu zarar, kendisine verilen işin

⁴¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 23.06.2004 tarih ve E.2004/13-291, K.2004/370 sayılı kararı, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

⁴¹³ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 113; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 138; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 619; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 325; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 901.

⁴¹⁴ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 114; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 109-113; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk** (Bundan sonrası için kısaltma: **Sözleşme Dışı Sorumluluk**), 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 1981, s. S. 56; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 323; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 503.

görülmesi sırasında meydana gelmiş olmalı, çalıştırılan kişiye verilen iş ile bunun ifası sırasında meydana gelen zarar arasında doğrudan doğruya bir görev bağı bulunmalıdır. Bu sorumluluk türünde kusur şart olmayıp, çalıştırılan kişinin hukuka aykırı eylemi ile oluşan zarar arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir.⁴¹⁵

Hekimin çalıştırdığı kişinin başkalarına vermiş olduğu zararlardan hekimin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için üçüncü şart, Türk Borçlar Kanununun 66/2 hükmü çerçevesinde kurtuluş beyyinesi getirememiş olması gerekir. Bu sebeple hekim, zararın ortaya çıkmaması için somut durumda gereken her türlü objektif dikkat ve ihtimamı göstermiş olduğunu ispat edememiş olmalıdır. Çünkü hekim, yardımcı şahsı seçmede, mesela hemşirenin söz konusu tıbbi faaliyete uygun yetenek, nitelik, beceri ve tecrübeye sahip olduğunu, kendisinin seçiminde gereken özenin gösterildiğini, bu seçimin çeşitli ölçücü sınavlarla gerçekleştiğini ve kendisine talimat vermede gerekli olan özen ve dikkatin gösterildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bunun dışında, hekim, durumun gerektirdiği bütün özen ve dikkati mevcut olayda gösterseydi bile zararın ortaya çıkmasını engelleyemeyeceğini, yani kendisinin ihtimam görevini ihlal etmesi ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat edememiş olmalıdır.⁴¹⁶

Hekim hastaya ödediği tazminat için kusuru oranında çalıştırdığı kişiye rücuda bulunma hakkına sahiptir.⁴¹⁷

2.2.5.2.2. Hekimin Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu

Hekimin üstlenmiş olduğu işi bizzat yerine getirmesi hukuki ve etik bir yüküm ise de, bazı istisnai durumlarda hekim, tedavi sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederken, tedaviye ilişkin işlerin bir kısmının yapılmasını yardımcı kişilere bırakabilir. Örneğin; hastanın ameliyata hazırlanması, hastaya iğne yapılması, vücuttan kan alınması, vücuda kan verilmesi, serum verilmesi, ameliyathaneye

415 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 114; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 109-113; Tandoğan, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, s. S. 56; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 619; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, **a.g.e.**, s. 506; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 326.

416 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 117; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 115; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 627; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 148; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, **a.g.e.**, s. 508; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 326.

417 Ayan, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 630; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, **a.g.e.**, s. 511; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 153.

ilişkin temizlik ve sterilizasyon hizmetlerinin gerçekleştirilmesi, röntgen çekilmesi gibi hekimin şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı, niteliği bakımından yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli işlerdir.⁴¹⁸ Hekim yardımcısı, hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı, anesteziist (narkozitör), tıp öğrencileri, asistan hekimler bu anlamda yardımcı kişi sayılırlar.⁴¹⁹ Bazen ise hekim başka bir uzman hekimin yardımından yararlanarak onu yardımcı kişi olarak kullanabilir.⁴²⁰

Hekimin tedavi sözleşmesi çerçevesinde ifa yardımcısı kullanması ve bu ifa yardımcılarının birinin aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline yol açması sonucu hastanın zarar görmesi durumunda hekim Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi kapsamında hastanın uğradığı zarardan sorumlu olacaktır. Bu madde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu şöyle düzenlemiştir: *“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.”

Hekimin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu için, hasta ile yardımcı kişiyi kullanan hekim arasında bir borç ilişkisi⁴²¹ bulunmalı, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı kişinin eylemi arasında illiyet bağı bulunmalı, zarar yardımcı kişinin hukuka aykırı eyleminden ve tedavi hizmetinin görülmesi sırasında hizmetle ilgili olarak gerçekleşmelidir.⁴²²

418 Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Işık Olcay, **a.g.e.**, s. 129; Ayrıca **Bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 83. madde:** *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”*

419 Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Işık Olcay, **a.g.e.**, s. 129.

420 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1082.

421 “Bu borç ilişkisi sözleşmeden doğabileceği gibi vekâletsiz işgörmekten de, haksız fiilden de, kanundan da doğabilir.”, Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 1028; Zarife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluk** (Bundan sonrası için kısaltma: İfa Yardımcıları), Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995, s. 57 vd.

422 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1072; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 170 vd.

Borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulması için, kendisinin veya yardımcısının kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda başlıca üç görüş vardır. Bunlar; borçlunun sorumluluğu için gerçek kusuru arayan görüş, farazi kusuru arayan görüş ve kusuru aramayan görüştür.⁴²³ Bazı yazarlara göre borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için, yardımcının kusurlu olması gerekir. Çünkü borçlunun kendisi ancak kusurunun varlığında sorumlu olabilecekse yardımcısının kusurunun bulunmaması durumunda borçlunun sorumluluğunun doğmaması gerekir. Bu açıdan da bu yazarlara göre borçlunun yardımcı şahısların vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk türüdür.⁴²⁴ Diğer bir görüşe göre TBK. m. 100/1'de sorumluluğun doğması için borçlunun veya yardımcısının kusurundan söz edilmemiş olması nedeniyle, borçlunun, yardımcı şahsın verdiği zarardan sorumlu olması için kendisinin veya yardımcısının kusurlu olması gerekmez.⁴²⁵ Hem doktrin hem uygulamadaki hâkim görüşe göre ise borçlunun sorumlu tutulması için yardımcı kişinin gerçek kusuruna gerek olmayıp burada sorumluluk borçlunun farazi kusuruna dayanır.⁴²⁶ Yardımcı kişinin zarar veren davranışını borçlu bizzat yerine getirmiş olsaydı ve bu davranış açısından borçlunun kendisi de kusurlu görülebilseydi, borçlunun farazi kusurunun bulunduğu varsayılır. Ancak, yardımcı kişinin davranışında borçlu bizzat bulunsaydı, bu davranış borçlu için de kusurlu bir davranış sayılamayacak idiyse, borçlu bu durumu ispatlayarak hukuki sorumluluktan kurtulur. Ayrıca 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 kusurlu sayılmayan bir davranış biçimi borçlu için kusur sayılabilir.⁴²⁷ Buna karşılık, yardımcı kişi yönünden kusurlu sayılan bir davranış, borçlu tarafından yapılmış olsaydı, bu, borçlu için kusur sayılmayacak idiyse, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz.⁴²⁸ Yardımcı kişinin gerçek kusuru, borçlunun farazi kusuru yerine

423 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1081; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 202 vd.

424 Andreas Von Tuhr/Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, Zürich, 1974, s. 128-129 ve Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil. Schulthess, 1964, s. 395 aktaran Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1081.

425 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1081, 219 nolu dipnot; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 209 vd.

426 Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 443; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C.I**, s. 436; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1082 dipnot 221; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 210; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 898.

427 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1081; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 443; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 211; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 898.

428 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1082 224 nolu dipnot; Şenocak, **İfa Yardımcıları**, s. 216.

geçmez. Örneğin, özel klinik sahibi bir genel cerrah gelen bir hastayı kendisinin yardımcısı olan kalp uzmanına havale eder. Kalp uzmanı, hastanın özel durumu sebebiyle, reçeteye yazacağı ilacın enfarktüs riskinin bulunduğu konusunda hastasını bilgilendirmez. Kalp uzmanının hastaya verdiği ilacın hastada enfarktüse neden olması durumunda, genel cerraha farazi bir kusur yükletilemez. Bu olayda kalp hastası bir kimseye verilen ilacın hastanın özel durumu sebebiyle hastada enfarktüse neden olabileceği orta düzeydeki bir kalp uzmanı tarafından bilinebileceği için, kalp uzmanı gerekli aydınlatmayı yapmayıp hastanın zararına sebep olduğu için kusurludur. Ancak, aynı tedaviyi genel cerrah olarak bizzat borçlu uygulamış olsaydı, genel cerrahın söz konusu ilacın enfarktüse neden olacağını bilmesini ve bu konuda hastayı aydınlatmasını beklemek uygun olmayacak idiyse, kalp uzmanının kusurlu davranışı genel cerraha farazi kusur olarak yükletilemez.⁴²⁹

Hekim burada kurtuluş kanıtına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Ayrıca hekimin faaliyeti TBK. m. 116/3. f. hükmü⁴³⁰ kapsamında uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet olduğu için, hekimin, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararlardan sorumlu olmayacağı yönünde yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları da kesin olarak hükümsüzdür.

Bazen hastanın tıbbi müdahaleyle uğramış olduğu zararın söz konusu olduğu durumlarda hem Türk Borçlar Kanunun 66. maddesinin hem de 116. maddesinin koşulları birlikte gerçekleşebilir. Böyle bir durumda hasta dilerse zararının giderilmesi talebini yardımcı kişinin sorumluluğu hükümlerine dilerse de adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayandırabilir.⁴³¹ Borçlunun hekimin yardımcısına karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak başvurması hakkı ise saklıdır.⁴³²

429 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1083 225 nolu dipnot; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 437.

430 Bu hükmün karşılığı olan 818 Sayılı Eski Borçlar Kanununun 100. maddesi 3. fıkrası hükmünde yardımcı şahsın hafif kusurundan borçluyu kurtaran sorumsuzluk anlaşmalarına izin veren düzenlemesi, yeni Türk Borçlar Kanununa alınmadığından artık hafif kusura yönelik sorumsuzluk anlaşmalarının bile hükümsüz olduğu kabul edilmelidir.

431 Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1084; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 902; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 435.

432 Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 452.

Hekimle yardımcı kişi arasında bir sözleşme bulunuyorsa hekim hastaya ödediği zarara denk gelen tazminatı yardımcı kişiye sözleşmeye dayanarak rücu edebilir. Eğer sözleşme bulunmuyorsa yardımcı kişinin fiili haksız fiil teşkil ediyorsa ve diğer şartların da bulunması durumunda Türk Borçlar Kanununun 61. ve 62. maddesi hükümlerine dayanarak zararı yardımcı kişiye rücu edebilir.⁴³³

2.3. HUKUKEN SORUMLU KİŞİLER

Yukarıda aydınlatacak kişiler bölümünde hastayı aydınlatmakla yükümlü kişileri açıklamıştık. Bazen ise aydınlatmayı yapması gereken kişilerin dışında başka gerçek veya tüzel kişiler aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden doğan zarardan hukuken sorumlu tutulabilmektedir. Bu sorumlu kişiler, aşağıda hastanın hekime doğrudan başvurduğu haller ve hastane aracılığıyla başvurduğu haller başlıklarında incelenecektir.

2.3.1. Hastanın Hekime Doğrudan Başvurduğu Hallerde

Herhangi bir yerle istihdam ilişkisi içerisinde olmayan hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki; sözleşme, vekâletsiz iş görme, haksız fiil ve *Culpa in Contrahendo* şeklinde olabilir. Ancak hekim ile hasta arasında çoğunlukla bir sözleşme mevcuttur. Bunlardan da en çok vekâlet sözleşmesi şeklinde olanına rastlanır. Estetik ameliyatlar gibi hekimin belli bir netice meydana getirmeyi taahhüt ettiği durumlarda ise eser sözleşmesi de bulunur. Arada bir sözleşmenin bulunması ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağı sözleşme olacaktır.

Bağımsız şekilde çalışan hekim ve hasta arasındaki ilişkide, (örneğin hekimin muayenehanesinde veya hastanın evinde) aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranışın sonuçlarından hukuki sorumluluk, kural olarak tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimin bizzat kendisindedir. Ancak hekimler dışındaki sağlık çalışanları da, Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi anlamında yardımcı kişiler sıfatıyla, hukuken

⁴³³ Ayan, **a.g.e.**, s. 69; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 451-452; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altın, **a.g.e.**, s. 900.

yapmaya yetkili oldukları tıbbi müdahaleler açısından, hastayı aydınlatma yetkisi ve yükümlülüğü altında olduklarından, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde bu konuda sorumluluklarının meydana gelmesi mümkündür.⁴³⁴

Aydınlatma yükümlülüğünün başka bir hekime bırakılması da mümkün olduğundan, böyle bir durumda her iki hekimin de aydınlatma yükümlülüğünden doğan zararlardan birlikte sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Başka hekimi yerine alt vekil veya ikame vekil sıfatıyla ikame eden hekimin sorumluluk derecesi ikamenin caiz olup olmamasına göre değişir. Hekim tedavi sözleşmesine göre yetkili olmadığı halde alt vekil veya ikame vekil olarak bir başka hekimi tayin ederse (caiz olmayan ikame durumu), caiz olmayan ikamenin hükümleri gereği, kusuru olmasa dahi onun aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan zararlardan -kendisi bu ihlali yapmış gibi- sorumlu olur. Caiz olan vekil ikamesi durumunda ise asıl hekim, ancak yerine gerekli nitelikleri taşıyan bir kimseyi koymadığı veya ona eksik veya yanlış talimat verdiği takdirde kendisine düşen özen borcunu yerine getirmemiş sayılacak ve aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan zarardan sorumlu olacaktır.⁴³⁵ Türk Borçlar Kanununun 506/1 maddesi gereğince ikame üç halde mümkündür⁴³⁶: Birincisinde, hekimin bir başkasını ikame etmesine hastanın açıkça veya zımnen muvafakat etmesi halinde, hastanın almış olduğu yetkiyle ikamenin gerçekleşmesi mümkündür.⁴³⁷ İkincisinde, vekilin başkasını tevkile örf gereğince yetkili kılınmasıdır. Örneğin, iç hastalıkları uzmanının cerrahi müdahale gerektiğinde bir cerraha başvurması⁴³⁸, gerekli bakteriyolojik araştırmaları yapma işinin bağımsız çalışan tecrübeli bir hekime veya enstitüye havale edilmesi⁴³⁹, tatile giden bir hekimin yerine başka bir hekimi bırakması gibi⁴⁴⁰. Üçüncüsünde ise, haklı bir sebebin ortaya çıkmasıdır. Örneğin, ameliyat sırasında hekimin rahatsızlanması halinde başka bir cerrahin ameliyata devam etmesi gibi.⁴⁴¹

434 Ayan, **a.g.e.**, s. 44; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 142; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 127.

435 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 458-459; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 100-101; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 142; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 127; Şebnem Akipek, **Alt Vekalet**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 118.

436 Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 100; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 94.

437 Ayan, **a.g.e.**, s. 70; Sarıal, **a.g.e.**, s. 51; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 94.

438 Tandoğan, **Borçlar Özel C. II**, s. 457; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 94; Ayan, **a.g.e.**, s. 70.

439 Ayan, **a.g.e.**, s. 70; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 94.

440 Tandoğan, **Borçlar Özel C II**, s. 458; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 94.

441 Seza Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 7.

Sözleşmenin tarafı olan hekim ile tıbbi müdahalenin uygulayıcısı olan hekimin farklılaştığı durumlarda her iki hekimin aydınlatmayı yerine getirmesi gerekir. Özellikle hasta kendisini yollayan başka bir hekim tarafından aydınlatılmış olsa bile, önemli cerrahi müdahalelerin öncesinde hastanın cerrahi müdahaleyi yapacak olan hekim tarafından tekrar aydınlatılması gerekir.⁴⁴² Tıbbi müdahalenin farklı alanlardan birden çok hekim tarafından birlikte yerine getirilmesi durumunda, hekimlerin her birinin kendi uzmanlık dalında hastayı aydınlatması gerektiğinden, kendi uzmanlık dalıyla ilgili aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen hekim hukuken sorumlu tutulacaktır.⁴⁴³

2.3.2. Hastanın Hastane Aracılığıyla Hekime Başvurduğu Hallerde

Hekimin bir hastane bünyesinde hastalara hizmet verdiği durumlarda, belli bazı şartların varlığında, yukarıda “hastanın hekime doğrudan başvurduğu hallerde” başlığında saydığımız sorumlu kişilerden başka kişiler de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumunda hukuken sorumlu olabilmektedirler. Hekimin bünyesinde istihdam edildiği hastanenin özel hastane veya kamu hastanesi olması, hekimle hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin niteliği açısından önemlidir.

