

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CEMİL BUĞRA YAKUT
2501101389

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. ZEKERİYA KURŞAT

İSTANBUL 2014



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : CEMİL BUĞRA YAKUT

Numarası : 2501101389

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT

Tez Savunma Tarihi : 01.10.2014

Tez Savunma Saati : 10:00

Tez Başlığı : HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.M. TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
2. DOÇ.DR.ÖMER ÇINAR	—	—
3.DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
4.DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT		kabul
5.DOÇ.DR.SERKAN ERGÜNE		Red

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-YRD.DOÇ.DR.CENK Y. ŞAHİN		KABUL
2- YRD.DOÇ.DR.M.CAHİT GÜNEL		

ÖZ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü adlı bu tez çalışması ile tıbbi müdahale sözleşmesi kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını tespit ederek, söz konusu yükümlülüğün kapsamını ve unsurlarını incelenmektedir. Tez çalışmasının odak noktasını hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan sorumluluk ve bu sorumluluğun esasları oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalden doğan hukuki sorumluluğun sonuçları da tez çalışmasının inceleme alanında yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tıp hukuku, tıbbi müdahale sözleşmesi, hekimin aydınlatma yükümlülüğü, malpraktis, hukuki sorumluluk.

ABSTRACT

The thesis which named the doctor's liability of illumination analyses the contents and elements of the liability by stating the legal theory about medical intervention contract. The responsibility that occurs after the violation of the liability and the bases of the responsibility comprise the focus point of the thesis. The legal results and the sanctions of the responsibility which occurs from the violation of the liability are also included by the thesis' field of study.

Keywords: Medical law, medical intervention contract, doctor's liability of illumination, malpractice, legal responsibility.

ÖNSÖZ

Tıp hukuku, doktrinde çalışılan ve hukuk uygulamasında giderek gelişen, güncel bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna bağlı olarak, gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğabilecek zararların engellenmesi ve giderilmesi açısından, söz konusu hukuk alanında hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu yükümlülüklerden biri olan “hekimin aydınlatma yükümlülüğü” ve bu yükümlülüğün ihlali, hekimin hukuki sorumluluğunda giderek artan bir role sahip olmaktadır.

Bu nedenlerle tez çalışmamızın konusu, güncel olarak karşılaşılan ve ileride karşılaşılabilecek hukuki problemlere ışık tutmak amacıyla “hekimin aydınlatma yükümlülüğü” olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda çalışmamızda, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği, hukuki dayanağı, kapsamı ve yerine getirilmesinin yanı sıra; söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde ortaya çıkacak hukuki sorumluluk ve bu hukuki sorumluluğun sonuçları incelenmiştir.

Öncelikli olarak, tez danışmanlığımı üstlenen ve tezin hazırlanması aşamasındaki titiz, yönlendirici ve yapıcı katkılarından dolayı sayın hocam Doç. Dr. Zekeriya KURŞAT’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Akademik ve idari yönden türlü başarılarının yanında, belki de en önemlisi insani olarak yeni umutlar filizlendiren yapısıyla hayatımı ciddi manada değiştiren sayın Rektörüm Prof. Dr. Tamer YILMAZ’a şükranlarımı sunarım.

Dekanlığı süresince sağladığı akademik çalışma ortamından dolayı sayın hocam Prof. Dr. H. Tamer İNAL’a teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Sahip olduğu birikimi bizlerle paylaşmaktan kaçınmayan ve her türlü desteği sağlayan sayın Dekanım Prof. Dr. Şaban KAYIHAN’a da teşekkürlerimi sunarım.

Akademik anlamdaki desteğinin yanında, manevi desteğini de her zaman içten bir şekilde hissettiren sayın hocam Doç. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ’a ayrıca teşekkür ederim.

Gerek akademik, gerek düşünsel manada kattığı derinlikle; akademik, sosyal ve kültürel yönden gelişmemi sağlayan, desteğini hiçbir zaman esirgemeyen sayın hocam Yrd. Doç. Dr. Ömer BAĞCI'ya özel olarak teşekkür ederim.

Tez dönemi müddetince, bana karşı anlayışlı ve ayrıcalıklı davranışlarından dolayı, çalışma arkadaşlarım Ar . G r. Ay e UZUN, Ar . G r. Hatice G LAB , Ar . G r. Alper  ağlar KOYUNCU, Ar . G r. Nebile TEKE AKBULUT ve fakülte sekreterimiz Hüseyin AKBULUT'a teşekkür ederim.

Son olarak, salt varlıklarıyla dahi varlığıma en değerli katkıyı sunan güzel ailem ve değerli arkadaşlarıma, kendileri gibi mütevazı bir teşekkür sunarım.

İÇİNDEKİLER

Öz	iii
Abstract	iv
Önsöz	v
İçindekiler	vii
Kısaltmalar Listesi	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİ

1.1. GENEL BİLGİLER	3
1.2. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ	5
1.3. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI	11
1.3.1. Genel Olarak	11
1.3.2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Yasal Düzenlemeler...	12
1.3.2.1. İç Hukuk Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler	13
1.3.2.2. Uluslararası Hukuk Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler	19
1.4. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI	21
1.4.1. Genel Olarak	21
1.4.1.1. Müdahale ve Karar Aydınlatması	24
1.4.1.1.1. Teşhis Aydınlatması	25
1.4.1.1.2. Süreç Aydınlatması	25
1.4.1.1.3. Riziko Aydınlatması	27
1.4.1.1.2. Koruma ve Tedavi Aydınlatması	28
1.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlediği Haller	30
1.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daraldığı Haller	34
1.4.4. Aydınlatma Yükümlülüğünü Ortadan Kaldıran Haller	36
1.5. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE	

1.5.3. Aydınlatmanın Şekli	46
1.5.4. Aydınlatmanın Zamanı	50

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ NEDENİYLE SORUMLULUĞUN HUKUKİ TEMELLERİ

2.1. GENEL BİLGİLER	52
2.2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK	58
2.2.1. Genel Olarak	58
2.2.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları	60
2.2.2.1. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı	60
2.2.2.1.1. Genel Olarak	60
2.2.2.1.2. Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Özgü Haller	62
2.2.2.1.2.1. İş Görenin Niteliği	62
2.2.2.1.2.2. Konu ve Amaç Unsuru	63
2.2.2.2. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali	64
2.2.2.3. Tıbbi Meslek Kusurunun Varlığı	68
2.2.2.4. Bir Zararın Varlığı	72
2.2.2.5. Tıbbi Meslek Kusuru ile Zararın Doğması Arasında Uygun İllyet Bağı Olması	74
2.3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

3.1. GENEL BİLGİLER	81
3.2. MADDİ TAZMİNAT	83
3.2.1. Genel Olarak	83
3.2.2. Maddi Tazminatın Kapsamı	85
3.2.3. Maddi Tazminatın Miktarı	89
3.3. MANEVİ TAZMİNAT	91
3.3.1. Genel Bilgiler	91
3.3.2. Manevi Tazminatın Unsurları, Kapsamı ve Özellikleri	93

3.4. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSPATI	97
3.5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İHLALİNİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ	99
SONUÇ	104
KAYNAKÇA	105

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.m.	: Aynı makale
aş.	: Aşağı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HKÜHFD	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: Madde
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODASHNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarı

GİRİŞ

İnsan; toplumsal düzen içerisinde yaşayan sosyal bir varlık olmakla birlikte, sahip olduğu vücudun fiziksel ve kimyasal yapısına bağlı olarak biyolojik bir varlık niteliği de taşımaktadır. Bu nedenle, hukuk düzeni tarafından korunan haklar kapsamına, insanın biyolojik varlığı da girmektedir. Bu bağlamda insanın biyolojik varlığı açısından en temel koruma, kişi hak ve özgürlüklerinin de başında gelen yaşama hakkı ile sağlanmıştır.

Yaşama hakkı; T.C. Anayasası'nın 17. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenerek hukuki koruma altına alınmıştır. Yaşama hakkı; diğer bütün kişi hak ve özgürlüklere temel teşkil etmekte ve vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır. Yaşama hakkı dışında kalan bütün hak ve özgürlükler, yaşama hakkının varlığı ve korunabilmesiyle bir anlam ifade etmektedir.

Bu hakkın korunabilmesi, yaşama hakkının başlıca unsurlarını oluşturan vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi temel hakların, kişilere sürekli bir şekilde sağlanmasından geçmektedir. İşte bu noktada tıbbi müdahalelerin, kişinin en temel hakkı olan yaşama hakkına ve dolayısı ile vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal oluşturmayacak şekilde gerçekleştirilmesi önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için hastanın rızasının alınması, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için de söz konusu tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Zira hasta, yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklarının yanında, kendi geleceği hakkında bizzat ve özgürce karar verme hakkına sahiptir.

Diğer taraftan hekim, hastayı sağlığına kavuşturmak gayesi ile bir hizmet gerçekleştirmektedir. Ancak hekimler bu ulvi mesleği yerine getirirken herkesi yaşama ve varlığını geliştirme hakkına saygı gereği birtakım yükümlükler altına girmek durumundadırlar. Hiç şüphesiz, bu yükümlülüklerden biri de hekimin aydınlatma yükümlülüğüdür.

Çalışmamızın ilk bölümünü hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki olarak tespiti oluşturmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği, yasal dayanakları, kapsamı, yerine getirilmesine yönelik hususlar bu bölümde incelenecektir.

İkinci bölümde ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkacak sorumluluğun hukuki temelleri incelenecektir. Bu bölümde tıbbi müdahale sözleşmesi kurulmadan önceki ve kurulma anındaki sorumluluğun yanında, sözleşmeden doğan sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu ve bunlara bağlı olarak sorumluluğun şartları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, hukuki sorumluluğun sonuçları, maddi tazminat, manevi tazminat ve ispata ilişkin değerlendirmeler ele alınacaktır.

Tez çalışmasının kapsamını, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün özel hukuk boyutunda incelenmesi oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, tıbbi müdahale sözleşmesi bağlamında hekimin aydınlatma yükümlülüğü çalışmanın konusudur. Bu nedenle kamu hastaneleri ile hasta arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olmadığından, bu husus ve buna bağlı sonuçlar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Özetle, hekim ile hasta arasında ya da özel hastane ile hasta arasında meydana gelen bir özel hukuk ilişkisi kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğü çalışma kapsamında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TESPİTİ

1.1. GENEL BİLGİLER

Tıbbi müdahaleler kişinin bedensel ve ruhsal yönden oluşan bir eksikliğini gidermeye yönelik teşhis, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan her türlü uğraşlardan oluşmaktadır. Bu açıdan tıbbi müdahaleler bir hastalığın ilerlemesini engelleme, hastalığı hafifletme, hastanın duyduğu acıları dindirme, kişide sağlık yönünde meydana gelen eksiklikleri giderme ve kişinin bedensel ve ruhsal sağlığını koruma amacı taşır¹.

Tıbbi müdahalelerin gerçekleşmesi ise, en geniş ifadeyle kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik bir girişim ile mümkündür. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin kişinin vücut bütünlüğüne yönelen özelliği ile kişinin yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakları, fiziksel ve ruhsal varlığı doğrudan ilişki içerisinde. Bu bağlamda söz konusu tıbbi müdahale ile kişinin korunmaya değer hakları arasındaki ilişki önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahalenin tarafları olarak hasta ile hekim arasındaki ilişki, tıbbi müdahalenin öncesinde ve sonrasında da var olacak şekilde özel bir ilişki türüdür. Söz konusu hukuki ilişkinin temelinde de güven ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yer almaktadır. Her ne kadar hekimin gerçekleştireceği müdahale ile ilgili olarak üstlendiği rol önemli olsa da, bu durum hekimi tıbbi müdahaleye yönelik tek başına belirleyici yapmamaktadır. Bu bağlamda tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği kişinin kendi şartlarına, duygu ve düşüncelerine bağlı olarak bir iradesinin söz konusu olması gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda hekimin tıbbi müdahalesinin sınırını teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak hekim, esas itibarı ile hastanın yaptığı seçime saygı göstermek durumundadır².

¹ Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.3-4.

² Özlem Yenerer Çakmut, “Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.60.

Etik ilkeler yanında, söz konusu tıbbi müdahalelerin, hastanın kendi vücudu üzerinde sahip olduğu haklara bağlı olarak da, ancak kendi rızası ile gerçekleşebilecek olması önem arz etmektedir³. Bu bağlamda hastanın rızası kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahalenin, bir diğer deyişle sağlık hakkına, yaşama hakkına ya da vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerin, hukuka uygun hale gelmesini sağlayacak nitelik taşımaktadır⁴.

İşte tam bu noktada, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü önem arz etmektedir. Çünkü tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak aydınlatma, *“hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesi”* olarak tanımlanmaktadır⁵. Zira hekimin söz konusu tıbbi müdahale ile alakalı olarak yukarıda bahsedilen şekilde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi, hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için olmazsa olmaz kurallardan biri olarak kabul edilmekte ve tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine yönelik rıza beyanının ön koşulu olarak değerlendirilmektedir⁶.

Bu duruma örnek teşkil edecek nitelikteki Yargıtay 4. HD. kararında ilk kez aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğünün rızanın geçerlilik şartı olduğundan şu şekilde söz edilmiştir:

*“... yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve serbest olması gerekir. Bu itibarıyla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan bir rızadır.”*⁷

Aydınlatma yükümlülüğü bağlamında hastanın sağlık durumu, kendisine uygulanması gereken tıbbi müdahaleler, bu müdahalelerin doğuracağı sonuçlar,

³ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.268.

⁴ Mine Kaya, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **TBB Dergisi**, Sa.100, 2012, s.46.

⁵ Hayrunisa Özdemir, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi (Teşhis ve Tedavi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.97.

⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.57.

⁷ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

müdahalenin gerçekleştirilmemesi halinde ortaya çıkacak ya da çıkabilecek durumlar, hastalığı ve hastalığının gelişmesi ile ilgili olarak bilgi edinme hakkı mevcuttur⁸.

Bu belirtilen durumlara bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğünün, hekimin takdirine bırakılmayacak şekilde ve zorunlu olarak tıbbi müdahale sözleşmesinin içeriğine dahil olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁹.

Çalışmamızın bu bölümünde aydınlatma yükümlülüğünün hukuki nitelik, hukuki dayanak, kapsam ve yerine getirilmesi açısından tespiti hususları incelenecektir.

1.2. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Aydınlatma yükümlüğü, tıbbi müdahale sözleşmesinde borç ilişkisinin taraflarına yüklenen borç ve yükümlülüklerden biridir¹⁰. Bu bağlamda 1977 yılından itibaren Yargıtay tarafından, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hekimin ya da sözleşmenin taraflarının sorumluluğuna gidilmesi prensip olarak kabul edilmiştir¹¹. Hukuk bilincinin artması ve sosyo-kültürel gelişimlerle birlikte artan sağlık hukuku uyuşmazlıklarında, meydana gelen bir zarar varsa, herhangi bir hatalı uygulama ya da tıbbi müdahale hatası olmadan da bu sorumluluğa gidilebileceği kabul edilmektedir¹². Ancak söz konusu sorumluluğun kapsamının¹³ belirlenmesi

⁸ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.95.

⁹ Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2006, s.76-77.

¹⁰ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.58-59; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **AÜHFD**, C.52, Sa.3, 2003, s.58 vd.; Zafer Zeytin, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.21 vd.; Hakeri, **a.g.e.**, s.27 vd.; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Kitabevi, 1991, s.71 vd.; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.76 vd.; H. Tamer İnal, “Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu”(Sağlık Personeli), **HKÜHFD**, Sa.5, Kazancı Yayınları, Eylül 2013, s.29-30; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.96 vd.; Hayrunisa Özdemir, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü” (Aydınlatma), **EÜHFD**, C.XII, Sa.3-4, 2008, s.349 vd.

¹¹ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

¹² Hakeri, **a.g.e.**, s.322; Zeytin, **a.g.m.**, s.5; Özdemir, **Aydınlatma**, s.348; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.153; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 58; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.63-64.

¹³ Bkz.: s.21 vd.

noktasında, değerlendirilmesi ve saptanması gereken ilk husus, ihlal edilen borcun hukuki niteliği olmalıdır¹⁴.

Aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliğini belirlemek için, öncelikli olarak borç ve külfet kavramlarına ilişkin görüş ve tanımlamaları belirtmek uygun olacaktır. Zira borç ve külfetlerin ihlal edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, birbirinden farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır¹⁵. Açıklamak gerekirse borç ilişkisi, borç ve külfetlerin yanında hakları da içeren bir hukuki kurum olduğu için¹⁶, söz konusu hukuki ilişkide hak sahibine bir ayrıcalık veya ayrıcalıklı bir durum sağlanmakta ve bu hakkın kullanımı hak sahibinin iradesine bırakılmaktadır¹⁷. Bu durum, taraflara yüklenen bir külfetin var olduğu hallerde değil, bir borç söz konusu olduğu takdirde ortaya çıkacaktır¹⁸.

Bir külfetin söz konusu olduğu durumlarda ise; söz konusu külfeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, bir başkasına karşı belirli bir davranışta bulunmak, bir şeyi yapmak veya yapmamak zorundadır¹⁹. Kanun tarafından kendisine yüklenen bu ödevleri yerine getirmeyen kişi, haklarını tamamen veya kısmen kaybetmektedir²⁰. Başka bir deyişle; borç ilişkisinin taraflara yüklediği bir külfetin var olduğu ancak bu külfetin yerine getirilmediği hallerde hak sahibinin, sadece söz konusu haklarını ya da haklarının bir bölümünü kaybetmesi ve bu hak ile kazanılan ayrıcalık veya ayrıcalıklı durumdan mahrum kalması gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkacaktır²¹. Sonuç olarak bir külfetin yerine getirilmemesinin söz konusu olduğu hallerde, borç ilişkisindeki karşı taraf, alacaklı sıfatını haiz bir kimse olamayacağından, karşı taraf açısından külfetin yerine getirilmemesi nedeniyle bir tazminat ya da külfetin aynen

¹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.322.

¹⁵ H.Tamer İnal, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih (Borca Aykırılık)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.215; Hüseyin Hatemi, K.Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.23; İnal, **Sağlık Personeli**, s.29-30.

¹⁶ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.5 vd.

¹⁷ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.28.

¹⁸ M.Kemal Oğuzman, M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013s.18; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.23; Ahmet M.Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.29.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.32-33.

²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.32.

²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.18; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.29.

ifasını talep hakkı söz konusu olamayacaktır²². Bu bağlamda külfeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, sadece bazı ayrıcalıklı halleri veya menfaatleri kazanabilmek ya da kaybetmemek için söz konusu davranışları yerine getirmek durumunda olacaktır²³. Bu nedenle de ihlal halinde mevcut tek yaptırım, yükümlü olan kişinin kendi yararına bir hukuki durumu ve hakları kaybetmesi olacaktır²⁴. Ancak bu durum, bir borç söz konusu olduğu durumlarda, belli haklardan faydalanma imkanının ortadan kalkması sonucunu değil, külfetin ihlali halinden farklı olarak, tazminat talep edebilme hakkının doğması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Taraflardan biri, borçlarından birini yerine getirmediği takdirde borca aykırılık durumu ortaya çıkacak ve buna bağlı olarak da tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁵.

Çalışmamızın konusunu oluşturan aydınlatma açısından bakıldığında, her ne kadar aydınlatmanın bir külfet olduğu, hekimin rızasını alacağı kişiye karşı, yalnızca gerekli bir davranış olarak bir aydınlatma külfeti altında olduğu fikri savunulsa da²⁶; doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş, aydınlatmanın bir borç olduğu ve hukuk düzeni tarafından bir borç ihlali hali için öngörülen hukuki sonuçların uygulanacağı yönündedir²⁷. Bizim de görüşümüz, aydınlatma yükümlülüğünün bir külfet değil, borç olduğu yönündedir. Bu nedenle, aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği bakımından söz konusu borcu meydana getiren borç ilişkisinin ve buna bağlı olarak borç türlerinin açıklanması önem taşımaktadır.

Bir borç ilişkisi meydana geldiğinde ortaya çıkan borç türlerine bakıldığında, iki ayrım söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, asli (birincil) edim yükümlülükleri ve

²² Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.33; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 58-59; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.29.

²³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.18; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.29.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.33.

²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.18; Eren, **a.g.e.**, s.37; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.29-30.

²⁶ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 58-59.

²⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.29; Hakeri, **a.g.e.**, s.322 vd.; İnal, **Borca Aykırılık**, s.288 vd.; İnal, **Sağlık Personeli**, s. 29-30; Öz Seçer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.121-123; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.58 vd.; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.76 vd.; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.96 vd.; Özdemir, **Aydınlatma**, s.349 vd.; Veysel Başpınar, “Organ Nakli Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, Nobel Kitapevi, 2007, s.194; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.101.

tali (ikincil) edim yükümlülükleri; diğeri ise, asli (birincil) edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleridir²⁸.

Asli (birincil) edim yükümlülüğü; borç ilişkisi ile doğrudan doğruya meydana gelen, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturan, borç ilişkisine özel tipini bahşeden bir hukuki nitelik edim yükümlülükleridir²⁹. Tali (ikincil) edim yükümlülükleri ise, borç ilişkisinin doğduğu anda mevcut olmayan, sonraki aşamalarında ve asli (birincil) edim yükümlülüğünün yerine ya da yanında ortaya çıkan edim yükümlülükleridir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tali (ikincil) edim yükümlülükleri doğrudan kanunla ya da tarafların anlaşmalarıyla tesis edilebilen edim yükümlülükleridir³⁰.

Her iki ayırmada da asli (birincil) edim yükümlülükleri aynı olmakla birlikte, tali (ikincil) edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülükleri birbiriyle karıştırılmamalıdır. Şöyle ki; yan edim yükümlülükleri, tali (ikincil) edim yükümlülüklerinden farklı olarak, asli edim yükümlülüğünün ve sözleşmenin amacına uygun biçimde yerine getirilmesine ilişkin borç ilişkisinin başlamasından itibaren mevcuttur³¹.

Yan edim yükümlülükleri de tali (ikincil) edim yükümlülükleri gibi doğrudan kanunla ya da tarafların anlaşmalarıyla tesis edilebilmektedir³². Bunun yanında yan edim yükümlülüğü kavramı, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan ve sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, ancak sözleşmenin hazırlanmasına, gerçekleştirilmesine, güvenliğine ilişkin olarak kanundan veya dürüstlük kurallarından doğan ya da TBK m.26 ve hukuk düzeni sınırları içerisinde taraflarca tayin edilebilen nitelikteki, edime ilişkin borçları ifade etmek için kullanılmaktadır³³.

Yan edim yükümlülükleri, ifanın tam ve gereği gibi yerine getirilmesine hizmet eden bir nitelik taşımaktadır³⁴. Özellikle ifa hazırlıkları ve ifa esnasında önem teşkil eden yan edim yükümlülükleri, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatlere uygun

²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.7 vd.

²⁹ Eren, **a.g.e.**, s.31; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.11.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.11.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, dpn.20.

³² Kocayusufpaşaoğlu, **a.e.**, s.8 vd.

³³ Eren, **a.g.e.**, s.32-33; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.27-28; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.8.

³⁴ İnal, **Borca Aykırılık**, s.289; Eren, **a.g.e.**, s.37-38; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.28; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.8 vd.

olacak şekilde sözleşmenin kurulmasını ve sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesini sağlayan bir yükümlülük türüdür³⁵. Bu bağlamda yan edim yükümlülükleri, muhafaza, ihbar, paketlenme, hazırlama ve sağlama yükümlülüklerini kapsamaktadır³⁶.

Yan edim yükümlülükleri geniş anlamda değerlendirildiğinde, asli edimin sonucunun gerçekleşmesini sağlamak üzere gerekli bütün özeni göstermek ve dürüstlük kuralı gereğince hareket etmek gibi yükümlülükleri de kapsamaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, tazminat ve sözleşmenin tek tarafı olarak ortadan kaldırılması ortaya çıkabilmektedir³⁷.

Asli ve yan edim yükümlülüklerinin yanında, bunlardan farklı ve bağımsız olarak başka bir kavram daha söz konusudur. Davranış yükümlülükleri ya da koruma yükümlülükleri şeklinde adlandırılan bu yükümlülüklerin ayırt edici özelliği, edim yükümlülüklerinden bağımsız olması ve edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ilişkin menfaatlerden farklı bir borç ilişkisine yönelen kişiler açısından söz konusu olmasıdır³⁸.

Esas itibarı ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünü de kapsayan, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden doğan bu yükümlülükler, edim yükümlülüğünün dışında kalan ve edim yükümlülüğü içermeyen bir nitelik taşımaktadır³⁹. Burada, kurulacak ya da kurulmuş bir hukuki işlem sebebi ile temas kurmuş kişilerin edim yükümlülüklerinden bağımsız bir şekilde, birbirlerinin şahsı ve malvarlığı üzerinde etkili olma imkanlarının ve buna paralel olarak da aralarındaki güven ilişkisinin artması nedeniyle karşılık olarak birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranmak yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmektedir⁴⁰. Bu özelliği nedeniyle davranış (koruma) yükümlülükleri, sözleşme ilişkisinde yer alan öneri ve kabulden bağımsız olmak üzere, kişileri veya kişilerin mal ve şahıs varlıklarını başkasının etkisi altına sokması nedeniyle, hukuken korunmaya değer bir sosyal

³⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.28; Eren, **a.g.e.**, s.38; İnal, **Borca Aykırılık**, s.296.

³⁶ Eren, **a.g.e.**, s.38; İnal, **Borca Aykırılık**, s.298 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

³⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.13-14; Eren, **a.g.e.**, s.37 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

ilişkinin, bir başka deyişle işlemsel temasın başladığı andan itibaren başlayacağını söylemek yerinde olacaktır⁴¹.

Davranış (koruma) yükümlülüklerinin hukuki dayanağını TMK m.2/f.1 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁴². Benzer bir durum yan edim yükümlülüklerinde de söz konusu olmakta, yani TMK m.2/f.1 hükmüne dayanan yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır. Ancak yan edim yükümlülüklerinde söz konusu olan esas durum, yükümlülüğün edime ilişkin nitelik taşınması ve aynen asli edim yükümlülüğünde olduğu gibi ayrı bir davaya ve talebe konu olabilmesidir⁴³.

Davranış (koruma) yükümlülükleri dava edilebilirlik açısından değerlendirildiğinde; bu yükümlülüğün ihlali halinde yukarıda bahsedilen niteliklerden dolayı, aynen ifanın talep ve dava edilemeyeceği görüşü doktrinde kabul görmektedir⁴⁴. Burada söz konusu yükümlülük, herhangi bir edimin yerine getirilmesi olarak değerlendirilmediği için; ifada temerrüde düşmek, ifa imkansızlığı, ifanın talebi ya da ifaya zorlamak gibi hukuki talepler söz konusu olamayacaktır⁴⁵. Ancak yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesi halinde tazminat borcu ortaya çıkabilecektir. Öyle ki, bir sözleşme şekil noksanlığı, imkansızlık veya kanuna aykırılık gibi bir sebeple geçersiz olsa ya da irade fesadı nedeniyle iptal edilse veya edim yükümlülüğü doğuran borç ilişkisi sona ermiş olsa, davranış (koruma) yükümlülüğü doğuran bir borç ilişkisi bundan etkilenmemektedir. Burada yükümlülüğü yerine getirmeyip zarara neden olan kişi, TBK m.112 vd. hükümleri uyarınca sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat borcu altına girecektir⁴⁶. Bir başka deyişle asli edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri, sözleşme kurulmadan önce yükümlülük doğurabileceği gibi⁴⁷, sözleşme süresince devam edebilmekte, sözleşme sona erdikten sonra ve hatta geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olması

⁴¹ İnal, **Borca Aykırılık**, s.289.

⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.14; Eren, **a.g.e.**, s.37; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.28; İnal, **Borca Aykırılık**, s.289; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.152-153; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

⁴³ Eren, **a.g.e.**, s.34-37; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.27-28; İnal, **Borca Aykırılık**, s.226 vd.

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12; Zeytin, **a.g.m.**, s.29; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.14; Eren, **a.g.e.**, s.37; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.28; İnal, **Borca Aykırılık**, s.289; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.152-153.

⁴⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.14; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12.

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12-13.

⁴⁷ Culpa in contrahendo sorumluluğu çalışmanın devamında detaylıca incelenecektir.

koşulundan bağımsız olarak da varlığını sürdürebilmektedir⁴⁸. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinden meydana gelen bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.3. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

1.3.1. Genel Olarak

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahale sözleşmesinin içeriğine zorunlu olarak dahil olduğu şeklinde değerlendirilmesi gereken ve hekimin takdirine bırakılamayacak bir yükümlülüktür. Yani aydınlatma yükümlülüğü; özel hukuk kişileri kapsamında değerlendirme yapılırsa, tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olabilecek hekim ve özel sağlık kuruluşları açısından bakıldığında doğrudan doğruya tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan bir yükümlülük niteliği taşımaktadır⁴⁹.

Bu noktada, aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarına yönelik incelemelere girmeden önce, tıbbi müdahalenin ne olduğu, tıbbi müdahale sözleşmesinin neleri kapsadığı konusuna açıklık getirmek faydalı olacaktır.

08.05.2014 tarihli ve 28994 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile eklenen HHY m.4/g bendinde tıbbi müdahale, “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰.

HHY ile ilgili ilaveler olmadan önce doktrinde farklı tanımlar da yer almaktaydı. Bu tanımlara da değinmek gerekirse, tıbbi müdahale; “... *fiziksel ya da psikolojik nitelikli hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşıyan fiziksel veya psikolojik bozukluklar ile hastalık niteliği taşımayan şikayetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunların etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan*

⁴⁸ İnal, **Borca Aykırılık**, s.289.

⁴⁹ Özdemir, **Aydınlatma**, s.349.

⁵⁰ (çevrimiçi: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140508-3.htm>, E.T. 05.06.2014).

girişimsel (invasiv) ve/veya girişimsel olmayan (non-invasiv = fiziksel tedavi, ilaçla yapılan tedavi, diyet vs.) her türlü müdahaledir.” şeklinde de tanımlanmaktadır⁵¹. Bir başka tanımda ise tıbbi müdahale, “kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden oluşan bir eksikliğini gidermeye yönelik teşhis, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan her türlü müdahale” olarak ifade edilmiştir⁵². Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere, bütün bu eylemlerin tıp biliminin gerekliliklerine uygun olarak yürütülmesi önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahale sözleşmesi ile ilgili olarak, halihazırda yasal herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte; çalışmamız kapsamında ve özelinde düşünülürse, doktrinde belirtilen görüşlere göre tıbbi müdahale sözleşmesi, hekimin tıp biliminin öngördüğü ilkeler ve uygulamalar çerçevesinde hastanın sağlık sorununa yönelik teşhis koyduğu ve bu teşhise yönelik olarak en uygun tedavi yöntemini seçtiği, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla tıbbi müdahalede bulunduğu, hastanın da buna mukabil hekime bir ücret ödediği bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁵³. Bu bağlamda, aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanakları belirlenirken, söz konusu tıbbi müdahale sözleşmesinin içeriğine yönelik düzenlemeleri ve sözleşmeye konu olan tıbbi müdahale ya da tıbbi müdahalelerin her biri için ayrı ayrı olmak üzere ilgili düzenlemeleri incelemek gerekecek, ayrıca bu düzenlemelere uygun olacak şekilde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi beklenecektir. Sözleşmenin hukuki niteliğine, kapsamına ve konusuna yönelik açıklamalar, çalışmamızın devamında⁵⁴ yer alacağı için, mevcut açıklamaların yeterli olduğu kanaatindeyiz.

1.3.2. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Yasal Düzenlemeler

Aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanakları ile alakalı olarak sınıflandırma ve açıklama yapılırken; konuyu, “iç hukuk kapsamındaki yasal düzenlemeler” ve “yabancı ülke hukukları ve uluslararası hukuk kapsamındaki yasal düzenlemeler” olarak iki ana ayrım üzerinden incelemek uygun olacaktır.

⁵¹ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.58-59.

⁵² Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s.3.

⁵³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.16; Mehmet Ayan, **a.g.e.**, s.49.

⁵⁴ Bkz.: s.21 vd.

1.3.2.1. İç Hukuk Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler

Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemeler incelenirken, aydınlatma yükümlülüğünü içeren borç ilişkisinin hukuki niteliği önem arz etmektedir. Aydınlatma yükümlülüğüne hangi yasal düzenlemelerin esas teşkil ettiği, söz konusu borç ilişkisinin dayandığı hukuki temellere bağlı olarak belirlenecektir.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin, doktrinde ve uygulamada genel kabul gören hali ile değerlendirme yapıldığında, hukuki nitelik bakımından vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi⁵⁵, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak olarak TBK m.502 vd. hükümlerin sayılabileceği sonucunu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğü, TBK m.506 ile düzenlenen özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶.

Nitekim Yargıtay 13. HD. 2008 tarihli bir kararında, “... *enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı...*” hususunun dava konusu edildiğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak, “... *Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m. 386-390) ...*” şeklinde bir açıklama ile esas alınan hukuki dayanak belirtilmiştir⁵⁷.

Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin hukuki niteliğinden bağımsız olarak da birçok yasal düzenlemede yer almaktadır.

⁵⁵ H.Tamer İnal, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Türlerin Yakınlaştırılması”(Tıbbi Müdahale), (HKÜHFD), Sa.6, Kazancı Yayınları, Aralık 2013, s.42; İnal, **Sağlık Personeli**, s.64; Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.368; İpekyüz, **a.g.e.**, s.64-71; Ayan, **a.g.e.**, s.27; Mustafa Dural, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2008, s.252; Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1993, s.15; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.89;

⁵⁶ Dural, **a.g.m.**, s.252.

⁵⁷ Yarg. 13. HD. T.18.09.2008, E.2008/4519, K.2008/10750. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki; ister özel hukuk ister kamu hukuku ilişkisi olsun⁵⁸, esas itibarı ile güven temeli üzerine inşa edilen; koruduğu hukuki menfaatler açısından bakıldığında da kişilik hakları, yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü gibi temel hak ve özgürlükler bünyesinde değerlendirilen bir ilişki türüdür⁵⁹. Bu bağlamda iç hukuk mevzuatına bakıldığında, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan 1982 tarihli T.C. Anayasası'ndan, aşağıda da bahsedileceği üzere konuya ilişkin yönetmeliklere kadar birçok düzenleme ile hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 17. maddesinde birinci ve ikinci fıkra hükümlerinde, “(1) Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu hüküm esas itibarı ile rızaya ilişkin bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Ancak geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için aydınlatmanın yapılmış olması gerektiğinden söz konusu düzenlemeyi aydınlatma yükümlülüğü açısından da hukuki bir dayanak olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir. Bu düzenleme ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, anayasal bir temel hak olarak kabul edilmesinin yanında⁶⁰; kişinin ya da hastanın ruhsal ve bedensel bütünlüğü ile alakalı olarak serbestçe karar verebilmesi için söz konusu durumu bilmesi ve bunun için de bilgilendirilmesi gerektiği düşünüldüğünde bu hükmün, aydınlatma yükümlülüğünün anayasal dayanağı olduğu kabul edilmektedir⁶¹. Kaldı ki zaten hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ile madde metninde belirtilen kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakları karşılıklı ilişki içerisinde⁶². Zira; kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik

⁵⁸ Bkz.: s.2.

⁵⁹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.3.

⁶⁰ Cahid Doğan, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması” (Aydınlatma ve Rıza), **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.152; Zeytin, **a.g.m.**, s.13; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.98; Özdemir, **Aydınlatma**, s.350.

⁶¹ Zeytin, **a.g.m.**, s.13; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.59, s.99; Özdemir, **Aydınlatma**, s.350.

⁶² Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, “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**, C.10, Sa.1, 2007, s.52.

hakları hukuken önem taşımakta ve kişinin rızası olmadan, dolayısı ile aydınlatma yükümlülüğü gerçekleşmeden bu varlıklarına yapılan her türlü hukuka aykırı müdahale kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilmektedir⁶³. Nitekim doktrinde bazı yazarlar tarafından, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi kişiliğin korunması açısından bakıldığında TMK m. 23 ve 24 hükümlerinin de aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak teşkil etmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁴.

Yargıtay da bu genel hükümler bağlamında, *“Kişiler, kendi vücutları üzerinde, ayırık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.”* diyerek kişilik haklarını, vücut dokunulmazlığını ve buna bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğünü koruma altına alan bir görüştedir⁶⁵.

Yukarıda bahsi geçen genel nitelikli hukuki düzenlemeler dışında, konuya ilişkin özel hukuki düzenlemeler de iç hukuk mevzuatımızda yer almaktadır. Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi şu şekildedir:

“(1) Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

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

⁶³ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.59.

⁶⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.73; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.61, Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.99; Özdemir, **Aydınlatma**, s.350.

⁶⁵ Yarg. 4.HD. T.07.03.1976, E.1976/6297 (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 05.06.2014).

(3) 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.”

Bu düzenlemede; tedavi aydınlatması ve bilgilendirme aydınlatmasına yer verilmekle birlikte, söz konusu aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarının hastanın sağlık durumuna bağlı olarak değişebileceği vurgulanmıştır⁶⁶.

İç hukuk mevzuatımızda, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir diğer hüküm ise, yine 08.05.2014 tarihli ve 28994 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile başlığı ve içeriği değiştirilen HHY m.15 şu şekildedir⁶⁷:

“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 tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,*
- hususlarında bilgi verilir.”*

Söz konusu değişiklik yapılmadan önce maddenin başlığı, “Genel Olarak Bilgi İsteme” iken, değişiklik ile beraber maddenin başlığı “Bilgilendirmenin Kapsamı” olmuştur. Hükümün içeriğine ilişkin açıklamalar, çalışmamızın devamında incelenecektir.

⁶⁶ Zeytin, **a.g.m.**, s.13; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.99, Özdemir, **Aydınlatma**, s.351.

⁶⁷ (çevrimiçi: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140508-3.htm>, E.T. 05.06.2014).

Bu noktada aydınlatma ile rıza arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir. Çünkü hastanın kendi vücuduna yönelik hakları, söz konusu tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesini ancak hastanın rızası ile mümkün kılmaktadır. Hastanın rızasının da geçerli olabilmesi ise, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi ile mümkün olabilecektir. Bu nedenle hastanın rızasının alınması gerektiğine ilişkin yasal düzenlemeler, aynı zamanda hastanın aydınlatılması gerektiği sonucunu da beraberinde getirecektir. Bu bağlamda hastanın rızasının alınmasına ilişkin hükümlerin de aydınlatma yükümlülüğüne dayanak teşkil edebilecek nitelik taşıdığını söyleyebiliriz.

Nitekim HHY m.4/h hükmünde rıza, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Buna bağlı olarak HHY m.31/f.1 hükmünde de belirtildiği üzere, rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır⁶⁸.

Türk Tabipler Birliği tarafından düzenlenen Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.26 hükmünde de aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna 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 sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.”*⁶⁹. Burada da “aydınlatılmış onam” başlıklı madde ile yukarıda bahsi geçen düzenlemelere paralel olacak şekilde aydınlatma yükümlülüğünün hüküm altına alındığını görmekteyiz.

Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.27’de ise, bilgilendirilmeme hakkı *“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*

⁶⁸ (çevrimiçi: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140508-3.htm>, E.T. 05.06.2014).

⁶⁹ (çevrimiçi: http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31, E.T. 05.06.2014)

hekim karar verir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu husus aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldıran haller başlığında ayrıca incelenecektir.

Tıbbi müdahaleler her zaman hasta üzerinde gerçekleştirilmemektedir. Bir başka deyişle, tıbbi müdahalenin söz konusu olabilmesi için bir hastanın mevcut olması şart değildir. Bu bağlamda tıbbi müdahaleler, bir tıbbi araştırma söz konusu olduğunda gönüllü kişilere, bir organ bağıışı söz konusu olduğunda vericiye yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, bunlara benzer her türlü tıbbi müdahalede söz konusu olmaktadır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünden bahsedebilmek için, tıbbi müdahalenin var olması ve bu müdahalenin bir kişiye yönelik olarak gerçekleştiriliyor olması yeterlidir⁷⁰.

HHY’de yer alan “Gönüllünün Korunması ve Bilgilendirilmesi” başlığı altında m.33/f.2 hükmünde *“Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir.”* şeklinde düzenlemeye gidilerek gönüllüye rızasını her zaman geri alabileceği hususunda bilgilendirilmesi zorunlu tutulmuştur. HHY m.34 hükmünde ise madde başlığında belirtildiği üzere “rıza almanın usulü ve şekli” düzenlenmiş olsa da, *“... tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün...”* hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yukarıda da değinildiği üzere tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olarak gerçekleşmemesi için gerekliliği vurgulanmıştır⁷¹.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m.7/a-b hükümlerinde de hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin doğrudan düzenleme yoluna gidilmiştir⁷². Kanunun “Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü” başlığı altında yer alan hükme göre; *“(1) Organ ve doku alacak hekimler: a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi*

⁷⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.293 vd.

⁷¹ Dural, **a.g.m.**, s.256.

⁷² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.100; Hakeri, **a.g.e.**, s.272; Zeytin, **a.g.m.**, s.14.; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.61.

vermek; b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak; ...” yükümlülüğü altındadırlar.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 7. maddesinde de, hekimin vericiyi aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiş olup, bu kanuna dayalı olarak çıkarılan 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük’ün “izin belgesi” örneğinde de hekimin yapacağı açıklamanın içeriğine yer verilmiştir⁷³.

Ayrıca 21.8.1987 tarih ve 19551 sayılı Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği’nde⁷⁴ ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’te de aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁷⁵.

1.3.2.2. Uluslararası Hukuk Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ya da hukuken bağlayıcı olmasa da devletlerin ve uluslararası örgütlerin verdikleri önem ile ilkesel olarak iç hukuk düzenlemelerine tesir eden ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümler içeren uluslararası metinler şunlardır:

- Dünya Tıp Birliği’nin Lizbon’da 1981 yılında yayımlanmış olduğu Lizbon Bildirisi,
- Dünya Tıp Birliği’nin 1994 yılında yayımladığı Amsterdam Bildirisi,
- Eylül 1995’te Dünya Tıp Birliği tarafından yayımlanan Bali Bildirisi,
- Kasım 2002’de Roma’da kabul edilen Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü,
- 04.04.1997 tarihinde Oviedo’da düzenlenen ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 03.12.2003 tarihinde kabul edilip 20.04.2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması

⁷³ Ozanoğlu, **a.g.m.**, dpn.23; Özdemir, **Aydınlatma** s.351; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.100.

⁷⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19551.pdf>

⁷⁵ **EK-2, m.2:** Önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, dünya şartlarında başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri muvafakat formunda yer almalıdır.

Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁷⁶.

Bunların dışında, aydınlatma yükümlülüğü ile doğrudan ilgili olmasa da, aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak teşkil edebilecek nitelikte hükümler içeren uluslararası metinler de vardır:

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi,
- İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi,
- Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi,
- Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde⁷⁷ ise, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümler birden fazla ve farklı başlıklar altında incelenmiştir⁷⁸.

İlk olarak Sözleşme'de "Muvafakat" başlıklı II. Bölüm'ün altında genel kural olarak m.5/f.1 hükmünde, *"sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir."* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu hükümde aydınlatma yükümlülüğü, rızanın hukuka uygun olabilmesi için bir ön koşul olarak değerlendirilmiş⁷⁹ ve madde metninden de anlaşılabacağı üzere kişiye tıbbi müdahale özelliği taşıyan herhangi bir müdahalenin yapılması, kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde müdahaleye muvafakat etmesi şartına bağlı tutulmuştur. Sözleşme'nin m.5/f.2 hükmü ise, *"Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir."* şeklinde düzenlenmiş ve ilk fıkranın aksine rızadan bağımsız olarak, doğrudan aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili bir düzenleme tesis etmiştir.

⁷⁶ Çalışmanın devamında bu sözleşmeden İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi olarak bahsedilecektir.

⁷⁷ "Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ad ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir."

⁷⁸ Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi: Profesör Dr. Sinan Beksac'a", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C:55, Sayı:1, 2006, s.157.

⁷⁹ Bkz.: s.4.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı" başlıklı III. bölümünde, m.10/f.2 hükmünde ise; *"Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir."* şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme aydınlatma yükümlülüğünden ziyade bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirilse de; hastanın, kendisiyle ya da hastalığıyla alakalı bilgileri istemesi halinde (dosyasını ya da röntgen sonuçlarını görmek istemek gibi), hekimin tedaviye ilişkin şartlara ve tedavinin gelişimiyle ilgili bilgileri hastadan saklaması, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün de temeli olan hastanın kendi geleceğini belirleme ve kişisel onur hakkı ile bağdaşmamaktadır⁸⁰. Bu bağlamda söz konusu hükmün de, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak teşkil edebilecek bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılabilir.

1.4. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

1.4.1. Genel Olarak

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirleyebilmek için kapsama ilişkin genel bir kurala ihtiyaç duyulsa da, bu özellikte bir kural koymanın güç olduğu da ortadadır. Bu ihtiyacın karşılanması noktasında, aydınlatma yükümlülüğün kapsamının ne olduğu hususunda bir çözümleme ancak belirli ve özel durumlar ile alakalı düzenlemeler vasıtasıyla yapılabilmektedir. Ancak bu düzenlemeler de aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirlemek açısından bir kesinlik taşımamakta ve yeterli görülmemektedir. Bu belirsizliğin ve söz konusu eksikliğin giderilememesinin nedeni; aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının, her somut olayda ya da her hastada farklılık arz etmesi gerektiğindendir⁸¹.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin, en temel düzenleme; TDN m.14 hükmünde yer almaktadır⁸². Söz konusu hükümde; *"...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır..."* şeklinde bir düzenlemeye

⁸⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.467.

⁸¹ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.145; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.102; Battal Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Sorumluluk)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.42.

⁸² Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.69; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.64.

gidilerek, prensip olarak, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının ne olacağı düzenlenmiştir⁸³.

08.05.2014 tarihli ve 28994 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilen HHY m.15, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını şu şekilde düzenlemektedir:

“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 tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir.”

HHY m.31’e bakıldığında ise; “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.” denilerek, her ne kadar rızaya ilişkin bir düzenleme söz konusu olsa da, tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları, hekimin hastayı aydınlatmakla yükümlü olduğu hususlar olarak hüküm altına alınmıştır⁸⁴.

TTB tarafından düzenlenen HMEK m.26’de ise; “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 sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri

⁸³ Çilingiroğlu, a.g.e., s.64.

⁸⁴ Hakeri, a.g.e., s.304.

konularında aydınlatır.” denilerek yukarıda bahsedilen yasal düzenlemelerdeki kapsam yine aynı doğrultuda bir düzenlemeye gidilmiştir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin özel düzenlemeler içeren 2238 sayılı ODASNHK m.7 hükmünde de belirtildiği üzere hekim; vericiye uygun biçimde ve ayrıntıda söz konusu tıbbi müdahalenin neden olacağı tehlikeler ve bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek ve ayrıca organ ve doku verenin alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak yükümlülüğü altına alınarak, yükümlülüğün kapsamı belirlenmiştir⁸⁵.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bir diğer yasal düzenleme ise, 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te ve ayrıca 21.8.1987 tarih ve 19551 sayılı Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği’nde örnekleri yer alan izin belgeleridir. Bu belgelerde yer alan ifadelere göre hekim; gebeliğin tıbben sona erdirilmesine, sterilizasyona ve embriyo aktarmasına ilişkin müdahalelerin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza olmaksızın müdahalelerde bulunulamayacağı; rızanın kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmadıkça aşılamayacağı gibi hususları açıklamak yükümlülüğü altına alınarak, aydınlatmanın kapsamı belirlenmiştir⁸⁶.

Mevcut yasal düzenlemelerde yer alan ifadelere ilave olarak doktrindeki görüşlere hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken dikkate alması gereken kapsamın; somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁷. Somut olayın özellikleri ifadesinden anlaşılması gereken ise; yapılacak ya da yapılması düşünülen tıbbi müdahalenin niteliği, hasta için hayati bir tehlike teşkil edip etmiyor oluşu, hastanın eğitim ve kültür düzeyi, hastanın ruh sağlığının tıbbi müdahaleden ne ölçüde etkileneceği gibi değişkenlere bağlı saptanacak hususlar olmalıdır⁸⁸.

⁸⁵ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.63; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.101; Yılmaz, **Sorumluluk**, s.42.

⁸⁶ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.63-64; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.101-102.

⁸⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.75; Hakeri, **a.g.e.**, s.305; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.70; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.64; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.102; Yılmaz, **Sorumluluk**, s.42;

⁸⁸ İpekyüz, **a.g.e.**, s.81.

Tam bu noktada, somut olayın özellikleri değerlendirilirken esas alınacak kıstas ise tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği hasta; bir başka deyişle soyut bir varlık değil, somut hasta olmalıdır. Yani hastanın ne kadar bilmek istediği, söz konusu bilgilerin ne kadarını algılayabileceği, bunları nasıl kavrayabileceği gibi hususlar, makul ya da ortalama bir tip üzerinden değil, doğrudan somut olaydaki hastaya yönelik özellikler ve hastanın beklentilerine göre şekillendirilmelidir⁸⁹.

Tüm bu düzenlemelere ilişkin doktrin görüşleri ile birlikte aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına giren hususları sıralamak gerekirse, tıbbi müdahaleye karara yönelik aydınlatma, koruma ve tedaviye yönelik aydınlatma hususları söz konusu olmaktadır.

1.4.1.1. Müdahale ve Karar Aydınlatması

Müdahale ve karara yönelik aydınlatmadan anlaşılması gereken, hekimin hastalıkla ilgili teşhisi, hangi tıbbi müdahalenin gerektiğini, söz konusu tıbbi müdahalenin olumlu ve olumsuz etkilerini, taşıdığı riskleri, uygulanabilecek diğer tıbbi müdahaleleri kapsayacak şekilde tıbbi müdahalenin bütün özelliklerini içeren bir aydınlatma gerçekleştirmesidir⁹⁰. Bu bağlamda aydınlatmanın gerçekleşmesi, hastanın bu bilgilere sahip olarak söz konusu tıbbi müdahaleyi kabul etmesine yardım eden bir nitelik taşımaktadır, ki bu da yukarıda değinilen aydınlatma yükümlülüğünün işlevlerine uygun bir yapının varlığını göstermektedir⁹¹. Buna bağlı olarak tanı ve teşhisin, sürecin ve rizikoların tam olarak hastaya aktarılması gerekecektir.

1.4.1.1.1. Teşhis Aydınlatması

Teşhise yönelik aydınlatma, herhangi bir sağlık şikayeti ile hekime başvuran bir hastanın, gerçekleştirilen birtakım muayene ve tıbbi müdahaleler sonucunda tespit edilen hastalık ve tıbbi bulgular ile ilgili olarak, hekim tarafından aydınlatılmasını

⁸⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.305-306.

⁹⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s. 275; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s. 65; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60; Özdemir, **Aydınlatma**, s.353; Zeytin, **a.g.m.**, s.8; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.77-78.

⁹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.277.

ifade etmektedir⁹². Söz konusu aydınlatma, hekim ile hasta arasındaki iletişimin temelini oluşturmamasından dolayı, hekim ile hasta arasında tesis edilmesi gerekli ve şart olan güven ilişkisi açısından da önem taşımaktadır⁹³. Bu bağlamda hekim, tespit ettiği hastalığın ne olduğunu ve buna ilişkin bulguları bildirmek yükümü altındadır⁹⁴. Ayrıca hekim teşhis aydınlatmasını gerçekleştirirken; hastalığın mahiyetini, sebeplerini, etkilerini de hastaya açıklamalıdır⁹⁵.

Prensip olarak hekim, hastalığın ağırlığı ne olursa olsun her türlü hastalığı hastasına bildirmek yükümü altındadır⁹⁶. Çünkü tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan rızanın, hastanın söz konusu teşhisi bilmesi ve buna bağlı olarak özgür iradesi ile alınması ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁹⁷. Bir başka ifadeyle; söz konusu teşhisin, hastanın sağlığına ilişkin bulguların ve bu bulguların sonuçları ile ilgili olarak hekimin susması, teşhisi gizlemesi ve hastayı bilgilendirmemesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi noktasında bir ihlale neden olacaktır⁹⁸.

1.4.1.1.2. Süreç Aydınlatması

Sürece yönelik aydınlatma ise; hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahalenin, hangi metotlarla yapılacağını, müdahale öncesi durum ile müdahale sonrası durum arasında sağlık açısından olumlu anlamda ne gibi farklılıklar olacağını hekim tarafından hastaya açıklanması olarak tanımlanabilir⁹⁹. Süreç aydınlatması ile birlikte hasta; amaçlanan tıbbi müdahale, söz konusu tıbbi müdahalenin etkileri ve tıbbi müdahale süreci hakkında aydınlatılmaktadır¹⁰⁰. Hekim süreç aydınlatmasını gerçekleştirirken; tıbbi müdahale veya tedavinin türünü, ağırlığını, kapsamını, nasıl

⁹² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60; Özdemir, **Aydınlatma**, s.353; İpekyüz, **a.g.e.**, s.77; Hakeri, **a.g.e.**, s.277; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.139; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s. 66.

⁹³ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.66; Zeytin, **a.g.m.**, s.11.

⁹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.277-278; Özdemir, **Aydınlatma**, s.354; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.66; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60.

⁹⁵ İpekyüz, **a.g.e.**, s.78.

⁹⁶ Özdemir, **Aydınlatma**, s.354; İpekyüz, **a.g.e.**, s.78; Hakeri, **a.g.e.**, s. 278; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.66; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78; Zeytin, **a.g.m.**, s.10-12.

⁹⁷ Bkz.: s.4.

⁹⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.66; Hakeri, **a.g.e.**, s. 278-279.

⁹⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 279; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.139.

¹⁰⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.71; Özdemir, **Aydınlatma**, s.354; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.66.

yürütüleceğini ana hatlarıyla açıklamak yükümlülüğü altındadır¹⁰¹. Bir başka deyişle; süreç aydınlatması bağlamında hekim, uygulanacak tedaviyi ya da tıbbi müdahaleyi bütün ayrıntılarıyla açıklamak yükümlülüğü altında değildir Bu açıdan bakıldığında hekimin, hastaya uygulanması planlanan tıbbi müdahalenin önemli noktaları ile ilgili olarak hastayı aydınlatması yeterli görülmektedir¹⁰².

Süreç aydınlatmasının kapsamına, tıbbi müdahalenin kesin sonuçları konusunda yapılacak olan aydınlatma da dahil edilmektedir. Bir ameliyat sonrası hastanın vücudu üzerine kalacak olan dikiş izi, rahmin alınmasından sonra kişinin çocuk doğurmasının imkansız olacağı, dişin çekilmesi durumunda ısıрма ve koparma zorluğu çekeceği süreç aydınlatması kapsamında yer almakta ve dolayısı ile hekimin aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu bir durum olarak değerlendirilmektedir¹⁰³.

Ayrıca hekim, süreç ile ilgili aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, söz konusu tıbbi müdahalenin başarısız olma ihtimalinden de bahsetmeli, başarı ve başarısızlık şansını yüzdelik bir oran vererek hastaya açıklamalıdır¹⁰⁴. Bu bağlamda hekim, teşhis ve karar aydınlatmasından süreç aydınlatmasına geçişte ilk aşama olarak, yapılması düşünülen tıbbi müdahalenin gerekliliği ile ilgili olarak da aydınlatma yapmalıdır¹⁰⁵. Burada hastanın özgür iradesine dayalı olarak karar vermesi, kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin gerçekleşmemesi halinde ne gibi bir süreçle karşılaşacağını, hastalığın nasıl gelişeceğini de bilmesini gerektireceğinden; süreç aydınlatmasının kapsamında bu husus da yer almaktadır¹⁰⁶.