2.3.2.1. Hastanın Özel Hastane Aracılığıyla Hekime Başvurduğu Hallerde

Özel hastaneler, kamu hizmetinin dışında yer alan, onun bir parçasını meydana getirmeyen, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait hastanelerdir.⁴⁴⁴ Hususi Hastaneler Kanununun 1. maddesi özel hastaneleri şu şekilde tanımlamaktadır: “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "husussi hastaneler" den sayılır.” Özel hastanede çalışan hekim, özel hastane statüsüne tabi bir sağlık kuruluşunda, istihdam ilişkisi içinde, tam veya kısmi zamanlı çalışan hekim olarak ifade edilmektedir. Ancak, bazı cerrahi müdahaleleri yapmak üzere bir

442 Ayan, **a.g.e.**, s. 82.

443 Ayan, **a.g.e.**, s. 82; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 143.

444 Ayan, **a.g.e.**, s. 128;

özel hastaneyi devamlı ya da zaman zaman kullanan hekim bu kapsam içinde değerlendirilmemelidir.⁴⁴⁵

Özel bir hastaneye tedavi olmak için başvuran hasta ile hekim arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmasa da, yine de bir özel hukuk ilişkisi söz konusu olacaktır. Hukuki sorumluluğun dayanağı olarak, özel hastane ve hasta arasında sözleşme, Culpa in Contrahendo, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme şeklinde 4 değişik hukuki ilişki ortaya çıkabilir.⁴⁴⁶ Bu sebeple, özel hastaneye başvuran hastaya uygulanan tıbbi müdahaleden hukuki sorumluluk kural olarak hastaneye aittir. Hekim burada çoğunlukla hastane adına sağlık hizmeti veren Türk Borçlar Kanunun 116. maddesi anlamında yardımcı kişidir.⁴⁴⁷

Genellikle, hastane işleticisi ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi adı altında, doktrinadaki baskın görüşe göre kombine sözleşmeler sınıfına giren bir sözleşme kurulur.⁴⁴⁸ Bu sözleşmeyle taahhüt edilen asıl edim yükümlülüğü, hastanın bir hastaneye yatırılması suretiyle tedavi edilmesidir. Bu asıl edimle birlikte yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini temin etme gibi edim yükümlülükleri de ortaya çıkar. Bu yükümlülüklerden hastanın tedavisi dışında kalan edim yükümlülükleri, her durumda altında hastane işleticisine ait oldukları halde, hastanın tedavi edilmesi edimi, sözleşmenin çeşidine bağlı olarak, bazen hastane işleticisine, bazen de hekime, bazen de her ikisine ait olur.⁴⁴⁹ İsviçre Hukukunda ise, genelde “*tam hastaneye kabul sözleşmesi*” ve “*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi*” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir.⁴⁵⁰ Alman Hukukunda, tedavi ediminin üstleniliş tarzına göre “*tam hastaneye kabul sözleşmesi*”, “*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi*” ve

445 Uygur, **a.g.e.**, s. 57.

446 Ayan, **a.g.e.**, s. 130; Uygur, **a.g.e.**, s. 58;

447 Hakan Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, **Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara 2008, s. 163.; Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, s. 338 vd.; Hatırnaz, **a.g.e.**, s.97 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 58.

448 Halide Savaş, : “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, S.3, Yıl 2007, s. 1012 vd.; Ayan, **a.g.e.**, s. 131; Uygur, **a.g.e.**, s. 58; “Kombine Sözleşme: Bu akitlerde taraflardan biri çeşitli tiplere ait birkaç edimde bulunma, diğeri ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla belli bir akde özgü olmayan bir miktar para ödeme borcu altına girer. Hastane ile yapılan sözleşmede, kira (oda tahsisi), art arda teslim şartıyla satış (yemek), hizmet (oda temizliği vs.), tedavi veya ameliyat şeklinde kendini gösteren hizmet edimi vardır.” Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1**, 6. Basım, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1990, s. 71; Ayan, **a.g.e.**, s. 139.

449 Ayan, **a.g.e.**, s. 131.

450 Ayan, **a.g.e.**, s. 134, dipnot 28.

“hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” olmak üzere 3 ayrı çeşidinin olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵¹

Hastaneye kabul sözleşmesinin çeşitlerinden birincisi olan tam hastaneye kabul sözleşmesi, genellikle hastanın hastaneye girişinin yapılması sırasında taraflarca özel bir takım koşullar öngörülmediği durumlarda özel hastane ile hasta arasında kendiliğinden kurulmuş olur. Bu sözleşme ile hastane işleticisi, tedavinin yanında hastayı barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımı şeklindeki bütün yükümlülükleri üstlenmiştir.⁴⁵² Bu sözleşme tipinde, hasta tıbbi müdahalenin belirli bir hekim tarafından gerçekleştirilmesini genelde talep edemeyecek, hekim hastane tarafından tayin edilecektir.⁴⁵³ Hastane bu yükümlülükleri genellikle hizmet sözleşmesiyle, bünyesinde çalışan hekim⁴⁵⁴ ve diğer personeliyle yerine getirir. Bu tür sözleşmede hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamıştır. Sözleşmenin ihlali durumunda hastanın ve yakınlarının muhatabı hastanedir. Tıbbi müdahaleyi fiilen uygulayacak olan hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşmeye dayanan ilişki bulunmamaktadır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, hekim bu sözleşme yönünden Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi uyarınca ifa yardımcısı konumundadır.⁴⁵⁵

451 Ayan, **a.g.e.**, s. 134, dipnot 27.

452 Ayan, **a.g.e.**, s. 134; Halil Akkanat, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 5, Aralık 2005, s.26.; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 142.

453 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.118; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 145; Ayan, **a.g.e.**, s. 134; Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No: 53, 1986, s. 89.

454 Tıbbi müdahalenin sadece bazı bölümlerini yerine getirmek amacıyla hastaneye yardımcı kişi sıfatıyla bir hekimin çağrıldığı durumlarda, hekimin tıbbi müdahaleyle hastanın bir zararına yol açması durumunda, hastanenin sorumluluğu Türk Borçlar Kanunun 116. maddesine göre tayin edilecektir. Ayrıca hekime karşı haksız fiil hükümlerine dayanılarak dava açılabilir. Ancak hekimin sadece kendi yükümlülüklerini yerine getirmek için tıbbi müdahalede bulunduğu hallerde ise, hekimin yol açtığı zararlar dolayısıyla hastane işleticisine karşı dava açılmaz. Tedavinin tamamının hekime bırakıldığı durumlarda ise anlaşmazlık geniş anlamda ikame (alt vekalet veya ikame vekaleti) hükümlerine göre çözümlenmelidir. Ayan, **a.g.e.**, s. 152.

455 Ayan, **a.g.e.**, s. 45; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 99; Sarıal, **a.g.e.**, s. 89. Karşıt Görüş için bkz. Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 21-22; Reşat Atabek, “Hastanelerin Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.60, S.10,11,12, 1986, s. 634 vd.; Ayrıca Yargıtay bu tür durumlarda hastaneyi Türk Borçlar Kanununun 116. maddesindeki yardımcı kişi sıfatıyla değil, 66. maddesindeki adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olduğuna hükmetmektedir: ““... mahkeme hasta ile doktorlar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu, vekilin özen görevinin bulunduğu, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu, Adli Tıp genel Kurul raporuna göre anılan doktorların olayda 5/8 oranında kusurlu bulundukları, diğer davalı hastanenin istihdam eden sıfatıyla doktorların kusurularından BK. 55 (TBK. m. 66) hükmünce sorumlu olduğu”, Y. 13. HD. T. 21.12.2002, E. 9800/11883 K. naklen Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 473.

Hastaneye kabul sözleşmesinin ikinci türü olan bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşmenin tedaviye ilişkin kısımları ayrı bir sözleşme olarak hekim ile hasta arasında kurulur. Tedavi kapsamı dışındaki diğer bütün hususlar için sözleşme, hasta ile hastane işleticisi arasında meydana gelir. Bu sözleşme türünde hekim tıbbi müdahaleyi üstlenmiştir. Hastanenin bu konudaki sorumluluğuysa hastane bakımı ile sınırlı olup tıbbi müdahaleyle ilgili bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim serbest meslek icra eden hastane dışından bir hekim veya hastanenin personeli olabilir. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararlardan kural olarak hekim sorumlu olup, hastane işleteni hastanede çalışan hekim dışındaki hastane bakımıyla ilgili eylemlerinden kaynaklanan zararlardan hukuken sorumludur.⁴⁵⁶

Hastaneye kabul sözleşmesinin üçüncü türü olan hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde ise tedavi edimini hem hekim hem hastane üstlenmiştir. Hasta hastane işleticisi ile akdetmiş olduğu hastaneye tam kabul sözleşmesinin yanında hekimle de ayrıca bir tedavi sözleşmesi akdetmiş haldedir. Bu durumda hastane işleticisi ile hekim aynı işin yapılmasını birlikte yüklenmiş birden fazla vekil konumundadırlar. Bu yüzden de tedaviden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumlu olurlar.⁴⁵⁷ Bu tür sözleşmelerde de tedavi dışındaki tüm zararlardan sadece hastane işleticisi sorumludur.⁴⁵⁸

Bazı durumlarda ise hastane, hastaneye kabul sözleşmesi dâhilinde, tıbbi müdahalenin sadece belli bir kısmını veya kısımlarını yerine getirmek üzere hastane dışından bir hekimi yardımcı kişi sıfatıyla çağırabilir. Bu şekilde çağrılan bir hekim tıbbi müdahaleyle hastanın bir zararına sebep olursa hastanenin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanununun 116. maddesindeki yardımcı kişinin fillerinden sorumluluk hükümlerine göre tayin edilecektir. Yine hasta somut olayın özelliklerine göre, şartlarının varlığında, haksız fiil hükümlerine dayanarak çağrılı hekim aleyhine doğrudan dava açabilmelidir. Tedavinin bütününe hastaneye çağrılı hekim üstlenmişse uyuşmazlık geniş anlamda ikame (alt vekâlet veya ikame vekâleti)

456 Ayan, **a.g.e.**, s. 45; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 102.

457 Ayan, **a.g.e.**, s. 136-137; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 22. Ayrıca **bkz. Türk Borçlar Kanunu 511/2:** Vekâleti birlikte üstlenenler, vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar ve yetkilerini başkalarına devir hakları olmadıkça, vekâlet vereni, ancak birlikte yaptıkları fiil ve işlemleriyle borç altına sokabilirler.

458 Ayan, **a.g.e.**, s. 136-137; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 22.

kuralları çerçevesinde halledilmelidir. Ancak hekim, koşulları mevcut ise Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi vd. gereğince haksız fiil hükümlerine göre de sorumlu tutulabilir.⁴⁵⁹

Bazen ise hasta HHK. 12.⁴⁶⁰ ve 26.⁴⁶¹ m. ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün (ÖHT) 26/2.⁴⁶² maddelerindeki dışarıdan hekim çağrılmasını isteme ve tedavinin bu hekim tarafından yerine getirilmesini isteme hakkını kullanarak dışarıdan hekim çağırabilir. Böyle bir durumda hastaneye kabul sözleşmesinden bağımsız olarak hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi meydana gelmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali durumunda hasta, aralarındaki tedavi sözleşmesine aykırı davranmaktan dolayı hekimi TBK. 112. maddeye dayanarak sorumlu tutabilir. Ancak hastanenin bu zarardan TBK. 66. ve 116. maddesi anlamında kural olarak sorumlu olmaması gerekir.⁴⁶³ Ancak çağrılı hekimin tıbbi edimini yerine getirirken hekime yardımcı olan yardımcı hastane personelinin kendi alanlarıyla ilgili aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda hastane işleticisinin sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir.⁴⁶⁴

Özel hastane bünyesinde tedavi hizmeti veren hekimin tıbbi müdahaleye bağlı olarak hastanın bir zararına sebep olması durumunda hastane işleticisinin birden fazla hukuki sebebe dayanan hukuki sorumluluğu doğabilir.⁴⁶⁵ Örneğin, hekimin sebep olduğu zarar, hastanenin organizasyon kusurunun katkısıyla ve hekimin fiiliyle birlikte meydana gelmiştir. Hastane işleticisinin, hem hekimi çalıştıran kişi sıfatıyla Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi ve 116. maddesi kapsamında sorumluluğun şartları, hem de hastane ile hasta arasındaki hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan özen borcunun ihlali sebebiyle TBK. m. 112

459 Ayan, **a.g.e.**, s. 45; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 99.

460 “Hususi hastaneler almağa mezun oldukları hastalar için bu hastaların istedikleri hekimleri davete ve tedavinin bu hekimler tarafından yapılmasını kabule mecburdurlar”. (HHK. m. 12/1 c.1)

461 “Hususî hastanelerde para ile yatan hastalardan sınıflarına göre alınacak gündelik ücrette; ikamet, iâşe ve hastalığın icaplarına göre yapılması lazım gelen bütün bakım ve hastanede yapılan basit lâboratuvar muayeneleri ve 12 nci maddede yazılı hastanenin muvazzaı mütehassıs hekimleri ücretleri dâhildir. Ancak cerrahi ameliyeler ile hastanın istemesile dışarıdan çağırılacak hekimin muayene ve tedavi paralarıyla ilaç ve pansumanlarına sarfolunan malzeme ve röntgen muayenelerinin paraları hastalar tarafından ayrıca ödenir.” (HHK. m. 26/1)

462 “Hastaların muayene ve tedavileri, isterlerse dışarıdan uzman çağırılarak da yaptırılabilir. Hastaların viziteleri, her sabah, hastanenin uzmanları tarafından ya da isteği üzerine dışarıdan hastanın bakımını uzman tarafından yapılır”. ÖHT. m.26/2-3.

463 Atabek, **Hastanelerin Sorumluluğu**, s. 648; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 93; Ayan, **a.g.e.**, s. 153.

464 Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 93; Ayan, **a.g.e.**, s. 153; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s. 104.

465 Ayan, **a.g.e.**, s. 68; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 621.

anlamında sorumluluğunun şartları bir arada gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda zarardan sorumluluğun hukuki sebepleri yarış halindedir. Hasta dilediği bu hukuki sebeplerden birine dayanarak hastane işleticisine karşı zararın tazmini talebinde bulunabilir. Hasta dilerse de hekimin sorumluluğunun da şartları mevcutsa hekime karşı talepte bulunabilir.⁴⁶⁶

Özel hastanelerin hukuki sorumluluğunun doğduğu esas alan organizasyon kusurudur. Hastane işleticisinin özen gösterme yükümlülüğünün bir gereği olarak, hastane işleticisi hastanede bulunması gerekli olan asgari unsurları bulundurmali, tıp bilimi ve uygulamasındaki ilerlemeleri takip etmeli ve hastaneyi ve personeli buna uygun hale getirmelidir. Personeli de özenle seçip denetlemeli ve yeni tıbbi gelişmelere uygun duruma getirmelidir. Hastaların tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatılması ve onamlarının alınmasına ilişkin olarak gerekli kurallara uyulmasını temin etmek için hekimleri eğitmeli ve bilgilendirmelidir. Bunun için hizmet içi kurslar düzenlemeli ve kongrelere katılımı temin etmelidir. Tıbbi teknik cihaz ve aletleri de yeni gelişmelere uygun hale getirmeli ve gerekirse yenileriyle değiştirilmelidir. Bunları temin etmek için gerekli denetimleri yapmalıdır. Dokümantasyon için gerekli belgeleri muhafaza etmek zorundadır. Bu belgelerin, örneğin hastayı aydınlatma formunun dosyada kaybolması, gerektiği şekilde muhafaza edilememesi veya herhangi bir sebepten bulunamaması gibi durumlarda hastanenin hukuki sorumluluğu doğacaktır.⁴⁶⁷

Hastanın aydınlatılması ödevinin yerine getirilmesinde hastane işleticisinin yönetim ve gözetim yükümlülükleri mevcuttur. Kural olarak hastane yönetimi de, ilgili bölümün şefi olan hekim de, hastanede çalışan hekimlerin aydınlatma ödevini gereği gibi yerine getirmelerini temin etmek, yönergeler çıkararak aydınlatıcı bilgiyi kimin, hangi biçimlerde ve ne zaman verileceğini belirlemek ve bu ödevin yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle yükümlüdürler. Bu ödevlerin yerine getirilmemesi bir organizasyon kusuru sayılacağından bir zararın meydana gelmesi durumunda hastane işleticisinin hukuki sorumluluğu doğar.⁴⁶⁸

466 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 141.