1.4.1.1.3. Riziko Aydınlatması

Rizikolara ilişkin aydınlatma ise, tıbbi müdahaleden sonra meydana gelebilecek muhtemel her türlü sonucun, tıp biliminin ulaştığı bilimsel ve teknik seviye esas alınarak hastanın serbest irade ile karar verebilmesini sağlayacak şekilde

¹⁰¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 279; Ayan, **a.g.e.**, s.71; Özdemir, **Aydınlatma**, s.354.

¹⁰² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78; Hakeri, **a.g.e.**, s. 279-280; Özdemir, **Aydınlatma**, s.354.

¹⁰³ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.139; Hakeri, **a.g.e.**, s. 280.

¹⁰⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.281.

¹⁰⁵ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67.

¹⁰⁶ Ayan, **a.g.e.**, s.71; Hakeri, **a.g.e.**, s.280.

aydınlatılması anlamını taşımaktadır¹⁰⁷. Bu açıdan bakıldığında riziko aydınlatması; müdahale ve karar aydınlatması kapsamında değerlendirilen, hastanın tıbbi müdahaleyle ilgili bilgi sahibi olmasına ve tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine yönelik kararına doğrudan ve esaslı olarak tesir eden bir aydınlatma türü olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰⁸.

Riziko aydınlatmasının kapsamına giren bir diğer husus olarak; hekimin, söz konusu tıbbi müdahalenin taşıdığı doğrudan tehlikeler dışında, tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkabilecek riskler konusunda da hastayı aydınlatması gerektiği söylenebilir. Bu noktada hekim; sadece komplikasyonlara ilişkin olarak değil, hastanın karar vermesi açısından önem taşıyan her türlü risk bakımından aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek durumunda olacaktır¹⁰⁹. Riziko aydınlatmasını yerine getirirken hekim, esas itibarı ile; söz konusu risklerin ağırlığını, gerçekleşme sıklığını, nasıl ve ne zaman ortaya çıkabileceğini ayrıntılı olarak hastaya açıklamak durumundadır¹¹⁰.

Ancak bir hastalığın tedavisi ya da bir sağlık problemine ilişkin tıbbi müdahale; hastanın veya hastalığın subjektif nitelikleri, tıbbın ve tıbbi teknolojinin mevcut seviyesi ve en önemlisi tıp biliminin ilgilendiği alanın her ne olursa olsun biyolojik özellik taşıması nedeniyle, sonuç garantisi verilerek gerçekleştirilemeyecek bir nitelik taşımaktadır¹¹¹. Bu nedenle; söz konusu tıbbi müdahale veya tedavinin gerçekleştirilmesi esnasında, gerekli özenin gösterilmiş olmasına ve müdahalenin hekimlik mesleği kurallarına uygun olacak şekilde hatasız yapılmasına rağmen; müdahaleden dolayı meydana gelebilecek olası kalıcı veya geçici sonuçlarla, komplikasyonlarla ve risklerle karşılaşılması doğal karşılanmaktadır¹¹². Bu noktada riziko aydınlatmasının ne ölçüde ve hangi kapsamda yapılması gerektiği hususu, ortaya çıkan tıbbi ve hukuki sorunların çözülmesi açısından önem taşımaktadır. Riziko aydınlatmasına ilişkin kapsamın belirlenmesi noktasında esas alınacak

¹⁰⁷ Zeytin, **a.g.m.**, s.21-23; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60; Hakeri, **a.g.e.**, s.289; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67; Özdemir, **Aydınlatma**, s.355; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78-79; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.139-140.

¹⁰⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78-79; Hakeri, **a.g.e.**, s.289.

¹⁰⁹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78-79; Hakeri, **a.g.e.**, s.290.

¹¹⁰ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67; Hakeri, **a.g.e.**, s.290; Özdemir, **Aydınlatma**, s.355.

¹¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.289; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.139.

¹¹² Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67; Özdemir, **Aydınlatma**, s.355; Hakeri, **a.g.e.**, s.289; Zeytin, **a.g.m.**, s.5.

değişkenler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kapsam değişiklikleri, çalışmamızın devamında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlediği ve aydınlatma yükümlülüğünün daraldığı haller başlıkları altında incelenecektir.

1.4.1.2. Koruma ve Tedavi Aydınlatması

Koruma ve tedaviye yönelik aydınlatma ise müdahale ve karar aydınlatmasından farklı olarak, rızasının alınması amacı taşımamakta ve uygulanacak olan tıbbi müdahalenin başarılı sonucu vermesi için yapılması gereken hususlar, yaşam ve vücut bütünlüğünün, malvarlığı ve kişilik haklarının korunmasına yönelik davranışlar konusunda hekim tarafından hastanın aydınlatılmasını ifade etmektedir¹¹³.¹¹⁴. Burada aydınlatmanın amacı hastanın; sağlık durumu, kullanacağı ilaçların etkileri, iyileşme sürecinin işleyişi hakkında bilgilendirilerek¹¹⁵, söz konusu tıbbi müdahalenin başarıya ulaşmasına ve hasta sağlığını tehdit eden tehlikelerin önlenmesine yönelik olarak hastanın belirli davranış şekillerine uymasını sağlamaktır¹¹⁶.

Koruma ve tedavi aydınlatması, hekimin sağlık hizmetinin ve dolayısı ile aydınlatma yükümlülüğünün esaslı ve önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle hekim; hastayı zamanında ve tam olarak aydınlatmak yükümlülüğü altındadır. Hekimin, bu bağlamda tıbbi olarak gerekli olanı mümkün kılan, hazırlayan ya da destekleyen nitelikte bir aydınlatma gerçekleştirmesi gerekmektedir¹¹⁷. Bu açıdan bakıldığında tedavi ve koruma aydınlatmasında esas olan, hastanın tıbbi tehlikelere karşı korunmasına, tedavinin en uygun şekilde gerçekleştirilmesine, komplikasyonların önlenmesine ve hastanın sağlığına kavuşmasını sağlamaya yönelik düşünceler ön planda tutulmaktadır¹¹⁸.

Tedavi ve güvenlik aydınlatmasının hangi kapsamda, hangi şartlarda ve ne şekilde yerine getirileceği, belirli ölçütler ve başlıklar altında incelenmektedir. İlk olarak;

¹¹³ Zeytin, **a.g.m.**, s.6-7; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.68; Özdemir, **Aydınlatma**, s.356; Hakeri, **a.g.e.**, s.284; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.137-138.

¹¹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.284; Özdemir, **Aydınlatma**, s.356.

¹¹⁵ Özdemir, **Aydınlatma**, s.356-357; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.68; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.137.

¹¹⁶ Zeytin, **a.g.m.**, s.7; Hakeri, **a.g.e.**, s.284; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.68; Özdemir, **Aydınlatma**, s.357.

¹¹⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.284; Özdemir, **Aydınlatma**, s.357.

¹¹⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.68; Hakeri, **a.g.e.**, s.285; Zeytin, **a.g.m.**, s.7.

tedavi ve güvenlik aydınlatması, sadece tedaviye veya sadece korumaya yönelik olmamalı, hekim bu yükümlülüğü yerine getirirken her iki amaca yönelik bir aydınlatma gerçekleştirmelidir¹¹⁹. Bu bağlamda hekim; hastayı koruyacak yaşam biçimini belirlemek için hastalığı ve hastalık eğilimini, ilaç kullanılacaksa ilacın dozunu ve hastanın bünyesinin bunu kaldırıp kaldıramayacağını hastaya açıklamak durumundadır¹²⁰. Bunun yanında hekimin, tıbbi müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların ne olabileceği ve bunları nasıl tanıyabileceği konusunda da tedavi ve güvenlik aydınlatması kapsamında yükümlülük altındadır¹²¹.

Hastanın tıbbi müdahale veya tedaviyi reddetmesi halinde de; hekimin, tedavi ve koruma aydınlatması kapsamında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün hastanın sağlığını koruma amacı taşıdığı hususu, söz konusu tıbbi müdahale ya da tedavinin reddinin sonuçlarına ilişkin olarak hastanın aydınlatılması noktasında kendini göstermektedir. Hastanın sağlığı açısından faydalı ve gerekli olan bir tıbbi müdahaleye, hastanın rıza göstermemesi halinde hekim; söz konusu tıbbi müdahale veya tedavinin gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkacak etki ve sonuçlar hususunda hastayı aydınlatmak yükümlülüğü altında olacaktır. Bu bağlamda hekimin, hastanın tedaviyi ret hakkını esas alarak, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten imtina etmesi uygun olmayacaktır¹²².

Benzer bir durum da; hastanın, tıbben kabul edilemeyecek taleplerde bulunması halinde ortaya çıkmakta ve yine hekim, hastayı tıbben olması gereken hususlar noktasında bilgilendirmek ve hastayı yanlış taleplerinden vazgeçirmek durumunda olacaktır¹²³.

Tıbbi müdahalede kullanılacak tıbbi malzeme ve tedavide kullanılacak ilaçlarla ilgili bilgilendirme yapılması da, tedavi ve koruma aydınlatması kapsamında değerlendirilmektedir. Hasta tarafından kullanılacak ilaçların etkileri, yan etkileri, dozu, hastanın bünyesine uygunluğu gibi hususlar ile alakalı olarak hastanın hekim

¹¹⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.284.

¹²⁰ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.137; Hakeri, **a.g.e.**, s.285-288.

¹²¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.285.

¹²² Zeytin, **a.g.m.**, s.7.

¹²³ Hakeri, **a.g.e.**, s.285.

tarafından aydınlatılması gerekmektedir. Bu durum özellikle hekimin söz konusu tıbbi malzeme ya da ilacın bizzat kendisi tarafından uygulanması halinde hekimin de aydınlatmayı bizzat yapması önem arz etmektedir. Bununla birlikte; hekimin, ilacı ya da tıbbi malzemeyi sadece reçete olarak yazması halinde, ilacın ya da tıbbi malzemenin prospektüsüne yönlendirmede bulunulabileceği söylene de, prospektüsteki açıklamaların hasta açısından algılanabilecek olmaması ve hekim ile hasta arasındaki ilişkinin özellikleri gereği belirgin ve önem taşıyan uyarıların hekim tarafından yapılması gerektiği de vurgulanmaktadır¹²⁴.

1.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlediği Haller

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi aşamasında hastanın; sağlık durumu, tıbbi müdahale, tıbbi müdahalenin faydaları, riskleri, sonuçları, komplikasyonları ve tedavi süreçleri ile ilgili aydınlatılarak bilgi sahibi olması prensip olarak yeterli görülebilmektedir¹²⁵. Ancak söz konusu tıbbi müdahalenin ve hastanın kendilerine özgü niteliklerine veya somut şartlarına bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyebilmektedir¹²⁶.

Aydınlatma yükümlülüğünün, hasta ile hekim arasındaki var olması gereken güven ilişkisinin sağlanması ve hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahaleye ilişkin kapsamlıca bilgi alarak özgür iradesi ile kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında bir karar vermesinin sağlanması noktasında iki temel amacı olduğundan bahsetmiştik¹²⁷. Aydınlatma yükümlülüğünün genişlediği hallerin saptanması açısından da bu iki temel amaç önem taşımaktadır. Bir başka deyişle, hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin sağlanması veya arttırılması amacıyla ya da hastanın, söz konusu tıbbi müdahaleye yönelik olarak özgür iradesi ile karar verebilmesini sağlamak amacıyla belli durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir.

¹²⁴ Özdemir, **Aydınlatma**, s.358; Hakeri, **a.g.e.**, s.285-288.

¹²⁵ Turan Ateş, **Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları**, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 3.b, 2012, s.44.

¹²⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Ateş, **a.g.e.**, s.44; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹²⁷ Bkz.: s.29.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlediği halleri belirlerken, söz konusu tıbbi müdahalenin niteliklerinden hareket etmek uygun olacaktır. Bunu belirlerken de dikkat edilmesi gereken kıstas, öncelikli olarak, söz konusu tıbbi müdahalenin taşıdığı risk ve doğurabileceği tehlikeli sonuçlardır¹²⁸. Bu kıstas ile hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi arasında bu kez doğru orantı söz konusu olacaktır. Bu bağlamda; hastaya uygulanan ya da uygulanacak olan tıbbi müdahale ile hastanın almış olduğu ya da alacağı risk ne kadar büyük ise, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da o oranda genişleyecektir¹²⁹. Aynı zamanda, söz konusu tehlikenin niteliği de aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bir başka deyişle; tehlikenin büyüklüğü, hastanın sağlığı açısından önemi, geçici ya da kalıcı bir nitelikte bir tehlike söz konusu olması durumlarına göre aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında değişiklik olacaktır. Bu durumda tıbbi müdahale ile ortaya çıkan ya da çıkacak tehlike büyük olması, hastanın sağlığı açısından subjektif olarak önem taşıyor olması ve söz konusu tehlikenin kalıcı ya da uzun süre devam edecek nitelikte olması hallerinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da buna bağlı olarak genişleyecektir¹³⁰.

Tıbbi müdahaleyle ilgili risk oranlarının belirlenmesi ve hangi ölçüde hasta tarafından bilinmesi gerektiği önem taşımaktadır¹³¹. Riziko aydınlatmasında risk oranlarının kullanılıp kullanılmayacağı ve kullanılacak risk oranlarının belirlenmesi de yine önem taşımaktadır. Ancak burada öncelikli olarak söylenmesi gereken husus, tıbbi müdahale zamanına kadar bilinen mevcut risk oranlarının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesine yönelik olarak tek başına önem teşkil etmediği ve tıbbi müdahalenin riskinin bu verilere bağlı olarak belirlenemeyeceğidir. Bu noktada önemli olan ölçüt, hastanın özgür iradesi ile karar vermesi açısından, söz konusu risklerin hasta tarafından bilinmesinin gereklilik taşıyıp taşımadığı

¹²⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.65; Ayan, **a.g.e.**, s.76-77; Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 1982, s.40; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹²⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Ayan, **a.g.e.**, s.77; Özsunay, **a.g.m.**, s.40; İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹³⁰ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103.

¹³¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.79; Hakeri, **a.g.e.**, s.289; Özdemir, **Aydınlatma**, s.355; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67.

olacaktır¹³². Şu halde yine hekimin takdirine bırakılmış bir durum ortaya çıkmaktadır. Risklere ilişkin istatistikler, ülke ve hatta daha dar coğrafi konumlar, hastanın kişisel durumu, tıbbi müdahalede kullanılacak yöntemler açısından özellik taşıması bu açıdan bakıldığında ölçüt olarak alınabilecektir¹³³. Ancak hekim her türlü durumda, bu kriterlere uygun olacak şekilde söz konusu hastalığın istatistiki verilerini hastaya naklederek, oransal olarak ihtimalleri açıklamak yükümlülüğü altındadır¹³⁴.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi sonucunu doğuran, tıbbi müdahalenin niteliği ile ilgili ikinci kıstas ise; tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin ivediliği hususu olacaktır¹³⁵. Tıbbi müdahalenin ivediliği ile aydınlatma yükümlülüğünün genişlemesi arasında, ters orantı söz konusudur. Açmak gerekirse, hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin niteliği, hastanın sağlık durumu ve tedavisi açısından ne kadar az ivedilik taşıyorsa, aydınlatma yükümünün kapsamı da o oranda genişlemektedir¹³⁶. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının bu şekilde genişlemesi durumuna örnek olarak; kişinin üzerinde iyice düşünüp ciddi bir karar vermesi gereken estetik operasyonlar gibi tıbbi müdahaleler, tavsiye edilen ancak yapılması zorunlu olmayan tıbbi müdahaleler, ivedi olmayan ve sadece teşhis amacı taşıyan biyopsi alınmasına benzer tıbbi müdahaleler sayılabilir¹³⁷.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesine neden olan bir diğer durum ise, tıbbi müdahalenin geri dönüşü olmayan bir nitelik taşıması halidir¹³⁸. Söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkacak sonuçların ortadan kaldırılabilmesinin mümkün olmadığı hallerde, hekim, aydınlatmanın kapsamını çok geniş tutmalı; aynı zamanda hastaya, tıbbi müdahalenin

¹³² Hakeri, **a.g.e.**, s.289; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67-68; Özdemir, **Aydınlatma**, s.355.

¹³³ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.67-68.

¹³⁴ Özdemir, **Aydınlatma**, s.355.

¹³⁵ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.65; Ayan, **a.g.e.**, s.76; Özsunay, **a.g.m.**, s.39; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.81; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹³⁶ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.65; Ayan, **a.g.e.**, s.76; Özsunay, **a.g.m.**, s.39; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.81-82; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.103; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹³⁷ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.82; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹³⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104.

gerçekleştirilmesi ile ilgili sağlıklı ve özgür iradesi ile karar verebilmesi için uzunca bir düşünme süresi sağlamalıdır¹³⁹.

Aynı durum, o zamana kadar denenmemiş yeni bir tedavi yöntemi ya da bu nitelikte herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir¹⁴⁰. Çünkü burada da tıbbi müdahaleden önceki durum ile tıbbi müdahale sonraki durum arasındaki önemli değişiklikler nedeniyle söz konusu tıbbi müdahaleye yönelik olarak hastanın kesin ve sağlıklı bir karar vermesi gerekeceğinden, buna bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişlemektedir. Kısırlaştırma operasyonları, cinsiyet değiştirme ameliyatları, gebeliğe son vermeye yönelik tıbbi müdahaleler, insan fizyolojisinde ciddi değişikliklere neden olacak tıbbi müdahaleler, belirli bir organın fonksiyonlarının sona erdirilmesine ilişkin tıbbi müdahaleler yine bu kapsamda değerlendirilebilecek niteliktedir¹⁴¹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişleten diğer bir husus ise; hastanın, tıbbi müdahaleye ilişkin bilgi almak amacıyla açık bir talepte bulunması halidir¹⁴². Kural olarak, hekim zaten aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek durumundadır¹⁴³. Buradaki kapsam genişlemesi hali, olağan aydınlatma yükümlülüğü kapsamı dışında, yani somut olayın ve hastanın durumu açısından bakıldığında yapılması gereken aydınlatmanın ötesinde daha geniş kapsamlı bir aydınlatma talebinin hasta tarafından hekime yöneltilmesi ihtimalinde ortaya çıkacaktır¹⁴⁴. Bu durumda hekim; somut olay ne olursa olsun, tıbbi müdahalenin tehlikesinin büyüklüğü ne olursa olsun, olası risklerin gerçekleşme ihtimali ne olursa olsun, hastanın talebine uygun olarak olağan kapsamın sınırını aşan bir şekilde hastayı aydınlatmak, hastanın sorularını doğru olarak cevaplandırmak ve aynı zamanda atipik yan etki ve komplikasyonlar dahil olacak şekilde hastanın zihnini açmak yükümlülüğü altına girecektir¹⁴⁵.

¹³⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Ayan, **a.g.e.**, s.77; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.70.

¹⁴⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66.

¹⁴¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.82; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66.

¹⁴² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82-83.

¹⁴³ Bkz.: s.11 vd.

¹⁴⁴ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82-83.

¹⁴⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 77; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.66-67; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 82-83.

1.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daraldığı Haller

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi ile alakalı olarak yukarıda verilen esaslarda olduğu gibi, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daralması da somut olayın, somut hastanın ve tıbbi müdahalenin niteliğine göre belirlenecektir¹⁴⁶. Burada aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daralmasına neden olan nitelik ve şartlar, bir anlamda kapsam genişlemesine neden olan nitelik ve şartların tersi gibi değerlendirilebilir¹⁴⁷. Bu bağlamda, hastanın sağlığı ve hastalığın gidişatı açısından tıbbi müdahalenin ivediliği arttıkça, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralacaktır¹⁴⁸. Yine aynı şekilde, söz konusu tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkabilecek riskler ve tıbbi müdahalenin hastanın sağlığı açısından oluşturduğu tehlikeler azaldıkça, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dar tutulabilecektir¹⁴⁹. Bu iki kıstas açısından bakıldığında hekim, tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü ile aydınlatma yükümlülüğü arasındaki dengeyi hasta haklarının korunması bağlamında en uygun noktada belirlemekle yükümlü olacaktır¹⁵⁰.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daralacağı bir diğer durum ise; hastanın söz konusu aydınlatmanın dar tutulmasına yönelik doğrudan ve açık talebinin olması halidir¹⁵¹. Bu ihtimalde hekim, hastanın sağlık durumunu, hastalığın niteliği ve seyrini dikkate alarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirlemekle yükümlü olacaktır¹⁵².

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının geniş tutulması nedeniyle, hastanın sağlığında, psikolojik durumunda, hastalığa karşı direncinde negatif anlamda bir etkilenme söz konusu olacak ve hastanın ruhen zarar görme ihtimali doğduğu

¹⁴⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.305; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104; Ateş, **a.g.e.**, s.44; Özdemir, **Aydınlatma**, s.360.

¹⁴⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104.

¹⁴⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Ayan, **a.g.e.**, 77-78; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.70; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.104-105.

¹⁴⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.70; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.83; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Ş. Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **TBB Dergisi**, Sa:98, 2012, s.400.

¹⁵⁰ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.83.

¹⁵¹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.400-401; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105.

¹⁵² Bkz.: s.21 vd.

hallerde de aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının dar tutulması gerekmektedir¹⁵³. Bu durum TDN m.14/f.2’de de özel olarak “*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 açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak bu noktada; aydınlatma sonucu hastanın ruhen zarar görecektir olması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı açısından bir ihlal teşkil edip etmediği hususu ortaya çıkacaktır¹⁵⁴. Söz konusu tıbbi müdahale açısından hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine ya da gerçekleştirilmemesine yönelik karar vermesi şeklinde tezahür etmektedir. Ancak bu kararın, özgür bir iradeyle ve tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatıldıktan sonra verilmesi gerekmektedir. Şayet aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmezse, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali söz konusu olabilecektir. Burada hastanın karar verme hakkının ihlali ile aydınlatma sonucunda doğabilecek hastanın ruhen zarar görmesi ihtimali arasında bir seçim yapmak gerekecektir. Hekimin bu gibi durumlarda, hastanın yararına olacak işlem ya da fiil ne ise onu uygulaması gerekmektedir¹⁵⁵. Bir başka deyişle; aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının dar tutulması için, aydınlatma nedeniyle ortaya çıkacak zarar veya zararların, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zarar ya da zararlara göre daha fazla olması gerekecektir¹⁵⁶. Hastanın yararının söz konusu olduğu ve aydınlatma nedeniyle hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir etmek suretiyle hastalığın daha vahim bir hal alacağı durumlarda, teşhis ve karar aydınlatmasının terapik ayrıcalık (tedavi ayrıcalığı)¹⁵⁷ ve insancıl nedenlerle

¹⁵³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Ateş, **a.g.e.**, s.45; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105.

¹⁵⁴ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁵⁵ Ayan, **a.g.e.**, s.78.

¹⁵⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.71; s.105; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁵⁷ Bu şekilde hekimin somut olayın özelliklerini, hastanın psikolojik yapısını, sağlık durumunu ve söz konusu tıbbi müdahalenin şartlarını değerlendirerek aydınlatma yükümlülüğü yerine getirirken hastanın yararına olacak şekilde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını sınırlandırma konusunda takdir yetkisine sahip olmasına hekimin tedavi ayrıcalığı adı verilmektedir.

kapsamının daraltılması mümkün olabilmektedir¹⁵⁸. Ancak bu durumun istisnası, hastanın aydınlatmayı her türlü durum açısından talep etmiş olmasıdır. Böyle bir talebin söz konusu olduğu hallerde hekim, hasta üzerinde ruhsal zararlar ortaya çıkacak olsa dahi, aydınlatmanın kapsamında herhangi bir daralmaya yer vermeyecek şekilde bu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecektir¹⁵⁹. Sonuç olarak bu ihtimallerin değerlendirilmesi ve hasta yararına bir karar verilmesi hekimin takdirine bırakılmıştır¹⁶⁰.

1.4.4. Aydınlatma Yükümlülüğünü Ortadan Kaldıran Haller

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi ve daralmasının yanında, bazı istisnai durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu durumlardan ilki; hastanın, aydınlatmadan vazgeçmesi halidir¹⁶¹. Nitekim HHY'nin "Bilgi Verilmesini Yasaklama" başlıklı m.20 hükmünde, *"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."* şeklinde bir düzenlemeye gidilerek, hastanın teşhis ile alakalı olarak aydınlatmadan vazgeçebileceği hüküm altına alınmıştır¹⁶². Bu durumu Anayasa'nın 17. ve TMK'nin 23. maddesinde yer alan düzenlemeler açısından değerlendirmek uygun olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesi için gerekli olmakla birlikte, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin haklarının da gerçekleşmesine hizmet ettiğinden, Anayasa'nın m.17 hükmünü ve TMK m.23 hükmü ile; *"(1) Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. (2) Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı*

¹⁵⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.83; Hakeri, **a.g.e.**, s. 278; Zeytin, **a.g.m.**, s.11; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60.

¹⁵⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s. 83; Ateş, **a.g.e.**, s.44.

¹⁶⁰ Reşat Atabek, Merih Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.XXVIII, Sa.2, 1954, s.150.

¹⁶¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.314; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362; Ateş, **a.g.e.**, s.46; Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.65.

¹⁶² Hakeri, **a.g.e.**, s.314; Zeytin, **a.g.e.**, s.26; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.148.

olarak sınırlayamaz.” şeklinde düzenlenen esasları da ilgilendirmektedir¹⁶³. Ancak hastanın tedaviyi reddetme hakkının, sonucunda ağır sağlık sorunlarına ya da ölüme sebebiyet vermesi ve bahsi geçen hükümlere rağmen uygulanmasının mümkün olduğu düşünüldüğünde; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 5.¹⁶⁴ ve 26.¹⁶⁵ maddelerinin de bir arada değerlendirilmesiyle birlikte, kişinin kendi üzerindeki tasarruf hakkının bir sonucu olarak aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçmesinin de bir hukuki aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşılabilir¹⁶⁶. Bu noktada aydınlatma yükümlülüğünün geçerli olarak ortadan kalktığına yönelik bir tespitte bulunabilmek için; hastanın ayırt etme gücünü haiz olması ve özgür iradesi ile aydınlatmadan vazgeçmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁶⁷.

Aydınlatmadan vazgeçmenin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için, vazgeçme iradesinin açık olması gerekmektedir¹⁶⁸. Ayrıca vazgeçme iradesinin duraksamalara meydan vermeyecek şekilde belirlenmesinin yanında haklı ve inandırıcı nedenleri bulunmalıdır¹⁶⁹.

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkması hali; hastanın tutum ve davranışlarının, hastanın ya da söz konusu tıbbi müdahalenin subjektif niteliklerinin bunu gerektirdiği durumlarda da söz konusu olabilmektedir¹⁷⁰. Aydınlatmanın yapılacağı kişinin, söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili bilgi sahibi olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldıran nitelikte bir durum olup, hastanın subjektif

¹⁶³ Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, C.50, Sa.4, 2001, s.68.

¹⁶⁴ **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5/f.3**: “İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

¹⁶⁵ **İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.26**: “Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz.”

¹⁶⁶ Zeytin, **a.g.m.**, s.25.

¹⁶⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.79; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Zeytin, **a.g.m.**, s.25; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362.

¹⁶⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.315; Ayan, **a.g.e.**, s.79; Zeytin, **a.g.m.**, s.26; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.67; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.65; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362.

¹⁶⁹ Yılmaz, **Sorumluluk**, s.43.

¹⁷⁰ Ayan, **a.g.e.**, s.79; Hakeri, **a.g.e.**, s.316-317; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362.

özelliklerinden biri olarak değerlendirilmektedir¹⁷¹. Bunun yanında söz konusu tıbbi müdahalenin, hastaya daha önceden de uygulanmış olması ya da hastanın bir başka hekim tarafından daha önce konuya ilişkin olarak aydınlatılmış olması gibi durumlarda da aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹⁷². Burada hastanın ne şekilde bilgi sahibi olduğu önem taşımamakla birlikte, her somut olay açısından bu durumun ayrıca saptanması önem arz etmektedir¹⁷³. Çünkü hasta hekim dahi olsa, bir hekimin tıbbın bütün alanlarına hakim olamayacağı düşüncesinin göz önünde bulundurularak, bahsedilen bütün bu durumlara ve kişinin ya da tıbbi müdahalenin özel hallerine rağmen, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin, her somut olay açısından söz konusu aydınlatmanın yeniden yapılması gerekip gerekmediğini hastaya sorular sorarak saptaması ve hastanın bilgi sahibi olup olmadığından emin olması gerekmektedir¹⁷⁴.

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalktığı hallerden bir diğeri ise, acil hallerdir¹⁷⁵. Acil hallerin varlığının saptanması noktasında iki unsur ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi ya da gecikmesi halinde hastanın ağır zarar tehlikesiyle karşı karşıya olması veya yaşamını kaybetme riski ile karşılaşacak olması gibi durumlar ortaya çıktığı takdirde, aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı söylenebilir¹⁷⁶. Nitekim bu durum ilişkin olarak HHY m.24/f.7’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu

¹⁷¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.317; Zeytin, **a.g.m.**, s.27; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Özsunay, **a.g.m.**, s.45; Ateş, **a.g.e.**, s.46; Kıcılıoğlu, **a.g.e.**, s.109; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362.

¹⁷² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.105; Özdemir, **Aydınlatma**, s.362.

¹⁷³ Hakeri, **a.g.e.**, s.317.

¹⁷⁴ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Hakeri, **a.g.e.**, s.317; Zeytin, **a.g.m.**, s.28; Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.399.

¹⁷⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.320; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.106; Özsunay, **a.g.m.**, s.45; Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.65; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.151; Doğan, **Acil Tıp**, s.156.

¹⁷⁶ Ayan, **a.g.e.**, s.79; Hakeri, **a.g.e.**, s.320; Yılmaz, **a.g.e.**, s.44; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.106; Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.65; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.151; Doğan, **Acil Tıp**, s.156.

durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

Söz konusu düzenleme her ne kadar rızaya ilişkin bir durum söz konusu olsa da, tıbbi müdahale açısından bir zorunluluk halinin mevcut olması halinde çalışmamızda önceden de açıkladığımız gibi bu durumun aydınlatma yükümlülüğünü de etkilediği sonucu çıkarılabilecektir¹⁷⁷.

Aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkmasına neden olacak türden bir zorunluluk halinin varlığının saptanması açısından diğer bir ihtimal ise; hastanın bilincinin kapalı olması nedeniyle, hastanın aydınlatılmasının mümkün olmadığı ya da yasal temsilcisine ulaşamadığı, bu nedenlerle de aydınlatmanın fiilen imkansız hale gelmesinin yanında, ortaya çıkan acil müdahale gerekliliğidir¹⁷⁸. Tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce bilinci kapalı olan ya da bir tıbbi müdahale için aydınlatılmış ve rızası alınmış bir hastanın, ameliyat esnasında bilinci kapalı iken başka bir tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyulması halinde ortaya çıkan bu durum; her ne kadar prensip itibarı ile yeni bir aydınlatma ve rıza işlemlerinin varlığını gerektirse de, ikili bir ayrım söz konusu olacaktır¹⁷⁹.

Tıbbi müdahalenin genişletilmesi hali, eğer önceden öngörülebilen bir nedene bağlıysa ve tıbbi müdahaleye başlamadan önce konuya ilişkin olarak aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş ve rıza alınmış ise, yeni bir aydınlatmaya gerek görülmemektedir. Ancak sonradan olası genişletme durumuyla ilgili herhangi bir aydınlatma olmaksızın, tıbbi müdahaleden önce tahmin edilemeyen bir durumun ortaya çıkması ihtimalinde hekim genişlemenin hayati bir tehlike taşıyıp taşımadığına, tıbbi müdahalenin genişletilmesi noktasında hastanın ekstra bilgiye ihtiyacının olup olmadığına, yani hasta bilgilendirilmiş olsaydı yapılacak olan yeni

¹⁷⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.320.

¹⁷⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s.44-45; Hakeri, **a.g.e.**, s.312-313; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.106-107; Doğan, **Acil Tıp**, s.156-157; Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s.109; Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.399.

¹⁷⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.80; Hakeri, **a.g.e.**, s.312-313; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.106-107.

tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine ve son olarak söz konusu genişlemenin gerçekleştirilmediği takdirde hastanın sağlığı açısından önemli tehlikeler taşıyıp taşımadığına dikkat etmek durumunda kalacaktır¹⁸⁰.

Sonuç olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğü; sonradan ortaya çıkan tıbbi müdahale hastanın hayatı ve sağlığı açısından önemli ise veya bu tıbbi müdahaleye hastanın muvafakat göstereceğine yönelik inanç veya düşünce hastanın belirlenebilen ortalama iradesine ve makul, ortalama bir hastanın vereceği rızaya yönelik emareler taşıyorsa tamamen ortadan kalkacaktır¹⁸¹.

Nitekim konu ile alakalı olarak, Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m.27 hükmünde de “Bilgilendirmeme Hakkı” başlığı altında, *“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.”* şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş olup, bilinci yerinde olmayan hastalar açısından hekime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Acil durumlar ile ilgili olarak ise, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.8 hükmünde *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir.”* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkmasına neden olan durumlardan bir diğeri ise; aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmenin, hasta açısından artık bir anlam ve önem taşıması halidir¹⁸². Bu ihtimal açısından değerlendirme yapıldığında hastanın aydınlatılması, tıbbi ve insani nedenlerle alakalı olarak ortadan kalkmaktadır¹⁸³. Artık hiçbir tıbbi müdahalenin cevap vermediği, ölümü beklenen hastalara yönelik olarak yapılan ve hastanın tedavisinden ziyade sadece mevcut durum nedeniyle hissettiği acıları azaltma amacı taşıyan tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır¹⁸⁴. Bu durumdaki hastanın, özellikle hastalığın son aşamalarıyla ilgili olarak bazı dilekleri söz konusu

¹⁸⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.313; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.107; Kıcaloğlu, **a.g.e.**, s.109.

¹⁸¹ Kıcaloğlu, **a.g.e.**, s.109; Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.65;

¹⁸² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68; Hakeri, **a.g.e.**, s.320; Kıcaloğlu, **a.g.e.**, s.109.

¹⁸³ Ayan, **a.g.e.**, s.81; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68.

¹⁸⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.320; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.68-69; Kıcaloğlu, **a.g.e.**, s.109.

olduğu hallerde, aydınlatma yükümlülüğünün yine ortadan kalkacağı kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Yukarıda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daraltıldığı durumlardan biri olan, hastanın sağlığında, psikolojik durumunda, hastalığa karşı direncinde negatif anlamda bir etkilenme söz konusu olacak ve hastanın ruhen zarar görme ihtimali doğduğu hallerde, bu husus doktrinde tartışmalı olmasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkması da söz konusu olabilmektedir. Eğer söz konusu aydınlatma gerçekleştiği takdirde, hastada psikolojik çöküntüler ve hastanın yaşama gücü açısından büyük bir yıkım yaşanacak ise, kendisine TDN m.14/f.2 ile getirilen takdir yetkisi ile hekim, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden tamamen kaçınabilecektir¹⁸⁶. Söz konusu tehlikeler ve psikolojik anlamdaki etkiler, üçüncü bir kişi açısından aynı derecede etkili ve tehlikeli olduğu durumlarda da hekimin o kişiye karşı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmış olacaktır¹⁸⁷. Nitekim HHY m.19/f.1-f.2 hükümlerinde, “(1) Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. (2) Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.” şeklinde bir düzenleme ile bu durum hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak hekimin tedavi ayrıcalığı¹⁸⁸ durumu burada da söz konusu olacak ve hekim olayın özelliklerini, hastanın psikolojik yapısını, sağlık durumunu ve söz konusu tıbbi müdahalenin şartlarını değerlendirerek hangi durum hastanın yararına olacak ise o şekilde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceğini takdir edecektir¹⁸⁹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı son hal ise; hastanın yasal temsilcisinin kötü niyetli olarak söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine

¹⁸⁵ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.108.

¹⁸⁶ Özsunay, **a.g.m.**, s.47; Hakeri, **a.g.e.**, s.317-318; Çilingiroğlu, **a.g.m.**, s.69; Kıcıoğlu, **a.g.e.**, s.109; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.107-108; Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.399.

¹⁸⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.319; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.108; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69.

¹⁸⁸ Bkz.: dpn.162.

¹⁸⁹ Özsunay, **a.g.m.**, 48; Hakeri, **a.g.e.**, s.317-319; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.69; İpekyüz, **a.g.e.**, s.83; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.107-108.

muvafakat vermemesi halinde söz konusu olmaktadır¹⁹⁰. Hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde aydınlatma yükümlülüğü yasal temsilciye yönelik olarak yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁹¹. Ancak böyle bir durum mevcut olduğu takdirde; hastaya bir kayyım atanmasının, eğer tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin gecikmesinde sakınca bulunuyorsa, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir¹⁹².

1.5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

1.5.1. Aydınlatma Yükümlüsü

Tıbbi müdahaleler, yönelik olduğu değerler açısından, sonradan giderilmesi zor veya imkansız zararlara neden olabilecek türde riskler içeren tıbbi girişimlerdir¹⁹³. Bu nedenle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye ehil olan kişiler¹⁹⁴ TŞSTİDK ile belirlenmiştir. Bu kişilerin başında da hekimler gelmektedirler. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda aydınlatma ile yükümlü olan hekim; müdavi hekim, yani tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimdir¹⁹⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü, bizzat tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından yerine getirilmeli ve başka bir sağlık personeline bırakılmamalıdır¹⁹⁶. Bunun nedeni; hekim ile hasta arasındaki ilişkinin güven esasına dayanması ve bu ilişkinin hukuki niteliği¹⁹⁷ açısından da kural olarak, güven unsurunun önemli bir

¹⁹⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.107.

¹⁹¹ Bkz.: s.44.

¹⁹² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.107.

¹⁹³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.16.

¹⁹⁴ Hekimlerin dışında, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler TŞSTİDK kapsamında tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişiler olarak sayılmaktadır.

¹⁹⁵ Zeytin, **a.g.m.**, s.15.

¹⁹⁶ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.109.

¹⁹⁷ Bkz.: s.52 vd.

özellik olmasıdır¹⁹⁸. Zira aydınlatma yükümlülüğü, taraflar arasında güven ilişkisi olduğu kabul edilen hukuki ilişkilerde daha da ön plana çıkar¹⁹⁹.

HHY m.18/f.2’de bu durum, şu şekilde düzenlenmiştir:

“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 yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.”

Hekim-hasta ilişkisinde, hastanın karşısında uzmanlık alanlarına bağlı olarak ya da tıbbi müdahalenin gerçekleştiği tıp alanında, bölümde ya da üniteye birden çok hekim bulunmakta ise, bu hekimler arasından tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin aydınlatmayı yapması gerekmektedir²⁰⁰. Eğer hasta, farklı uzmanlar tarafından gerçekleştirilen bir tıbbi müdahaleye tabi tutuluyor ise; her uzman kendi uzmanlık konusu ile ilgili olarak aydınlatma yükümünü yerine getirmelidir²⁰¹. Ancak söz konusu müdahale, ortak bir şekilde gerçekleştiriliyorsa, müdahaleyi gerçekleştiren hekimler arasından seçilen bir hekim genel olarak hastayı aydınlatmalı ve diğer hekimler de gerekli olduğu takdirde kendi alanları ile ilgili bilgiler vermeliyim²⁰².

Anestezi uygulanacağı zaman, anestezi hekiminin de anesteziyle alakalı olarak aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir²⁰³. Bir başka deyişle, anestezi nitelik itibarı ile uzmanlık gerektiren bir alan olduğundan, söz konusu anestezi uygulaması ayrı bir tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle de ayrı bir aydınlatma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak; cerrahi bir ameliyat gerçekleştirileceği zaman, sadece ameliyatı yapacak olacak cerrah değil, aynı

¹⁹⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.55.

¹⁹⁹ Hayrunisa Özdemir, “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Sa.1-2, 2011, s.195-196.

²⁰⁰ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.153.

²⁰¹ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.72.

²⁰² Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.60.

²⁰³ Hakeri, **a.g.e.**, s.302.

zamanda anestezi hekimi de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek durumunda kalacaktır²⁰⁴.

Hekimin kamu hastanelerinde çalışan olduğu durumlarda, çalışma saatleri içerisinde tıbbi müdahalede bulunulacağı zaman, hekim sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünü yine bizzat yerine getirmek durumunda olacaktır²⁰⁵.

1.5.2. Aydınlatılacak Kişi

Kural olarak tıbbi müdahaleye kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, rıza vermesi söz konusu olan kişi, kişilik hakkına yönelik olarak bir müdahalede bulunulacak olan hastadır²⁰⁶. Bu nedenle kişinin vücut dokunulmazlığı ve sağlık hakkı gibi temel kişilik haklarına yapılan müdahaleler olması nedeniyle, tıbbi müdahaleye muhatap olan kişinin aydınlatılması gerekmektedir²⁰⁷. Bu nedenle hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, bizzat söz konusu tıbbi müdahaleyi gerçekleştireceği hastayı aydınlatmalıdır²⁰⁸. Bir başka deyişle, tıbbi müdahalelerde hekim tarafından aydınlatılacak kişi, bizzat hastanın kendisidir. Ancak hasta, kendisi yerine başkasının aydınlatılmasını yazılı ve imzalı bir şekilde talep edebilmektedir. Bu husus HHY m.18/f.3'te şu şekilde düzenlenmiştir:

“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.”

Hastanın küçük, ayırt etme gücünden yoksun veya bilincinin kapalı olması gibi hallerde hastanın aydınlatılması mümkün olmayabilir²⁰⁹. Bu durumlarda hasta

²⁰⁴ Zeytin, **a.g.e.**, s.15.

²⁰⁵ Özdemir, **a.g.m.**, s.365.

²⁰⁶ Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.60.

²⁰⁷ Zeytin, **a.g.m.**, s.16.

²⁰⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.72.

²⁰⁹ M.Enis Sarial, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.61.

yakınlarının aydınlatılması ortaya çıkacaktır²¹⁰. Çünkü bu gibi hallerde tıbbi müdahaleye rıza verecek olan kişiler, hastanın velisi ya da vasisi veya yakınları olacaktır. Küçük veya kısıtlı olan hastanın olabildiğince karar sürecine katılımının sağlanması gerekmektedir. Bu husus ise HHY m.24/f.2’de aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”

1219 sayılı TŞSTİDK m.70’de de yine küçük ve kısıtlılara yönelik tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda veli ya da vasinin rızasının alınması gerektiğine dair bir düzenlemeye gidilmiştir:

“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her şeyi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahti hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar...”

Hastanın küçük olması durumunda, teşhis ve tedavi sözleşmesi küçüğün ana ve babası ya da bu kişiler bulunmuyorsa kanuni temsilcisi ile yapılacağından, hekim, aydınlatma yükümlülüğünü de rızayı verecek olan kimselere yönelik olarak yerine getirmek durumunda olacaktır²¹¹. Hastanın tam ehliyetsiz olması durumunda ise aydınlatılacak kişi, TŞSTİDK m.70 hükmü uyarınca, hastanın kanuni temsilcisi olacaktır.

2238 sayılı ODASANK m.14’ te konuya ilişkin şöyle bir düzenleme bulunmaktadır:

“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise

²¹⁰ Özdemir, **Aydınlatma**, s.362-363.

²¹¹ Sunay Akyıldız, “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011, s.20; Özdemir, **Aydınlatma**, s.363.

sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”

Organ ve doku nakli söz konusu olduğu durumlarda da, kimin aydınlatılacağı konusunda belirli sorunlar ortaya çıkabilmektedir²¹². Burada ortaya çıkan sorun rıza ile alakalı olsa da, yukarıda da değinildiği üzere rıza verecek kişinin aydınlatılması gerekecektir. Madde metninden de anlaşılabileceği üzere aydınlatılacak kişi sırasıyla ölenin eşi, çocukları, annesi, babası, kardeşi veya bir yakını olabilecektir.

1.5.3. Aydınlatmanın Şekli

Hekimin hastayı aydınlatmasında esas itibarı ile herhangi bir şekil şartı kabul edilmemektedir²¹³. TBK m.12’de olduğu gibi, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi noktasında da şekil serbestisi prensibi esas alındığı söylenebilir²¹⁴.

Her ne kadar Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.6 hükmünde²¹⁵ yazılı ve imzalı bir tutanaktan, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.5/f.4 hükmünde²¹⁶ söz konusu belgenin şeklinin çıkarılacak Tüzük’te belirtileceğinden, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.13 hükmünde ise örneği Tüzük’te ekli bir belgenin alınması gerektiğinden bahsedilse de; bahsi geçen hükümler rızanın yazılı olması gerektiği ile alakalı düzenlemeler içermekte olup; söz konusu hükümlerin aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucunu doğurduğu düşünülmemelidir²¹⁷.

²¹² Hakeri, **a.g.e.**, s.301.

²¹³ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.113; Hakeri, **a.g.e.**, s.307.

²¹⁴ Özdemir, **Aydınlatma**, s.366.

²¹⁵ **ODASNHK m.6** - “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

²¹⁶ **NPHK m.5/f.4** – “Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.”

²¹⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.307.

Nitekim HHY m.18/f.2’de “*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir...*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

Hekimin, tıbbi müdahaleyi gerçekleştireceği kişiyle, yani hasta ile, aydınlatmayı, doğrudan ve yüz yüze görüşerek gerçekleştirmesi²¹⁸; hastanın kendisine uygulanacak tedavi yöntemi ya da hastalığı hakkında bilgi sahibi olması açısından çok daha işlevsel nitelikte olacaktır²¹⁹. Bu durum, sadece hastalık ve tedavi ile ilgili aydınlanma açısından değil, hastanın hekim hakkında bir kanaate varması bakımından da önem taşımaktadır²²⁰. Bu bağlamda aydınlatmanın, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin güven esasına dayalı olması da düşünüldüğünde, sözlü olarak yapılması işin mahiyetine de uygun görünmektedir²²¹.

Hukukumuzda, hastanın aydınlatılması herhangi bir şekle bağlı olmayıp yazılı veya sözlü ya da başkaca araçlarla gerçekleştirilebilmektedir²²². Bu araçlar; resimli afişler, bilgilendirici ve hatta uygulamalı film gösterimleri, yazılı aydınlatma formları, bilgilendirme kitapçıkları ve broşürler olarak sıralanabilir²²³. Bu bakımdan hastanın aydınlatılmasının şekline ilişkin ve aydınlatma ile alakalı olarak kullanılacak yöntem ve araçlar açısından özel ve geçerli bir düzenleme bulunmamaktadır²²⁴. Ancak uygulamada yazılı aydınlatma yöntemlerine de başvurulmaktadır.

Yazılı aydınlatma, broşür aydınlatma ve formüler aydınlatma olarak iki şekilde gerçekleştirilmektedir²²⁵. Broşür aydınlatmada hastalara, hastalıklarının özelliklerini ve tedavilerinde kullanılacak tedavi yöntemlerini içeren bir kitapçık verilmekte ve sonrasında hekim tarafından kısa bir konuşma gerçekleştirilmektedir²²⁶. Bu kitapçık, hastanın anlayabileceği düzeyde, teknik olmayan türden kelimeler ve cümleler

²¹⁸ Kıcılıoğlu, **a.g.e.**, s.110.

²¹⁹ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.141.

²²⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s. 308.

²²¹ Zeytin, **a.g.m.**, s.20.

²²² Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.141.

²²³ Zeytin, **a.g.m.**, s.19.

²²⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.307.

²²⁵ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.141.

²²⁶ Özdemir, **Aydınlatma**, s.366.

içermeli, söz konusu hastalık, uygulanacak tedavi ve tercih edilen tedavi yöntemi ile ilgili gerekli detayları kapsamalı, net ve açıklayıcı bir şekilde hazırlanmış olmalıdır²²⁷. Formüler aydınlatmada ise hastaya; hastalığının ne olduğunu, hastalığa ilişkin teşhis ve uygulanacak tedavi yöntemini içeren bir formüler verilir ve bu formüler hastaya imzalatılmaktadır²²⁸.

Broşür aydınlatma ile ilgili olarak yapılan eleştiriler daha çok, hastanın söz konusu kitapçıkları ya da broşürleri okuyup okumadığı, şayet okumuş olsa bile anlayıp anlamadığı noktasında olmuştur²²⁹. Hatta kitapçık ve broşürlerde yer alan bilgilerden yola çıkarak, konu ile alakalı derinlemesine bilgi sahibi olmayan hastaların tedirginliğinin artacağı yönünde de eleştiriler yapılmıştır²³⁰.

Formüler aydınlatma ile ilgili olarak ise; hastalara verilen ve imzalatılan formların aydınlatmadan ziyade ispat amacı gütmesi²³¹, bu durumun da hastalarda güvensizliğe neden olduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir²³². Ayrıca, aydınlatmanın her somut olaya göre farklı olarak yapılması gerektiği asıl kabul edildiği için, önceden hazırlanmış formların, içerik olarak hastaya göre özellik taşıyan bilgileri ve kayıtları içermemesi halinde aydınlatmanın gereği gibi yapılmamış olarak değerlendirileceği ve bunun da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması sonucunu doğuracağı şeklinde eleştirilmiştir²³³.

Yazılı aydınlatma türlerine, daha doğru bir ifadeyle aydınlatmanın yazılı olarak yapılmasına yönelik eleştiriler; genel nitelikte yapılan yazılı aydınlatmaların yetersiz olacağı, detaylı olarak yapılan yazılı aydınlatmaların ise hasta tarafından anlaşılma sorunlarına neden olacağı noktasında toplanmıştır²³⁴. Ayrıca, tıbbi müdahale söz konusu olduğu durumlarda hastalık değil hasta esas alınmalıdır²³⁵. Yani; hastanın

²²⁷ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.141.

²²⁸ Özdemir, **Aydınlatma**, s.366.

²²⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.310.

²³⁰ Özsunay, **a.g.m.**, s.53.

²³¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.310.

²³² Özdemir, **Aydınlatma**, s.366.

²³³ Zeytin, **a.g.m.**, s.21.

²³⁴ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.72-73; Çetin Gürsel, “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 179.

²³⁵ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s. 73.

sosyo-kültürel düzeyi, ana dili, tıbbi terimlere yatkınlığı, psikolojik durumunun aydınlatmaya uygun olup olmadığı ve şuurunun yerinde olup olmadığı gibi kriterler göz önüne alınarak, hastaya özel bir aydınlatma yapılmalıdır²³⁶. Bu bağlamda hastalıkla ya da tıbbi müdahale ile alakalı olarak hastaya verilen aydınlatma formları ve broşürler gibi matbu evraklar, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi noktasında yetersiz kalmaktadır²³⁷. Yine aynı şekilde “komplikasyon olasılığı tarafıma açıklandı.” gibi genel ifadeler içeren imzalı formlar ve belgeler de yetersiz bulunmaktadır²³⁸. Bu nedenlerle ve özellikle hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak aydınlatmanın ayrıca sözlü olarak da yapılması tavsiye edilmektedir²³⁹.

Her ne kadar aydınlatmanın en sağlıklı ve özüne en uygun hali herhangi bir şekilde kayıt yükümlülüğü söz konusu olmadan güven ortamı içerisinde ve yüz yüze olarak hastanın sözlü aydınlatılması ise de; ispata ilişkin hususlar²⁴⁰ nedeniyle, önceden hazırlanmış formların ve temel bilgilerin yazılı olarak hastaya verilmesi ve sonrasında da soru-cevap ve açıklamalar şeklinde sözlü aydınlatmanın yapılması gerektiği doktrinde yoğun olarak kabul edilmektedir²⁴¹. Matbu evrakların üzerinde de hastanın ve hastalığın durumuna özel olarak hekim tarafından doldurulacak ek bilgiler için yer ayrılmış olması gerektiği ve aynı zamanda duruma özgü grafik ve şekiller ile bir bütün olarak hastaya aktarılacak şekilde bir yazılı aydınlatma yapılması gerektiği vurgulanmaktadır²⁴².

1.5.4. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatmanın yapılacağı zaman, aydınlatma yükümlülüğünün tam ve gereği gibi yerine getirilmesi noktasında önem taşıyan bir husustur²⁴³. Aydınlatma yükümlülüğünün ne zaman yerine getirilmesi gerektiğine yönelik özel bir yasal düzenleme olmamakla birlikte aydınlatmanın, mantıken tıbbi müdahaleden önce

²³⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.310-311.

²³⁷ Özcan, Özel, **a.g.m.**, s.60.

²³⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.310.

²³⁹ Başpınar, **a.g.m.**, s.292.

²⁴⁰ Bkz.: s.97.

²⁴¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.87; Hakeri, **a.g.e.**, s.310-312; Ozanoğlu **a.g.m.**, s.73

²⁴² Zeytin, **a.g.m.**, s.21; Hakeri, **a.g.e.**, s.310.

²⁴³ Özdemir, **Aydınlatma**, s.365.

yapılması gerekmektedir²⁴⁴. Çünkü aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan rızaya yönelik irade beyanının ön koşuludur. Bu bağlamda aydınlatmanın sadece tıbbi müdahaleden önce gerçekleştirilmesi yeterli değildir; bu yükümlülüğün, aynı zamanda rızanın verilmesinden de önce yerine getirilmiş olması gerekmektedir²⁴⁵.

Hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine yönelik olarak vereceği rıza, kişinin kendi geleceğini özgür iradesi ile belirlemesi ve bu kararın sağlıklı olabilmesi için belirli bir süre geçmesi gerekmektedir. Bu nedenle tıbbi müdahale gerçekleşmeden en az düşünme ve karar verme süresi kadar önce, söz konusu tıbbi müdahalenin ne olduğu, hangi tıbbi yöntemlerin nasıl uygulanacağı hususunda aydınlatılması gerekmektedir²⁴⁶.

Hekim, acil bir durum söz konusu olmadıkça hastaya karşı zaman baskısı oluşturmada aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeli ve kendisine düşünüp karar vermesi, durumu değerlendirmesi, danışma ve görüşmeler yapması için makul bir süre tanımalıdır²⁴⁷. Bu süre; tıbbi müdahalenin niteliğine, önemine ve kişinin sağlık durumuna göre farklılıklar gösterebilmektedir²⁴⁸. Örneğin; ağır ve önemli ameliyatlarda söz konusu olduğunda, aynı gün ya da bir gece önce yapılmış olan aydınlatma geç yapılmış aydınlatma olarak kabul edilmektedir²⁴⁹. Ancak ayakta tedavi şeklindeki tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, müdahale günü yapılan aydınlatmalar zamanında yapılmış kabul edilmektedir²⁵⁰. Burada da yine tıbbi müdahale gerçekleşmeden makul bir süre önce aydınlatma yapılmalıdır; çünkü müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma, hastanın söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleşme sürecini değiştiremeyeceği ya da söz konusu müdahaleyi durduramayacağı izlenimi içerisinde yapılırsa, yine aydınlatmanın zamanında yapılmadığı sonucu ortaya çıkacaktır²⁵¹.

²⁴⁴ Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s.110-111.

²⁴⁵ Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.405.

²⁴⁶ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.151.

²⁴⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.303; Kıcılioğlu, **a.g.e.**, s.112.

²⁴⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73.

²⁴⁹ Zeytin, **a.g.m.**, 18.

²⁵⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.303.

²⁵¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.84.