467 Hakan Hakeri, **Hastane Yönetiminin Sorumluluğu**, s. 166-168; Hatırnaz, **a.g.e.**, s. 87; Ayan, **Tıbbi Yardım**, s. 156-162; Çağlar Özel/Doğan N. Leblebici, "Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış", C. 10, S. 2, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, 2007, s. 183.

468 Özsunay, **a.g.e.**, s. 55; Ayan, **a.g.e.**, s. 158; Atabek, **Hekimin Mesuliyeti**, s. 648.

Hususi Hastaneler Kanunu ve Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre, özel hastaneler; şikâyet üzerine yapılan inceleme ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, altı ayda bir rutin olarak denetlenir. Devletin denetimi ve gözetiminin bulunduğu, insan yaşamı ve sağlığıyla ilgili böyle bir hizmetin kusurlu işlemesi nedeniyle bir zararın meydana gelmesi durumunda özel hastane işleticisiyle birlikte devletin sorumluluğu söz konusu olabilir. İdarenin sorumluluğu, bu ihtimalde, hizmet kusuru esasları dairesinde ele alınıp tartışılacak; zararlar idare arasında illiyet bağı kurulduğunda bile, kusur idareyi sorumlu tutmaya yetecek yoğunlukta olmalı ve açık kusur aranacaktır.⁴⁶⁹ Danıştay bir kararında denetim ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmeyen Sağlık Bakanlığı'nı şu ifadelerle tazminata mahkûm etmiştir: *“Davalı idare tarafından cerrahi vakaları kabul ve tedavi etmek üzere ruhsatlandırılan Özel Doğaner Hastanesi üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü gereğinin zamanında yapılmaması ve tespit olunan aykırılıklara yönelik caydırıcı yasal müeyyideleri kullanma yetkisine haiz olmasına karşın bunların kullanılmamasından ötürü somut olayda hizmet kusurunun varlığı mahkememizce kabul edilmiştir.”*⁴⁷⁰ Her ne kadar hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği her vakada idare sorumlu tutulmasa da, idarenin özel hastaneyi denetim ve gözetim yükümlülüğü ile aydınlatma yükümlülüğünü ihlali ve bunların nihayetinde ise ihlal ile oluşan zarar arasında illiyet bağı mevcutsa idarenin hizmet kusuru ve sorumluluğu kabul edilmelidir.

2.3.2.2. Hastanın Kamu Hastanesi Aracılığıyla Hekime Başvurduğu Hallerde

Kamuya (devlete) ait hastaneler; yurttaşlara bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerinin verilmesi amacıyla kurulmuş olan ve devlet idaresi (kamu yönetimi) içerisinde yer alan kuruluşlardır.⁴⁷¹ Kamu hastaneleri Anayasanın 56. maddesi ile

469 Sait Güran; “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, 12-13 Mart, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, s. 77; M. Savaş Bayındır, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S.1-2, 2007, s. 562; Aşçıoğlu, **Doktorların Sorumluluğu**, s. 116; Kızılyel, **a.g.e.**, s. 231.

470 İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 10.07/2008 tarihli 2008/1091 E. 2008/1412 K. Sayılı ilamı <http://www.radikal.com.tr/radikal.aspx?atype=haberyazdir&articleid=714539>

471 Ayan, **a.g.e.**, s. 158; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 291.

devlete yüklenen sağlık kamu hizmetini diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi idari ajanlar eliyle yerine getirirler. Kamu hastanelerinde çalışan hekim ve diğer yardımcı sağlık personeli kamu görevlisi statüsünde iken hasta da sağlık hizmeti alan kişi konumundadır. Bu sebeple kamu hastanesinde görevli hekim ile hasta arasındaki ilişki kamu hukukuna tabi olup özel hukuka tabi sözleşmeye dayanan bir ilişki değildir.⁴⁷² Hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sonucu meydana gelen zararlardan kamu hastanesinin bağlı bulunduğu kamu tüzelkişisi, kamu hukuku kuralları çerçevesinde, birinci derecede, asli sorumlu olup hasta, bu zararın tazmini için bu kamu tüzelkişisine dava açabilir. Kamu tüzelkişisi, hastaya zararın karşılığı olan tazminatı ödedikten sonra, şartların mevcut olması durumunda ödediği tazminatı hekime rücu edebilir.⁴⁷³ Bu yüzden, hekimin buradaki sorumluluğu ikinci derecede ve talidir.

Kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki kamu hukuku kapsamında olduğundan ve hasta da burada kamu hizmeti alan kişi durumunda olduğundan hasta kamu hastanesindeki tedavi sonucu bir zarara uğrarsa, somut olayın niteliklerine göre, hasta ilgili kamu tüzelkişisine husumet yöneltebilir; doktora veya zarara sebep olan yardımcı sağlık personeline dava açamaz. Anayasa'nın 129. maddesi 5. fıkrasına göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, memurlar ve diğer kamu görevlilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine göre, kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararların tazmini için bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kuruma karşı dava açarlar.⁴⁷⁴

Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin tıbbi müdahaleleri sırasında meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu olabilmesi için, hizmet kusurunun

472 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 241; Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 291; Ayan, **a.g.e.**, s. 46; Öztürkler, **a.g.e.**, s. 207; Karşıt görüş için **bkz.**: Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 23; YHGK. 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için **bkz.** (Çevrimiçi, www.kazanci.com.tr)

473 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 290 vd; Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 291; Ayan, **a.g.e.**, s. 46.

474 Ahmet Çelik, **Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu**, (Çevrimiçi, <http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465-hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf> , s. 34; Ayan, **a.g.e.**, s. 172; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 241; Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s. 291.

varlığı, bir zararın meydana gelmesi, bu zararın idari faaliyetlerden kaynaklanması ve zarar ile idari faaliyet arasında uygun illiyet bağının varlığı şarttır.⁴⁷⁵

Kamu hastanesinde çalışan hekimin tıbbi faaliyetlerinden kaynaklanan sorumlulukta, hizmet kusuru, görev kusuru, kişisel kusur, görevle ilişkili kusur, görevden ayrılabilen kişisel kusur ve salt kişisel kusur kavramları önemli rol oynamaktadır. Hizmet kusuru, hizmetlerin kötü şekilde veya geç veya hiç yapılmaması şeklinde meydana gelebilir. Hastanenin kötü yönetimi; personelin seçmede, denetlemede ve gözetlemede gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olması; tıbbi alet ve cihazların sıklıkla arızalanması, hastane binasının ve tesislerinin bakımsız şekilde bırakılması; aydınlatma, ısıtma, havalandırma gerektiği şekilde çalışmaması; ameliyathanelerin elverişsiz veya kirli durumda bulunması, hastane enfeksiyonlarına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması, ilk yardım, ambulans veya yoğun bakım ünitelerinin her daim işler ve hazır halde tutulmamaları hizmet kusurlarını meydana getirir.⁴⁷⁶ Hizmet kusurlarından personel değil doğrudan idare sorumludur. Kişisel kusur ise, tıbbi müdahale sırasında hekimin mesleki konumunu kötüye kullanması, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken dikkatsiz ve tedbirsiz davranması, kasıtlı olarak genel uygulama kurallarına (özensizlik, ihmal, savsama vb.) aykırı davranması halinde söz konusu olur. Bazen ise idarenin hizmet kusuru ile hekimin kişisel kusuru iç içe geçmiş şekilde meydana gelir. Örneğin, kamu hastanesinde çalışan bir hekimin tıbbi müdahaleleri aydınlatılmış onam almadan gerçekleştirdiği bazı durumlarda hem hekime yüklenebilen kişisel kusur mevcuttur, hem de hekimin tıbbi müdahalelerinin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığını denetlemekle yükümlü idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesinden kaynaklı hizmet kusuru meydana gelir. Böyle bir durumda idare meydana gelen zarardan sorumludur. Anayasanın m. 129/5 hükmü gereğince idarenin sorumlu hekime rücu hakkı saklıdır. Hekimin idareyle birlikte sorumlu tutulacağı bu durumlardaki kusur türüne görev kusuru veya görevle ilişkili kusur denmektedir. Bundan başka, hekimin, özel hukuk hükümleri çerçevesinde özel işlerini yaptığı esnada, hekimlik sıfatı ve kapasitesinin dışında sadece özel bir kişi olarak; üçüncü kişilere verdiği zarardan

475 Çelik, **a.g.e.**, s. 34; Kızılyel, **a.g.e.**, s. 203 vd. ; Ayan, **a.g.e.**, s. 173; Ferhat Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, Ocak-Şubat 2009, sayfa 161.

476 Canbolat, **a.g.e.**, s. 167; Yasin Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, 2010, S. 2, s. 555 vd.

doğrudan doğruya kendisinin sorumlu tutulabildiği hallerde ise hekimin görevden ayrılabilen kusuru (salt kişisel kusuru) vardır.⁴⁷⁷

2012 yılında verilen bir karara⁴⁷⁸ kadar Yargıtay, hekimin görevle ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın hekimin her türlü kişisel kusurun bulunduğu tazminat davalarının inceleme yerinin adli yargı olduğuna ve bu davalarda hasmın hekim olması gerektiğine hükmediyordu. İlgili karardan itibaren ise, hekimlik göreviyle ilgisi bulunmayan ve hekimin salt kişisel kusurunun söz konusu olduğu durumlar⁴⁷⁹ hariç olmak üzere, kamu hastanesinde gerçekleşen tıbbi müdahaleler sonucu meydana gelen zararların tazmini amacıyla açılacak davalarda, devlet tüzel kişisi hasım gösterilecek olup hekime karşı doğrudan dava açılmayacaktır. Dolayısıyla bu tür davalar idare hukuku esaslarına göre idari yargıda tam yargı davası olarak açılmalıdır. Kamu tüzelkişileri bu tür davalar sonucunda hastaya ödemek zorunda kaldıkları tazminatı kişisel kusuruyla buna sebep olan hekime rücu edebilir.⁴⁸⁰ İdarenin hekime yapacağı rücunun hangi nitelikte olduğu ve konunun

477 Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 590; Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s. 300; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 290; Canbolat, **a.g.e.**, s. 167; Söyler, **a.g.e.**, s. 555 vd.

478 Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 gün ve 2011/4-592 esas, 2012/25 karar özeti: “Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; kamu görevlisi doktorun eylemi nedeniyle açılan eldeki tazminat davasında husumetin adı geçen doktora yöneltilip yöneltilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

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 hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır.

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. Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi hukuka uygundur.” (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

479 “Uyuşmazlık; eylemin hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusur mu olduğu, varılacak sonuca göre davalı doktor hakkındaki davanın Anayasa’nın 129/5 ve 657 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca husumet yokluğu nedeniyle reddinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır. Asliye Ceza Mahkemesi ilamıyla sanık olan davalı doktor hakkında, davacı hemşireye karşı cinsel saldırı suçunun işlendiğinin sabit olduğu gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, karar itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir. Davacı, kendisine karşı cinsel saldırıda bulunduğu ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandığı bu maddi olgulardan, davalı doktorun göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.3.2015 Tarih, 2013/4-1575 E., 2015/1102 K. Sayılı kararı, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

480 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12. ve 13. maddeleri:

“**Madde 12** - Devlet Memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadırlar. Görevleriyle ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler.

Madde 13 - Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu

hangi çerçevede halledileceği konusu ise doktrinde tartışmalı olup bu konuda çelişen yargı kararları mevcuttur. Bir görüşe göre hekime yapılacak rücu Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümlerine göre yapılacaktır.⁴⁸¹ Karşıt görüşe göre ise bu görüş isabetli olmayıp bu sorun idare hukuku esaslarına göre çözülmelidir.⁴⁸²

Bu anlattıklarımızdan hareketle, kamu hastanesinde çalışan hekim, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak, kusuruyla, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eder ve bu ihlal sonucu hasta bir zarara uğrarsa, hasta zararın tazminini amacıyla hekime değil hastanenin ait olduğu kamu tüzelkişisine karşı idari yargıda dava açacaktır. İdare ödemek zorunda kaldığı bu tazminatı zarara sebep olan hekime rücu etme hakkına sahiptir. Mevcut Yargıtay uygulamasında idarenin kamu görevlilerine rücu talepleri Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümlerine göre çözülmektedir. Doktrin ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 55/2 hükmündeki yeni düzenleme de göz önüne alındığında, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kaynaklı tazminat talepleri de adli yargı tarafından özel hukuktaki haksız fiil hükümlerine göre çözülmelidir.⁴⁸³

2.4. TAZMİNAT

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmini gerekir. Çalışmamızın bu kısmında bu zararların tazmini ile ilgili esaslar üzerinde durulacaktır.

görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

481 Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 594; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku C. II**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 662; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 14.11.1985, E. 1985/7369, K. 1985/9399, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

Ayrıca **bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 55/2** hükmü: “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*”

482 Lütfi Duran, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara: Sevinç Matbaası, 1974, s. 44; Danıştay 5. Dairesi’nin 26.11.1975 tarih ve E.1972/645, K. 1975/7739 sayılı kararı, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 9, S. 2, s. 120;

483 Kamu Hastanesinde çalışan hekimin aydınlatma yükümünün kamu hukukuna dayandığına dair karşıt görüş için **Bkz. Dural, Aydınlatma**, s. 252.

2.4.1. Genel Olarak

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda hasta bir zarara uğradığında o zararı gidermekle, yani tazminat sorumluluğuyla karşı karşıya kalacaktır. Bu şekilde hastanın şahıs ve mal varlıklarında meydana gelen azalmalar giderilmeye çalışılmaktadır. Tazminat miktarının tespit edilmesinde, davanın sözleşme sorumluluğu veya sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine dayandırılması önemli bir fark yaratmaz. Çünkü Borçlar Kanunundaki haksız fiilden sorumluluğu düzenleyen tazminata ilişkin hükümler sözleşmesel sorumluluğa da kıyasen uygulanır.⁴⁸⁴ Kusurlu olduğuna kanaat getirilen hekim, hastanın hem maddi hem manevi zararlarını gidermekle yükümlüdür.⁴⁸⁵

2.4.2. Tazminat Türleri

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sonucu meydana gelen zararların tazmini ile ilgili en genel ayırım maddi tazminat ve manevi tazminat şeklinde ikili bir ayırımdır. Maddi tazminat malvarlığıyla ilgili zararları karşılarken, kişi varlığıyla ilgili zararları manevi tazminat karşılar.

2.4.2.1. Maddi Tazminat

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla, maddi nitelikteki kişilik değerlerini meydana getiren yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğüne saldırı sebebiyle, kişinin malvarlığında bir eksilme meydana gelmesi durumunda, kişinin rızası dışındaki bu eksilme (zarar), hekimin kusurlu veya hukuka aykırı fiilinden kaynaklanıyorsa (yani aydınlatma yükümlülüğünü ihlaliyle) meydana gelen bu zararın giderilmesi gerekir.⁴⁸⁶ Böyle durumlarda zarar genellikle yaşam kaybı veya vücut bütünlüğünün ihlali (yaralanma) veya sağlığın bozulması

484 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 114/2 f.

485 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 3. Baskı, s. 285; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 146.

486 Öztan, **a.g.e.**, s.289; Dural, **a.g.e.**, s.154; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s.177; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s.92-93; Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu (Bundan sonrası için kısaltma: Tazminat)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 100, 2012, s. 70.

şeklinde meydana gelmektedir.⁴⁸⁷ Hastanın uğradığı maddi zararların karşılanması amacıyla ödenen tazminata maddi tazminat adı verilir.⁴⁸⁸

Aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranış sonucu hastanın bedensel bütünlüğünün veya sağlığının bozulması durumunda, TBK. m. 54 hükmüne dayanarak hasta tedavi giderlerini, kazanç kaybını, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpları maddi tazminat kapsamında talep edebilir. Bunlardan tedavi giderleri, hastanın sağlığına tekrar kavuşması için yapılan tüm masrafları içermekte olup muayene, tahliller, tanı, tedavi, ameliyat, estetik ameliyat, hastane, röntgen, ilaç, protez, yürüme araçları, korse, ulaşım, refakatçi gideri, bakıcı, pansuman, fizik tedavi, kaplıca, özel diyet masrafları vb. masraflar bu kapsamdadır.⁴⁸⁹ Kazanç kaybında ise, hastanın çalışma gücünü geçici olarak kaybı dolayısıyla, çalışma gücünü geçici olarak kaybettiği tarih ile dava tarihine kadar geçen süre yönünden kazanç kaybı söz konusudur. Gelecekteki kazanç kayıpları ise aynı maddedeki çalışma gücünün düşmesinden ya da kaybedilmesinden kaynaklanan kayıplar kavramı içine dâhildir.⁴⁹⁰ Çalışma gücünden kasıt, bir kimsenin, bedensel ve ruhsal ya da zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir. Söz konusu olan hastanın bu ekonomik verimliliğinin düşmesinden veya tamamen yitirilmesinden kaynaklı meydana gelen kayıplardır. Çalışma gücünün yitirilmesi süre olarak geçici veya kalıcı olabileceği gibi, azalma veya bunun tüm olarak yitirilmesi şeklinde olabilmektedir. Bu tür ileriye dönük çalışma gücü kayıpları nedeniyle zararın ve tazminatın belirlenmesinde varsayımsal değerler ve işlemler kullanılmaktadır.⁴⁹¹ Yargıtay bu konuda şöyle bir karar vermiştir. “*Davacı, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Bu olayda davalı şirketin % 50 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Davacının memur olması ve maaşında bir eksilme meydana gelmemesi davacının maddi tazminat istemesine engel olamaz. Çünkü davacı çalışma gücünü % 33.2 oranında kaybetmekle eski işini önceden olduğu gibi yürütebilmek için daha fazla efor sarf etmek zorundadır. Davacının çalışma gücünün eksilmesinden kaynaklanan zararın belirlenerek hüküm*

487 Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil**, s.603; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.100; Kaya, **Tazminat**, s. 70.

488 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 285

489 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.100; Kaya, **Tazminat**, s. 72; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 412; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 93.

490 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 94; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 412.

491 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.100 vd.; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 94.

altına alınması gerekir."⁴⁹² Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ise, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybedilmesinin yol açtığı zararlardan başka, kişinin ekonomik geleceğin sarsılmasının yol açacağı maddi kayıplardır. Böyle durumlarda, kişinin çalışma gücünde bir eksilme ortaya çıkmamasına rağmen gelecekteki bir zarar söz konusu olup bu zarar hastanın iş piyasasına, ekonomik piyasada yeni iş bulmasına veya eski işini korumasında olumsuz etkide bulunur. Örneğin, sinema veya tiyatro sanatçısı bir kadının yüzündeki yanık izi, çalışma gücünü azaltmamasına rağmen iş bulmasını güçleştirebilir. Bu durumda, bu tazminat kaleminin hesaplanmasında hastanın zarar verici olay gerçekleşmemiş olsaydı elde edeceği kazanç ile gelecekte bu zarar sebebiyle elde edeceği kazanç arasındaki fark dikkate alınır.⁴⁹³

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonrasında hasta ölmüşse, maddi zarar hastanın mirasçıları ve bakıp gözetdiği kimseler açısından meydana gelir.⁴⁹⁴ TBK. m. 53'e göre, ölüm hâlinde uğranılan zararlar; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Cenaze giderleri kapsamına cenazenin nakli, yıkanması, kefen, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakli, dini ve geleneksel törenler, yemekler vb. şeyler için gerekli masraflar girer.⁴⁹⁵ Ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderleri kavramına ise, yukarıda tedavi giderlerine ilişkin olarak saydığımız kalemler girer. Çalışma gücünün düşmesinden ya da kaybedilmesinden kaynaklanan kayıplar konusunda ise, ölen hastanın çalışma gücünün düşmesinden veya tamamen kaybedildiği tarihten ölüm tarihine kadarki ekonomik verimliliğinin düşmesinden kaynaklanan kayıplar dikkate alınmalıdır.⁴⁹⁶ Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin ölüm sebebiyle uğradıkları zararlar ise, ölüm nedeniyle ölen hastanın değil, onun vermiş olduğu destekten yoksun kalanların şahsında meydana gelen kayıplardır. Bu tazminat kalemi, ölen kişinin desteğinden mahrum kalanların şahsında gerçekleşen, kişisel bir zarar olması sebebiyle, mirasla ve mirasçılık sıfatıyla ilgisi yoktur. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler, ya hastanın ölüm

492 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 3.3.2009, E. 2008/6661 K. 2009/3087 sayılı kararı, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

493 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 98; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 414.

494 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 99; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 415.

495 Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 414; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 101; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 99

496 Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 415.

anında ölen hastadan fiilen destek almakta olan kişilerdir ya da ölen hastadan gelecekte destek alması varsayılan kişilerdir. Birinci halde fiili bir destek söz konusu iken, ikincisinde farazi (varsayılan) bir destek söz konusudur. Birincisine örnek babası ölen çocuk, kocası ölen kadın iken; ikincisine örnek, çocuğu ölen babadır. Farazi destek bir varsayıma dayanmaktadır. Yaşam deneyimlerine göre, bir çocuk yetişerek ana ve babasına destek olmaktadır. Ölüme yol açan haksız fiil de bu desteğe engel olduğundan yoksun kalınan farazi desteğin tazmin edilmesi gerekir.⁴⁹⁷ Destekten yoksun kaldığını iddia eden kişi/kişiler ile ölen hasta arasında düzenli, sürekli ve fiili bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Destekte bulunan ölen hastanın destek alana/alanlara bakım gücü ve destekten mahrum kalan kişinin/kişilerin ihtiyaç durumu, destek payı, yaşam süresi, ölen hastanın geliri ve destek payı dikkate alınarak destekten yoksun kalma zararı ve tazminatı belirlenmelidir.⁴⁹⁸

TBK. m. 51'e göre hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Ancak tazminat miktarının hesaplanması aşamasında, ayrıntılı ve teknik hesaplamaların gerekmesi nedeniyle hâkim uygulamada bilirkişi yardımından yararlanmaktadır.⁴⁹⁹ Meydana gelen zararın miktarı tam olarak belirlenemiyorsa veya ispatlanamıyorsa hâkim, zarara uğrayanın aldığı tedbirleri ve olayların olağan akışını dikkate alarak zararın miktarını belirler. (TBK. m. 50/2)

Olayın gelişimi ve sair olgular⁵⁰⁰ göz önünde bulundurularak, hekim kusurlu olsa bile tazminattan indirim yapılabilir. Buna rağmen, Yargıtay'ın istikrarlı görüşüne göre, hekim her türlü özen gösterme borcu altında olup en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğundan hekimin zararın tamamından sorumlu tutulması gerekirken maddi zararın hesaplanmasında kusur oranına göre indirim yapılması hukuka aykırıdır.⁵⁰¹

497 Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 416; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 100; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 101.

498 Kaya, **Tazminat**, s. 71; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 417; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 101 vd.

499 Yakut, **a.g.e.**, s. 89; Eren, **Borçlar Genel**, 13. Baskı, s. 693.

500 **TBK. m. 52**: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

501 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 286; “Dava, doktorun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat talebine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp

Hiçbir durumda hükmedilecek tazminatın miktarı zararın miktarını geçemez.⁵⁰² Ancak hâkim zarar miktarına, zararın meydana geldiği tarihten işletilmek üzere talep edilmesi halinde faiz miktarını eklemek zorundadır.⁵⁰³ Türk ve İsviçre Hukuk doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, tazminat miktarının hesaplanmasında hâkimin kararını verdiği tarih esas alınmalıdır. Yargıtay uygulaması ise ilke olarak zararın meydana geldiği tarihin göz önüne alınması gerektiği yönündedir. Bedensel zararlar bakımından ise Türk Borçlar Kanunun 75. maddesinin açık hükmü sebebiyle karar anı esas alınacaktır.⁵⁰⁴

Bedensel zararlarda ve ölüm halinde tazminat miktarının belirlenmesine yönelik olarak 6098 Sayılı TBK. m. 55, birbirinden farklı üç konuyu bir arada ele almaktadır. Bunlar ifa amacını taşımayan ödemelerin durumu ile rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri, hesaplanan tazminatta hakkaniyet düşüncesi ile artırma veya azaltılma yapılamaması ve son olarak idarenin bedensel zararlardan veya ölüm halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğudur.⁵⁰⁵ İlgili hükme göre: “*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*

Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, taraflar arasındaki uyuşmazlık vekâlet akdinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özen gösterme borcu olup, en hafif kusurundan bile sorumlu bulunduğuna göre, zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 8.7.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

502 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 763.

503 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 728; **Bkz. TBK. m. 117**: “haksız fiilde fiilin işlendiği... tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.”

504 Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıtop, **a.g.e.**, s. 602; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 726; Kaya, **Tazminat**, s. 72. **TBK. m. 75**: Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

505 M. Murat İnceoğlu/Meliha Sermin Paksoy, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55) determination of loss in case of physical injuries and death (Turkish Code of Obligations, art. 55)", **Journal of Yaşar University**, C.8, S. Özel, 2013, s. 1384.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

Şayet hâkimin tazminat olarak belirlediği miktar davacının talebini aşıyorsa, hâkim talepten fazlasına hükmedemez. Ancak, HMK. m. 107. gereği belirsiz alacak davası açılırken, dava dilekçesinde belirtilmesi gereken asgari miktar, hakimi bağlamayacak ve dava sonunda ortaya çıkacak tutar bundan fazla olsa bile dava dilekçesinde talep edilen tutar hüküm altına alınacaktır. Zarara uğrayan hastanın kısmi dava açması mümkündür. Hasta, saklı tuttuğu kısım için, daha sonra zamanaşımı süresi içinde olmak şartıyla, kesin hüküm engeliyle karşılaşmadan dava açabilir. TBK. m. 75'e göre, bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. 76. maddeye göre ise, zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminattan indirilir; dava sonucunda tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte davalıya geri vermesine karar verir. Bu geçici ödemelerle, çok güç şartlar altında bulunan ve dava sonucunu bekleyemeyecek durumda olan davacının uzun yıllar süren davalar boyunca ortaya çıkabilecek mağduriyetine karşı bir tedbir alınmış olacaktır.⁵⁰⁶

2.4.2.2. Manevi Tazminat

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde, manevi değerlerinde rızası dışında ortaya çıkan eksilmenin, yani manevi zararın giderilmesi ve telafi edilmesidir.⁵⁰⁷ Manevi tazminat, kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz sonucu kişide meydana gelen acı, elem ve ızdırap şeklindeki manevi zararın giderilmesi amacını taşır.⁵⁰⁸ Manevi tazminatın işlevi ve hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir

⁵⁰⁶ Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 129-130; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 728; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 429 ve 432.

⁵⁰⁷ Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 780; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 146; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 434.

⁵⁰⁸ Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 253; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 434; Eren, **Borçlar**

görüŖe göre, manevi tazminat cezalandırma ve önleme amaçlıdır.⁵⁰⁹ Diğer bir görüşe göre ise, manevî tazminatın amacı zarar görende meydana gelen acı ve üzüntüleri dindirme ve azaltmadır. Manevi tazminat bu konuda bir tatmin işlevi görür.⁵¹⁰ Bir başka görüşe göre manevi tazminatın işlevi manevî zararı gidermektedir. Yargıtay'a göre manevi tazminat; zarara uğrayan kişide manevi huzur doğuran, maddi tazminata benzer bir işlevi olan özgün bir niteliğe sahiptir. Bir ceza değildir. Malvarlığı hukukuna ilişkin zararın karşılanması amacını da taşımamaktadır. Kusuruyla hukuku ihlal eden kişiye hukuk düzeninin yapmış olduğu bir kötölük de değildir. Bunun tersine, zarara uğrayan kişide bir huzur duygusu doğurmak ve aynı zamanda kişinin ruhsal acısını dindirmeyi amaç edinir. Bu yüzden tazminatın sınırı çizilirken bu amaçlar göz önünde bulundurulmalıdır. Belirlenecek tazminat miktarı, mevcut durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusu için gerekli tutar kadar olmalıdır.⁵¹¹

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda hastanın bedensel bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali ortaya çıktığından, meydana gelen manevi zarardan sorumluluk kaçınılmazdır.⁵¹² Böyle bir durumda kişinin şahıs varlığında (kişisel değerler) bir eksilme söz konusu olmaktadır ve kişinin rızası dışında meydana gelen bu eksilme ile (zarar), zarar verenin kusurlu, sözleşmeye (kötü ifa) veya hukuka aykırı eylemi arasında uygun illiyet bağı mevcutsa, bu eksilmenin giderilmesi gerekir.⁵¹³ Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumunda hasta kendi geleceğini belirleme hakkından mahrum bırakılmış olacağından, tıbbî müdahale tıp kurallarına uygun olsa ve fiziki bir zarar doğmasa bile, hastanın manevi zarara uğradığı ve hastanın TBK. m. 58 gereğince manevi tazminat isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.⁵¹⁴

Genel, 16. Baskı, s. 784.

509 Kaya, **Tazminat**, s. 74; Dural, **Gerçek Kişiler**, s.154; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 435; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 784.

510 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 253; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 435 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 784.

511 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 7.6.2012, E. 2012/7981, K. 2012/10046 (Çevrimiçi, www.kazanci.com); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 24.12.2014, E. 2014/21-872, K. 2014/1086, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

512 Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 146; Yakut, **a.g.e.**, s. 92.

513 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 101; Kaya, **Tazminat**, s. 73; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 789.

514 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s.42; Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s.79.

Türk Medeni Kanununun (TMK.) m. 24. maddesinde⁵¹⁵ kişilik hakkına saldırı halinde hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini, TMK. m. 25. ise⁵¹⁶ manevi tazminat davası açılabilceğini hüküm altına almıştır. Ancak bu maddelerde manevi tazminata hükmedilmesinin şartları düzenlenmediği için Türk Borçlar Kanunundaki genel normlara bakılacaktır. Sağlık kaybı, ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlali durumlarında kişinin maddi kişisel değerleri saldırıya uğradığından, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu meydana gelen manevi tazminata hükmedilmesi için maddi kişisel değerlere ilişkin saldırılardan kaynaklı manevi tazminatın düzenlendiği TBK. m. 56'daki şartlar aranmalıdır.⁵¹⁷ Bu düzenleme şu şekilde geçmektedir: *“Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”*

Kanun maddesinde geçen olayın özelliklerini ve şartlarını hâkim, TMK. m. 4. uyarınca değerlendirerek, hak ve nesafete uygun bir hüküm tesis etmek durumundadır.⁵¹⁸ Hâkim bu değerlendirmede, yapılan tıbbi yardımdan bir yarar sağlanıp sağlanmadığını, umulmadık bir durumun söz konusu olup olmamasını, hastanın bir kusurunun olup olmamasını ve zararı sebep olan istenmeyen durumun bireyin sağlığı ve yaşam düzeyine ve toplumsal ilişkilerine etkisini göz önünde bulundurmalıdır.⁵¹⁹ Manevi zarar haksız fiil sonucu meydana gelebileceği gibi,

515 **TMK. m. 24:** *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

516 **TMK. m. 25:** *“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

517 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 789; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 277; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 436;

518 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 287; Yakut, **a.g.e.**, s. 94.