Aynı şekilde, hastanın baskı altında olduğu ya da olacağı bir zaman diliminde yapılan aydınlatmaların, hukuken geçerli olmadığı savunulmaktadır²⁵². Ancak yukarıda bahsedilen durumların istisnası olarak; hastanın ameliyat masasında ya da tıbbi müdahaleden hemen önce aydınlatılmasının, tıbbi müdahalenin hastanın yaşamını kurtarmak ya da ağır bir zarara uğramasını engellemek gibi amaçlarla gerçekleştirilmesinin gerektiği ivedi hallerde söz konusu olabileceği de belirtilmiştir²⁵³.

²⁵² Zeytin, **a.g.m.**, s.18-19.

²⁵³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.71; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73; Özdemir, **Aydınlatma**, s.366.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKÜMLÜLÜK İHLALİ NEDENİYLE SORUMLULUĞUN HUKUKİ TEMELLERİ

2.1. GENEL BİLGİLER

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen hukuki işlemdir²⁵⁴. Akit, mukavele, contractus, kontrat, bağıt gibi farklı isimlerle²⁵⁵ adlandırılan bu hukuki işlem; TBK m.1 hükmünde, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bir hukuki işlem olarak tanımlanmakta ve sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca sözleşme deyimi, sadece söz konusu hukuki işlemi değil, bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi, bir başka deyişle sözleşmesel (akdî) ilişkiyi ifade etmek için de kullanılmaktadır²⁵⁶.

Çalışmamızda, TBK m.1’de yer alan tanıma da uygun olarak, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran söz konusu hukuki işlem, yani tıbbi müdahale sözleşmesi, sözleşme sözcüğü olarak; hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki ise sözleşme ilişkisi olarak adlandırılacaktır.

Tıbbi müdahale sözleşmesi, her ne kadar iç hukuk düzenlemelerinde tanımlanmamış olsa da; hekimi, tıp biliminin öngördüğü kural ve ilkeler doğrultusunda teşhis koymak, bu teşhise bağlı olarak en uygun tedavi yöntemini belirlemek ve tedaviyi gerçekleştirmek edimlerini yerine getirme yükümlülüğü; hastayı ise ücret ödeme yükümlülüğü altına alan, karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak ifade edilmektedir²⁵⁷. Tıbbi müdahale sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte; taraflar birbirlerine karşı asli bir edim yükümlülüğü

²⁵⁴ Oğuzman, Öz, s.36; İnal, **Borca Aykırılık**, s.40; Eren, **a.g.e.**, s.119/s.203; Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.29; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.41; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 84.

²⁵⁵ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.12; Zevkliler, Havutçu, **a.g.e.**, s.29; Eren, **a.g.e.**, s.203.

²⁵⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.43.

²⁵⁷ Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, Sa.3, 2008, s.232; Alpaslan Akartepe, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.13; Nuriye Savaş, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri: 10/17 Eylül 2011**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.161; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.72; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.16.

altına girmektedir²⁵⁸. Bunun yanında tıbbi müdahale sözleşmesinde, edimlerin değişimi ile beraber, tarafların edimleri arasında karşılıklı (synallagmatik) ve birbirine bağlı bir ilişki söz konusudur²⁵⁹.

Borç kavramı, geniş anlamda borç ve dar anlamda borç olarak iki farklı anlam taşımaktadır.

Geniş anlamda borç, taraflar arasındaki borç ilişkisini ifade etmektedir. Buna göre borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasında meydana gelen, alacaklının borçludan belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkına sahip olduğu, borçlunun da alacaklının bu talebine uygun davranmakla yükümlü olduğu ilişkiyi ifade etmektedir. Dar anlamda borç kavramı ise, geniş anlamda borçtan yani borç ilişkisinden doğan borçlar olarak nitelendirilmektedir²⁶⁰.

Bu noktada tarafların edim ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından, tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu önem taşımaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, sözleşmesel bir ilişki olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır²⁶¹. Ancak bu sözleşmenin niteliği açısından bakıldığında; tıbbi müdahale sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesi niteliği taşıdığına dair tartışmalar olsa da, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında genel kabul gören görüşe göre tıbbi müdahale sözleşmesi, vekalet sözleşmesi niteliği taşıyan bir sözleşmedir²⁶². Bu bağlamda tarafların yükümlülükleri ve sorumlulukları vekâlet sözleşmesi kapsamında belirlenecektir.

Çalışmamızın devamında incelenecek hususlara temel teşkil etmesi bakımından tarafların borçları ve yükümlülüklerine ilişkin kavramlara, önceki bölümde yer alan

²⁵⁸ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.72.

²⁵⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.46; Eren, **a.g.e.**, s.211; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s.15; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.72.

²⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.5; Eren, **a.g.e.**, s.21-22; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.3.

²⁶¹ İnal, **Borca Aykırılık**, s.155; Hakeri, **a.g.e.**, s.412; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.201; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.15-16; İnal, **Sağlık Personeli**, s.8; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.71.

²⁶² İnal, **Borca Aykırılık**, s.156; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.64; Seçer, **a.g.m.**, s.118; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.80 vd.; İnal, **Sağlık Personeli**, s.33-34; Akartepe, **a.g.m.**, s.13-14/s.18-21; Atabek, Sezen, **a.g.m.**, s.142; Yılmaz, **Sorumluluk**, s. 18; Yarg. 13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014).

hukuki nitelik ile ilgili açıklamalarda değinmiştik. Bu hususlar temelinde, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi konusunu da bu bölümde inceleyeceğiz.

Sözleşme, TBK m.1 hükmünde de belirtildiği üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Söz konusu irade beyanları, öneri ve kabul beyanlarını ifade etmekte olup, bu beyanlara ilişkin düzenlemeler de TBK m.3 vd. hükümlerde yer almaktadır. Buradan hareketle öneriye davet, öneri ve kabul gibi irade beyanlarının, birbiriyle uyuşma anına²⁶³ kadar herhangi bir borç ilişkisinin doğmadığı sonucuna varabiliriz²⁶⁴. Ancak işin doğası gereği sözleşme, bir anda gerçekleşen ve kurulan bir hukuki işlem olarak değerlendirilemez²⁶⁵. Taraflar; sözleşmenin amacı, konusu, niteliği, şartları, tarafların edimleri gibi konularda, henüz sözleşme kurulmadan önce görüşmeler yapabilmektedir²⁶⁶. Bir sözleşme ilişkisi kurabilmek amacıyla, sözleşme öncesi görüşmelere başlayan taraflar arasında TMK m.2/f.1 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı bağlamında bir güven ilişkisi söz konusu olacaktır²⁶⁷. Buna bağlı olarak görüşmenin tarafları, söz konusu hukuki ilişki süresince ve sözleşme öncesi görüşmeler esnasında, dürüstlük kuralına riayet etmek durumunda kalacaklardır²⁶⁸. Tarafların bu şekilde sözleşme kurulmadan önceki görüşmeler esnasında taşıdıkları yükümlülükler nedeniyle, sözleşme öncesi sorumluluk, bir başka deyişle culpa in contrahendo²⁶⁹ sorumluluğu altında oldukları kabul edilmektedir²⁷⁰.

²⁶³ TBK m.11/f.1'de düzenlenen hazır olmayanlar arasında sözleşmenin hüküm anı bu durum açısından bir istisna özelliği taşımaktadır. *"Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur."*

²⁶⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80; Eren, **a.g.e.**, s.227 vd.

²⁶⁵ Cem Baygın, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEFHD)**, C.IV, Sa.1-2, 2000, s.345.

²⁶⁶ İnal, **Borca Aykırılık**, s.290; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80; Baygın, **a.g.m.**, s.345.

²⁶⁷ Baygın, **a.g.m.**, s.345; Eren, **a.g.e.**, 37-39; İnal, **Borca Aykırılık**, s.291; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.78.

²⁶⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.78; İnal, **Borca Aykırılık**, s.291; Baygın, **a.g.m.**, s.345; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80 vd.

²⁶⁹ Culpa in contrahendo kavramını ifade etmek üzere Türk hukukunda, sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme öncesi kusur sorumluluğu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk gibi birçok kavram kullanılsa da; Latince haliyle culpa in contrahendo deyişi doktrinde benimsenmiş bir kullanım olarak karşımıza çıkmaktadır. Culpa in contrahendo, kavram olarak ilk kez 1861 yılında Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından "akit görüşmeleri esnasında kusur veya batıl ya da kurulmamış akitlerde tazminat" olarak çevrilebilecek çalışmada incelenmiş, fakat geçerli olarak kurulan sözleşmeler açısından söz konusu görüşmelerde ortaya çıkan kusurun etkisine değinilmemiştir. Leonhard'ın "akdin kurulması sırasında kusur" olarak çevrilebilecek çalışmada ise, söz konusu görüşmelerde ortaya çıkan kusurun, ancak geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde sorumluluk

Bu bağlamda culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, her ne kadar bir sözleşmenin varlığı henüz mevcut olmasa da, hukuk düzeni tarafından korunan ve tarafları yükümlülük altına sokan bir ilişki mevcut olmalıdır²⁷¹. Sözleşme görüşmelerine katılan taraflar; TMK m.2/f.1 kapsamında dürüstlük kuralına riayet etmek, sözleşmenin gerçekleştirilmesi amacını haiz bir niyetle görüşmelere başlamak ve sözleşmenin kapsam, içerik ve şartları hakkında karşı tarafın kararını etkileyebilecek nitelikteki bilgileri birbirleriyle paylaşmak yükümlülüğü altına girmektedirler²⁷². İşte bu noktada; taraflar arasında, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına bağlı bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilebilmektedir²⁷³. Türk hukuk doktrininde; söz konusu hukuki ilişkinin, bir güven ilişkisi olduğu kabul edilmektedir²⁷⁴.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin kurulmasından önceki görüşmelere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu neden söz konusu görüşmeler, genel kurala bağlı olarak sözleşme öncesi görüşmeler kapsamında değerlendirilmektedir²⁷⁵. Aynı şekilde aydınlatma yükümlülüğü, özellikle karşı tarafın sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmedeki belirli şartlara ilişkin karar verme iradesini sağlamak amacıyla yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğundan, culpa in contrahendo sorumluluğuna dahil olacak nitelikte bir yükümlülük olarak ifade edilmektedir²⁷⁶. Burada da yükümlülüğe neden olan ilişkinin, güven esasına dayalı bir hukuki ilişki olduğu kabul edilmektedir²⁷⁷.

doğuracağı görüşü ortaya atılmıştır . Her iki görüş, zaman içerisinde doktrince birleştirilmiş ve bir sözleşmenin varlığı ya da geçerliliğine bağlı olmaksızın culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. (Bkz.: Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.8-9; Hakan Karakurt, “Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.58, Sa.2012/4, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.223.)

²⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.8; Baygın, **a.g.m.**, s.345-346; Eren, **a.g.e.**, 37-39; İnal, **Borca Aykırılık**, s.291; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.80 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.78.

²⁷¹ Eren, **a.g.e.**, s.1131.

²⁷² İnal, **Borca Aykırılık**, s.291 vd.

²⁷³ Karakurt, **a.g.m.**, s.224.

²⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.80; İnal, **Borca Aykırılık**, s.112; Baygın, **a.g.m.**, s.346; Eren, **a.g.e.**, s.1133 vd.

²⁷⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.495 vd.

²⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.8.

²⁷⁷ İnal, **Borca Aykırılık**, s.53; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.84.

Sosyal hayatta, kişiler arasında birçok ilişki kurulmakta ve bu ilişkiler güven esasına dayanabilmektedir. Ancak culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilmesi için, söz konusu ilişkinin hukuki bir koruma altında olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, korunmaya değer bir güven söz konusu olmalıdır. Bu bağlamda korunması gereken alan, hakların kullanımı ve borçların yerine getirilmesine ilişkin olacaktır.

Esas itibarı ile sözleşme öncesi sorumluluğun temel amacı ve sebebi; tarafların birbirlerini aydınlatması - ki bu husus çalışmamızın kapsamını oluşturmaktadır - ve uyarması, karşı tarafın mal ve şahıs varlıklarının zarara uğratmamak için önlemler alması olarak nitelendirilmektedir²⁷⁸. Özel hukuk alanındaki sorumluluk türlerinin hepsinde olduğu gibi, sözleşme görüşmelerinden doğan zararlardan sorumluluk söz konusu olduğunda da, tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemesi, temel sorumluluk şartı olarak aranmaktadır²⁷⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bakılırsa, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getiriliş zamanı düşünüldüğünde; aydınlatma yükümlülüğünün, prensip olarak, sözleşmenin kurulmasından önce yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olması nedeniyle²⁸⁰, sözleşme öncesi ve kurulma anındaki yükümlülüğün incelenmesi de çalışmamız açısından önem taşıyacaktır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda ise; her ne kadar haksız fiil görüşü, hukuki işlem ya da sözleşmeden doğan sorumluluk görüşü, karma görüş ve davranış yükümlülükleri görüşü gibi sınıflandırmalar olsa da, Türk doktrininde esas kabul edilen görüş sözleşmeden doğan sorumluluk görüşüdür²⁸¹.

Bu durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.12.2010 tarihli kararında şu şekilde ifade edilmiştir²⁸²:

²⁷⁸ İnal, **Borca Aykırılık**, s.55; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.84.

²⁷⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.78; Eren, **a.g.e.**, s.43; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s.8; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.84; İnal, **Borca Aykırılık**, s.53.

²⁸⁰ Bkz.: s.50.

²⁸¹ İnal, **Borca Aykırılık**, s.114 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.85 vd.; Eren, **a.g.e.**, s.1130 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.80 vd.; Baygın, **a.g.m.**, s.347 vd.; Karakurt, **a.g.m.**, s.228 vd.

²⁸² Yarg. HGK. T.01.12.2010, E.2010/13-593 (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014).

“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.”

Yine aynı şekilde bir başka Yargıtay kararında; *“Dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa da dayanılmıştır. Doktrinde “culpa in contrahendo” olarak adlandırılan bu tür sorumluluğun da tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur.”* ifadesine yer verilmiş olmakla beraber, culpa in contrahendo sorumluluğuna bağlı olarak doğan zararların, TBK m.112 vd. hükümleri uyarınca borca aykırılık esaslarına uygun olacak şekilde tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁸³.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan hukuki sorumluluğun, hukuki işlem ya da sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu kabulüne göre, tazminat talebiyle bir başvuru yapıldığında TBK m.146 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı söz konusu olacaktır²⁸⁴. İspat hukuku açısından ise; bu defa zarar gören değil, TBK m.112 hükmü uyarınca sorumlu tutulan kişi kusur yönünden ispat yükü altında olup, kendi kusursuzluğunu ispatlamak durumunda kalacaktır²⁸⁵.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki nitelik olarak, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borcun ihlali halinde ortaya çıkması ihtimalinde ise davranış yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak, birbirlerine karşı uymakla yükümlü oldukları özen gösterme ve koruma yükümlülüklerini kapsayan bir nitelik taşımaktadır²⁸⁶. İşte tam bu noktada davranış

²⁸³ Yarg. 19.HD. T.28.05.2004, E.2005/1932 (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014).

²⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s.1130.

²⁸⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.85-86; Eren, **a.g.e.**, s.1131.

²⁸⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.13-14; Eren, **a.g.e.**, s.37 vd ; Baygın, **a.g.m.**, s.354.

yükümlülükleri de bir kanun hükmü ya da tarafların açıkça anlaşması söz konusu olmadıkça asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç olarak değerlendirilmektedir²⁸⁷. Davranış yükümlülüklerinin de kapsam olarak içinde yer aldığı bu borç türü, söz konusu sözleşmenin geçerli olmaması halinde edim ilişkisinden bağımsız olmaları nedeniyle, asli edim yükümlülükleri ortadan kalkmasına rağmen, taraflar açısından bağlayıcılığını sürdürmektedir²⁸⁸. Ancak edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinden doğan tazminat sorumluluğu açısından, TBK m.112 vd. hükümlere bağlı olarak yine sözleşmeye aykırılık halleri esas alınacaktır²⁸⁹.

2.2. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

2.2.1. Genel Olarak

Borç ilişkisini diğer sosyal ilişkilerden ayıran en önemli özellik, yükümlülük yükleyen yapısıdır²⁹⁰. Bu bağlamda; borç ilişkisinden doğan, borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu edimin, ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan hukuki yaptırım, sorumluluk olarak adlandırılmaktadır²⁹¹.

Sorumluluk kavramı, hukuk düzeni içerisinde iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki; borçlunun malvarlığının borcun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde söz konusu borcun, borçlunun malvarlığına başvurularak cebri icra yolu ile alınması olarak, "... ile sorumluluk" kavramını ifade etmektedir²⁹². Bu sorumluluk türü, malvarlığı ile sorumluluk olarak da adlandırılmaktadır²⁹³. Bu tür sorumlulukta borçlunun sorumluluğunun, malvarlığının tümünü kapsadığı hallerde malvarlığı ile sınırsız sorumluluktan söz edilir²⁹⁴. Bunun yanında, söz konusu sorumluluğun kısıtlandığı ya da sınırlandırıldığı tereke ile sorumluluk, eşya ile

²⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.8-9.

²⁸⁸ İnal, **Borca Aykırılık**, s.290, Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.9.

²⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.12-13.

²⁹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.30.

²⁹¹ Eren, **a.g.e.**, s.83.

²⁹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.16.

²⁹³ Eren, **a.g.e.**, s.85 vd..

²⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.16.

sorumluluk gibi haller de mevcuttur²⁹⁵. Söz konusu sınırlama ya da kısıtlamalar, konu ya da miktar ile belirlenebilir²⁹⁶. Sorumluluğun diğer anlamı ise; genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan borçlunun, söz konusu davranışı ile bir zarara neden olması halinde, ortaya çıkan bu zarardan sorumlu olması, yani “... den sorumluluk” kavramını ifade etmektedir²⁹⁷. Bir başka deyişle bu sorumluluk türü; hukuka aykırı bir fiille ortaya çıkan zararların, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu yaptırım ile üstlenilmesini ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹⁸. Bu anlamı ile sorumluluk, tazminat borcunun kaynağını ve hukuki temelini oluşturmaktadır²⁹⁹.

Hekim-hasta ilişkisi açısından sorumluluk kavramı, kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır³⁰⁰. Kusursuz sorumluluk halleri; TBK hükümlerine göre hakkaniyet sorumluluğu (TBK m.65), özen sorumluluğu (TBK m.66 - m.70), tehlike sorumluluğu ve denkleştirme (TBK m.71) olarak belirli durumlarda ortaya çıkmaktadır³⁰¹. Bu tür sorumluluk, tıbbi müdahale sözleşmesi açısından belirli yerlerde söz konusu olsa da; kusursuz sorumluluğa gidilebilmesi için buna ilişkin özel yasal düzenlemeler gerektiğinden ve hekimin ya da hastanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasından dolayı söz konusu sorumluluk türüne gidilemeyecektir³⁰². Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bu sorumluluk türüne, prensip olarak, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayanarak sözleşmenin tarafı hastane olduğu takdirde gidilebilecektir³⁰³. Bu husus çalışmamızın devamında, tıbbi müdahale sözleşmesinin taraflarından birinin özel hastane olması durumu açısından incelenecektir. Ancak bunun dışında kalan kusursuz sorumluluk sonucunu doğuran hukuki ilişkilerin çalışmamızın kapsamı dışında kalması nedeniyle, bu bilgiler ile yetinmeyi uygun görmekteyiz.

²⁹⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.32; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.17.

²⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, s.86-87; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.32.

²⁹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.17.

²⁹⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.119; Seçer, **a.g.m.**, s.109.

²⁹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.17.

³⁰⁰ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.122.

³⁰¹ Eren, **a.g.e.**, s.614 vd.

³⁰² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.122-123.

³⁰³ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

Kusur sorumluluğu ise; tarafların söz konusu ilişki kapsamında yükümlülüklerini yerine getirirken kusurlu bir davranış ile hukuka aykırı bir fiil sonucu karşı tarafa vermiş olduğu zarardan sorumluluğu ortaya çıkmaktadır³⁰⁴. Bu kapsama giren sorumluluk türleri ise, sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰⁵. Çalışmamızın bu bölümünde hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunu ve devamında ise haksız fiil sorumluluğunu inceleyeceğiz.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu, esas itibarı ile, edim yükümlülüklerinin veya yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan bir sorumluluk türüdür³⁰⁶. Bu bağlamda; hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidebilmek için, kural olarak, TBK m.112 hükmü uyarınca sözleşmenin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi halinin söz konusu olması gerekmektedir³⁰⁷. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliği esas alındığında³⁰⁸, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁰⁹.

İşte çalışmamızın bu kısmında, hekim ile hasta arasındaki ilişkiden doğan sorumluluğun kaynaklarından biri olan, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunun şartlarını, kapsamını genel hatlarıyla ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi özelinde yoğunlaşarak ele alacağız.

2.2.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

2.2.2.1. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

2.2.2.1.1. Genel Olarak

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için, öncelikli olarak, hekim ile hasta arasında geçerli olarak tesis edilmiş bir sözleşmenin mevcut

³⁰⁴ Seçer, **a.g.m.**, s.109.

³⁰⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.123.

³⁰⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.145.

³⁰⁷ İnal, **Sağlık Personeli**, s.8.

³⁰⁸ Bkz.: s.5.

³⁰⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.152-153.

olması gerekmektedir³¹⁰. Söz konusu sözleşme; karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmalı, tarafların esaslı noktaları belirlemiş olduğu ve hekimin teşhis ve tedaviye ilişkin yükümlülükleri üstlendiği bir sözleşme olmalıdır³¹¹. Bu tür özellikleri bünyesinde barındıran sözleşme türü; tıbbi müdahale sözleşmesi³¹², hekimlik sözleşmesi³¹³, teşhis ve tedavi sözleşmesi³¹⁴ gibi isimlerle anılmaktadır.

Tıbbi müdahale sözleşmesi, sadece hekim ile hasta arasında değil, özel hastaneler ile hasta arasında da kurulabilmektedir³¹⁵. Taraflardan birinin özel hastane olduğu sözleşmelerden bahsedilirken, hastaneye kabul sözleşmesi deyimi de kullanılabilmektedir³¹⁶. Hastaneye kabul sözleşmelerinde; teşhis ve tıbbi müdahalenin yanında yemek ve yatma hizmetlerinin de verilmesi halinde söz konusu sözleşme hastaneye tam kabul sözleşmesi; teşhis ve tıbbi müdahale dışındaki hizmetler ayrı bir sözleşme ilişkisi ile sağlanıyorsa bu durumda tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşme hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır³¹⁷. Çalışmamızda bütün bu sözleşmeler, tıbbi müdahale sözleşmesi adı ile anılacaktır.

Tıbbi müdahale sözleşmesi, her ne kadar iç hukuk düzenlemelerinde tanımlanmamış olsa da; hekimi, tıp biliminin öngördüğü kural ve ilkeler doğrultusunda teşhis koymak, bu teşhise bağlı olarak en uygun tedavi yöntemini belirlemek ve tedaviyi gerçekleştirmek edimlerini yerine getirme yükümlülüğü; hastayı ise ücret ödeme yükümlülüğü altına alan, karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak ifade edilmektedir³¹⁸. Bu bağlamda, sözleşmeden doğan bir hukuki sorumluluktan söz edebilmek için, taraflar arasında tesis edilen bir tıbbi müdahale sözleşmesinin mevcut olması gerekecektir.

Geçerli bir tıbbi müdahale sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, hem genel esaslar çerçevesinde sözleşmenin geçerlilik şartları hem de tıbbi müdahale

³¹⁰ Seçer, **a.g.m.**, s.110.

³¹¹ Demir, **a.g.m.**, s.237.

³¹² Şenocak, **a.g.m.**, s.67.

³¹³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.16.

³¹⁴ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.51.

³¹⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

³¹⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.51.

³¹⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

³¹⁸ Demir, **a.g.m.**, s.232; Akartepe, **a.g.m.**, s.13; N. Savaş, **a.g.m.**, s.161; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.72; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.16.

sözleşmesine özgü bazı nitelikler ve unsurlar aranmaktadır. TMK m. 9 vd. hükümlerde yer alan ehliyet şartlarını haiz kişilerin, TBK m.1 hükmünde yer alan ifadeyle tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla; TBK m.27 hükmünde emredici hukuk kurallarına, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ya da bir ifa imkansızlığı gibi kesin hükümsüzlük halleri söz konusu olmadıkça geçerli bir sözleşme kurulabilecektir³¹⁹. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından da bu genel kurallar geçerlidir.

2.2.2.1.2. Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Özgü Haller

2.2.2.1.2.1. İş Görenin Niteliği

Tıbbi müdahale sözleşmesine özel olarak, tıbbi müdahale yükümlülüğü altına giren tarafın hekim olması gerekmektedir³²⁰. Bir başka deyişle, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ile alakalı bir sözleşmenin geçerli olarak mevcut olabilmesi için, söz konusu tıbbi müdahaleyi yapmak konusunda yetki sahibi birinin bu yükümlülüklerin altına girmesi gerekmektedir³²¹. Ayrıca; hekimlerin yanında diş hekimleri, dişçiler³²², ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler tıbbi müdahalede bulunmaya ehil kişiler olarak TŞSTİDK hükümleri içerisinde yer almaktadır³²³. Ancak çalışmamızın kapsamı doğrultusunda, bu kısımda yalnızca hekimler ile alakalı olarak değerlendirmeler yapacağız.

Hukuk düzeni içerisinde hekim olarak adlandırılabilmenin şartları, TŞSTİDK m.1'de “*Tabibler*” bölüm başlığı altında “*Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanında hekimlik mesleğinin icrası için, yani tıbbi müdahale, teşhis ve tedavi işlemlerini yapmaya yetkili olabilmek için, Türk Tabipler

³¹⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.50.

³²⁰ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.16.

³²¹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.44.

³²² Dişçiler, diş hekimi eliyle hastadan elde edilen ölçü, model ve kayıtlar üzerinde, meslek bilgisinin gerektirdiği kurallara bağlı kalarak ve diş hekiminin vereceği bilgilerle istekler dikkate alınarak, ağız protezleri, çene yüz protezleri, ortodontik aygıtlar yapmak ve gerektiğinde yapılmış protezlerle aygıtları onarmak işlemleri gerçekleştiren diş protez teknisyenleridir.

³²³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.23.

Birliği Kanunu m.7 hükmünde, “*Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler.*” şeklinde belirtildiği üzere, tabip odasına kayıtlı olmak koşulu getirilmiştir. Ayrıca yine aynı Kanun’un m.39/f.1-c ve TŞSTİDK m.28 hükümleri uyarınca hekimlik mesleğini icra etmeye engel bir durumun mevcut olmaması gerekmektedir.

2.2.2.1.2.2. Konu ve Amaç Unsuru

Tıbbi müdahale sözleşmesinin taşıması gereken özelliklerden bir diğeri ise, söz konusu sözleşmenin; bir hastalığın önlenmesi, ortadan kaldırılması veya iyileşmesinin hızlandırılması, neden olduğu risk ve tehlikelerin azaltılmasını sağlamak, hastaya verdiği acı ve ızdırap halinin etkisini gidermek ve azaltmak amacı ile kurulmuş olması gerekliliđidir³²⁴. Bu kapsamda hekimin tıbbi müdahalesi; kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü, sağlığı açısından tehdit oluşturan durumların teşhisi, tedavisi ve önlenmesine yönelik tıbbi müdahaleleri içermeli ve söz konusu tıbbi müdahale sözleşmesi, bu müdahaleleri gerçekleştirme amacı taşımalıdır³²⁵.

Bu noktada hukuka ve meslek kurallarına uygunluk da önem taşımaktadır³²⁶. Esas itibarı ile tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekliliği de bir hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilmektedir³²⁷. Ancak burada bahsi geçen tıbbi müdahalenin uygunluk halleri, hastanın rızasını alma, dolayısı ile aydınlatma yükümlölüklerinin yerine getirilmesi gerektiği ve tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etme hususlarıdır³²⁸. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından özellik taşıyan bu durum; Yargıtay uygulamasında da, “... yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan bir rızadır.” şeklinde tesis edilen hüküm ile, aydınlatma yükümlölüğü

³²⁴ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.52; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.24.

³²⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.24.

³²⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.268 vd.

³²⁷ Hakeri, **a.e.**, s.256.

³²⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.27 vd.

rızanın bir ön koşulu olarak ve rıza da sözleşmenin kurulması aşamasındaki irade beyanlarının sıhhati düşünüldüğünde tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bir hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilmektedir³²⁹. Bu bağlamda hastanın ya da ihtimallere göre yasal temsilcisinin rızası olmadıkça ve dolayısı ile bu kimseler hekim tarafından aydınlatılmadıkça, söz konusu tıbbi müdahaleler geçersiz olacaktır. Nitekim tıbbi müdahale; kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ya da sağlığının korunması amacıyla da yapılıyor olsa da, aydınlatma ve rıza unsurlarının mevcut olmaması halinde tıp bilimine aykırılık hali de ortaya çıkacaktır³³⁰.

2.2.2.2. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidebilmek için, mevcut bir tıbbi müdahale sözleşmesinin olmasının yanında; kural olarak, TBK m.112 hükmü uyarınca sözleşmenin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi halinin de söz konusu olması gerekmektedir³³¹. Hekim ile hasta arasındaki söz konusu sözleşme; bir hastalığın önlenmesi, ortadan kaldırılması veya iyileşmesinin hızlandırılması, neden olduğu risk ve tehlikelerin azaltılmasını sağlamak, hastaya verdiği acı ve ızdırıp halinin etkisini gidermek ve azaltmak için gayret göstermek yükümlülüklerini içermektedir³³². Bu bağlamda hekimin sorumlu tutulabilmesi için, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesi gerekecektir³³³.

Hekimin tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan yükümlülükler; diğer sözleşmelerde olduğu gibi, edim yükümlülükleri ve edim yükümlülüğünden bağımsız yükümlülükleri kapsamaktadır³³⁴. Hekimin 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 sıralanabilir³³⁵. Edim yükümlülüklerinden bağımsız yükümlülükleri ise; hastayı aydınlatılma yükümlülüğü, hastanın rızasını alma yükümlülüğü, sadakat ve özen

³²⁹ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

³³⁰ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.26.

³³¹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.8.

³³² Seçer, **a.g.m.**, s.110.

³³³ Demir, **a.g.m.**, s.238.

³³⁴ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.145.

³³⁵ Demir, **a.g.m.**, s.238.

yükümlülüğü, tedaviyi kayda geçirme ve sır saklama yükümlülüğü, hastaya hesap verme yükümlülüğü, gerektiğinde tedaviyi üstlenmekten kaçınma yükümlülüğü ve kendini mesleki olarak geliştirme yükümlülüğü olarak sıralanabilir³³⁶.

Bahsi geçen yükümlülüklerin herhangi birinin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğunu ortaya çıkaracaktır. Tam veya gereği gibi ifadan anlaşılması gereken; borçlanılan şeyin bütün unsurlarıyla yerine getirilmesi olmalıdır³³⁷.

Bu noktada ifanın unsurlarına değinmek faydalı olacaktır. İfa; ifanın tarafları, ifanın zamanı, ifanın konusu ve ifanın niteliklerinden oluşan bir hukuki kavramdır³³⁸. Bu bağlamda bu unsurlar açısından tam uygunluk söz konusu olmadığı durumlarda, ifa edilmeme, yani borca aykırılık durumu ortaya çıkacaktır³³⁹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, nitelik olarak, alacaklıya ait olan mal ve şahıs varlıklarını muhtemel zararlardan korumak amacı taşıyan bir yükümlülük türü olarak değerlendirilmektedir³⁴⁰. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile birlikte hastanın, müdahale riskleri ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olarak, rızasının da alınması ile yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi haklarının koruma altına alınması amaçlanmaktadır³⁴¹. Bu nedenle aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahale sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamına giren vazgeçilmez ve bazı istisnai haller dışında³⁴² hekimin takdirine bırakılamaz bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir³⁴³.

Yargıtay da bu bağlamda, *“Kişiler, kendi vücutları üzerinde, ayrık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar*

³³⁶ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.74.

³³⁷ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.147.

³³⁸ Eren, **a.g.e.**, s.906.

³³⁹ Demir, **a.g.m.**, s.238.

³⁴⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.13; Eren, **a.g.e.**, s.37; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.28; İnal, **Borca Aykırılık**, s.289.

³⁴¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.76.

³⁴² Bkz.: s.21 vd.

³⁴³ Hakeri, **a.g.e.**, s.271; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.77.

verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” diyerek kişilik haklarını, vücut dokunulmazlığını ve buna bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğünün gerekliliğini vurgulamaktadır³⁴⁴.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu; aydınlatma türlerinin hangisi olursa olsun, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda söz konusu olabilecektir³⁴⁵. Aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlatma türleri her ne kadar farklı farklı başlık ve farklı isimler altında incelense de, çalışmamızda bu kategorizasyon, “müdahale ve karar aydınlatması” ile “koruma ve tedavi aydınlatması” şeklinde inceleme altına alınmıştır. Müdahale ve karar aydınlatması, çalışmamızda da doktrinde de; teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması ve riziko aydınlatması olarak incelenmektedir³⁴⁶. Koruma ve tedavi aydınlatması da tek başlık altında toplanmaktadır³⁴⁷.

Söz konusu aydınlatma yükümlülüğü türleri açısından ihlal hususu ele alınacak olursa; müdahale ve karar aydınlatmasının ihlal edilmesi halinde, daha sonra alınacak rıza hukuka aykırı bir şekilde alınmış olacak ve bu rızaya bağlı olarak yapılacak tıbbi müdahalelerin tamamının, hastanın özerkliğini ve vücut bütünlüğünü ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır³⁴⁸.

Yargıtay 13. HD., müdahale ve karar aydınlatması kapsamında değerlendirilen riziko aydınlatmasının yapılmamasına ilişkin şu şekilde bir karar vermiştir³⁴⁹:

“...Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu

³⁴⁴ Yarg. 4.HD. T.07.03.1976, E.1976/6297 (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 05.06.2014).

³⁴⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.322 vd.

³⁴⁶ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s. 65-66; Hakeri, **a.g.e.**, s.277; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.60; Özdemir, **Aydınlatma**, s.353; İpekyüz, **a.g.e.**, s.77-80.

³⁴⁷ Zeytin, **a.g.m.**, s.6-7; Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.68; Özdemir, **Aydınlatma**, s.356; Hakeri, **a.g.e.**, s.284; Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.137-138.

³⁴⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.324.

³⁴⁹ Yarg. 13.HD. T. 18.09.2008, E.2008/4519, K..2008/10750. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Yine Yargıtay 4. HD. 18.09.1977 tarihli müdahale ve karar aydınlatması ile ilgili kararı ise şu şekildedir³⁵⁰:

“Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur.”

Koruma ve tedavi aydınlatmasının ihlali halinde de, yine hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilebilecektir³⁵¹. Hastanın hekime danışması veya tedavi amaçlı bilgilendirme sırasında ya da güvenlik aydınlatmasındaki ihmal ve hatalar da hekimin söz konusu aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır³⁵².

³⁵⁰ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

³⁵¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.78.

³⁵² Hakeri, **a.g.e.**, s.323.

2.2.2.3. Tıbbi Meslek Kusurunun Varlığı

Kusur, bir kimsenin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimi olarak tanımlanan; söz konusu davranışı yerine getiren kişinin de bu davranıştan dolayı kusurlu olarak adlandırılmasına neden olan bir kavramdır³⁵³. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur kavramı, akdi kusur olarak adlandırılmaktadır³⁵⁴. Bu noktada genel ilke kusur olarak değerlendirilmekte ve söz konusu sorumluluğun esas itibarı ile kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir³⁵⁵. Nitekim TBK m.114/f.1 hükmünde de bu durum, “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur.*” şeklinde ifade edilmektedir. Aynı şekilde bu durum, tıbbi müdahale sözleşmesi açısından da geçerlilik taşımaktadır³⁵⁶. Kusur sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk ile birlikte haksız fiil sorumluluğunda da önem taşımaktadır. Ancak çalışmamızın bu bölümünde sözleşmeden doğan sorumluluk ve tıbbi müdahale sözleşmesi açısından kusur kavramı incelenecektir.

Sözleşmeden doğan sorumluluk bağlamında kusur, içerik ve kapsam olarak kusurlu davranışın hem objektif yönünü hem de sübjektif yönünü ifade etmektedir. Objektif yön, söz konusu davranışın ortalama zekaya sahip ve makul bir insanın davranışından farklılık göstermesi ile kusurlu davranışı ifade etmektedir. Sübjektif yön ise, zarara neden olan kusurlu davranışın ehliyet hususu açısından davranışı gerçekleştiren kişiye isnat edilebilmesini içine alan bir hukuki kavram şeklinde değerlendirilmektedir³⁵⁷. TBK m.112 hükmü bu bağlamda, sözleşmeden doğan sorumluluk hususunda, tarafların borçlarını ve yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri halini, kusur karinesi esasına bağlı olarak, söz konusu borç veya yükümlülüğü tam veya gereği gibi ifa etmeyen kişiyi kusurlu kabul etmektedir³⁵⁸.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde de kusur, genel esaslarla aynı doğrultuda olmak üzere, kast ve ihmal şeklinde karşımıza çıkmaktadır³⁵⁹. TBK m.112 hükmüne bağlı

³⁵³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.307.

³⁵⁴ İnal, **Sağlık Personeli**, s.11; Eren, **a.g.e.**, s.1061.

³⁵⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1059-1060.

³⁵⁶ İnal, **Sağlık Personeli**, s.9 vd.

³⁵⁷ Demir, **a.g.m.**, s.245.

³⁵⁸ Seçer, **a.g.m.**, s.111.

³⁵⁹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.13-15.

olarak hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin, tıbbi müdahale sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülükleri, genel esaslar çerçevesinde, kast veya ihmal suretiyle ihlal etmiş olması gerekmektedir³⁶⁰. Bir başka deyişle, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilebilmesi için sadece bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması yeterli olmamakta, aynı zamanda bu yükümlülük ihlali hekimin kusurlu bir davranışı ile gerçekleşmiş olması aranmaktadır³⁶¹. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde hekim, kusurlu tıbbi faaliyetinin neden olduğu zararlardan sorumlu olacaktır³⁶².

Kusur kavramının tıbbi müdahale sözleşmesi açısından karşılığı tıbbi meslek kusuru olarak adlandırılmaktadır³⁶³. Tıbbi meslek kusuru kavramına; Yargıtay kararlarında da tanım, kavram ve hukuki sonuçları bakımından hüküm tesis edilirken yer verilmiştir.

Bir Yargıtay kararında; *“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, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.”* şeklinde bir hüküm tesis edilerek, tıbbi meslek kusurunun hangi kapsamda değerlendirileceği ve tıbbi meslek kusuruna bağlanan hukuki sonuçlar açıklanmıştır³⁶⁴.

Yakın tarihli bir başka Yargıtay kararında da yine benzer şekilde; *“Meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak*

³⁶⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.158.

³⁶¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.131.

³⁶² Seçer, **a.g.m.**, s.111.

³⁶³ Demir, **a.g.m.**, s.245 vd.

³⁶⁴ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, kusurlu olması da şarttır. Bunun içinse, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbi özen yükümüne aykırılığın mevcudiyeti aranır.” şeklinde bir hüküm tesis edilmiş ve kusur çeşitlerinden ihmal suretiyle söz konusu yükümlülük ihlalinin gerçekleşebileceği vurgulanmıştır³⁶⁵.

İhmal kavramı genel esaslar çerçevesinde; borçlunun, sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte, bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi istenilen dikkat ve özeni göstermemesi anlamı taşımaktadır³⁶⁶. Tıbbi meslek kusuru açısından bakıldığında da buna paralel şekilde ihmal, özen eksikliğini anlamına gelmekte olup; ihmalin belirlenmesinde somut olayın şartları ve ortalama bir hekimin göstermesi gereken özen esas alınmaktadır³⁶⁷. Bu bağlamda ihmalin belirlenmesi noktasında bir objektiflik söz konusudur³⁶⁸. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından ihmal, bilinçli ya da bilinçsiz şekilde ortaya çıkabilmekte; bilinçli ihmal durumunda hekim, ihmal unsuru taşıyan davranışın zararlı bir sonuç yaratmaya neden olabileceği fark etmesine rağmen söz konusu zararlı sonucun tedavi esnasında bertaraf edilebileceği beklentisi içerisinde³⁶⁹. Söz konusu ihmal, dikkatsizlikle yapma ve yapmama veya alınması gereken bir önlemi almama şeklinde ortaya çıkabilmektedir³⁷⁰. Bu açıdan bakıldığında bilinçsiz ihmal durumunda hekim, herhangi bir şekilde söz konusu kusurlu davranışın tıbbi müdahale açısından hata ya da yanlışlık içerdiğinin ve bu davranış nedeniyle ortaya çıkacak sonuca ilişkin bir farkındalık içerisinde değildir³⁷¹. Bu şekilde tıbbi meslek kusuru türlerinden ihmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır³⁷². Her iki ihmal türünde sorumluluk açısından herhangi bir fark söz konusu olmamakla birlikte, söz konusu farklılık tazminat miktarının hesaplanması noktasında önem teşkil etmektedir³⁷³. Nitekim Yargıtay uygulamasında

³⁶⁵ Demir, **a.g.e.**, dpn.61.

³⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s.1061.

³⁶⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.598.

³⁶⁸ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.160.

³⁶⁹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.15.

³⁷⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.160.

³⁷¹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.15.

³⁷² Hakeri, **a.g.e.**, s.598.

³⁷³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.134.

da, “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.” denerek ağır kusur veya hafif kusur ya da ağır ihmal veya hafif ihmal hallerinin sorumluluk açısından bir değişikliğe neden olmayacağı vurgulanmıştır³⁷⁴. İhmal unsuru tespit edilirken objektiflik esasına bağlı olarak hekimin kişisel mazeretleri önem taşımamaktadır. Çünkü ihmalin belirlenmesinde somut olayın şartları ve ortalama bir hekimin göstermesi gereken özen esas alınır³⁷⁵.

Sözleşmeden doğan sorumluluk bağlamında kusur unsurunun alt türlerinden biri olan kast, hukuka aykırı bir sonucun borçlu tarafından bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi olarak tanımlanmaktadır³⁷⁶. Bir başka deyişle, tıbbi müdahale sözleşmesi açısından, söz konusu sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün hekim tarafından bilinçli bir şekilde yerine getirilmemesi ve bu ihlalin neden olacağı sonuçların da yine aynı şekilde istenmesi kast olarak değerlendirilmektedir³⁷⁷. Hekimin tıbbi müdahale sözleşmesine aykırı sonucu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalini tasarlayıp istemesi halinde doğrudan kast, böyle bir sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte onu göze alması halinde ise dolaylı kast söz konusu olacaktır³⁷⁸. Dolaylı kast hali, özellikle hekimin uzmanlık alanı olmayan bir alanda ve acil müdahale etme zorunluluğunun söz konusu durumlarda, sırf hasta üzerinde el becerisi kazanmak amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde daha çok görünmektedir³⁷⁹. Doğrudan kast hali ise uygulamada fazla rastlanmayan bir durum olmakla beraber, özellikle endikasyon bulunmayan hallerde ücret alabilmek amacıyla hareket edilerek

³⁷⁴ Yarg. 13.HD. T.07.02.2005, E.2004/12088, K.2005/1728. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

³⁷⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.598.

³⁷⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.160.

³⁷⁷ İnal, **Sağlık Personeli**, s.13.

³⁷⁸ Eren, **a.g.e.**, s.1061.

³⁷⁹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.14.

hastanın tıbbi müdahaleye maruz bırakılması durumunda hekimin sorumluluğu doğrudan kasta dayanacaktır³⁸⁰.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak bir örnek vermek gerekirse; bir cerrahın, ülkemizde henüz yapılmayan bir alt uzmanlık alanında, kalça artroskopisi gibi, bilgi ve beceri eksikliği nedeniyle hastaya zarar verdiği durumda, hekimin hastaya söz konusu tıbbi müdahalenin ve bu tıbbi müdahaleye ilişkin uzmanlık alanının henüz ülkede yaygın bir nitelik taşımadığını söylemesi ve hastayı bu konuda aydınlatması gerekirken ameliyatı gerçekleştirerek hastaya zarar vermesi kast unsuruna dayalı bir davranış olarak nitelendirilmektedir³⁸¹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi her türlü değerlendirme yapıldığında bir tıbbi meslek kusuru olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı haller³⁸² söz konusu olduğunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi bir ihlal ve aynı zamanda bir tıbbi meslek kusuru olarak nitelendirilemeyecektir³⁸³.

2.2.2.4. Bir Zararın Varlığı

Sözleşmenin taraflara yüklediği bir borç veya yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucu, alacaklının hukuk düzeni tarafından korunan mal veya şahıs varlıklarında meydana gelen azalma zarar olarak adlandırılmaktadır³⁸⁴. Sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar, maddi bir zarar olabileceği gibi, manevi bir zarar da olabilir³⁸⁵. Ancak yine de her türlü durumda, sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, alacaklı aleyhine bir zararın doğmuş olması gerekmektedir³⁸⁶.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından zarar ve sözleşmeden doğan hukuk sorumluluk kavramları değerlendirildiğinde; hasta ile hekim arasında kurulan bir tıbbi müdahale sözleşmesinin ifası gerçekleştirilirken, hastanın beklemekte haklı

³⁸⁰ Hakeri, a.g.e., s.598.

³⁸¹ İnal, Sağlık Personeli, s.14. (Ayrıca bkz.: İnal, Sağlık Personeli, dpn.62)

³⁸² Bkz.: s.36.

³⁸³ Hakeri, a.g.e., s.312 vd.

³⁸⁴ Eren, a.g.e., s.1052.

³⁸⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s.643.

³⁸⁶ Eren, a.g.e., s.1052.

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 zararlardan hekim sorumlu olacaktır³⁸⁷. Hatalı tıbbi müdahale ya da hekimin kusuru sonucu meydana gelen zarar, hekimin hukuki sorumluluğunun ve dolayısı ile tazminat sorumluluğunun en önemli unsurunu teşkil etmektedir³⁸⁸. Zira sözleşmenin taraflara yüklediği yükümlülük ihlal edilmesine ve hatta bu ihlalin kusurlu davranış neticesinde ortaya çıkmasına rağmen, bir zarar meydana gelmediği takdirde artık hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir³⁸⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından da maddi zarar ve manevi zarar söz konusu olabilmektedir. Maddi zarar, yükümlülüğe uygun bir tedavi gerçekleştirilmiş olsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ve buna bağlı malvarlığı ile gerçekleştirilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farkı; manevi zarar ise, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir³⁹⁰.

Bir Yargıtay kararında, “*Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastahane ve personeli olan doktorların tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. 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.*” denilerek söz konusu hatalı uygulama nedeniyle meydana gelen her türlü maddi ve manevi zararlardan hekimin sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır³⁹¹.

Sözleşmeden doğan sorumluluk halinde meydana gelen maddi zararın kapsamına, tedavi giderleri, işgücü kaybı, destekten yoksun olma ve ölüm nedeniyle meydana

³⁸⁷ İnal, **Sağlık Personeli**, s.22-23.

³⁸⁸ Seçer, **a.g.m.**, s.110.

³⁸⁹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.136.

³⁹⁰ Seçer, **a.g.m.**, s.111.

³⁹¹ Yarg. 13.HD. T.07.02.2005, E.2004/12088, K.2005/1728. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

gelen diğerk zararlar girerken; manevi zararın kapsamına ise, kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı saldırı nedeniyle oluşan manevi acı, ızdırıp ve hayat zevkindeki azalma girmektedir³⁹². Söz konusu zararlarla ve bu zararlardan doğan sorumluluk ile ilgili daha detaylı bilgiler, çalışmamızın devamında maddi tazminat ve manevi tazminat başlıkları altında verilecektir.

2.2.2.5. Tıbbi Meslek Kusuru ile Zararın Doğması Arasında Uygun İlliyet Bağı Olması

Sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedebilmek için; imkansızlık, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme gibi sözleşmenin ihlaline neden olan fiiller ile zararın meydana gelmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmalı; böylece sözleşmenin ihlali, olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibarı ile elverişli olmalıdır³⁹³. Bu bağlamda tıbbi müdahale sözleşmesinde, hekimin hastaya uyguladığı tedavinin gerçekleştirilmesinden ve yapılan tedaviden doğan zararlı sonuç ile tedavi fiil ve yöntemi arasında kurulan sebep sonuç ilişkisi, sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir³⁹⁴. Bu açıdan bakıldığında, hekimin tıbbi meslek kusuru niteliği taşıyan davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olmadıkça hekimin sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır³⁹⁵. Bir başka deyişle hekim, yalnızca kusurlu tıbbi faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır³⁹⁶. Şu halde özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen hekimin ve buna bağlı olarak gerçekleşen tıbbi hatalı uygulama kapsamında bir ihlal ortaya çıkmış olmalıdır. Yani hekimin tedavi esnasında göstermekle yükümlü olduğu özeni göstermemesi, yapmakla yükümlü olduğu tıbbi müdahaleyi yapmaması veya uzmanlık alanına girmeyen, beceri eksikliği olan bir alanda tıbbi müdahaleye girişmesi ya da hastanın sağlığı açısından en uygun tedavi yöntemini seçememesi

³⁹² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171-172.

³⁹³ Eren, **a.g.e.**, s.1059.

³⁹⁴ İnal, **Sağlık Personeli**, s.23.

³⁹⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.137.

³⁹⁶ Seçer, **a.g.m.**, s.111.

veya aydınlatma yükümlülüğü gibi yükümlülükleri ihlal etmesi nedeniyle ortaya çıkan bir zararın söz konusu olması gerekmektedir³⁹⁷.

Tıbbi müdahale sözleşmesi bağlamında; hekimin tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle ilişkin tutum ve davranışlarının kusurlu olması, ancak gerçekleşen zararın meydana gelmesi ve gerek tıbben gerek olayların normal akışına uygun olarak hastada bir zararın meydana gelmesi açısından elverişlilik taşıması halinde uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilecektir³⁹⁸.

Söz konusu zararın meydana gelmesi ile kusurlu davranışlar arasında uygun illiyet bağı dışında, daha farklı illiyet bağları söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki; iki olay arasındaki etkin neden ilişkisi, yani bir olay olmadan diğer olayın gerçekleşmesinin imkansız olduğu halleri kapsayan doğal illiyet olarak adlandırılan illiyettir³⁹⁹. Bu illiyet bağı, şart teorisi olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰⁰. Söz konusu teori, sözleşmeden doğan sorumluluğun tespiti açısından yetersiz görülmekte; zira bir sonucun meydana gelmesinde birden fazla etken olabilmesine rağmen bu görüşe göre her sebep eşit düzeyde sonucun gerçekleşmesine hizmet etmektedir⁴⁰¹.

Bir zararın meydana gelmesindeki sebeplerin çokluğu halinde; ortak illiyet, yarışan illiyet ve seçimlik illiyet gibi illiyet türleri söz konusu olabilmekte ve bu illiyet türlerinde, sebeplerden her biri, söz konusu zararın meydana gelebilmesine tek başına neden olabilecek uygunluktur. Bundan farklı olarak birden çok sebepten yalnız birinin zarar doğurabilecek nitelik taşıdığı illiyet bağı teorileri ise; önüne geçilen illiyet ve uygun olmayan illiyet olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu illiyet bağı türleri, sözleşmeden doğan sorumluluğun bir unsuru olarak değerlendirilmemektedir⁴⁰².

³⁹⁷ İnal, **Sağlık Personeli**, s.23.

³⁹⁸ Seçer, **a.g.m.**, s.137.

³⁹⁹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.138.

⁴⁰⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.175.

⁴⁰¹ İnal, **Sağlık Personeli**, s.26.

⁴⁰² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.175-178.

2.3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Haksız fiil sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk gibi bir kusur sorumluluğu olarak değerlendirilen bir sorumluluk türüdür⁴⁰³. Kusur sorumluluğu kavramı, daha önce de tanımladığımız üzere, bir kimsenin kusurlu bir davranış ile hukuka aykırı bir fiil sonucu başka bir kimseye vermiş olduğu zarardan sorumluluğunu ifade etmektedir⁴⁰⁴. Kusur sorumluluğuna doktrinde ve uygulamada dar anlamda haksız fiil sorumluluğu da denmektedir⁴⁰⁵.

Haksız fiil sorumluluğu; TBK m.49 hükmünde, “(1) Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemede haksız fiil sorumluluğun var olabilmesi için gerekli unsurlar; kusurlu ya da hukuka aykırı bir fiilin varlığı, bir zararın oluşması ve söz konusu zarar ile söz konusu fiil arasında uygun illiyet bağının varlığı şeklinde görünmektedir⁴⁰⁶. Bu bağlamda söz konusu unsurların, sözleşmeden doğan sorumluluklar açısından benzer nitelik taşıdığını görmekteyiz. O nedenle, bu unsurlara ilişkin açıklama getirirken, hekimin haksız fiil sorumluluğu açısından özellik taşıyan noktalarına değinmeyi uygun görmekteyiz.

Haksız fiil; hukuka aykırı bir nitelik taşıyan davranışı ifade etmekte ve haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından birini oluşturmaktadır⁴⁰⁷. Haksız fiil sorumluluğuna temel teşkil edecek fiil; yapma ve yapmama şeklinde ortaya çıkan insan davranışlarını ifade etmektedir⁴⁰⁸. Söz konusu fiilin haksız bir fiil olabilmesi için ise; kusurlu bir davranış ya da hukuka aykırılık teşkil eden bir davranış olması gerekmektedir⁴⁰⁹. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğü özelinde hekimin; kişinin

⁴⁰³ Eren, **a.g.e.**, s.516.

⁴⁰⁴ Seçer, **a.g.m.**, s.109.

⁴⁰⁵ Eren, **a.g.e.**, s.516.

⁴⁰⁶ İnal, **Borca Aykırılık**, s.25-26.

⁴⁰⁷ Eren, **a.g.e.**, s.516.

⁴⁰⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.272.

⁴⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, s.516.

yaşamına, sağlığına ve vücut bütünlüğüne yapılan ve ihlal olarak nitelendirilen her türlü tıbbi müdahale haksız fiili olarak değerlendirilecektir⁴¹⁰. Bu açıdan bakıldığında hekimin söz konusu haksız fiilinin hukuka aykırılığı, hastanın gerek malvarlığında gerekse şahıs varlığı değerlerinde bir zarara neden olmasını yasaklayan bir hukuk kuralının ihlali olarak değerlendirmek uygun olacaktır⁴¹¹. Bu konuda bir Yargıtay kararı, “*Kusur sorumluluğun subjektif şartıdır. BK. kusuru kasıt ve ihmâl olmak üzere ikiye ayırmıştır (BK. m. 41). İhmalde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir, buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalinde; hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır anlayışlı; normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmâl ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.*” hekimin kusurlu veya hukuka aykırı davranışını tüm hatlarıyla açıklamıştır⁴¹².

Hekimin söz konusu fiilinin hukuka aykırı olması, haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli bir neden değildir. Söz konusu hukuka aykırılığın yanında, hekimin fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir durumun da olmaması gerekmektedir⁴¹³. TMK m.24/f.2 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*

⁴¹⁰ Kaya, **a.g.m.**, s.79.

⁴¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.597.

⁴¹² Yarg. 13.HD. T.14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/1783. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

⁴¹³ Seçer, **a.g.m.**, 136.

saldırı hukuka aykırıdır.” şeklinde belirtildiği üzere hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller; tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, hastanın üstün bir yararının bulunması ve tıbbi müdahalenin yapılması ile alakalı olarak kamu yetkisi yetkisinin kullanılması olarak sıralanmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünü ve dolayısı ile haksız fiil sorumluluğu açısından da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlenen rızanın da içinde bulunduğu durumlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Kural olarak, hasta ile arasında daha önceden açık veya örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmadığı takdirde hekimin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak bir sözleşmesel ilişkinin mevcut olduğu hallerde de haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu gibi hallerde haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluk yarışır. Bu durumda hekim aleyhine açılacak olan dava, söz konusu sorumluluk esaslarından birine dayandırılabilir⁴¹⁴. Burada hakim, hastanın menfaatini düşünerek, hastanın zararını giderecek en iyi imkanı sağlayan sorumluluk türüne karar verecektir⁴¹⁵.

Haksız fiil sorumluluğunun diğer unsuru ise, TBK m.49 hükmünde belirtildiği üzere zararın meydana gelmesidir⁴¹⁶. Bu bağlamda hekimin yapmış olduğu hukuka aykırı tıbbi müdahale, hastanın mal veya şahıs varlıklarında maddi ya da manevi bir zarara neden olmalıdır⁴¹⁷. Haksız fiil sorumluluğu, hasta ile hekim arasındaki ilişki açısından değerlendirildiğinde; 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 zararlardan hekim sorumlu olacaktır⁴¹⁸.

Hekim ile hasta arasında, tıbbi müdahaleye ilişkin bir sözleşmenin mevcut olmaması hali; tıbbi müdahale sözleşmesinin özel hastane ile hasta arasında

⁴¹⁴ Seçer, **a.g.m.**, s.111-112.

⁴¹⁵ **TBK m.60** - Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

⁴¹⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.293.

⁴¹⁷ Seçer, **a.g.m.**, s.112.

⁴¹⁸ İnal, **Sağlık Personeli**, s.22-23.

kurulması durumlarında ortaya çıkmaktadır⁴¹⁹. Söz konusu sözleşme türüyle alakalı açıklamaları çalışmamızın önceki kısımlarında yaptığımız için, bu açıklamaları tekrarlamıyoruz. Ancak bu konudaki açıklamalara geçmeden önce, özel hastane kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bilgi vermekte fayda görmekteyiz.

1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m.1 hükmünde özel hastane; *“Devletin resmî 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 "hususî hastaneler" den sayılır.”* şeklinde tarif edilmiştir. Bunun yanında Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin yürürlükten kaldırılan m.4/f hükmünde de özel hastane tanımı yapılmaktaydı. Mülga hükmüne göre özel hastane; *“Bu yönetmelik kapsamına gire gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbi müdahale, ameliyat, tıbbi bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları”* olarak tanımlanmaktaydı⁴²⁰.

Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk, kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekime ait olmaktadır⁴²¹. Esas itibarı ile hekimin sorumluluğunun yanında, hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmeye bağlı olarak TBK m.116 bağlamında hastanenin de sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Ancak Yargıtay bir kararında, *“...davalı doktor ve hastanenin, haksız fiil ve adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu oldukları, Adli Tıp raporuna göre davalıların 2/8 kusurlu oldukları kabul edilerek belirlenen maddi zarardan kusur oranında indirim yapılmak suretiyle...”* şeklinde bir ifade ile hekim ve hastanenin sırasıyla haksız fiil sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olduklarını belirtmektedir⁴²². Yine bir başka Yargıtay kararında, *“Bu durumda, davalı hastanenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olup; Borçlar Yasasının 55. maddesine ilişkindir. Davacı, davalı hastaneye yatmakla, diğer davalı*

⁴¹⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

⁴²⁰ **RG**, 11.03.2009, 27166.

⁴²¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

⁴²² Yarg. 13. HD. T.08.07.2005, E.2005/3645, K.2005/11796. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

doktor ile olan ilişkisi değişir, doktor artık hasta ile hastanenin işçisi (kullandığı kişi) olarak ilgilenir. Bir anlamda, doktor ile olan hukuki ilişki, hastane ile olan hukuki ilişkiye dönüşmüştür. Bu nedenle hastane, doktorun gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55 uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemleri, fen kuralları, doğruluk içerisinde yapılmasını gerektirir.” şeklinde bir hüküm tesis edilerek hekimin ve hastanenin haksız fiil ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu olacakları ifade edilmektedir⁴²³.

Bu açıklamalar ve Yargıtay kararları doğrultusunda bir değerlendirme yapmak gerekirse; hekim ile hasta arasında bir tıbbi müdahale sözleşmesi tesis edilmemiş olması ya da sorumluluk türlerinin yarışması halinde, hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden bir tıbbi müdahale gerçekleştirirse ve tıbbi müdahaleden dolayı bir zarar meydana gelirse, hastanın veya yasal temsilcisinin rızası mevcut olsa bile, rızanın ön koşulu olan aydınlatmanın gerçekleştirilmemiş olması nedeniyle söz konusu tıbbi müdahale hukuka aykırılık taşıyacak ve hekimin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun doğması, sorumluluğun kapsamı ve talep edilecek tazminat türleri açısından bir farklılık olmamakla beraber; davaya ve talebe temel teşkil edecek hukuki dayanak noktasında ve ispata ilişkin hususlarda farklı durumlar söz konusu olmaktadır.

⁴²³ Yarg. 13.HD. T.14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/1783. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

3.1. GENEL BİLGİLER

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, bir açıdan tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, bir açıdan da hastanın mutlak kişilik değerlerinin ihlali niteliği taşımaktadır⁴²⁴. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi ile birlikte, hastanın tıbbi müdahaleye vermiş olduğu rıza geçersiz olarak değerlendirilecektir⁴²⁵. Zira, ancak yapılacak tıbbi müdahalenin türü, şekli, kapsamı ve sonuçları hakkında önceden aydınlatılmış bir hastanın serbest iradesi ile tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğinden söz edilebilecektir⁴²⁶. Bu durumun sonucunda ise; hukuken geçersiz sayılan rızaya dayanarak gerçekleştirilen her türlü tıbbi müdahale, hukuka aykırılık teşkil edecektir⁴²⁷. Söz konusu hukuka aykırılık; kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin hukuki koruma altındaki kişilik hakları ve kişinin bahsi geçen şahıs varlıklarına yapılan her türlü müdahale açısından söz konusu olacaktır⁴²⁸. Yine aynı şekilde, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile birlikte; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, kişinin kendi hakkında verme hakkının da ihlal edilmesi durumu ortaya çıkacaktır⁴²⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından zarar ve hekimin bu zararlardan 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, vücut bütünlüğü, kişilik haklarında ve malvarlığında meydana gelebilecek maddi ve manevi zararlardan hekim sorumlu olacaktır⁴³⁰. Dolayısı ile aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde,

⁴²⁴ Zeytin, **a.g.m.**, s.29.

⁴²⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.322.

⁴²⁶ Seçer, **a.g.m.**, s.123.

⁴²⁷ Kaya, **a.g.m.**, s.46.

⁴²⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.59.

⁴²⁹ Zeytin, **a.g.m.**, s.29.

⁴³⁰ İnal, **Borca Aykırılık**, s.179.

sonrasında buna bağılı olarak meydana gelen zararlardan, esas itibarı ile hekim sorumlu tutulacaktır⁴³¹.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine bağılı olarak ortaya çıkan zararlar, genel esaslara da paralel olarak maddi zarar ve manevi zarar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³². Zarar kavramı bunun yanında, geniş anlamda zarar ve dar anlamda zarar olarak iki farklı şekilde kullanılmaktadır. Geniş anlamda zarar, kişinin malvarlığına ilişkin bir zarar olan maddi zarar ile kişinin şahıs varlığına ilişkin bir zarar olan manevi zarar kavramlarının her ikisini kapsayan bir zararı ifade ederken; dar anlamda zarar, sadece maddi zararı ifade etmektedir⁴³³.

Bu bağlamda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu olacağı zarar, ortaya çıkan maddi ve manevi zararları kapsayan nitelikte bir zarardır⁴³⁴. Özel hukuk açısından bakıldığında aydınlatma yükümlülüğünün ihlal eden hekim, söz konusu tıbbi müdahale sonucu bir zarar meydana geldiği takdirde tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalacaktır⁴³⁵. Tazminat sorumluluğunun sonucu olarak hekim, hastanın mal ve şahıs varlıklarında aydınlatma yükümlülüğün ihlali nedeniyle meydana gelen azalmaları tazmin etmek durumunda kalacaktır⁴³⁶.

İşte çalışmamızın bu bölümünde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, şartları ve hükümleri incelenecektir. Ayrıca söz konusu yükümlülük ihlali nedeniyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğu, haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğu ile kıyaslanarak, tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan sorumluluğa bağılı olarak karşılanamayacak zararların ne şekilde ve hangi şartlarda tazmin edilebileceği hususu irdelenecektir.

⁴³¹ Seçer, **a.g.m.**, s.123.

⁴³² Eren, **a.g.e.**, s.1052 vd.

⁴³³ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.170.

⁴³⁴ Zeytin, **a.g.m.**, s.29.

⁴³⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s.322.

⁴³⁶ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.136.

3.2. MADDİ TAZMİNAT

3.2.1. Genel Olarak

Tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda hekim, hastasına tazminat ödemekle yükümlü olacaktır⁴³⁷. Hekimin tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak söz konusu tazminat miktarının belirlenmesi bakımından, hekimin sorumluluğunun kaynağının tıbbi müdahale sözleşmesine veya haksız fiile dayanmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴³⁸. Zira TBK m.114 hükmünde de; “(1) Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. (2) Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.” şeklinde bir düzenleme mevcut olduğu için, haksız fiil sorumluluğu ile ilgili hükümler, tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan zararların tazmini açısından da kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Hastanın, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararlarının başında maddi zararlar gelir⁴³⁹. Maddi zarar, yükümlülüğe uygun bir tedavi gerçekleştirilmiş olsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ve buna bağlı malvarlığı ile gerçekleştirilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farkı ifade etmektedir⁴⁴⁰. Başka bir deyişle; hastanın malvarlığının, yükümlülüğe aykırı ve zarara neden olan nitelikte bir fiilin gerçekleşmeden önceki hali ile söz konusu fiil hiç gerçekleşmemiş olsaydı erişebileceği hal arasındaki negatif farkı ifade etmektedir⁴⁴¹. Bu bağlamda bir maddi zarardan söz edebilmek için; bir malvarlığının mevcut olması, bu malvarlığında bir azalma meydana gelmiş olması ve bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında bir

⁴³⁷ Bkz.: s.64.

⁴³⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.601.

⁴³⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.170.

⁴⁴⁰ Seçer, **a.g.m.**, s.111.

⁴⁴¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.136.

sebeple bir yükümlülüğün kusurlu bir davranış ile ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmiş olması gerekmektedir⁴⁴².

Tıbbi müdahale sözleşmesi bağlamında ortaya çıkan maddi zarardan hekimin sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı fiil, hekimin kusuru ile meydana gelmiş olmalıdır⁴⁴³. Ancak kusur şartı, kusur sorumluluğunun esas alındığı durumlarda⁴⁴⁴ söz konusu olacak; kusursuz sorumluluk hallerinin söz konusu olduğu, TBK m.66 hükmüne göre adam çalıştırmanın sorumluluğu ve TBK m.69 hükmüne göre eser malikinin sorumluluğu hallerinde aranmayacaktır⁴⁴⁵. Bu konu kapsamında, sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun tıbbi müdahale sözleşmesi açısından taşıdığı özellikleri belirtmekte fayda vardır.

Özel hukuk kapsamında tıbbi müdahale sözleşmesi hekim ile hasta arasında kurulabileceği gibi, özel hastane ile hasta arasında da kurulabileceğini belirtmiştik. Hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılan ve özel hastane ile hasta arasında tesis edilen bir tıbbi müdahale sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda hekim, sözleşmenin tarafı olarak değerlendirilmemekte, dolayısı ile hasta doğrudan özel hastane ile taraf olmaktadır⁴⁴⁶. Bu şekilde bir tıbbi müdahale sözleşmesi söz konusu olduğunda hekimin hukuki statüsü, hastane adına tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişi olarak TBK m.116/f.1 hükmü bağlamında ifa yardımcısıdır⁴⁴⁷. TBK m.116/f.1 hükmünde maddi zarardan sorumluluk; *“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.”* şeklinde borçluya, yani özel hastaneye yüklenmiştir. Bu bağlamda tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin söz konusu tıbbi müdahale sözleşmesinin bir tarafı olmadığı

⁴⁴² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.170.

⁴⁴³ **TBK m.49/f1.** - Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

⁴⁴⁴ Bkz.: s.59.

⁴⁴⁵ Seçer, **a.g.m.**, s.112.

⁴⁴⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

⁴⁴⁷ Ayan, **a.g.e.**, s.45.

ve hekimin sebep olduğu ihlal nedeniyle meydana gelen zarardan sorumluluğunun ifa yardımcısı olması sebebiyle sorumlu olduğunu belirtmek gerekecektir⁴⁴⁸.

Yargıtay'ın bu doğrultudaki bir kararı şu şekildedir⁴⁴⁹:

“Borçlar Kanunu 100 madde uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılara karşı sorumludur.”

Burada hekimin, TBK m.116 (818 sayılı Borçlar Kanunu m.100) uyarınca ifa yardımcısı sıfatı ile sorumlu olacağı karara bağlanmıştır.

Bu açıklama ve Yargıtay uygulamasındaki örneklerden sonra yeniden maddi zarar ve maddi tazminat konusuna dönecek olursak; hekimin kusurlu bir davranış ile neden olduğu maddi zararların neler olabileceği, tazminat sorumluluğunun kapsamı açısından önem taşımaktadır⁴⁵⁰.

3.2.2. Maddi Tazminatın Kapsamı

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve sonrasında tıbbi müdahalenin tam ve gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle oluşan maddi zararlar genel olarak; yaşamın kaybı, sağlığın bozulması veya beden bütünlüğünün zarar görmesi gibi sonuçlar ve bu sonuçların beraberinde getirdiği diğerler maddi zararlar şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁵¹. Bu zararlar; tedavi giderleri, işgücü kaybı, destekten yoksun olma ve ölüm nedeniyle meydana gelen diğer zararlar olarak sıralanabilir. TBK m.54 hükmünde bu husus şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün*

⁴⁴⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.498.

⁴⁴⁹ Yarg. 13.HD. T.22.05.2003, E.2003/2333, K.2003/6348. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

⁴⁵⁰ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁵¹ Kaya, **a.g.m.**, s.70.

azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”

Maddi zarar kavramı, fiili zarar ve mahrum kalınan kar şeklinde de bir sınıflandırmaya tabi tutulmakta ve buna bağlı olarak maddi tazminatın kapsamı, mahrum kalınan kar açısından da değerlendirilmektedir⁴⁵². Buna göre, hastanın malvarlığının mevcut durumunda, kendi iradesi dışında meydana gelen zararlar fiili zarar olarak adlandırılmaktadır⁴⁵³. Mahrum kalınan kar ise, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine bağlı olarak hastanın malvarlığında meydana gelebilecek artışların, söz konusu yükümlülüğün ihlaline neden olan fiilden dolayı kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu ortaya çıkan zarar olarak tanımlanmaktadır⁴⁵⁴. Bu bağlamda her iki zarar da, maddi tazminatın kapsamına dahil olmakta ve dava konusu edilebilecektir.

Tedavi giderleri; yeniden yapılması gereken tıbbi müdahale, doktor, hastane, ilaç, yatak, geçici bir yerde dinlenme, kaplıca, protez, yardımcı, hizmetçi ve özel diyet masraflarını içine alan geniş bir sorumluluk kapsamını ifade etmektedir⁴⁵⁵. Burada maddi zarar olarak sayılabilecek ve maddi tazminat sorumluluğunu doğurabilecek türden faaliyetlerin, hastanın sağlığına kavuşmasına yönelik olması ve tedavi amacı taşıması gerekliliği söz konusudur⁴⁵⁶. Bunun yanında estetik operasyonlar da tedavi giderleri kapsamına dahil edilen tıbbi müdahalelerden biri olarak sayılmaktadır⁴⁵⁷. Hastanın, hatayı yapan hekime tedavi nedeniyle ödediği bedel, hekimden tazminat olarak talep edilememekte, zira bu bedel hastanın tedavisi için yapılması zorunlu olan giderlerden olup hastanın başka bir sağlık merkezine başvurması halinde de yapmak durumunda kalacağı bir gider olarak değerlendirilmektedir⁴⁵⁸. Yani burada, maddi tazminata konu olabilecek tıbbi müdahale ücreti, yeniden gerçekleştirilmek durumunda olan tıbbi müdahale ücretleridir. Söz konusu giderlerin belgelendirilmesi, sorumluluk hukuku açısından şart olmamakla birlikte, ispat açısından gereklilik

⁴⁵² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁵³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.149.

⁴⁵⁴ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁵⁵ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁵⁶ Kaya, **a.g.m.**, s.70.

⁴⁵⁷ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁵⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.602.

taşımaktadır⁴⁵⁹. İspata ilişkin değerlendirme ve incelemeler çalışmamızın devamında yer alacaktır.

Hastanın uğradığı bedensel zararlar da maddi tazminata konu teşkil edebilecek nitelikteki maddi zararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁶⁰. Bu bağlamda iş gücü kaybı; kişinin beden bütünlüğünün, hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi bir edimin yerine getirilmesine bağlı olarak, ki bu durum kötü ifa ya da tam ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde meydana gelmektedir, bozulması ile birlikte hastanın çalışma gücünden yoksun kalmasını ifade etmektedir⁴⁶¹. Söz konusu yoksunluk, geçici veya kalıcı nitelikte olabilmektedir⁴⁶². Burada hastanın zarara uğramasına neden olan ihlal, vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir⁴⁶³. Ancak iş gücü kaybı olarak isimlendirilen söz konusu maddi zarar, vücut bütünlüğünün ihlal edilmesinin sonucunda ortaya çıkan maddi kazanımlardaki azalmayı ifade etmektedir. Bunun yanında hastanın bedensel zararı çalışma gücüne olumsuz etkide bulunmamasına rağmen iş piyasasında, ekonomik piyasada yeni iş bulma veya eski işini koruma güçlüğü yaşamasına neden olduğu haller açısından da tazminat sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁴. Zira iş gücü kaybı halinde zarar; çalışma gücünün belirli bir oranda azalması sonucu kişinin ekonomik geleceğinin sarsılmış olması ya da beden gücünün belirli bir oranda azalması nedeniyle eski işini yapmasının yanında kişinin söz konusu bedensel zarar nedeniyle sarf edeceği fazla güçten kaynaklanmaktadır⁴⁶⁵.

Yargıtay 4. HD. konuya ilişkin şu şekilde bir karar vermiştir⁴⁶⁶:

“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

⁴⁵⁹ Kaya, **a.g.m.**, s.70.

⁴⁶⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.602.

⁴⁶¹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁶² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.149.

⁴⁶³ Demir, **a.g.m.**, s.247 vd.

⁴⁶⁴ Kaya, **a.g.m.**, s.72.

⁴⁶⁵ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁶⁶ Yarg. 4.HD. T.03.03.2009, E.2008/6661, K.2009/3087. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

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 altına alınması gerekir.”

Destekten yoksun kalma; esas itibarı ile, ölüme bağlı olarak meydana gelen zararlardan biri olarak değerlendirilmektedir⁴⁶⁷. Ölüme bağlı olarak doğan zararlar, TBK m.53 hükmünde düzenlenmekte, maddenin 3. fıkrası “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” şeklinde destekten yoksun kalma halini tanımlamaktadır. Söz konusu destek; anne ve babanın çocuklarına yönelik ya da eşlerin birbirlerine yönelik desteği şeklinde tezahür etmekle birlikte, ölüm anında eylemli olarak var olabileceği gibi, ileride yardım yapılmasının kuvvetle muhtemel olduğu ilişkiler açısından da söz konusu olabilecektir⁴⁶⁸. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında “... Sadece eylemli bakım ilişkisi, desteklik sıfatının kabulü için yeter. Daha açık bir deyimle, mirasçı olsun veya olmasın, ölenin akrabası veya yabancı bulunsun, ölüm sebebiyle ölenin yardımından mahrum kalmış olan herkes ölüme sebebiyet verenden Borçlar Kanunu’nun 45. maddesi hükmünce tazminat ister.” denilerek söz konusu duruma ilişkin bir açıklama getirilmiştir⁴⁶⁹. Bu bağlamda destek, hizmet şeklinde de olabileceğinden, maddi geliri olmayan bir hastanın ölümü durumunda da; ölen hastanın annesi, babası, eşi, çocukları ve hizmetinden faydalanan diğer yakınları açısından destekten yoksun kalma tazminatı söz konusu olabilecektir⁴⁷⁰.

Ölüm nedeniyle meydana gelen diğer zararlar; TBK m.53/f.1-2 hükümlerinde, cenaze giderleri ve ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar olarak sıralanmıştır. Bu bağlamda cenaze giderleri, ölüm derhal gerçekleşmiş ise tek başına cenaze giderleri ölüme bağlı maddi zarar kapsamında değerlendirilecektir. Ancak ölüm belirli bir süre sonra gerçekleşmemiş ise ve kişi ölmeden önceki bu süre içerisinde çalışma gücü

⁴⁶⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s.602.

⁴⁶⁸ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.171.

⁴⁶⁹ Yargıtay kararı için bkz: Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, dpn.112.

⁴⁷⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.602.

kaybı ya da tedavi giderlerine bağılı olarak bir zarara uğramış ise, bu zararlar da ölüme bağılı zarar niteliğinde sayılacak ve maddi tazminat davasına konu olabilecektir⁴⁷¹.

3.2.3. Maddi Tazminatın Miktarı

Tazminat miktarı, TBK m.51/f.1 hükmünde “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” şeklinde ifade edildiği üzere hakim tarafından belirlenmek durumundadır. Ancak tazminat miktarının belirlenmesi aşamasında, ayrıntılı ve teknik hesaplamalar gerektirdiğinden, hakimin bizzat hesaplama zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁷². Uygulamada da bu durum, bilirkişilik kurumu vasıtası ile doldurulmakta ve söz konusu tazminatın miktarı belirlenmesi sağlanmaktadır.

Zararın miktarının kesin olarak saptanamadığı hallerde hakim, olayların normal akışını ve alacaklı tarafından alınan önlemleri göz önünde bulundurarak tazminat miktarını belirlemek durumundadır⁴⁷³. Bunun yanında hakimin, TBK m.52 hükmüne dayanan ve “(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. (2) Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” şeklindeki düzenlemeye bağılı olarak tazminat miktarını indirme yetkisi söz konusudur.

Ancak olayın gelişimi ve sair olgular göz önünde bulundurularak, hekimin kusurlu olduğu hallerde bile tazminatın indirilebilmesi mümkünken, Yargıtay’ın istikrarlı görüşü bu doğrultuda olmayıp; hekim her türlü özen gösterme yükümlülüğü altında ve en hafif kusurundan dahi sorumlu olarak zararın tamamından sorumlu

⁴⁷¹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.172.

⁴⁷² Hakeri, **a.g.e.**, s.603.

⁴⁷³ Eren, **a.g.e.**, s.1067.

olduğundan, maddi tazminat noktasında hekimin sorumluluğu açısından bir indirime gidilmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği yönündedir⁴⁷⁴.

Maddi tazminat sorumluluğu kapsamında yer alan zararlar, kural olarak, maddi tazminat miktarının üst limitini belirlemektedir⁴⁷⁵. Bir başka deyişle, hekimin tazminat yükümlülüğü, kendi kusurlu davranışı ile neden olduğu zararlar ile sınırlıdır⁴⁷⁶. Ancak alacaklı, borçludan sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde ortaya çıkan tazminat alacağının faizini isteyebilecektir⁴⁷⁷.

Maddi tazminat sorumluluğu kapsamında yer alan, destekten yoksun kalma söz konusu olduğu hallerde tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin genel esaslar TBK m.55'te şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) 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. (2) 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.”

Bedensel zararlarda ve ölüm halinde maddi tazminatın miktarının belirlenmesine yönelik söz konusu hüküm, esasen birbirinden farklı üç konuyu ele almaktadır. Bunlar rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacı taşımayan ödemelerin durumu, hesaplanan tazminatta hakkaniyet düşüncesi ile arttırma veya

⁴⁷⁴ Yarg. 13. HD. T.08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796; Yarg. 13. HD. T.15.12.2005, E. 2005/11677 K. 2005/18599; Yarg. 13. HD. T.06.07.2006, E. 2006/5518 K. 2006/11185. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 05.06.2014)

⁴⁷⁵ Kaya, **a.g.m.**, s.72.

⁴⁷⁶ Zeytin, **a.g.m.**, s.29 vd.

⁴⁷⁷ Eren, **a.g.e.**, s.1067.

azaltma yapılamaması ve son olarak idarenin bedensel zararlardan veya ölüm halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğudur⁴⁷⁸.

Maddi zararın önceden bilinemeyeceği ile alakalı olarak bir Yargıtay kararında maddi tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin durum; *“Zarara uğrayan kişinin maddi zararını baştan bilmesi çoğu zaman olanaksız olup, çoğu zaman aktüer bilirkişi hesaplamasını gerektirdiği açıktır. Bu nedenle maddi tazminatla ilgili talep ve isteklerin fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak talep edilmesi mümkündür.”* şeklinde izah edilmiştir⁴⁷⁹. Yine maddi tazminatın miktarının tespiti ile ilgili olarak Yargıtay bir başka kararda, HMK m.26 hükmü bağlamında taleple bağlılık ilkesine atıf yaparak, hakimin her iki tarafın iddia ve savunması ile bağlı olduğunu, bundan başka ya da fazla bir şeye hüküm veremeyeceği yönünde bir hüküm tesis etmiştir⁴⁸⁰.

3.3. MANEVİ TAZMİNAT

3.3.1. Genel Bilgiler

Manevi zarar, bir kimsenin kişilik haklarında ve manevi değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade etmekte kullanılan bir zarar türüdür⁴⁸¹. Kişinin borca aykırılık teşkil eden bir davranış veya haksız bir fiil sonucu acı, ızdırap ve elemi nedeniyle duygu yaşamında uğradığı bu kaybın giderilmesi bir borç kaynağı oluşturmaktadır⁴⁸². Bu açıdan bakıldığında manevi zarar, bir kimsenin malvarlığında değil, kişilik haklarına tecavüz edilmesi dolayısı ile bir kimsenin yaşama zevkinde meydana gelen bir azalmayı ifade etmektedir⁴⁸³.

Bir kişinin, şahıs varlığını oluşturan hukuk değerlerinin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu bu objektif azalma, manevi tazminatın konusunu oluşturmaktadır⁴⁸⁴. Bu

⁴⁷⁸ Murat İnceoğlu, Meliha Sermin Paksoy, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Tazminatın Belirlenmesi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, s.1384. (çevrimiçi: <http://journal.yasar.edu.tr/>, E.T. 20.05.2014)

⁴⁷⁹ Yarg. 13. HD. T.14.10.2005, E.2005/8333, K. 2005/15194. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

⁴⁸⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.603. (Yargıtay kararı için bkz.: Hakeri, **a.g.e.**, s.603, dpn.5)

⁴⁸¹ Eren, **a.g.e.**, s.531.

⁴⁸² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.295.

⁴⁸³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.402.

⁴⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s.531.

bağlamda borca aykırı bir davranış ya da haksız bir fiil ile bir kimsenin beden bütünlüğünün ihlal edilmesi, onurunun zedelenmesi gibi durumlar ortaya çıktığı zaman, manevi tazminat sorumluluğu da ortaya çıkacaktır⁴⁸⁵.

Maddi tazminat hususunda olduğu gibi, hekimin manevi tazminat sorumluluğu açısından bakıldığında, söz konusu tazminat miktarının belirlenmesi bakımından, hekimin sorumluluğunun kaynağının, tıbbi müdahale sözleşmesine veya haksız fiile dayanmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁸⁶. Bu esasa dayanak teşkil eden hüküm, yine TBK m.114 olup, bu durum şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.

(2) Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

Bu düzenleme ile haksız fiil sorumluluğu ile ilgili hükümlerin, tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan zararların tazmini açısından da kıyasen uygulama alanı bulacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hastanın, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlarından biri de manevi zarardır⁴⁸⁷. Özellikle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlali ortaya çıkacağından, tıbbi müdahalenin tam ve gereği gibi gerçekleştirilmemesi sonucu ortaya çıkacak manevi zararı gidermekle yükümlü olduğu kaçınılmaz bir gerçektir⁴⁸⁸. Bu bağlamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle, kişilik değerlerine yönelik bir zarar konusu olduğu hallerde, rıza dışı meydana gelen bu zarar, zarar verenin kusurlu,

⁴⁸⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.402.

⁴⁸⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.601.

⁴⁸⁷ Zeytin, **a.g.m.**, s.29.

⁴⁸⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.146.

sözleşmeye veya hukuka aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmakta ise zararın tazmini gerekecektir⁴⁸⁹.

Tıbbi müdahalelerde rızanın geçerli olabilmesi için hastanın hekim tarafından aydınlatılması gerektiğini söylemiştik. Bu bağlamda hastanın beden bütünlüğüne müdahaleye rıza göstermesi, yapılacak müdahaleyi, müdahalenin sınırlarını ve kapsamını bilmesi manevi tazminat açısından da önem taşımaktadır. Zira aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden hastaya yapılan her türlü müdahale, rıza verilmiş olsa da hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu halde yapılan müdahale, kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı bir müdahale olacaktır. İhlal edilen hususlar ise, hem hastanın vücut bütünlüğü hem de vücut bütünlüğü üzerindeki bizzat karar verme hakkıdır⁴⁹⁰.

Manevi zararlar genel itibarı ile ruhsal zedelenmeye yol açmakta ve bundan doğan sorumluluk prensip olarak TBK m.56 ve TBK m.58 hükümleri⁴⁹¹ vasıtasıyla uygulanmaktadır. Bu hükümlerin yanında TMK m.24 hükmü de, “(1) *Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.* (2) *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 bir ifadeyle kişilerin manevi zararlarının ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin bir dayanak teşkil etmektedir.

3.3.2. Manevi Tazminatın Unsurları, Kapsamı ve Özellikleri

Hatalı tıbbi müdahale ya da hekimin bir yükümlülüğünü tam veya gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen manevi zararlar, hekimin tazmin edeceği manevi zararları ifade etmektedir⁴⁹². Manevi tazminata ilişkin genel mahiyetteki bilgiler, hekimin hangi hallerde ve şartlar altında manevi tazminat ödemekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün hangi kapsamda söz konusu olacağı

⁴⁸⁹ Kaya, **a.g.m.**, s.73.

⁴⁹⁰ Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.107.

⁴⁹¹ İlgili hükümler çalışmamızın devamında incelenecektir.

⁴⁹² Hakeri, **a.g.e.**, s.604.

noktasında yeterli görülmemektedir⁴⁹³. Bu bağlamda, manevi tazminatın nasıl hesaplanacağı ve miktarı, maddi tazminattan farklı olarak her zaman bir güçlük taşımaktadır⁴⁹⁴.

Manevi tazminat bedensel zarar söz konusu olması hali açısından TBK m. 56'de şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

(2) Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

Bu bağlamda hakim, söz konusu madde hükmünde belirtilen özel durum ve şartları TMK m.4 hükmünde *“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”* şeklinde belirtilen takdir yetkisine uygun bir şekilde değerlendirerek, hak ve nesafet kurallarına ve adalete uygun bir hüküm tesis etmek durumundadır⁴⁹⁵.

Manevi tazminatı haklı kılacak özel hallerin saptanmasında hakim, vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğan acının, elemin, üzüntünün yani manevi zararın süresi ve ağırlığı, ihlalin ortaya çıkardığı durumun onarılmaz olması, hastanede kalma süresi, yaşamdan beklentilerin azalması gibi hususları değerlendirmek durumdadır⁴⁹⁶ Söz konusu özel durum ve şartlar; ihlalin türü ve yoğunluğu, hastalığın devamı, devam eden ağrılar, geride kalan fiziksel bozukluklar ve zedelenmelerin TBK m.56 kapsamına girip girmediği ile belirlenebilecektir⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.146.

⁴⁹⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.604.

⁴⁹⁵ Hakeri, **a.e.**, s.604.

⁴⁹⁶ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.218.

⁴⁹⁷ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.146.

Vücut bütünlüğünü ihlalleri tıbbi müdahale sözleşmesine aykırılık halinde çokça ortaya çıkmaktadır. Ancak hem vücut bütünlüğünün hem de manevi tazminata neden olacak kişilik değerlerinin ihlaline örnek olarak, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle ameliyat esnasında kırılan iğne ucunun hastanın burnunda bırakılması, cerrahi müdahale sonucu hastanın bedeninde iz kalması, sezaryen ameliyat sırasında verilen kanın HIV virüsü içermesi nedeniyle hastanın AIDS'e yakalanması, hastanın üreme yeteneğini kaybetmesi veya cinsel ilişki kuramaz hale gelmesi gibi olaylar verilebilir⁴⁹⁸.

Manevi tazminat, zarara uğrayan hasta açısından bir huzur duygusunun oluşması, ruhsal ızdırabın giderilmesi sonucunu doğurmalıdır⁴⁹⁹. Bu bağlamda hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanan ve hastanın yaşam sevincini azaltan sebebin mümkün olduğunca ortadan kaldırılması hedeflenmelidir⁵⁰⁰. Bu durumun sağlanabilmesi için; manevi tazminatın kapsamı ve miktarının belirlenmesi gerektiğini, bunun da hakim takdir yetkisine bırakıldığını söylemiştik. Vücut bütünlüğünün ihlali halinde doğan zarara ilişkin manevi tazminat hususunda hakim takdir yetkisini kullanırken, somut olayın koşullarını değerlendirerek ve tecrübelerine dayanarak karar verecektir⁵⁰¹.

Manevi tazminatın hesaplanmasında; ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eylemlerinin nitelikleri ve kendilerine atfedilen kusur oranı, davacılar da yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve önemi ile birlikte manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve prensipler göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰². Bunun yanında manevi tazminatta kusur unsurunun hakim takdir açısından etkili olacağı 22.6.1977 tarihli Yargıtay İBK'de vurgulanmıştır⁵⁰³. Nitekim bu karar; manevi tazminatın belirlenmesi, kapsamı ve özellikleri açısından bir rehber niteliği taşımaktadır⁵⁰⁴.

Manevi tazminatın söz konusu olabilmesi için TBK m.56 hükmünde belirtildiği üzere öncelikli olarak; bir bedensel zarar veya bir ölüm meydana gelmelidir.

⁴⁹⁸ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s.119.

⁴⁹⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.604.

⁵⁰⁰ Zeytin, **a.g.m.**, s.31.

⁵⁰¹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.147.

⁵⁰² Hakeri, **a.g.e.**, s.605.

⁵⁰³ Yarg. İBK. T.22.06.1966, E.1966/7, K..1966/7. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

⁵⁰⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.605.

Bedensel zararın hangi hallerde söz konusu olduğu ve manevi zarar açısından bakıldığında hangi derecede gerçekleşeceği somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bedensel zarar ve ölümün gerçekleşmesinden sonra manevi tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması halinde, söz konusu zararın giderilmesi için ölenin yakınları veya bedensel zarara uğrayanın kendisi tarafından dava açılmalıdır⁵⁰⁵. Son olarak, olaya özgü hal ve şartların manevi tazminat sorumluluğunu doğuracak nitelik taşıması şartı gerekmektedir⁵⁰⁶.

Yine aynı Yargıtay İBK’de hakimın incelemesi ve değerlendirmesi gereken özel hal ve şartlar şu şekilde açıklanmıştır:

“Özel hal ve şartlar, her olaya göre değişir. Esasen maksat, yukarıda da açıklandığı gibi, olaya has hal ve şartlar, yani olayın özellikleridir. Bu özelliklerin başında, manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. demek ki, cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırap) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır. Ölüm vuku bulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar. Bundan başka olayın oluş şekli, nazara alınır. Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz. Nihayet ilgilerin yani failin, olaydan başka sorumlu varsa onun, mesela istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai vekillerinin, tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lazımdır.”⁵⁰⁷

Bu bağlamda hakimın takdir yetkisini kullanırken değerlendirmesi ve göz önünde bulundurması gereken hususlar; manevi zararın önemli olup olmadığı, ölüm söz konusu ise dava eden ile ölen kişi arasındaki ilişkinin taşıdığı nitelikler, manevi zarara neden olan olayın gerçekleşme şekli ve olayla alakası olan kimselerin kusurluluk halleri olarak ifade edilebilir.

⁵⁰⁵ Yarg. İBK. T.22.06.1966, E.1966/7, K..1966/7. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

⁵⁰⁶ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.173-174.

⁵⁰⁷ Yarg. İBK. T.22.06.1966, E.1966/7, K..1966/7. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

3.4. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSPATI

Hekimlerin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü hususunda, üzerinde durulması gereken önemli noktalardan biri de, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin ispatına ilişkin durumlardır⁵⁰⁸. Esasında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getiriliş şekli ile ispata ilişkin hususlar birbiriyle bağlantılı bir yapıdadır⁵⁰⁹. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getiriliş şeklinin, kural olarak sözlü olarak gerçekleştirilmesinden bahsetmiştik⁵¹⁰. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, nasıl bir tarz belirleyeceği ve hangi şekilde aydınlatmayı gerçekleştireceği konusunda tamamen özgürdür⁵¹¹. Ancak söz konusu aydınlatmanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, hatta bunun da ötesinde gereği gibi bir aydınlatmanın yapıp yapılmadığı hususu, özellikle sorumluluk açısından büyük önem arz etmektedir⁵¹².

Sözleşmeden doğan sorumluluk esas alındığı takdirde, TBK m.112 hükmünde *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* şeklinde belirtildiği üzere borçlunun; kusursuz olduğunu ispatla yükümlü olduğu ifade edilmektedir⁵¹³. Burada TMK m.6 hükmü ile *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* şeklinde getirilen genel nitelikli ispat yükünün bir istisnası söz konusu olmakla birlikte, alacaklı konum olarak borçlu karşısında güçlendirilmiştir⁵¹⁴. Burada söz konusu alacaklı açısından getirilen istisnai durum, yalnızca kusur unsurunun ispatına ilişkindir⁵¹⁵.

Sözleşme dışı sorumluluk, yani haksız fiil sorumluluğu açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, bu sorumluluk türünde hastanın hekimin kusurlu ya da hukuka aykırı davranışını ispat etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, haksız fiil

⁵⁰⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.73.

⁵⁰⁹ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.87.

⁵¹⁰ Bkz.: s.46.

⁵¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.307.

⁵¹² Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.115.

⁵¹³ Seçer, **a.g.e.**, s.111.

⁵¹⁴ Ozanoğlu, **a.g.m.**, dpn.77.

⁵¹⁵ Eray Ufuktepe, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Adana Barosu Dergisi**, Sa.9, Eylül 2013, s.172.

sorumluluğunda TMK. m.6 bağlamında ispat yüküne ilişkin genel kural işleyecek ve hak iddiasında bulunan taraf olan hasta, zarar gören sıfatıyla, zarara haksız fiili ile neden olan hekimin söz konusu haksız fiilini ispat etmek durumunda kalacaktır.

İspata ilişkin bir başka önemli nokta ise, sözleşmenin ve ispatlanacak olan yükümlülüğün hukuki niteliğine bağlı olarak ispat yükünün de taraf değiştirmesi durumudur. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yapılmaması söz konusu olduğu takdirde, borçlunun yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin ispatı fazlaca bir güçlük arz etmese de; hizmet edimi içeren sözleşmelerde özen borcunun ihlalinin ispatı ciddi güçlükler taşımaktadır⁵¹⁶. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bakıldığında, söz konusu sözleşme esas itibarı ile vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden⁵¹⁷, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün vekalet sözleşmesine bağlı olarak ancak vekilin özen borcu kapsamında değerlendirildiği takdirde, vekilin özen borcunu yerine getirmediği hususunun ispat yükü hastada olacaktır⁵¹⁸.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir⁵¹⁹:

“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, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır. Olayda, davalı tarafından davacının bu konuda

⁵¹⁶ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.74.

⁵¹⁷ Bkz.: s.53.

⁵¹⁸ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.74.

⁵¹⁹ Yarg. 13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842. (çevrimiçi: www.kazanci.com, E.T. 13.03.2014)

bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir belge yoktur.”

Kararda hekimin vekalet sözleşmesine bağlı olarak yükümlülükleri açıklandıktan sonra, konuya ilişkin aydınlatmanın gerçekleştiğine ilişkin herhangi bir belge olmadığı belirtilmiştir. Ancak bu kararda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yanında, hastanın da bilgi verme yükümlülüğü olması nedeniyle; her ne kadar hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini somut bir delille ispatlayamamış olsa da, hastanın bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu tutulmamıştır.

Sonuç olarak hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmek durumundadır⁵²⁰. Hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için bir hukuka uygunluk nedeninin var olması gerekmekte, bu da hukuka uygun ve aydınlatılmış bir rıza ile mümkün olabilmektedir. Bu noktada hekim; bir tıbbi müdahaleye girişebilmesi için gerekli olan hukuka uygunluk nedeninin varlığını, dolayısı ile rızanın müdahale ve karar aydınlatmasını tam ve gereği gibi yerine getirildikten sonra alındığını ispat etmekle mükelleftir⁵²¹. Bu bağlamda hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak hastanın anlayacağı şekilde açıkladığını ispat edemediği müddetçe meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır⁵²².

3.5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İHLALİNİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

Sözleşme; TBK m.1/f.1 hükmü uyarınca, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir hukuki işlemdir. Geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için; tarafların işlem ehliyetini haiz olmaları⁵²³ ve TBK m.27’de belirtildiği haliyle sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması, sözleşmenin içeriğinin ahlaka ve adaba aykırı olmaması, sözleşmede yer alan hükümlerin kamu

⁵²⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.327.

⁵²¹ Ozanoğlu, **a.g.m.**, s.74-75.

⁵²² Hakeri, **a.g.e.**, s.327.

⁵²³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.81; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.87 vd.

düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması, sözleşmenin konusunun imkansız olmaması ve tarafların irade beyanlarının sağlıklı olması gerekmektedir.

TMK m.9 hükmünde *“Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.”* denilerek fiil ehliyetine sahip olan kişilerin sözleşmelere taraf olabileceği hüküm altına alınmıştır. TBK m.27 hükmünde ise; kesin hükümsüzlük halleri, *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi hususu culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında değerlendirildiğinde, söz konusu ihlalin tarafların irade beyanlarının sağlığına edeceği etkiye bağlı olarak sözleşmenin geçerliliğinin de tartışma konusu olabileceği düşünülmektedir⁵²⁴. Bu noktada, söz konusu irade beyanının sağlıklı olarak nitelendirilebilmesi için hangi unsurları içermesi gerektiğine bakmak gerekecektir. Bu unsurların saptanması için de söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Bu bağlamda tıbbi müdahale sözleşmesi, hukuki nitelik olarak vekalet sözleşmesi olarak değerlendirildiğinden; tarafların irade beyanı, söz konusu sözleşme ve buna bağlı olarak aydınlatma yükümlülüğü açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde tarafların irade beyanları düşünüldüğünde; hastanın irade beyanı, rıza kavramı ile açıklanmaktadır⁵²⁵. Rıza; hekimin yapacağı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan asli unsurdur⁵²⁶. Aydınlatma yükümlülüğü ise, söz konusu irade beyanı olan rızanın, hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay’ın görüşü de bu doğrultuda olup; *“... yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade*

⁵²⁴ Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s.130 vd.

⁵²⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.27 vd.; Hakeri, **a.g.e.**, s.327 vd.; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.115 vd.

⁵²⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.327.

sonucu verilmiş rıza, hukuken değeri olan bir rızadır.” şeklinde tesis edilen karar ile bu durum hüküm altına alınmıştır⁵²⁷.

Bu bağlamda bir değerlendirme yapmak gerekirse; sözleşmenin geçerli olabilmesi için yukarıda sayılan şartlardan biri olan irade beyanlarının sağlıklı olması, yani tıbbi müdahale sözleşmesi açısından düşünüldüğünde verilen rızanın irade sakatlığı teşkil etmiyor olması gerekmektedir⁵²⁸. Bu şartın sağlanmaması, aynı zamanda TBK m.27’de sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne neden olacak koşullardan kanunun emredici hükümlerine aykırılık unsurunun da ihlali olarak değerlendirilmektedir⁵²⁹. Söz konusu ihlal, Anayasa’nın 17. maddesinde “(1) Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” şeklinde; TMK m.24/f.2 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; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70. maddesinde “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her şeyi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahti hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar.” şeklinde yer alan hükümlere aykırılık olarak değerlendirilecektir.

Bu noktada taraflar arasındaki güven ilişkisine bağlı olarak bir değerlendirme yapmak uygun olacaktır. Hukuk düzeni, irade beyanı olarak tarafların iç iradesini değil, bunun dış dünyaya yansıyan halini esas almakta ve buna hüküm bağlamaktadır⁵³⁰. Bu bağlamda tarafların dışa yansıyan irade beyanları, birbiriyle uygun olmak durumundadır ki sözleşme kurulabilsin⁵³¹. İşte bu noktada, taraf iradelerinin birbirine uygun olup olmadığının saptanması için güven teorisi ve dürüstlük kuralları önem taşımaktadır. Hukukun esas aldığı irade beyanının, güven

⁵²⁷ Yarg. 4.HD. T.07.03.1977, E.6297/K..2541., **YKD**, C.9, Sa.6, Haziran 1978, s. 907 vd.

⁵²⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.327.

⁵²⁹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.115.

⁵³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.130.

⁵³¹ Bkz.: s.52 vd.

teorisine ve dürüstlük kurallarına bağı olarak; tarafların bildiği veya bilmesi gereken durumları kapsadığı kabul edilmektedir⁵³². Buna bağı olarak taraflar; sözleşmenin tipini, türünü, içeriğini, hukuki sonuçlarını, özelliklerini bilmelidirler ki, irade beyanları da bu doğrultuda sağlıklı olsun⁵³³. İşte sözleşme öncesi yapılan görüşmelerde taraflar, bahsi geçen hususlar hakkında birbirlerini bilgilendirmek, aydınlatmak yükümlülüğü altındadırlar⁵³⁴.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bakıldığında; hekimin hastayı aydınlatma, hastanın da hekimi bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur⁵³⁵. Çalışmamızın ilk bölümünde de bahsedildiği üzere, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ne zaman yerine getirilmesi gerektiğine yönelik özel bir yasal düzenleme olmamakla birlikte; aydınlatmanın tıbbi müdahaleden önce yapılması gerekmektedir⁵³⁶. Ancak aydınlatmanın sadece tıbbi müdahaleden önce gerçekleştirilmesi yeterli değildir; bu yükümlülüğün, aynı zamanda rızanın verilmesinden de önce yerine getirilmiş olması gerekmektedir⁵³⁷. Bu bağlamda hastanın, kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine yönelik olarak vereceği rızayı, makul bir süre içerisinde vermesi gerektiğinden dolayı; tıbbi müdahale gerçekleşmeden en az düşünme ve karar verme süresi kadar önce, yani sözleşme kurulmadan önce, söz konusu tıbbi müdahalenin ne olduğu, hangi tıbbi yöntemlerin nasıl uygulanacağı hususunda aydınlatılması gerekmektedir⁵³⁸.

Hasta açısından sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü ise doktrinde; hastanın bildirme yükümlülüğü⁵³⁹, hastanın bilgi ve belge verme borcu⁵⁴⁰, hastanın bilgi ve belge verme yükümlülüğü⁵⁴¹ olarak adlandırılmaktadır. Bu yükümlülük doğrultusunda hasta veya duruma göre hastanın yasal temsilcisi, sözleşme görüşmeleri esnasında hekime karşı dürüst olmak, eksiksiz, geniş ve doğru bilgi

⁵³² Eren, **a.g.e.**, s.229-231.

⁵³³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.92 vd.

⁵³⁴ Bkz.: s.52 vd.

⁵³⁵ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.152; Hakeri, **a.g.e.**, s.488; Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.144.

⁵³⁶ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.110-111.

⁵³⁷ Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s.405.

⁵³⁸ Doğan, **Aydınlatma ve Rıza**, s.151.

⁵³⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s.488.

⁵⁴⁰ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.152.

⁵⁴¹ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.144.

vermek durumundadır⁵⁴². Aynı zamanda hasta veya yasal temsilci; hekimin soracağı sorulara cevap verirken de bilgilendirme yükümlülüğü altındadır⁵⁴³. Hekim-hasta arasındaki hukuki ilişkide, sözleşme kurulmadan önceki görüşmeler; hekim tarafından hastadan öykü alınmasını, hastanın geçmişteki hastalıkları ve hassasiyetleri hakkında bilgi alınmasını ve buna bağlı olarak söz konusu tıbbi müdahalenin özelliklerinin, şartlarının, sonuçlarının, uygulanacak tedavi yönteminin paylaşılmasını kapsamaktadır⁵⁴⁴. Hastanın sözleşme öncesi görüşmelerdeki bilgilendirme yükümlülüğü, sadece hekimin öykü alma sırasında ya da ayrıca sorduğu sorulara verdiği cevaplar ile sınırlı olmayıp, kendisinin önem verdiği ya da önemli gördüğü hususların nakledilmesini de kapsamaktadır⁵⁴⁵.

Bu açıklamalar doğrultusunda, hekim ya da hastanın sözleşme kurulmadan önceki görüşmeler esnasında sırasıyla aydınlatma veya bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkacaktır⁵⁴⁶. Söz konusu yükümlülük ihlalinin sözleşmenin geçerliliğine etkisi ise; tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanlarının, TBK kapsamında irade bozuklukları olarak adlandırılan yanıltma, aldatma ve korkutma şeklinde fesada uğraması halinde söz konusu olacaktır. Yani bir başka deyişle hasta, tıbbi müdahaleye muvafakat gösterirken tam ve gereği gibi aydınlatılmamış olur ve bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle sözleşme yapmaya yönelik iradesi fesada uğramış olur ise, bu durumda sözleşmenin geçerliliği açısından bir etki söz konusu olacaktır. Fakat bunun yanında, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin ya da hastanın bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin söz konusu olduğu her durumda culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilecektir.

⁵⁴² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.153.

⁵⁴³ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.144.

⁵⁴⁴ Hakeri, **a.g.e.**, s.488-489.

⁵⁴⁵ Özdemir, **Teşhis ve Tedavi**, s.144.

⁵⁴⁶ Bkz.: s.52 vd.

SONUÇ

1. Tıbbi müdahaleler, başta hekimler olmak üzere, resmi ehliyetli kişiler tarafından hastalıkların teşhisi, önlenmesi, tedavi edilmesi ve hastaların gerek ruhsal gerek bedensel tam bir sağlık haline kavuşmasını sağlamak amacıyla tıp biliminin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti kapsamaktadır.
2. Hastalar, başta yaşam hakkı olmak üzere, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü üzerindeki hakları, kişilik hakları ve kendi geleceğini özgürce belirleme haklarına sahiptirler.
3. Hastalar, öncelikli olarak sağlık durumlarını, kendilerine uygulanacak olan her türlü tıbbi müdahaleyi, söz konusu müdahalenin faydalarını, taşıdığı riskleri, yan etkilerini, komplikasyonlarını öğrenmek hakkına sahiptirler.
4. Hekimler, hastaların tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceklerine karar vermelerini sağlamak amacıyla hastaları aydınlatmakla yükümlüdürler.
5. Hekimlerin hastaların rızaları olmadan gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Zira rıza, tıbbi müdahale açısından bir hukuka uygunluk sebebidir. Hekimlerin aydınlatma yükümlülüğü de, hastaların tıbbi müdahaleye yönelik rızalarının alınması açısından bir ön koşuldur. Yani aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rıza geçersizdir. Dolayısı ile aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka aykırılık teşkil etmektedir.
6. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden yapılan tıbbi müdahalelerin sonucunda bir zarar meydana geldiği takdirde, zararın türüne göre hekimin maddi tazminat ve manevi tazminat sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- AKYILDIZ, Sunay “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2011.
- AŞÇIOĞLU, Çetin Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993.
- ATABEK, Reşat; SEZEN, Merih “Hekimin Mesuliyeti”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.XXVIII, Sa.2, 1954.
- AYAN, Mehmet **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Kitabevi, 1991.
- BAŞPINAR, Veysel “Organ Nakli Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, Nobel Kitapevi, 2007.
- BAYGIN, Cem “CulpaInContrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, Sa.1-2, 2000.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

- DEMİR, Mehmet “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, Sa.3, 2008.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- DOĞAN, Cahid “Acil Tıp ve Hasta Güvenliği” (Acil Tıp), **III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- DOĞAN, Cahid “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması” (Aydınlatma ve Rıza), **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- DURAL, Mustafa “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2008.
- EREN, Fikret **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- ERMAN, Barış **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu

Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008.

GÜRSEL, Çetin

“Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

HAKERİ, Hakan

Tıp Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.

HATEMİ, Hüseyin;
GÖKYAYLA, K.Emre

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

HATEMİ, Hüseyin; SEROZAN, Rona;
ARPACI, Abdulkadir

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin

“Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa:98, 2012.

İNAL, H. Tamer

Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

İNAL, H. Tamer

“Hukukumuzda Sağlık ve Sorumluluk” (Sağlık ve Sorumluluk), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sa.25-26, Kazancı Yayınları (çevrimiçi: www.kazanci.com E.T. 14.03.2014).

İNAL, H. Tamer

“Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu”(Sağlık Personeli), **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa.5, Kazancı Yayınları, Eylül 2013.

İNAL, H. Tamer

“Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Türlerin Yakınlaştırılması”(Tıbbi Müdahale), **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa.6, Kazancı Yayınları, Aralık 2013.

İNCEOĞLU, Murat;
PAKSOY, Meliha Sermin

“*Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Tazminatın Belirlenmesi*”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**(çevrimiçi: <http://journal.yasar.edu.tr/>, E.T. 20.05.2014)

KARAKURT, Hakan

“Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.58, Sa.2012/4, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

KATOĞLU, Turgut

“Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi: Profesör Dr. Sinan Bektaş’a”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:55, Sayı:1, 2006.

KAYA, Mine

“Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa.100, 2012.

KICALIOĞLU, Mustafa

Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki

- Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal; ÖZ, M.Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.52, Sa.3, 2003.
- 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**, C.10, Sa.1, 2007.
- ÖZDEMİR, Hayrunisa “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Sa.1-2, 2011.
- ÖZDEMİR, Hayrunisa **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi (Teşhis ve Tedavi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

ÖZDEMİR, Hayrunisa

“Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü” (Aydınlatma), **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, Sa.3-4, 2008.

ÖZSUNAY, Ergun

“Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 1982.

REİSOĞLU, Safa

“Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983.

SARIAL, M. Enis

Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.

SAVAŞ, Nuriye

“Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri: 10/17 Eylül 2011**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.

SEÇER, Öz

“Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2013.

ŞENOCAK, Zarife

“Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, C.50, Sa.4, 2001.

TÜMER, Ali Rıza;
KARACAOĞLU, Emre;
AKÇAN, Ramazan

“Cerrahide Aydınlatılmış Onam İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ulusal Cerrahi Dergisi**, C.27, Sa.4, 2011.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz

Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2006.

YENERER ÇAKMUT, Özlem

“Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

YILMAZ, Battal

Açıklamalı-İçtihatlı: Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Sorumluluk), Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

YILMAZ, Battal

“Aydınlatılmış Rıza”(Rıza), **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl 1, Sa.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

ZEVKLİLER, Aydın; HAVUTÇU, Ayşe

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

ZEYTİN, Zafer

“Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.