519 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 103; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 420; Eren, **Borçlar Genel**, 16.

sözleşmeye aykırılık sonucu da meydana gelebilir. TBK. m. 114/2 hükmü gereğince, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde manevi zararın haksız fiilden mi yoksa sözleşmeden mi kaynaklandığının bir önemi yoktur.⁵²⁰ Bu hükümlerin tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan zararlar tazmini açısından da kıyasen uygulama alanı bulacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.⁵²¹

Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilerek gerçekleştirilen tıbbi müdahale -tıbbi standarda uygun olsa bile- hastanın ölümü ile sonuçlanırsa, manevi tazminat talep etme hakkı, manevi zarara uğrayan hasta yakınları ve hastanın ailesine haksız fiilden yansıma yoluyla tanınır. Zira ölümün yarattığı acı ve üzüntü sonucu manevi zarara uğrayanlar olan hasta yakınlarıdır.⁵²² Ölen hastanın yakınlarının talep edeceği manevi tazminat, şayet ölüm haksız fiilin işlenmesinden hemen sonra gerçekleşmemişse, ölüm sebebiyle talep edilecek manevi tazminat, beden bütünlüğü ihlal edilen hastanın manevi tazminat talebinden ayrı ve bağımsız bir tazminat türüdür.⁵²³ TMK m. 25/4 uyarınca, ölen hastanın manevi tazminat talebini ölmeden önce ileri sürmesi halinde manevi tazminat davası hakkı mirasçılara intikal eder. Manevi tazminat istemi tazminat borçlusu tarafından kabul edilmedikçe veya hükme bağlanmadıkça devredilemez.⁵²⁴

2.5. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUKTAN KURTULUŞ OLANAKLARI

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması sebebiyle meydana geldiği ileri sürülen maddi ve/veya manevi zararın giderilmesi talebiyle karşı karşıya gelen hekimin, hukuken bu durumdan kurtulabilmesinin en kesin yolu, aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirdiğini ispatlamasıyla olur.⁵²⁵

Baskı, s. 796.

520 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 253; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 434.

521 Yakut, **a.g.e.**, s. 92.

522 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 787; ; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 261; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Alttop, **a.g.e.**, s. 569

523 Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 261;

524 Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Alttop, **a.g.e.**, s. 246; Oğuzman /Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 560.

525 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 140; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 289.

Bunun dışında ise hekimin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olması sebebiyle, hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinde kusurlu olmadığını ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir. Şayet hekime herhangi bir kusurun yükletilmesi mümkün değilse, bu durumda sorumluluğun unsurlarından biri olan kusurun bulunmaması sebebiyle hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

Bunun gibi, özel hastane, klinik veya poliklinik işleten bir teşebbüsün de, çalıştırdığı hekimin aydınlatma ödevini yerine getirmemesi nedeniyle, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan hasta tarafından TBK. m. 66'ya dayanarak açılan bir tazminat davasında; seçmede, gözetimde ve talimat vermede gerekli özenin gösterildiğini ve aydınlatma ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili herhangi bir organizasyon eksikliği bulunmadığını ispat ederek TBK. m. 66 hükmü anlamındaki sorumluluktan kurtulması mümkündür.⁵²⁶ Bağımsız çalışan hekim, adam çalıştıran sıfatıyla, yanında istihdam ettiği hekim veya ebe, hemşire, laborant gibi yardımcı sağlık personelinin kendi çalışma alanlarıyla ilgili tıbbi müdahalelere dair aydınlatma yükümlülüğünü ihlal sonucu üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan TBK. m. 66/2'deki kurtuluş kanıtını sunarak bu madde kapsamındaki adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilir.

Çalıştıran hekim, meydana gelen zarar ile çalıştıranın özen yükümlülüğü (çalıştırılanı seçmede, gözetimde ve talimat vermede) arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını, bunların alakasız olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.⁵²⁷ Şayet çalıştırılan yardımcı kişi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederek bir zarara sebep olsa ve bu zarar ile onu çalıştıran kişinin özen yükümlülüğü arasında uygun illiyet bağının olmadığını çalıştıran kişi ispat edebilirse çalıştıran hekim sorumluluktan kurtulur.

Alman Hukuk uygulamasında, önüne geçilen (geride kalan, farazi illiyet) nedensellik (illiyet) kavramına dayanarak da hekimin tazminat sorumluluğundan kurtulma olanağına sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş son durum itibarıyla

526 Özsunay, **a.g.e.**, s. 57; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s. 117; Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s. 115; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 627; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. II**, s. 148; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, **a.g.e.**, s. 508; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 326
527 Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C II**, s. 150; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 629.

BGB 360/h-2 hükmüyle kanunlaştırılmıştır. Hekimin bu kurtuluş olanağından yararlanabilmesi için, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olması faraziyesinde de tıbbi müdahaleye razı olacağını veya hasta onam vermemiş ve tıbbi müdahale yapılmamış olsaydı dahi, aynı zararın meydana geleceğini –bazen bir süre sonra ortaya çıkacağını- ispat etmesi şarttır. Bu tür savunmalara genellikle yaşamsal nedenle tıbbi müdahalede bulunulan durumlarda rastlanmaktadır.⁵²⁸ Ancak önüne geçilen illiyetin zarardan sorumluluğa engel olabildiği görüşü karşılaştırmalı hukukta olsun kendi hukukumuzda olsun çok taraftar bulan bir görüş olmayıp⁵²⁹ Alman Hukukundaki bu düzenlemeye ve görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere, tıbbi müdahale sonucu herhangi bir maddi zarar meydana gelmemiş ve tıbbi müdahale tıp biliminin kurallarına uygun şekilde yerine getirilmiş olsa bile, aydınlatmanın onamın ön şartı olması ve onamın da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olması sebebiyle, hastayı aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmişse tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmeyecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu hastanın kişilik değerlerinin bir parçası olan kendi geleceğini belirleme hakkından hasta yoksun bırakılmış olduğundan, tıbbi müdahale tıp kurallarına uygun şekilde yapılmış olsa ve fiziki bir zarar meydana gelmemiş olsa dahi, hastanın manevi zarara uğradığı ve hastanın TBK. m. 58 gereğince manevi tazminat isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

TBK. m. 52. hükmü gereği hastanın kusuru nedeniyle, zararın doğumu veya artışı gerçekleşmişse hekim bunu ispat etmek suretiyle de sorumluluğunu azaltabilir veya sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, hastalığıyla ilgili temel bilgileri okuyan, ancak ayrıntılı sorular sormayan hastanın durumu bu şekilde nitelenebilir.⁵³⁰

528 Özsunay, **a.g.e.**, s. 57-58; Ayrıca önüne geçilen illiyet görüşü son durum itibarıyla BGB 360/h-2 hükmüyle kanunlaştırılmıştır.

529 “Gerçek sebepten sonra ortaya çıkan farazî sebep veya illiyet dolayısıyla gerçek failin farazî sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaz.”, Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 169; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, **a.g.e.**, s. 569; Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Genel**, s. 140.

530 Özsunay, **a.g.e.**, s. 58; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 288; Ayrıca **bkz. TBK. m. 52/1**: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”; “Estetik ameliyatlarda, ameliyat yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur. Ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarda, eksik görünüm bakımından aleyhe oluşmuş çok açık farklılık halinde, mahkeme, Yüksek Sağlık Kurulu'na verilmiş raporla yetinmeyip dosyayı tomari ile Adli Tıp Büyük Kurulu'na göndermeli, gerekirse davacı da muayene ettirilip zararın meydana

6098 Sayılı TBK. m. 115/3'te sorumsuzluk anlaşmaları veya şartıyla ilgili getirilen *“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.”* şeklindeki düzenleme sebebiyle hekimin sorumsuzluk anlaşması veya sözleşmeye sorumsuzluk şartı koyması yoluyla hukuki sorumluluktan kurtuluş olanağı kesin olarak ortadan kalkmıştır.⁵³¹

2.6. İSPAT

Dava konusu olan hakkın (mesela alacağın) gerçekten mevcut olup olmadığının ortaya çıkarılması; maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı olguların ileri sürüldüğü gibi doğru olup olmadığının tespit edilmesi neticesinde mümkün olur. İşte, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı olguların gerçekten mevcut olup olmadıkları hakkında mahkemede kanaat uyandırılması ve mahkemenin buna inandırılması faaliyetine ispat denir. Tarafların üzerinde çekiştiği, anlaşamadıkları ve anlaşmazlığın çözümüne etkili olabilecek çekişmeli olguların ve bu olgulara dair deliller ispatın konusunu oluşturur.⁵³² Hâkim, öncelikle davada hangi (çekişmeli) vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit eder. Bu vakıaları kimin ispat etmesi gerektiği sorusu ise ispat yükü konusunu oluşturur.⁵³³

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediğinin ispatı hekimin hukuki sorumluluğu açısından önemli hususlardan biridir. Yukarıda aydınlatmanın şekli konusunda belirttiğimiz birçok husus, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ispatına dair kurallarla paralel yöndedir. Hukukumuzda şekil serbestisinin esas olması sebebiyle ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceği hususunda herhangi bir özel kuralın bulunmaması dolayısıyla

gelmesinde tarafların ne derece kusurlu olduğu konusunda rapor alınmalıdır.”, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 5.4.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

531 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 290.

532 Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 24. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 351; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 643.

533 Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 354; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 669.

hekimin aydınlatma yükümlülüğünü sözlü veya yazılı şekilde yerine getirebileceğini, hekimin nasıl bir tarz belirleyeceği ve hangi şekilde aydınlatmayı gerçekleştireceği konusunda özgür olduğunu belirtmiştik. Ancak söz konusu aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin ispatı hekimin sorumluluğu açısından büyük önem arz etmektedir.

TMK. m. 6'daki ispat yüküne ilişkin genel kurala göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararın istemiyle açılan tazminat davalarında sözleşmeye dayalı taleplerde sözleşmeye aykırılığın, haksız fiile dayalı davalarda hukuka aykırı fiilin ve her ikisi açısından da zararın ve nedensellik bağının ispat yükü hastadadır. Sözleşmeye dayalı taleplerde TBK. m. 112 hükmü⁵³⁴ uyarınca hekimin kusurlu olduğu karinesi sebebiyle, ispat yükü hekim üzerinde olup hastanın kusuru ispat etmesi gerekmemektedir. Sorumluluktan kurtulmak için hekimin bu karineyi çürütmesi gerekir. Haksız fiile ilişkin taleplerde ise hasta kusuru ispat etmek zorundadır. Ancak meslek kurallarına aykırılık, kusurun varlığı konusunda bir karine oluşturduğundan, hastanın meslek kurallarına aykırılığı ispatlaması yeterli olacaktır. Hekim ise sorumluluktan kurtulmak için bu karineyi çürütebilir.

İspat konusunu hekimin aydınlatma yükümlüğü açısından, tedavi aydınlatması ve müdahale aydınlatması olarak ikiye ayırarak incelemek gerekir. Müdahale aydınlatmasında, hekimin, hastaya tıbbi müdahale ile hastanın anayasal anlamda korunan vücut bütünlüğü, yaşam, onur ve özgürlük hakkına müdahalede bulunabilmesi için bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması gerekir. Burada hukuka uygunluk sebebi, hastanın onamıdır. Aydınlatmanın onamın ön koşulu olması sebebiyle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin ispat yükü hekimdedir.⁵³⁵ Burada, kişinin tıbbi müdahaleye onamının bulunmadığına ilişkin kanuni karine (TMK. m. 24) ters çevrilmektedir.⁵³⁶ Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında, davalı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hastanın anlayacağı biçimde ve gerektiği şekilde, bütün veri ve sonuçlarıyla yerine getirdiğini ispat

534 **TBK. m. 112** – “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

535 **Ahmet Acartürk**, Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, § 70.

536 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 75; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 371.

etmesi gerektiğini, aksi takdirde hukuki sorumluluğunun doğacağını bildirmiştir.⁵³⁷ Başka bir kararda, davalı hekimin davacıya tetanos aşısı yapılmaması durumunda ortaya çıkabilecek ağır ve tehlikeli sonuçları anlattığı savunmasına, davacı hastanın aşı yaptırmayı kabul etmediğine dair yazılı belge sunamaması sebebiyle itibar etmemiştir.⁵³⁸

Tedavi aydınlatmalarında ise, müdahale aydınlatmalarından farklı olarak aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmedeki özen yükümlülüğünün bir ihlali görünümünde meydana geldiğinden, aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı, kural olarak hastaya aittir. Ancak, hekimin uzmanlığı nedeniyle bilgi avantajına sahip olması; süreç üzerinde hâkimiyetinin bulunması; hastanın kendisini tamamen hekime emanet etmiş olması nedeniyle hekim ispat imkânları açısından daha avantajlı konumda olup hastanın iddialarını dayandırdığı olguları mahkemeye sunmakta güçlük çekeceği açıktır. Alman ve Türk hukukunda taraftar bulan bir teoriye göre, hekimin ağır bir mesleki hatasının bulunduğu hallerde, ispat kolaylığı sağlanmalıdır. Şayet somut olay bakımından, hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını hasta ortaya koyabilirse, hekimin özen borcuna aykırı davrandığını hastanın ispatlayabildiği sonucuna varılmalıdır.⁵³⁹ Bu olumsuz

537 Y. 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K., 07.03.1977 T. Sayılı kararı (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

538 Y.13.HD, 14.02.2000 T, 2000/8582 E., 2000/10298 K. aktaran Battal Yılmaz, **a.g.e.**, s. 32.

539 “Taraflar arasındaki tazminat davasında davacı, rahatsızlığı nedeniyle davalı hastanede görevli diğer davalı doktor tarafından muayene edilip, yazılan reçetede ilaçları kullandıktan sonra mide kanaması geçirdiği ve buna bağlı olarak ameliyat olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir.

Vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmedir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır.

Olayda, davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikâyeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Buna göre, mahkemece davacıya uygulanan tedavide, doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, üniversiteden seçilecek üroloji, gastroloji, dâhiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak raporla belirlenip sonucuna uygun karar verilmelidir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842 (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

Yargıtay, bu kararda tıbbi müdahale öncesinde mide rahatsızlığı olan hastanın bu konuda ikaz

durumlar; hekimin tedavi hatası ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının varlığı, hatalı muayene, tedavi hatasının bulunması ve buna ilişkin tıbbi kayıtların tutulmaması, ağır meslek kusuru, delillerin ortadan kaldırılması, zarar artışına neden olma, ağır organizasyon kusurunun varlığı ve tedavi sırasında uygun nitelikte olmayan yardımcı personel kullanma, organ naklinde kayıt tutma yükümlülüğüne aykırı davranma şeklinde olabilir. Özellikle de ihlal edilen yükümlülük hekimin kendisinden kaynaklanmaktaysa ispat yükü hekime geçmelidir. Ayrıca, hastanın gerekli bilgileri hekime vermemesi veya yanlış bilgi vermesi durumunda, ortaya çıkan sonuçlardan hasta sorumludur. Hastanın bu konudaki yükümlülüğünü gerektiği şekilde ifa etmemesi, illiyet bağına kesen ortak kusur sayılır. Bu kusur zarar görenin kusuru niteliğindedir. Kendisine sorulmasa dahi hasta hekime gerekli bilgileri vermek zorundadır.⁵⁴⁰

Hekim, sorumluluktan kurtulmak için, hastayı serbest ve özgür iradesiyle karar almasına imkân tanıyacak şekilde erken bir zamanda aydınlattığı, hastaya tıbbi müdahalenin acilen uygulanması gerektiğini doğru biçimde anlattığı, usulüne uygun olarak tüm risklerini açıklamış olmasına rağmen önerilen daha riskli müdahaleyi hastanın tercih ettiği, hastanın başka bir aydınlatma ya da şahsi bilgisi dolayısıyla aydınlatmaya ihtiyaç duymadığı veya bilinci kapalı ve kimsesiz bir hasta bakımından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin imkânsız olduğu gibi hususları ispat etmelidir.⁵⁴¹

Yukarıda 2.5. Hekimin Hukuki Sorumluluktan Kurtuluş Olanakları başlığında incelediğimiz özel hastanede çalışan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde özel hastane işleticisinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğundan kurtulması için, özel hastane işleticisinden beklenen hekimi seçmede, gözetmede ve talimat vermede (TBK m. 66) gerekli özeni gösterdiğini ve aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde herhangi bir organizasyon eksikliğinin

edilmesine ve kendisine sorular sorulmasına rağmen, kendi sağlığını tehlikeye atacak şekilde tedavinin kötü gidişatını hekime bildirmemesinin ve ilacı ısrarla 9 gün kullanıp mide kanaması geçirmesine neden olmasının hayatın olağan akışına uygun düşmemesi gerekçesiyle, aydınlatma yükümlülüğünün ispat yükünü hekime yüklemiştir.

Ayrıca bkz. Elif Irmak Kılıç, **Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Abdurrahim Karslı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 94.

540 Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 74; Özdemir, **Aydınlatma**, s. 372.

541 Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 158.

bulunmadığını ispat etmesi gerekir. Özel hastane işletmecisinin matbu aydınlatma formlarıyla yetinmeyip, aydınlatma yükümlülüğünün özenle yerine getirilmesi için gerekli düzenlemeleri yaptığını, bu noktada hastane yönetimi olarak hastaların aydınlatılması ve onamının alınmasına ilişkin kurallara riayet edilmesi hususunda hekimleri bilgilendirdiğini, eğittiğini ve bu konuda kendisine yüklenecek bir organizasyon kusurunun olmadığını ispatlaması gerekir.⁵⁴² Aynı şekilde, bağımsız çalışan hekimin, yanında çalıştırdığı hekim veya ebe, hemşire, laborant gibi yardımcı sağlık personellerinin kendi sorumluluk alanlarıyla ilgili hastaları aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sonucu meydana gelen zararda, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğundan kurtulması için, yardımcı personeli seçmede, gözetlemede ve talimat vermede gerekli özenin gösterdiğini, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde herhangi bir organizasyon eksikliğinin bulunmadığını veya özen yükümlülüğü (seçmede, gözetimde ve talimat vermede özen) ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını ispat etmesi gerekir.

Aydınlatma bir hukuki işlem olmadığı için hekim, aydınlatmanın kanun hükmüyle özel bir ispat şekline bağlandığı durumlar hariç olmak üzere, aydınlatmanın gerektiği şekilde yerine getirdiğini tanık dâhil her türlü delille ispat edebilir. Ancak HAKERİ şahit deliline olağanüstü haller dışında başvurulmaması gerektiğini, aksi takdirde aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından gerçekten ihlal edilmiş olduğu durumlarda dahi hekimin iş arkadaşı olan iki kişi ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmiş sayılmasının yolunun açılacağına dikkat çekmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında hastane ile çıkar birliği içinde kabul edilen hastane personelinin tanıklığına itibar etmemiştir.⁵⁴³ Bu noktada, aydınlatma sırasında hazır bulunan (varsa), hekim veya hastane ile çıkar birliği içinde olmayan kimselerin tanıklığı önemli olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunun 266. maddesinde düzenlendiği üzere, yargılama sırasında karşılaşılan ve hukuki bilginin dışında kalan, çözümü hukuk dışında, özel

542 Özsunay, **a.g.e.**, s.57; Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 159; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 627.

543 “Karara konu olayda, hastanın lokal anestezi için iğne yapılmasına, yaraya dikiş atılmasına müsaade etmesi ve ayrıca hastanın ufak bir parmak kesiği için köyünden kalkıp şehir merkezindeki hastaneye gelmesinin sağlığına ne kadar özen gösterdiğine delil teşkil ettiği gözetilerek, hastanın aşının yapılmasının gerekliliği konusunda verilen bilgilere rağmen, tetanos aşısının yapılmasına karşı çıkmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gerekçesiyle davalı hastane ile çıkar birliği içinde olan tanıkların (hastane personeli) beyanlarına itibar edilmemiştir.” Bkz.: Y.13.HD, 14.02.2000 T., 2000/8582 E., 2000/10298 K. aktaran Adıgüzel, **a.g.e.**, s. 160.

veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verir. Bu bağlamda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde kusurunun bulunup bulunmadığı gerektiğinde bilirkişi marifetiyle ortaya çıkarılabilir.

Hastanın sözlü olarak bilgilendirilmiş olması, aydınlatma yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmiş olması bakımından büyük önem taşıyorsa da, hastanın tıbbi müdahaleyle ilgili aydınlatılması ve onamının alınması konusunda, hekimlerin ispat kolaylığı sağlaması için aydınlatma faaliyetini yazıya dökmesi önerilmektedir. Ancak kişiye özel düzenlenmeyen, hastanın kendisine uygulanacak her türlü tıbbi müdahaleye peşinen onam verdiği dair matbu formlar, hasta tarafından imzalanmış olsa bile hukuken geçerli değildir.⁵⁴⁴ Hatta hastanın komplikasyon ihtimali bulunduğunun kendisine bildirildiğine dair bir formu imzalamış olması da, müdahalenin kendine has risklerine yer verilmemiş olması gerekçesiyle yeterli görülmemektedir. Aydınlatma formunun kişiye özel şekilde hazırlanmış olması, matbu aydınlatma formlarına kıyasla belgenin ispat gücünü arttıracaktır.⁵⁴⁵

544 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 151; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 148; Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, s. 91; Abdi Özasan, “Aydınlatılmış Onam”, Editörler: Prof. Dr. Gürsel Çetin, Doç. Dr. Coşkun Yorulmaz, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, İstanbul: İstanbul Tabip Odası, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyumu Dizisi No: 48, Şubat 2006, s.44; “*Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan “Bilgilendirilmiş Onam” belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hâsıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen bir onam belgesi de bulunmamaktadır. Davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır. Hal böyle olunca bu konuda varsa davalı delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir.*”, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 2.7.2014, E. 2013/23012, K. 2014/22561 (Çevrimiçi, www.kazanci.com)
Bu kararın önemi, hekimin tıbbi müdahale konusunda hiçbir kusurunun tespit edilememiş olmasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin tazminat için esas sebep olarak kabul edilmiş olmasıdır. Aydınlatmanın yerine getirildiğinin ispat yükünün hekimde olduğu, bu ispat için basit ve matbu onam formunun yeterli olmadığı, onam formunun aydınlatma anlamı taşımadığı diğer vurgulanan hususlardır. Hakeri Hakan, “**Yargıtayın Aydınlatma Konusundaki Son Kararı ve Bu Kararın Sonuçları**”, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yargitayin-aydinlatma-konusundaki-son-karari-ve-bu-kararin-sonuclari-72-64-1815.html> , erişim tarihi: 28.08.2015.

545 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 151; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 148.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan zarardan sorumluluğundan söz edebilmek için, maddi ve/veya manevi bir zararın ispat yükü hastanın üzerindedir. Fakat zararı ispatlamanın zorluğu nedeniyle, ilk görünüş ispatı kuralının uygulanabileceği, hastanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın ortaya çıkabileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymasının ispat yükümünün yerine getirilmiş sayılması için yeterli olacağı ve hâkimin de böyle durumda tazminatın miktarını TBK. m. 50'deki⁵⁴⁶ esaslar çerçevesinde tespit edeceği kabul edilmektedir.⁵⁴⁷

Kamu hastanesinde çalışan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sonucu meydana gelen zararın idareden tazmini davalarında, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispat yükü davalı idareye aittir. Zararın, kusurun ve illiyet bağının ispat yükü ise hastadadır. Ancak bu durum idari yargı organlarınca çeşitli şekillerde hafifletilmiştir.⁵⁴⁸ Öncelikle idari yargıda re'sen araştırma ilkesi uyarınca idari yargı yerleri davacının iddiaları ile ilgili her türlü araştırmayı kendileri yapar. Kamu hastanelerinden tedavi alan kişilerin normal tedavi faaliyetleri sebebiyle uğramış oldukları zararlarda idarenin kusurunun bulunduğu yönünde bir karine bulunmaktadır.⁵⁴⁹ İkincisi tıbbi faaliyetler yoruma, tartışmaya açık, muğlak, karmaşık bir teknik niteliğe sahiptir. Bu yüzden bu konuda açılacak olan davalarda davacının açmış olduğu davanın ciddiyeti ve davalılarla ve olayla bağlantısı bulunduğu yönünde ilk bakışta olumlu bir izlenim yaratması ispat yükümünün yerine getirilmiş sayılması için yeterli sayılmalıdır. Davacının delil başlangıcı sayılabilecek ipuçlarını mahkemeye sunması çoğu kez yeterli görülmektedir.⁵⁵⁰ Üçüncüsü ise, davacı zarar gören hasta lehine bir kusur karinesi (bir ispat kolaylığı olarak) mevcut ise, ispat yükü davalı idareye geçer. Davalı idare kendisine yüklenebilir bir kusur

546 **TBK. Madde 50** – “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

547 Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 725; Ayan, **a.g.e.**, s. 110; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 149; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 148.

548 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 294; Güran, **a.g.e.**, s. 86; Gürsel Kaplan, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 19, Kitap: 1, 2004, s. 179; Ahmet Kürşat Ersöz, “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı Ve İspat Problemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 69, C. 1-2, 2011, s. 933.

549 Fatih Birtek, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3-4, 2007, (Çevrimiçi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm); A. Şeref Gözübüyük /Turgut Tan, **İdare Hukuku C. II**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 655.

550 Güran, **a.g.e.**, s. 86; Kaplan, **a.g.e.**, s. 179.

bulunmadığını ispatlamadıkça tazminat yükümlülüğünden kurtulamaz.⁵⁵¹ Ayrıca Danıştay bazı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkelerine başvurarak kusurun ispatına gerek bırakmamaktadır.⁵⁵²

2.7. ZAMANAŞIMI

TBK. m. 146-161. arasında düzenlenen zamanaşımı, kanunun öngördüğü zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri sebebiyle, alacağın dava ve cebri icra yoluyla elde edilebilmesi imkânlarının kaybedilmesi şeklinde tanımlanabilir. Zamanaşımı doğrudan borcu sona erdirmez. Sadece borçluya bir def'i hakkı verir. Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesiyle birlikte borç eksik bir borç haline gelir.⁵⁵³

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle meydana gelen maddi ve manevi tazminat alacakları da Borçlar Kanunundaki zamanaşımı sürelerine tabi alacaklardır. Bu sürelerin geçmesi ile birlikte borçlu zamanaşımı def'ini geçerli bir şekilde ileri sürerse tazminat borcu eksik bir borç haline gelir. Bunun sonucunda ise borçlu dava yoluyla ifaya zorlanamaz. Şayet borçlu buna rağmen borcunu ifa ederse borç kalıcı bir şekilde sona ermiş olup bu ifayla sebepsiz zenginleşme meydana gelmiş olmaz.⁵⁵⁴

Borçlar Kanununda zamanaşımı süreleri borcun kaynağına göre farklı maddelerde düzenlenmiş olduğundan, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlalinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerine uygulanacak zamanaşımı süresi bu tazminat taleplerinin hukuki dayanağına (kaynağına) göre tayin edilir. Borcun kaynağının vekâlet sözleşmesi olduğu durumlarda TBK. m. 147/5 hükmü gereği zamanaşımı süresi 5 yıldır. Bu sürenin işlemesi için muacceliyet yeterli olup ayrıca

551 Birtek, **a.g.e.**, s. 3; Ersöz, **a.g.e.**, s. 933; Güran, **a.g.e.**, s. 86-87.

552 Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 294; Birtek, **a.g.e.**, s. 3. A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku C. 2**, s. 665.

553 Mehmet Erdem, "Zamanaşımı", **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, , 2012, s. 281; Eren, **Borçlar Genel**, 16. Baskı, s. 1281; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 866;

554 Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım**, s. 143; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, s. 289; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 619; Borçlar Genel Öztürkler, **a.g.e.**, s. 212-213; Işık Özcan, **a.g.e.**, s. 151.

zararın kapsamlı olarak öğrenilmesi gerekli değildir.⁵⁵⁵ Tazminat borcunun dayanağı bir eser sözleşmesi (örneğin estetik amaçlı tıbbi müdahale veya diş protezi yapımı içeren sözleşmeler gibi belli bir sonucun üstlenildiği sözleşmeler) ise⁵⁵⁶ zamanaşımı süresi 5 yıldır. Ancak TBK. m. 147/6 gereğince, hekimin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumlarında bu süre 10 yıldır.⁵⁵⁷ Borcun kaynağının haksız fiil olması durumunda, tazminat borcu, hastanın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı, yani ceza zamanaşımı uygulanır. (TBK. m. 72) Tazminat borcunun dayanağı vekaletsiz iş görme ise Borçlar Kanunundaki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır.⁵⁵⁸ Culpa in Contrahendo'dan kaynaklanan tazminat alacaklarında, zamanaşımı süresi, müzakere edilen sözleşmenin vekâlet veya eser sözleşmesi niteliği gösterip göstermediğine göre tayin edilmelidir. Zira Culpa in Contrahendo, taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi ortaya çıkardığından, bu sorumluluk türünün mevcut olduğu durumlara, kıyasen sözleşmelere uygulanan hükümler uygulanmalıdır.⁵⁵⁹ Kamu hastanesinde meydana

555 “Dava, davalı doktorların yanlış tedavi ve ihmalleri nedeniyle davacının kolunun kesildiği iddiasına dayalı tazminat davasıdır. Tazminat davalarında, zamanaşımı zararın varlığının öğrenildiği tarihte işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi gerekmez. Olayda, davacının kolu ameliyatla kesilmiş ve hastaneden taburcu olduktan sonra rahatsızlığında gelişen ve artan bir durum olmamıştır. Buna göre, davacı, kolunun kesildiğini ve bu yüzden zarara uğradığını en geç hastaneden taburcu edildiği tarihte öğrenmiştir. Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesine dayanmakta olup vekâlet sözleşmesinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Davacının, yargılama esnasında ıslah dilekçesi ile istediği miktara ilişkin talebi, beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapıldığından reddi gerekir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 16.9.2005, E. 2005/5697, K. 2005/13292, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

556 **Bknz. 1.2.1.2.4. nolu Eser sözleşmesi Görüşü** başlığı.

557 Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 233; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 876; Kaya, **Tazminat**, s. 78.

558 Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Özel**, s. 495; “... Bu durumda, yanlar arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi davacının davalı yararına tamir ettiği araç nedeniyle yaptığı giderleri Borçlar Kanununun vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince isteyebileceği açıktır. Vekâletsiz tasarrufla ise zamanaşımı süresi yasada ayrıca bir hüküm bulunmadığından genel zamanaşımı süresi olan 10 yıldır.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 8.7.2009, E. 2009/3-311, K. 2009/324, (Çevrimiçi, www.kazanci.com); Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T. 4.6.1958, E. 1958/15, K. 1958/6, (Çevrimiçi, www.kazanci.com).

559 “Manevi tazminat davasında; davacı, davalı şirketin şubesine alışveriş yapmak için gittiğini, yüksek bir raftan kafasına koli düştüğünü, kafa travması geçirdiğini ileri sürmüştür. Uyuşmazlık; istemin içerik ve kapsamına, tarafların sıfatına göre davaya bakma görevinin Asliye Hukuk Mahkemesine mi yoksa Tüketici Mahkemesine mi ait olduğu noktasında toplanmaktadır.

Davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap- kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır.

gelen tıbbi müdahalelere ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu meydana gelen tazminat alacaklarında ise, tazminat alacaklısının zararın öğrenmesinden itibaren 1 yıllık ve azami 5 yıllık süre içinde ilgili idareden zararını talep etmesi gerekir. İdarenin bu talebe karşı sessiz kalması durumunda ise, talebin yöneltildiği tarihten itibaren 60 gün sonra bu talep zımnen reddedilmiş sayılır. Bu talebin açıkça veya zımnen reddedildiği tarihten itibaren 60 gün içinde ise tazminat alacaklısının idari yargıda tam yargı davası açması gerekir.⁵⁶⁰ Buradaki süreler teknik anlamda zamanaşımı olmayıp birer hak düşürücü süredir. Tazminat alacaklısı hak düşürücü süre içinde idareye başvurmadığı takdirde alacağa kavuşma imkânından kesin olarak mahrum olmaktadır. Böylelikle idarenin tazminat borcu kesin olarak sona ermektedir. İdarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatın bedelini ilgili hekime rücu etmesi durumunda ise dikkate alınması gereken zamanaşımı süresi Borçlar Kanunundaki 10 yıllık süre olmalıdır.⁵⁶¹ Zira rücu davası adli mahkemelerde özel hukuk kuralları dikkate alınarak görülecektir.

Sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı ve uyumsuzluğun da tüketici işlemine ilişkin olmasına göre, uyumsuzluğun Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığı kabul edildiğine göre davaya bakma görevinin de Tüketici Mahkemesine ait olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 1.12.2010, E. 2010/13-593, K. 2010/623, (Çevrimiçi, www.kazanci.com); Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel C. I**, s. 490; Karşıt görüşler için **bkz.** Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 85.

560 Bkz. İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesi

561 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, kurumun açtığı rücu tazminat davalarının kanundan doğan basit rücu taleplerine dayandığına ve zamanaşımı süresinin 10 yıl olması gerektiğine dair içtihadından: *“Dava, rücu tazminat isteğine ilişkindir. Rücu davasında işveren yönünden zamanaşımı 10 yıldır. Zamanaşımı gelirin onay tarihinden başlar. 3.kişiler yönünden ise 1 ve 10 yıldır. Faiz başlangıcı, ilk peşin değerli gelire ilişkin tahsisin onay tarihidir.*

İlk peşin değer hesabı, gelirin bağlandığı tarih itibarıyla ve her bir hak sahibi yönünden ayrı ayrı yapılmalıdır. Fiili ödeme halinde, Kurumun talep edebileceği miktar, ilk peşin değer kusur karşılığı fiili ödeme miktarından düşük ise ilk peşin değere göre; fiili ödeme miktarı ilk peşin değerden düşük ise fiili ödeme miktarı dikkate alınarak belirlenir. Kesinleşen önceki rücu davalarında hükmedilen miktarın mahsubu yapılırken, ilk peşin değer esas alınacaktır. İlk peşin değerle birlikte artırlara da hükmedilmişse artırlar mahsup edilmemelidir.”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 27.1.2010, E. 2010/10-10, K. 2010/14, (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

SONUÇ

Kişinin onamı olmadan kişilik haklarına yapılan her müdahale prensip olarak hukuka aykırıdır. Kişiye yapılan tıbbi müdahale de kişinin sağlık, vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı gibi haklarını ilgilendiren bu tür müdahalelerdendir. Kişinin onamı, kendisine yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Ancak onamın da hukuken geçerli bir onam olabilmesi için kişinin müdahale öncesinde müdahale hakkında bilgilendirilmesi şarttır. Hastanın bilgilendirilmesine dayanmayan bir onamın hukuken geçerliliğinden söz edilemez.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü hekim açısından bir yükümlülük iken hasta açısından bir haktır. Bu hak sayesinde hasta, tıbbi müdahalenin anlamı, özellikleri, riskleri, yararları, sonuçları hakkında hekimden bilgi alarak özgür bir seçim yapma ve kendi geleceğini belirleme olanağına kavuşmaktadır. Hastanın bilgilendirilmesi kapsamı belli şartlar altında daraltılabilir veya genişletilebilir. Hatta bazı şartlar altında hastanın aydınlatılması yükümlülüğü dahi ortadan kalkabilir. Aydınlatmanın standart olmaması, kişinin somut durumu ve tıbbi müdahalenin kendine has özellikleri dikkate alınarak yapılması gerekir. Aydınlatmada şekil serbestisi esastır. Ancak ispat sorunlarıyla karşılaşmamak açısından aydınlatmanın yazılı hale getirilmesi daha isabetli olacaktır. Bilgilendirmenin yükümlüsü hekim olup bu yükümlülük yardımcı sağlık personeline devredilemez.

Çok büyük önem taşımasına rağmen hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen genel bir kanun bulunmamaktadır. Bu konudaki en genel düzenleme yönetmelik düzeyindedir. Ancak buna rağmen bazı tıbbi müdahaleler için farklı kanunlarda birtakım hükümler mevcuttur. Türkiye'nin de onaylamış olduğu bazı uluslararası bildirge ve anlaşmalarda birtakım hükümler bulunmaktadır. Genel olarak ise, aydınlatma yükümlülüğünün mevzuatımızda dağınık şekilde düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Bu konuda genel bir kanuni düzenlemenin şart olduğu doktrinde dile getirilmektedir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde hukuki sorumluluğu doğacaktır. Hasta tıbbi müdahaleye onam vermiş olsun veya olmasın, hekimin kusurlu olarak aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi ile zarar arasında illiyet bağının bulunması durumunda hekim meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk genellikle hekimin yol açtığı zararların giderilmesi amacıyla maddi ve/veya tazminata hükmedilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle en yaygın olarak sözleşme ve haksız fiil hükümlerine dayanan tazminat talepleri görülmektedir. Estetik operasyonlar gibi belli bir neticenin temin edildiği eser sözleşmesi nitelikli sözleşmeler hariç olmak üzere, hekimlik sözleşmesi çoğunlukla vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Bu yüzden sorumluluğun tayininde çoğunlukla vekâlet sözleşmesine uygulanan hükümler rol oynayacaktır. Hekim kural olarak kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumlu olacaktır. Ancak bazı durumlarda hekim kusursuz sorumluluk çerçevesinde de sorumlu tutulabilmektedir. Zarardan sorumluluk esas itibarıyla hekimdeyse de bazı durumlarda özel hastane veya kamu idareleri de zarardan sorumlu tutulabilmektedir.

Hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya kusursuz olduğunu ispat ederek veya adam çalıştıran kişi sıfatıyla tazminat sorumluluğu iddiasıyla karşı karşıya kaldığında ise TBK 66. madde hükmündeki kurtuluş kanıtını getirerek sorumluluktan kurtulabilir. Hastasının ortak kusurunu ispat etmesi durumunda hekimin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi hekim tazminatta indirimden de yararlanabilir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle uğranılan maddi ve manevi tazminat alacakları Borçlar Kanunundaki zamanaşımı sürelerine tabi alacaklardır. Borçlar Kanununda zamanaşımı süreleri borcun kaynağına göre farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu yüzden, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında, zamanaşımı süresi bu tazminat taleplerinin hukuki dayanağına (kaynağına) göre tayin edilir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel Sibel, **Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, TAAD, S. 9, Ankara: TAAD Yayınları, 2012, s. 281-312
- Adıgüzel Sibel, "**Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü**", Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011
- Akabayashi Akira/ Slingsby Brian T, "Informed Consent Revised", **Japan U.S.A JOB.**, Volume 6, 2006, p. 10-11
- Akbenlioğlu Sevgi, **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Pervin Somer, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2010
- Akıntürk Turgut/Karaman Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, 25. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 2011
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Karaman Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2013
- Akipek Şebnem, **Alt Vekâlet**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003
- Alpaslan Akartepe, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007
- Amme İdaresi Dergisi**, C. 9, S. 2
- Ankara Barosu Başkanlığı, **6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Sempozyumu** 12-13 Mayıs 2011, Editör: Yard. Doç. Dr. Emel Badur, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2012
- Ankara Barosu Başkanlığı, **Sağlık Hukuku Digestası**, S.1, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009
- Ankara Barosu Başkanlığı, **Sağlık Hukuku Digestası**, S.2, Ankara: Ankara Barosu Yayınları

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Özel), 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014

Arpacı Abdülkadir, "**Kişiler hukuku: Gerçek kişiler**". Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000

Arslan Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 19, s. 139-155.

Aşçıoğlu Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, (Bundan sonrası için kısaltma: Tıbbi Yardım), Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Hukuki ve Cezai), Ankara, 1993

Ataay Aytekin, "Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak." **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 20, 1996

Atabek Emine/Değer Mebrure, **Tıbbi Deontoloji Konuları**, Genişletilmiş Baskı, İstanbul: Emek Matbaacılık, 2000

Atabek Reşat, "Hastanelerin Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.60, S.10,11,12, 1986

Atabek Reşat/Sezen Merih, "Hekimin Mesuliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 27, İstanbul, 1954

Ateş Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007

Audi Robert, "The Moral Rights of the Terminally ILL.", **Contemporary Issues in Biomedical Ethics**. Humana Press, 1978

Ayan Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Kazancı Matbaacılık, 1991

Aydemir Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009

Aydın Erdem, "Hasta Hakları ve Terminal Dönem", (Bundan sonrası için kısaltma: Terminal), **Yoğun Bakım Dergisi**, S. 1, C. 3, 2003

Aydın Erdem, **Tıp Etiği**, Güneş Kitabevi, 2006

Aydın Erdem, "Tıp etiğinde hasta özerkliğine saygı ilkesi", **Erciyes Tıp Dergisi**, 25.2, 2003

Aydın Murat, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008

Bayraktar Köksal, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı" (Hastanın Hakkı), **Sağlık Hukuku ve Yeni TCK.'daki Düzenlemeler Sempozyumu** 17.11.2006, İstanbul, 2007

Bayraktar Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, (Kısaltma Hekimin Sorumluluğu) İstanbul, 1972

Baysal Başak, **Zarar Görenin Kusuru**, 1. Baskı, İstanbul: XII. Levha Yayıncılık, 2012

Başpınar Veysel, **Vekilin(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluk**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004

Bayındır M. Savaş, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S.1-2, 2007

Beauchamp, Tom L. "Informed Consent: Its History, Meaning and Present Challenges", **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, 20.04, 2011 Beauchamp Tom L./ Childress James F., **Principles of Biomedical Ethics**, 6th Edition, 2008

Berg Jessica W./Appelbaum Paul S., **Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice**, 2nd ed., 2001

Boran Bedia, "Aydınlatılmış Rıza", **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008

British Medical Association, **The Handbook of Medical Ethics**, London: BMA, 1986

Buz Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998

Canbolat Ferhat, : “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, Ocak-Şubat 2009

Cross, A. W., & Churchill, L. R., **Ethical and Cultural Dimensions of Informed Consent: A Case Study and Analysis. Annals of Internal Medicine**, 96(1), 1982

Çatak Irız Betül, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Murat Sezginer, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010

Çelik Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013

Çilingiroğlu Cüneyt, **Özel hukuk Yönünden Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Mustafa Dural, İstanbul, 1991

Danilis Pamela M., **Reframing Autonomy in Informed Consent**, Nevada Las Vegas, 1996

Demir Mehmet, "**Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu** (Bundan sonrası için kısaltma: Hekimin Sorumluluğu)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008

Demircioğlu Huriye Reyhan, **Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet Ünal, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007

Deryal Yahya, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S. 2, 2006, 126-145

Deryal Yahya, **Sağlık Hukuku Problemleri**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012

Dickens Bernard M., "The Ethical Content of Legally Informed Consent", **Contemporary Issues in Biomedical Ethics**. Humana Press, 1978

Doğan Murat, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare Hukuku)**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, Ankara: Şen Matbaa, 2009

Donay Süheyl, "Doktorun Hukuki Sorumluluğu", **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, 1968

Donay Sühely, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978

Dural Mustafa, "Hekimin Aydınlatma Yükümü", (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma) **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011

Dural Mustafa, **Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler** (Bundan Sonrası için Kısaltma: Gerçek Kişiler), 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995

Duran Lütfi, **Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara: Sevinç Matbaası, 1974

- Elçioğlu Ömür / Erdemir Nermin Demirhan, “Aydınlatılmış Onam”, **Klinik Etik - Klinik Uygulamalarda Etik Sorunlar**, Editör: Ayşegül Demirhan Erdemir/Yasemin Oğuz/Ömür Elçioğlu/Hanzade Doğan, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2001
- Erciyes Üniversitesi, **İlaç Hukuku** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009-Kayseri, Editörler: Doç. Dr. Murat Şen/Yrd. Doç. Dr. Ahmet Başsözen, İstanbul: Karakter Color A.Ş., 2009
- Erdem Mehmet, “Zamanaşımı”, **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, , 2012
- Erdoğan Mehmet Şirin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, **TBB Dergisi**, S. 3, Ankara: TBB Yayınları, 2000
- Eren Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 16. Baskı), 16. Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2014
- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 13. Baskı), Değiştirilmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2011
- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014
- Eren Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975
- Erman Barış, **Ceza hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003
- Ersoy Nermin, "**Aydınlatılmış Onam**", Hasta Hakları - Çağdaş Tıp Etiği, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2003
- Ersöz Ahmet Kürşat, "Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı Ve İspat Problemi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 69, C. 1-2, 2011
- Ertaş Şeref, "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1981
- Eser Albin, "Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice" (Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg), **Patient's Rights: Informed Consent, Access and Equality**, 1994
- Evans, K. G./Henderson G., **Consent: A Guide for Canadian Physicians**, 4th Edition, Ottawa: Canadian Medical Protective Association, , 2006
- Evren Çınar Can, Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı Ve Yargı Düzeni, **TBB Dergisi**, S. 95, 2011, s. 175-196

Fidan Nurten, Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu, **TAAD**, C.1, Y.1, S.3, 2010, s. 349-362

Fischer Gerfried, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Çeviren: Efe Direnisa, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C. III, 2006

Flinn, Jessica J., "Personalizing Informed Consent: The Challenge of Health Literacy", *Louis UJ Health L. & Pol'y* 2, 2008, p. 379

Gökcan Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2009

Gökcan Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013

Göktaş Hanım, "XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hekim Hasta İlişkileri ve Diplomasız Hekimler", **International Journal of History**, Volume 6, Issue 6

Gözler Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 59, 2001, s. 53-67

Gözübüyük A. Şeref / Tan Turgut, **İdare Hukuku C. I**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013

Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, **İdare Hukuku C. II**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013

Green Douglas ST/MacKenzie C. Ronald, "Nuances of Informed Consent: The Paradigm of Regional Anesthesia.", **HSS Journal** , 3.1, 2007

Günday Rezzan, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009

Güran Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, 12-13 Mart, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982

Güven Kudret, **Kişilik Hakları ve Ötanazi**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım A.Ş., 2000

Hakeri Hakan, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", **Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara 2008

Hakeri Hakan, **Tıp Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013

Hancı Hamit, **Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006

Hatemi Hüseyin, **Medeni Hukuk'a Giriş**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012

Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre K.: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992

Hatırnaz Gültezer, **Özel hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006

Helvacı Serap, **Gerçek kişiler**, 3. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007

Helvacı Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001

Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 5, Aralık 2005

Işık Olcay, **Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Metin İkizler, Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2010

Işık Özcan Funda, **"Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam"**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Fulya İlçin Gönenç, İstanbul, 2008

Işık Yılmaz Berfin, **"Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü"**, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 98, 2012

İnal H. Tamer, **Borca Aykırılık**, 2. Baskı, İstanbul: Papatya Yayıncılık Eğitim, 2009

İnal H. Tamer, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, 2. Baskı, Ankara: Papatya Yayıncılık Eğitim, 2009

İnceoğlu M. Murat / Paksoy Meliha Sermin, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55) Determination of Loss in Case of Physical Injuries and Death (Turkish Code of Obligations, art. 55)", **Journal of Yaşar University**, C.8, S. Özel, 2013

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Tıp Hukuku Dergisi**, S. 1, Y. 1, İstanbul: Legal Yayınları, 2012

İş Hukuku Dergisi, S. 53-54, 1973

Kadir Has Üniversitesi, **Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008 İstanbul**, 1. Baskı, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2011

Kaboğlu İbrahim Özden, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme**, 3. Baskı, AFA Yayıncılık, 1993

Kaplan Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 19, Kitap: 1, 2004

Karahasan Mustafa Reşit, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1981

Karakaş Ayşe Işıl, **İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri**, Anadolu Üniversitesi Yayını 2990, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1943, Eskişehir, 2013

Karakurt Hakan, “Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Barosu Dergisi** C. 86, Sayı 4, 2012

Kaya Mine, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ile Kişilik Hakkı ile İlişkisi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Sayı: 8, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2012

Kaya Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu (Bundan sonrası için kısaltma: Tazminat)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 100, 2012

Kayaer Nebahat, Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları), **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, Y. 78, 2013, s. 147-169

Kayalı Zeka, **Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Kayıhan İçel, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994

Kenyon Mason/Laurie Graeme/McCall Alexander Smith, "**Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics.**", Oxford University Press, 2013

Kettle Nancy M., **Informed Consent: Its Origin, Purpose, Problems, and Limits**, Diss. University of South Florida, 2002

Kıcalıoğlu Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Adalet Yayınevi, 2011

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm** (İkinci Cilt) **Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994

Kılıç Elif Irmak, **Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar**, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Abdurrahim Karşı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014

- Kılıçoğlu Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel), Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013
- Kılıçoğlu Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı **Tazminat Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014
- Kırca Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004
- Kıyak Yahya, **Lectures on Medical Ethics**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayın No: 445, Tıp Fakültesi Yayın No:1, 1987
- Kızılyel Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme C. I.**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008
- Kumar Jyotica Pragya, **Informed Consent in Judicial Discourse: India and Canada 1996-2003**, University of Toronto, 2005
- Kumashiro Masato, "**Informed Consent in Medical Malpractice Litigation in Canada and Japan**", ProQuest, 2006
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 24. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013
- Kürşat Zekeriya, "Hemşirelerin Aydınlatma Yükümlülüğü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, s. 293-322
- Laufs Adolf/Uhlenbruck Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, München, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, 2002
- Le Blang Theodore R./Rosoff A. J./White C., "Informed Consent To Medical And Surgical Treatment", **Legal Medicine**, 6th Edition, Philadelphia Pa: Mosby Inc., 2004
- Madder Hilary, "Existential Autonomy: Why Patients Should Make Their Own Choices", **Journal of Medical Ethics**, V. 23-4, 1997
- Maldonado Jose E., "Strict Liability and Informed Consent: Don't Say I didn't Tell You So", **Akron Law Review**, 9, 1975
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı** Sempozyum No:2 01/06/07, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007

- Maruyama Eiji, "Practice of Legal Medicine in Japan: Informed Consent in Research", **Legal and Forensic Medicine**, Ed: Roy G. Beran, Berlin: Springer, 2013
- Mersin Barosu, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk** (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare Hukuku) Sempozyum 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, Ankara: Şen Matbaa, 2009
- Metin Sevtap : **Biyo-tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Mollamahmutoğulları Hamdi/Astarlı Muhittin, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 Sayılı Borçlar Kanunu – 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu – 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2012
- Moran Patrick J., "A Military Exception to 'Informed Consent'", Doe v. Sullivan, **St. John's Law Review**: Volume 66, Issue 3, Article 15
- Nomer Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul: Beta Basım, 2012
- Oğuz Neyyire Yasemin, "Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler", **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, S. 5, 1997
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C.I) 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C.II), C. II, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013
- Oğuzman M. Kemal, "Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü", **Adli Tıp Dergisi**, İstanbul: Temel Matbaacılık Ltd. Şti., C. 5, S. 1-2, 1989, s. 81-82
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Kişiler Hukuku** (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014
- Oktay Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması (Bundan sonrası için kısaltma: İsimsiz Sözleşmeler)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, 1996, s. 263-296.
- O'Shea Tom, "Consent in History, Theory and Practice" **Essex Autonomy Project Green Paper Report** (University of Essex: Essex Autonomy Project, 2011
- Ozanoğlu Hasan Seçkin: "Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.52, Sayı: 3, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi , 2003

Örnek Büken Nükhet, “Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım Ankara, 2.Bası, 2009

Özaslan Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, Editörler: Prof. Dr. Gürsel Çetin, Doç. Dr. Coşkun Yorulmaz, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi**, İstanbul: İstanbul Tabip Odası, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyumu Dizisi No: 48, Şubat 2006

Özbilen Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:12, Sayı: 24, Güz 2013/2, s. 99-124.

Özcan Burcu G./Özel Çağlar, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, 1992

Özdemir Hayrunnisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği Ve Yargıtaın Görüşü”, **TBB Dergisi**, S. 105, s. 263-290

Özdemir Hayrunnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi** (Kısaltma: Teşhis ve Tedavi), Ankara: Yetkin Yayınları, 2004

Özdemir Hayrunnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma), **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 3–4, Erzincan: Özsoy Ofset, 2008

Özel Çağlar /Leblebici Doğan N., "Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış", C. 10, S. 2, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, 2007

Özgül Mehmet Emin, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Şeref Ertaş, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010

Özpınar Berna, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007

Öztan Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 21. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006

Öztürkler Cemal, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006

Özdemir Hayrunnisa, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Makaleleri**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2011, s. 295-311

Özsunay Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları.", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara: Fakülteler Matbaası, 1982

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013

Petek Hasan, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006

Reisman Neal R., **Medical Malpractice: Understanding the Law, Managing the Risk**, Singapore: World Scientific, Editors: S.Y. Tan, 2006

Reisoğlu Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2010

Reisoğlu Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu**, Mukayaseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982

Sarial Enis, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No: 53, 1986

Savaş Halide, "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, S.3, Yıl 2007

Savaş Halide, "Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri Kitabı**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012

Savaş Nuriye, "**Hekimin Tazminat Sorumluluğu**", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri: 10/17 Eylül 2011, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012

Savcı Bahri, **Yaşam hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 449, Ankara, 1980

Schreiber Hans-Ludwig/Rossenau Henning/Ruth /Matheis Hans Lilie, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi **Tıp ve Ceza Hukuku**, Çevirenler: Yener Ünver/ Hakan Hakeri/ Yener Ünver/V. Özer Özbek/Mustafa R. Erdem/Mahmut Koca/Özlem Yenerer Çakmut/Alı Kemal Yıldız/Sevim Gezici, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004

Selinger Christian P., "The right to consent: Is it Absolute? The Right to Consent: Is it Absolute?", **British Journal of Medical Practitioners**, 2.2, 2009

Serozan Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel C. III) C.III, 6 Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014

Shaw Josephine, "Informed Consent: a German Lesson.", **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 35, Issue 04, 1986

Silva M. C./Zeccolo P. L., "Informed Consent: The Right to Know and The Right to Choose", **Nursing Management**, 17.8, 1986

Siraisi Nancy G., "**Medieval and early Renaissance medicine: an introduction to knowledge and practice.**", University of Chicago Press, 2009

Söyler Yasin, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, 2010, S. 2, s. 555-592

Sulmasy Daniel P./Jayne Rivas D., "Sexually Transmitted Disease: a Private Matter?" **American Family Physician**, 66.7, 2002

Sütlaş Mustafa, "**Hasta ve Hasta Yakını Hakları**", İnsan Hakları Dizisi, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 2003

Synder Colleen, "Relaxing Consent Requirements for HIV Testing", **McGeorge Law Review**, Volume 39, p. 567-576.

Şahbaz İbrahim, Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı, S. 86, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, s. 405-424

Şehsuvaroğlu Bedi N., **Tıbbi Deontoloji Dersleri**, Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul: Fatih Gençlik Matbaası, 1986

Şenocak Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluk** (Bundan sonrası için kısaltma: İfa Yardımcıları), Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995

Şenocak Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", (Bundan sonrası için kısaltma: Rıza) **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001

Şenocak Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, (Bundan sonrası için kısaltma: Hekimin Sorumluluğu) Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 44, 1998

Şenol Pınar Uzun, **Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu**, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014

Tacir Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011

Tacir Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19 (2), 2013

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1**, 6. Basım, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1990

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri C. II** (Bundan sonrası için kısaltma: Özel Borç İlişkileri), C II, 2. Bası, Ankara: Olgaç Matbaası, 1987

Tandoğan Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk** (Bundan sonrası için kısaltma: Sözleşme Dışı Sorumluluk), 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 1981

Tandoğan Haluk, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1957

Tandoğan Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku** (Bundan sonrası için kısaltma: Mesuliyet Hukuku), (1961 yılı birinci baskıdan tıpkı bası yapılmıştır) İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010

Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul: Beta Yayını, 2012

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Genel, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993

Temel Erhan, “Alman Hukukunda Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İlaç Hukuku** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009-Kayseri, Editörler: Doç. Dr. Murat Şen/Yrd. Doç. Dr. Ahmet Başsözen, İstanbul: Karakter Color A.Ş., 2009

Temiz Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 69, No: 01, 2014

Tok Özen, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", **"Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, 2008

Tomita Kiyomi, **"Informed Consent and the Right to Refuse Medical Treatment: A Comparative Study of Common-law Canada and Japan."**, McGill University, Montreal-Canada, 1992

Turla Ahmet/ Köprülü Hülya/ Karaarslan Emine Şirin/Yüksel Gözde, "Aydınlatılmış Onam", **Ondokuz Mayıs Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi**, C. 7 (2),

Tümer Ali Rıza/Karacaoğlu Emre/Akçan Ramazan, "Cerrahide Aydınlatılmış Onam ile İlgili Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", **Ulusal Cerrahi Dergisi**, C. 27, Sayı 4, 2011

Türkiye Barolar Birliği, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008 Dedeman-ANKARA, 1. Baskı, Ankara: TBB Yayınları, 2008

Uludağ Üniversitesi/Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneđi/Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi/ Das Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik (IMGB), **21. Yüzyılda Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler – 2. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi - Bildiri Kitabı**, Editörler: Prof. Dr. Ayşegöl Demirhan Erdemir/Dr. Sezer Erer/Prof. Dr. Öztan Öncel, 1. Baskı, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2009

Uygur Atiye, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hasan İşgüzar, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009

Üçışık Fehim, **Sağlık Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Ötüken Neşriyat A.Ş., 2012

Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, **Kişilik Hakları ve Hukuk Devleti**, Murat Sarıca Armağanı, Aybay Yayınları, İstanbul, 1988

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Gün Matbaası, 1969

Wallach, D. Michael/Berry Steven J., "Informed Consent in Texas: A Proposal for Reasonableness and Predictability", **Mary's LJ**, 18, 1986

Walter Paula, **The Doctrine of Informed Consent: To Inform or Not To Inform?**, Volume 71, New York – USA, St. John's Review Law Review, Article 2, St. John Law Press, 1997

White Christopher/Rosoff Arnold J., and Theodore R. LeBlang. "Informed Consent to Medical and Surgical Treatment", **Legal Medicine**, 2007

Wilson John A., "Medicine in Ancient Egypt.", **Bulletin of the History of Medicine**, 36, 1962

World Health Organization, **The Preamble Of The Constitution Of The World Health Organization**, 1950

Yargıtay Başkanlığı, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Ankara: Türk Matbaacılık Sanayi, Ağustos, 1975

Yavuz Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz – Burak Özen –Faruk Acar, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2014

Yavuz İpekyüz Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006

Yenerer Çakmut Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003

Yenerer Çakmut Özlem, "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", (Bundan sonrası için kısaltma: Aydınlatma), **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, 2007

Zeytin Zafer, "Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Gore Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu" **Roche Sağlık Günleri 1/Tebliğler**, 1. Baskı, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, 2007

Zevkliler Aydın, **Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler** (Bundan sonra için kısaltma: Kişiler Hukuku), Ankara: Seçkin Yayınevi, 1981

Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (Bundan sonrası için kısaltma: Borçlar Özel), 12. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013

Zinn C., "Patient Confidentiality Challenged Over HIV Test Results", **British Medical Journal**, 2003

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Çeker Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, **Hukukçular Rehberi**, Çevrimiçi, www.adliye.org, 2002

Code de la santé publique - Article L1111, (Çevirimiçi, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BBD0247EB1FFAE7DF8C>

D4F1B8AAC5F7C.tpdila12v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006170993&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20050422)

Reibl v. Hughes, 1980, 2 S.C.R. 880, (Çevrimiçi,

<http://canliiconnects.org/en/cases/1980canlii23>)

Jessica W. Berg, Paul s. Appelbaum, **Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice**, 2nd ed., 2001, Available at

http://works.bepress.com/charles_lidz/75/

42 C.F.R. § 482.51 (Çevrimiçi, <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2011-title42-vol5/CFR-2011-title42-vol5-sec482-51>)

American Cancer Society, **Informed Consent**,

<http://www.cancer.org/acs/groups/cid/documents/webcontent/003014-pdf.pdf>)

Convention on the Right of the Child, (Çevrimiçi, <http://www.unicef.org/crc/>)

Erdem Aydın, **Paternalizm ve Aydınlatılmış Onam**, (Çevrimiçi, <http://www.nazimcankaya.net/paternalizm.htm#pater1>)

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, (Çevrimiçi,

<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/14/>)

İçtihatlar ve mevzuat için (Çevrimiçi, www.kazanci.com)

Mevzuat için (Çevrimiçi, www.basbakanlik.gov.tr)

California Code, (Çevrimiçi,

http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120SB422

)

Can. Med. Assoc. J, 1997; 157: 553-4 (Çevrimiçi,

<http://www.cmaj.ca/content/157/5/553.full.pdf+html>)

Patrick J. Moran, "A Military Exception to 'Informed Consent'", Doe v. Sullivan, **St.**

John's Law Review: Volume 66, Issue 3, Article 15. Available at:

<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol66/iss3/15>)

45 CFR 46,§46.116, b-5,

<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.html>

Ahmet Çelik, **Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu**, (Çevrimiçi,

http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/465_hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.pdf)

Fatih Birtek, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3-4, 2007,

(Çevrimiçi,

http://www.turkhukusitesi.com/makale_773.htm)

Hiv Disclosure Policies and Procedures, (Çevrimiçi, <https://www.aids.gov/hiv-aids-basics/just-diagnosed-with-hiv-aids/your-legal-rights/legal-disclosure/>)



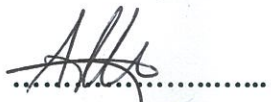
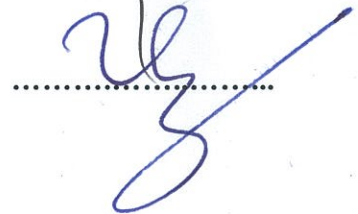
ÖZGEÇMİŞ

İlhan SUBAŞI, Şanlıurfa'nın Suruç İlçesi'nde doğmuştur. İlkokul öğrenimini Şanlıurfa-Suruç Mehmet Akif Ersoy İlköğretim Okulu'nda, ortaokul öğrenimini Adana Ticaret Odası Anadolu Lisesi'nin ortaokul bölümünde tamamlamıştır. Adana Abdülkadir Paksoy Lisesi'nde lise öğrenimini, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrenimini almıştır. 2010 yılında İstanbul Barosu'na bağlı avukat olmuştur. 2013 yılında ise Amerika Birleşik Devletleri Kaliforniya Eyaleti'nde Pasifik Üniversitesi McGeorge Hukuk Fakültesi'nde Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans programından mezun olmuştur. Kendisi halen İstanbul Barosu'na bağlı bir avukat olarak çalışmakta olup Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programını tamamlamak üzeredir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : İlhan SUBAŞI
Tez Başlığı : Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan
Hukuki Sorumluluk
Savunma Tarihi : 25.02.2016
Danışmanı : Doç. Dr. Mehmet ERDEM

JÜRİ ÜYELERİ

Unvan, Adı, Soyadı	İmza
Üye (Tez Danışmanı) : Doç. Dr. Mehmet ERDEM	
Üye : Doç. Dr. Aslı MAKARACI	
Üye : Yrd. Doç. Dr. Valentin RETORNAZ	

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü