

HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KAYNAKLANAN TAZİMİNAT SORUMLULUĞU

COMPENSATION LIABILITY ARISING FROM PHYSICIAN'S OBLIGATION TO INFORM THE PATIENT

Mine KAYA*

Özet: Kural olarak her tıbbî müdahale, hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik bir ihlaldir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için yetkili kişilerce icra edilmesi, tıp mesleğinin kurallarına ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gereklidir.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasında, hekimin hastasını aydınlatması yükümlülüğü ilk aşamayı oluşturur. Aydınlatma yükümlülüğü genel olarak hekimce ve müdahaleden önce ve uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde hekim, hukuka aykırı bir müdahalede bulunmuş olduğundan, bundan kaynaklanan maddi ve manevi zararları tazmin ile sorumludur.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahale, Aydınlatılmış Rıza, Aydınlatma Yükümlülüğü, Maddi ve Manevi Zarar, Tazminat

Abstract: As a rule, every medical attentions are violations of persons life, health and bodily integrity. Legality of medical attention, it should be performed appropriately for medical rules and medical care by competed physicians and be taken valid informed consent.

Physician's obligation to inform the patient is the first level of informed consent. Obligation to inform should be performed before the operation, with convenient formal requirement by the physician.

If the physician who performs an operation is violate of obligation to inform the patient this operation is an unlawful interference, for which he is liable in metarial and moral damages .

Key words: Medical Attention, Informed Consent, Obligation to Inform, Metarial and Moral Damages, Compensation

* Yargıtay 4. HD Tetkik Hakimi

GİRİŞ

Tıbbî müdahale kavramı, hem tıp biliminin hem hukukun hem de etiğin konusunu oluşturan disiplinler arası bir kavramdır. Her tıbbî müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olması ve hekimin sorumluluğunu gerektirmesi, tıbbî müdahale kavramını hukukun konusu haline getirmiştir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ise, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından belirleyici bir role sahiptir.

Çalışmamızda öncelikle tıbbî müdahale kavramı üzerinde durulmuş ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için aranan şartlar açıklanmıştır. İkinci bölümde hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün nasıl icra edileceği konuları, yargı kararlarından da örnekler verilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Son bölümde ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde başvurulabilecek dava yolları üzerinde durulmuştur.

II. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

A. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıbbî müdahale, hastanın sağlık, yaşam ve bedensel bütünlüğüne yönelik bir eylem olması nedeniyle hem tıbbî, hem hukuki, hem de etik¹ yönden doğru ve uygun bir şekilde icra edilmelidir. Hukuk alanında tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun ve buna bağlanan sonuçların ortaya konulabilmesi için öncelikle tıbbî müdahale kavramının tanımının yapılması gerekir.

Bir kısım yazarlar, tıbbî müdahaleyi “*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet*” olarak tanımlarlar.² Hekim burada her türlü anomaliliği, hastalığı, eksikliği gidermek, onarmak ve iyileştir-

¹ Etik, buyurgan ve ödevsel öğelerle tıbbın ana hedeflerini işlevsel hale getirmeyi amaçlayan kurallar bütünü olup bu konuda daha fazla bilgi için bakınız: Üstün, Çağatay, “*Tıp’ta Etiğin Yerini Belirlemek*”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009, s.116.

² Ayan, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara-1991, s.5; İpekyüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Ankara-2006, s.22.

mek amacıyla faaliyet göstermektedir. Bu faaliyetler, en basit teşhis ve tedavi ve iyileştirmek yöntemi olabileceği gibi en ağır cerrahi müdahaleleri de kapsamaktadır.³ Bu tanımdan yola çıkıldığında, tıbbî müdahalenin “tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından yapılması” ve “doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik bulunması” olmak üzere iki unsurunun varlığı kabul edilmektedir.⁴

Günümüzde tıp alanındaki gelişmelere paralel olarak tıptan beklentiler de değişmiştir. Estetik amaçlı müdahaleler, deneysel çalışmalar, kök hücre uygulamaları ve gen teknolojileri, kısırlaştırmaya yönelik müdahaleler, organ ve doku nakilleri gibi uygulamalar tıbbî müdahale kavramının yeniden yorumlanmasını gerektirmiştir. Bu nedenle yukarıdaki tanımlamanın, özellikle tedavi amacı unsuru yönünden eleştirildiği görülmüştür. Örneğin Özay, bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılmasında tedavi amacının ön şart teşkil etmeyeceği görüşündedir. Çünkü fiziki ve ruhsal tedavi ona göre bir bütün teşkil eder.⁵ Üstelik hasta olmayan kişilere de tedavi amacı dışında müdahalelerin uygulanabilmesi mümkündür.⁶

Tıbbî müdahalenin ayrıntılı bir tanımı ise “kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir” şeklinde yapılmıştır.⁷ Hakeri ise amaç sınıflandırılmasına gitmeden “insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahaleyi” tıbbî müdahale kabul etmiştir.⁸ “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve

³ Ayan, s.5; İpekyüz, s.22.

⁴ Ayan, s.5; İpekyüz, s.22.

⁵ Özay, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara-2006, s.20.

⁶ Özay, s.20; Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara-2003, s.76.

⁷ Çakmut, Özlem Yenerer, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul-2003, s.24; Özpınar, s.17-18.

⁸ Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara-2010, s.21.

*Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik*⁹ 3. maddesinde, müdahale ve cerrahi müdahalenin tanımları yapılmış olup, buna göre müdahale, “hekim veya diğer sağlık personeli tarafından teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemlerdir”. Cerrahi müdahale ise, “tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan teşhis ya da tedaviye yönelik operasyonlardır”. Yönetmelik, bedensel bütünlüğe yönelik yapılan her türlü müdahaleyi, cilt bütünlüğünü bozmayan ya da estetik amaçlı yapılan müdahaleleri de tıbbi müdahale kapsamına alarak geniş bir tanımlamada bulunmuştur.

Tıbbi müdahale kavramının, sadece bedensel bütünlüğüne yönelik müdahaleleri değil, aynı zamanda ruh sağlığına yönelik yapılan girişim ve başka nitelikteki tedavileri kapsaması gerektiği ve amaç yönünden de sadece tedaviyi değil hastalık niteliği taşımayan ve fakat kişide fiziksel veya ruhsal bir şikayete neden olan durumların giderilmesine yönelik yapılan estetik müdahaleler de gözetilerek sadece teşhis ve tedavi amacı ile sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

B. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Hekimin tıbbî müdahalesi, hastanın hayatını, vücut bütünlüğünü veya sağlığını koruma amacına yönelik olsa bile, belirli şartların varlığı durumunda hukuka aykırı olmaktan çıkar. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için üç şart aranacaktır. Bunlar: Tıbbî müdahalenin yetkili kişiler tarafından uygulanması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve hastaya müdahale ederken tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve özen yükümüne uygun davranılmasıdır.

1. TIBBÎ MÜDAHALENİN YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN UYGULANMASI

Tıbbî müdahalenin sonuçları ve meydana gelecek zararlar doğrudan insan yaşamı, sağlığı ve vücudu üzerinde ortaya çıkacağından, kimin tarafından uygulanacağı önemlidir. Kimlerin tıbbi müdahalede bulunabilecekleri, 1928 Tarihli “Tababet ve Şuabatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun’da (TŞSİDK) sayılmıştır. Buna göre, Hekimler

⁹ RG: 01.06.2005, 25832.

(m. 1, 2, 3), diş hekimleri, (m.29), dişçiler (m. 29, 30), ebeler (m. 47), sağlık memurları (m. 3), sünnetçiler (m.58), hastabakıcı ve hemşireler (m. 68), tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişilerdir. Bu sayılan kişilerin ehliyeti yanında asıl aranacak husus tıp mesleğini icra konusunda mevzuatın aradığı şekilde yetkili olmalarıdır ki yaptıkları işlemler hukuka aykırı sayılmasın¹⁰. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla sadece hekim yönünden inceleme yapılmak suretiyle konu sınırlandırıldığından, yetkili kişi hekim olarak incelenecektir.

Hekim, hukuk düzeninin kendisine tıp mesleğini icra(tıbbî müdahalede bulunma) yetkisi tanıdığı kişiye verilen isimdir.¹¹ Hekimlik mesleğini yapabilme şartları TŞSTİDK 'da şunlardır: Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak (TŞSTİDK. m.1)¹², tıp fakültelerinden diploma sahibi olmak, TŞSTİDK.'nın 2. maddesinde, söz konusu diplomanın hekimlik mesleğinin icrasına dayanak teşkil edebilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması, tabip odasına (serbest hekimler bakımından)kayıtlı bulunmak, hekimlik mesleğinin icrasına sürekli veya geçici engel hali bulunmamaktır (TŞSTİDK. M.28, 6023 sayılı TTBK m. 39-40).

Hekimler, eğitim seviyelerine göre “uzman hekimler” ve “pratisyen hekimler” olarak adlandırılırlar. Pratisyen hekimler, tıp fakültesini bitirerek, hekim unvanını kazanan ve tıp mesleğini icra eden kişilerdir. Uzman hekimler ise, lisans eğitimi ardından lisansüstü eğitimini (uzmanlık) tamamlayarak, alanına göre o dalda sanatını uygulama ve ünvan kullanma hakkı kazanmış hekimler olup bunların uzmanlık eğitimi, 2002 Tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü (TUT) çerçevesinde gerçekleşir. Genel ve lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlarda mutlaka bir uzman hekim yanında diğer bir hekimle müdahalenin yapılması(TŞSTİDK. M. 23), rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemlerinin kadın doğum uzmanlarınca yapılması(Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, m.10), bakteriyoloji ve kimya laboratuvarlarında tahlil ve taharriyat yapacakların uzmanlık belgesinin olması(992 sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteri-

¹⁰ Ayan, s.6; Özpınar, Berna, *Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007,s.19; İpekyüz, s.23; Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul-1972, s.111.

¹¹ Ayan, s.5; İpekyüz, s.23; Özpınar, s.18.

¹² Bu kuralın istisnaları için bakınız: TŞSTİDK. m.77 ve 2182 sayılı Kanun m. 1/2.

yoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu, m.1) ve 3591 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'un ikinci maddesinde belirtilen alanlardaki faaliyetler için uzmanlık aranırken, diğer alanlardaki müdahaleler için kanunlarımızda uzmanlık şartı aranmamıştır. Adı geçen tüzüğün 4. maddesinde ise uzmanlık belgesi olmayanların uzmanlıkla ilgili tıbbî faaliyette bulunamayacaklarına ilişkin düzenleme, açıkça uzman olmayan hekimlerin uzmanlıkla ilgili tıbbî müdahalede bulunmasını yasaklamış ise de bu düzenleme doktrinde, kanunla konulmayan bir yasağın tüzükle getirilmesi bakımından eleştirilmiş ve fakat bugün tıbbın çok süratli gelişimi ve hekimlerin her alanda bilgi sahibi olmasının beklenememesi karşısında, tıbbi müdahalelere müsaade edilirken uzmanlık alanının göz önünde tutulmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür.¹³

Günümüzde tıpta uzmanlaşmanın, hatta uzmanlık dalında spesifik konularda yan dal (üst ihtisas) yaparak daha da bir uzmanlaşmanın yaygın olduğu, tıbbın her dalında hızlı gelişim ve değişimine ayak uydurmanın ve hekimlerin hastalıkların teşhis ve tedavisinde daha komplike yöntemler kullandıkları düşünülürse, o dalda uzmanlık yapmamış bir hekime tıbbi müdahale hakkı verilmesi, günümüz koşullarına uymamaktadır.

Tıp fakültesinde, lisans eğitiminin son sınıfında (poliklinik aşaması) bulunan öğrencilere ise "*intörn hekim*" adı verilmektedir. İntörn hekimlere, asıl hekimin denetim ve gözetimi altında tedaviye katılma imkanı tanındığından sorumluluk açısından bunları bağımsız hekim saymak mümkün olmayacağından asıl hekimin yardımcısı durumunda kabul edilmektedirler.¹⁴

2. HASTAYA MÜDAHALEDE TIP MESLEĞİNİN GEREKLERİNE VE ÖZEN YÜKÜMÜNE UYGUN DAVRANILMASI

Tıbbî müdahalenin, hukuka uygunluğu için aranacak bir diğer unsur ise bizzat tıp bilimi ve mesleği belirlemektedir. Buna göre, uygulanacak tıbbî müdahalenin tıbben gerekliliği(zorunluluğu) ve tıp biliminin ilke ve kurallarına (tıbbî standart) uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir.¹⁵

¹³ Hakeri, s.91.

¹⁴ Özpınar, s.19.

¹⁵ Bayraktar, s.147-149; Hakeri, s.196.

a. Tıbbî Zorunluluk(Endikasyon)

Anayasamızın 17/2. maddesinde, “*tıbbî zorunluluklar*” dışında kişinin bedensel bütünlüğüne dokunulamayacağı temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi’nin 13/3. maddesinde hekimin teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, aklî veya bedeni mukavemeti azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı vurgulanmıştır. Aynı hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. maddesinde de aynen benimsenmiştir. Bu yasal düzenlemelerden yola çıkıldığında tıbbî müdahale, kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına hizmet eder nitelikte olmalıdır.¹⁶ Endikasyonun içerik ve sınırını ise, tıbbî ilkeler ve tıp meslek etiği kuralları belirleyecektir.¹⁷

Endikasyonun günümüzde geniş yorumlandığı, sadece tıbbî olmasının gerekli olmayıp sosyal gereklilik(sünnet) ve psikolojik gereklilik(estetik müdahaleler) nedeniyle yapılanan bazı müdahalelerin de endikasyon unsurunu taşıdığı kabul görmektedir.¹⁸ Endikasyon şartı bulunmasa da deneysel nitelikli müdahaleler, şekil ve fonksiyon değiştirici müdahaleler(estetik ameliyatlara, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler), kişinin üretim fonksiyonuna yönelik müdahaleler(rahim tahliyesi, sterilizasyon, kastrasyon, suni döllenme), aşı ve üçüncü kişi yararına müdahalelerin (organ nakli, kan verme, vb) de dolaylı tedaviye yönelik olmaları veya kanunla düzenlenmeleri gerekçesiyle hukuka uygunluğu kabul edilmektedir.¹⁹

b. Tıbbî Kural ve İlkeler(tıbbî standart) Uygunluk

Hekimin tıp biliminin kural ve ilkelerine aykırı olan her hareketi hukuka aykırılık olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle hekim, “genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilmek ve sanatının kurallarına göre doğru teşhis koyup bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviye gerekli her

¹⁶ Ayan, s.9; İpekyüz, s.24.

¹⁷ Hakeri, s.197.

¹⁸ Hakeri, s.198.

¹⁹ Ayan, s.9;Hakeri, s.199-201; Bayraktar, s.159-200.

türlü ihtiyat tedbirlerini alarak uygulamak zorundadır.²⁰ Bu bağlamda tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul gören kurallarının bilinmesi ve bunlara uygun davranılması için hekimin tıp alanındaki yenilikleri ve gelişmeleri de takip etmesi gerekecektir.²¹ Tıp bilimince genel olarak bilinen, tanınan ve kabul edilmiş kurallar tıbbî standart olarak da adlandırılmakta olup tıbbî standart kavramı, *"hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzey"* olarak tanımlanmaktadır.²² Hekimin yükümlülüğü tedavi yönteminin uygulanmasından sonra da sürecek, hastanın düzenli bir şekilde kontrolünü yaparak gerekli talimatları verecektir.²³ Yargıtay da hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğu için tıp biliminin kabul ettiği kurallara uygun davranılması gerektiğini belirttiği kararında, *"Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafında yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getiren subjektif niteliklerine bakılmaksızın orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir"*²⁴ demektedir. Tıbbî standart konusundaki en büyük problem tıp bilimi ve tekniğindeki sürekli değişme ve gelişme karşısında tıbbî standart kavramının net olarak belirlenmesindeki zorluktur.²⁵ Tıbbî standarda aykırılık hekimin kusurlu eylemi olarak karşımıza çıktığından ve bu standartlar zamana göre değiştiğinden hangi andaki tıbbî standardın esas alınacağı önemlidir. Aranacak tıbbî

²⁰ Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, 1987,3.Bası, C.II , S.1, s.416.

²¹ Ayan, s.90; Bayraktar, s.148-149.

²² Hakeri, s.270; Savaş, Halide, *Tıbbî Müdahale Hataları*, Ankara-2009, s. 41.

²³ Ayan, s.93-94.

²⁴ 13.HD. 14.10.1974,2637/2492, Naklen, YKD. C.2(1976).S.1,s.79-80.

²⁵ Savaş, s. 41.

standart, müdahale anındaki tıbbî standarttır.²⁶ Hekimin görev yaptığı yer ve bu standartlara ulaşabilme olanağı tıbbî standardın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak kriterlerdendir.²⁷

c. Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Alınması

Yapılan bir müdahalenin, hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlardan belki en önemlisi, kendisine müdahalede bulunulacak kişinin, yani hastanın yapılacak müdahaleye rızasının (onamının) alınmasıdır.²⁸ Çalışmamızın konusunu oluşturan aydınlatma yükümlülüğünün nihai hedefi de müdahaleye hastanın rızasının alınmasıdır. Hastanın rızası, hasta bakımından beden ve ruh bütünlüğün sağlanması ve kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımında bir araç olarak karşımıza çıkarken, hekim yönünden, uygulanan müdahalenin hukuka uygunluğunun bir şartı ve hekimin yetkisinin sınırını oluşturmaktadır²⁹. Rızanın geçerliliği ise, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin, müdahalenin hukuka uygunluğunun ve hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından önemlidir.³⁰

Rıza, bir hukuki işlem olup, irade beyanı şeklinde ortaya çıkmakta ve rızaya yönelik irade beyanının açıklanması ile sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.³¹ Rızaya ilişkin irade açıklamasının serbestçe verilmesi ve iradenin hata, hile ve korkutma gibi bir nedenle sakatlanmaması yanında, kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir.³² Bu rıza açıklamasının müdahaleden önce veya somut olayın özelliğine göre, en geç müdahale anında yapılması gerekir.³³ Rıza, açık veya zımni olarak verilebilirse de, bu durum hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.³⁴ Rıza, kural olarak sözlü olarak açıklanabilir. Ancak mevzuattaki yazılı rıza alınmasına ilişkin

²⁶ Hakeri, s. 271.

²⁷ Hakeri, s. 271.

²⁸ Ayan, s.11; Hakeri, s.98; İpekyüz., s.27.

²⁹ Bayraktar, s.123.

³⁰ Özpınar, s.23.

³¹ Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul-2006, s.500.

³² Bayraktar, s.144; Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara-1998, s.41.

³³ Hakeri, s.150; İpekyüz., s.29.

³⁴ Hakeri, s.151-152.

hükümler saklıdır.³⁵ Bazı hastanelerin gerek yazılı rıza şartını sağlamak gerek ispat kolaylığı açısından rıza formülleri hazırladıklarına sıkça rastlanmaktadır.

Kişinin tıbbî müdahaleyi kavraması, anlaması ve bu konuda sağlıklı bir karar verebilmesi için rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Tam ehliyetliler bakımından rıza ehliyetinin varlığı kural olarak kabul edilmekte ise de bu konuda denetim yetkisi ilk aşamada hekime ait olacaktır.³⁶ Tam ehliyetsizler için rıza yasal temsilciden alınacaktır. Kanaatimizce, ızanın açıklanması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, küçük ve kısıtlının rızasının- müdahalenin önemi, anlamı ve sonuçlarını kavramaları şartı ile- kendisinden alınması uygun olur. Ancak TŞSTİDK. m. 70'de ve HHY. M. 24/2'de, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin tıbbi müdahale için rıza vermesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Aynı yönetmelik m. 26 gereği, küçük ve kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi gereğine işaret edilmiştir.

Rızanın hakim kararı ile alınması da mümkündür. Tıbbi müdahaleye hastanın yasal temsilcisinin (veli veya vasi) rıza vermemesi durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/3 gereği mahkemeden karar alınır. Rızanın hakimden alınacağı bir diğer istisnai durum ise, HHY. 22/2-3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir suçu işlediğine dair şüphe altında olan ve suçun delilleri kendisi veya mağdur vücudunda bulunduğu ve bu delillerin ortaya çıkarılması için tıbbî müdahale gereken durumlarda hakim kararı aranır. Hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu izni savcı dahi vermeye yetkilidir. Savcı izninin hakim onayına sunulup sunulmayacağı ve süresi konusunda yönetmelikte bir düzenleme yoksa da gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle savcıdan bu izin alınmış olduğundan bu iznin hakim onayına sunulması gerekir.

Hastanın kendisi veya yasal temsilcisinin rızanın aranmayacağı durumlardan da bahsetmek gerekir. Hastanın müdahale konusunda görüş belirtebilecek durumda olmaması (bilincinin kapalı olması vb.), veli veya vasisinin olmaması veya bulunamaması durumunda rıza aranmaz (TŞSTİDK. m.70). HHY.'de rızanın iki durumda aranmadığı

³⁵ TŞSTİDK.m.70'e göre büyük ameliyatlara; MK.m.23'e göre, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılama ve nakli vb. de yazılı rıza şartı aranmaktadır.

³⁶ Hakeri, s.154.

görülmektedir. Yönetmeliğin 24/1. maddesinde, TŞSTİDK.'a paralel bir düzenleme yer almaktadır. İkinci düzenleme ise 24/3. maddede bulunmakta olup kanuni temsilci veya mahkemeden izin almak için yeterli zaman bulunamaması durumunda, hastanın tedavi görmedeki yararı öne geçecek ve hekim rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunacaktır. Bu durumda, varsayılan rızasının olduğu kabul edilerek hekim tıbbi müdahalede bulunacak olup varsayılan rızanın tespitinde ölçüt, normal, makul ve ortalama bir hastanın tavrı olacaktır.³⁷ Umumi Hıfızısızha Kanunu gereği, kamu sağlığının korunması amacıyla müdahalelerde rıza aranmayacağı gibi, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/3. m. gereğince, diğer hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması bakımından ve hayatları ciddi tehlikede olup tedaviyi reddeden hükümlü ve tutuklulara da zorla tıbbi müdahale mümkündür. Akıl hastaları, alkol ve uyuşturucu bağımlıları için de rıza aranmadan tıbbi müdahalede bulunmak mümkündür. Kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak verilen rızadan müdahaleden önce veya en geç müdahale anında cayılması ve rızanın geri alınması mümkündür.³⁸ Ancak müdahaleye başlanmışsa ve bunun yarıda bırakılması hastanın ölümü veya ağır sağlık zararlarına yol açacaksa rızanın geri alınamayacağı, çünkü rızanın geri alınmasında tıbben bir sakınca bulunmaması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.³⁹

Yargıtay tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda doktrindeki görüşlere atıf yapmak suretiyle şu hususları aramıştır.

"A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,

B) Hastanın rızası bulunması,

C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır".⁴⁰

³⁷ 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, Ankara-2007, C.10, S.1, s.70; Şenocak, s.43; İpekyüz, s.29.

³⁸ Şenocak, s.43.

³⁹ Şenocak, s. 44; Özcan/Özel, s. 70; Özdemir, s.122-123 .

⁴⁰ 4.HD. 07.03.1977, 6297/2541.

III. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Aydınlatma yükümlülüğü, tıp biliminin konusu olarak müdahalenin başlaması ve yönlendirilmesinde etkin olduğu gibi, hukukun konusu olarak hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygunluğu ve hekimin sorumluluğunun sınırını belirlemektedir. Aydınlatma yükümlülüğü ayrıca tıp etiğinin de konusu olup hekim hasta arasındaki ilişkide, hastalığı nedeniyle bedensel veya ruhsal yapısında bozulma olan hastaların her durumda gözetilmesi gereken haklarını, hekime sorumluluklar yükleyerek güvence altına alan tıp etiği⁴¹ bakımından, hekimin mutlak yol göstericisidir. Aydınlatma yükümlülüğü ile ilgilenen bir başka dal ise iletişimdir. Torrey, aydınlatma yükümlülüğüne etik ve hasta hekim arasındaki iletişimdeki rolü perspektifinden bakar ve hasta ile hekim arasında etkin bir iletişimin kurulmasında aydınlatma yükümlülüğünün önemli bir yere sahip olduğunu belirtir.⁴²

Aydınlatma yükümlülüğü kavramının daha iyi anlaşılması için, hasta ve hekim yönünden konunun iki yönünü oluşturan, “aydınlatma” ve “aydınlatılma” kavramlarının tanımlanması gerekir. Hekimin yükümlülüklerinden olan aydınlatma, hekimin vereceği (gerçekte planlanan tıbbî müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra; böyle bir müdahalenin gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir takım sonuçları anlatarak) bilgilerle donatılması ve hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir.⁴³

Aydınlatılma ise, “kişinin tıbbî girişim öncesi hastalığına ait tıbbî bulgular ile konulan tanı, uygulanacak tedavi türü, bu tedavinin başarı şansı,

⁴¹ Çobanoğlu, Nesrin, “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, *Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009, s.73.

⁴² Torrey, Trishia, “Effective Patient-Doctor communications-http:// patients.about.com/od/therightdoctorforyou/a/docpatientcomm.htm,s. 1 (09.04.2011).

⁴³ Köprülü, Ömer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.LVIII, sayı 10-11, İstanbul-1994, s. 594; Doğan, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyum*, 2-3 Mart Girne, Ankara-2010, s.125; Ayan, s.71; Özdemir, Hayrinnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara-2004, s.97; Boran, Bedia, “Aydınlatılmış Rıza”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım Ankara, Ankara 2009, s.97; Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbî Müdahaleye Rıza*, İstanbul-1993, s.59.

tedavi sonrasıyla ilgili sorunlar ve varsa alternatif tedaviler, tıbbî girişimin boyutu ve sınırları, tedavinin muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçları, neden olabileceği komplikasyonlar, tıbbî girişimin yapılmaması veya geciktirilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında yeterli ölçüde ve anlaşılabilir bir dille bilgi edinmesi durumudur".⁴⁴

Kişinin yeterince bilgi sahibi olmadan, tedaviye serbest iradesiyle rıza göstermesi beklenemez.⁴⁵ Rızanın alınması, hasta ile hekim arası ilişkide hekimin yükümlülüklerinden biri olup, hastanın geçerli rızanın alınmasında, hastanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gereklidir.⁴⁶ Aydınlatma yükümlülüğü, hekim açısından tedavi ve teşhis sözleşmesi gereği bir edim olarak karşımıza çıktığı gibi hasta açısından da gerek kendi geleceğini belirleme hakkını gerek yaşam, sağlık ve bedensel bütünlük üzerindeki müdahalelere rıza göstererek eylemin hukuka uygunluğunun sağlanmasının bir aşamasıdır. Bazen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden sonra hasta ile hekim arasında sözleşme kurulabildiğinden, aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki ilişkiler içerisinde de değerlendirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hastalığın tanımlanması, uygulanacak tedavi ve başarı şanslarının ortaya konulması, oluşabilecek risklerin ve tedavi sonrası alınacak önlemlerin açıklanması, hastanın var olan tereddütlerinin giderilmesi ve tedavinin mali boyutlarına yönelik aydınlatmada bulunulması, çoğu zaman hasta ile hekim arasındaki tedavi ve teşhis sözleşmesinin kurulmasında önemli bir rol oynayabilmektedir.⁴⁷

Aydınlatma yükümlülüğü hukukumuzda, Yargıtay kararlarında da irdelenmiştir. Bunlardan bilinen en eski ve kapsamlı karar, Yargıtay 4. HD.'nin 07.03.1977 gün, 6297/2541 sayılı kararıdır. Anılan kararda, davacının davalı hekimin muayenesi sırasında kızlığını bozması üzerine manevi tazminat davası açması ve yerel mahkemece davanın reddi üzerine, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat

⁴⁴ Tüzün, Birgül/Elmas, İmdat/Akkay, Erdem, "Çocuklara Yönelik Tıbbî Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam" III. Tıbbî Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara-1998, s.189-190: Doğan, s.125.

⁴⁵ Bayraktar, s.124.

⁴⁶ Şenocak, s.37; Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara-1993, s.27.

⁴⁷ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, Sayı:3, Ankara-2003, s.64.

yükünün hekime ait olduğu ve tıp bilimine uygun olarak tüm veri ve sonuçların hastaya anlayacağı biçimde anlatılmasının gerekli olduğu- na vurgu yapılmıştır.⁴⁸

⁴⁸ Bu önemli kararda Yargıtay şöyle demiştir: “13.7.1972 günü 1948 doğumlu (Y) kar- nındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Da- hiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye mütehasşısının ilgili olması nedeniyle, acele, olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe ya- pılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarı- nın saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu yönde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dinlenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık Şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır.

Davalı aleyhine açılan ceza davası, yüksek sağlık şurasının anılan raporundaki (hekim ku- surunun bulunmadığı) görüşüne dayanılarak beraatle sonuçlanmış ve müdahilin temyizi üzerine dava Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince 1803 sayılı Af Yasası hükümlerince ortadan kaldırılmıştır.

Hukuk Hakimi de, aynı rapordaki görüşe dayanarak, tazminat davasını reddetmiş bulun- maktadır.

O halde, bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun;

- 1) Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli şartların nelerden ibaret bulundu- ğunun,
- 2) Hukuka uygunluğu sınırlarının,
- 3) Olayda, davalı hekimin taksirli davranışının bulunup bulunmadığının,
- 4) Yüksek Sağlık Şurası Raporunun her halükarda hukuk hakimini bağlayıp bağlayama- yacağının saptanması olmalıdır. Bu itibarla anılan yönler üzerinde kısaca da olsa durul- masında yarar vardır.

Doktrinde Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngö- rülmüştür. Bunlar sırasıyla;

- A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,
- B) Hastanın rızası bulunması,
- C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır.

İlk koşul olayımızda mevcuttur.

Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince;

Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayene- nin 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 mey- dana 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. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır.

Nihayet, HUMK. hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakla- rı gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı

Yargıtay 13. HD ise, 18.09.2008 gün, 4519/10750 sayılı ilamında, aydınlatma yükümlülüğünü hekimin vekâlet sözleşmesi kapsamındaki özen borcu içerisinde değerlendirmiştir.⁴⁹

ayrık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimî Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmalî davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır.

O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır..." şeklinde karar vermiştir 4.HD.07.03.1977, 6297/2541, Naklen, Kıcaloğlu, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumlulukları, Ankara-2011, s.333-334).

⁴⁹ Sözü edilen kararda Yargıtay, "Davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlar yol açtığı iddiası ile manevî tazminat istemişlerdir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1 md.) O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor ve Hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK. nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olaya bakıldığında, davacının yüzündeki kırışıkları gidermek için davalı klinik ve doktora başvurduğu, davalı doktorun davacının yüzüne fill-new adlı dolgu malzemesi enjekte ettiği, sonuçta davacının yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluştuğu taraflar arasında ihtilaflı değildir. Çözümlemesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Dosya içerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, 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

Yargıtay 15. HD. estetik ameliyatlar, dış protezleri, saç ekimi gibi durumlardaki tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirdiğinden hekimin aydınlatma yükümlülüğünü de yüklenicinin(hekim) özen borcu içerisinde yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰

muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulunda verdiği 23.9.2005 tarihli ifadesinde davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon olursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi beyanında geçen komplikasyon oluştuğu 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 hüküm kurulamaz. O halde mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü 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” demiştir.

50 15. HD. 4800/5945 sayılı kararının metni şöyledir: “Dış tedavisinde, hasta ile doktoru arasındaki hukukî ilişki vekâlet sözleşmesi (BK’nın 386 vs.); dış protezinde ise eser sözleşmesi (BK’nın 355 vd) dir.

Dış tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmese dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır.

Oysa, eser sözleşmesinde, doktor (yüklenici) belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir. Sonuç gerçekleşirse, yani hastanın kullanabileceği amaca uygun bir protez gerçekleşirse yüklenici sayılan doktor, borcunu ifa etmiş sayılır ve ücrete hak kazanır.

Somut olayda, davacı hasta (iş sahibi), davalı doktorun yaptığı protezi kullanamamış ve iddiaya göre birtakım rahatsızlıklar meydana gelmiştir. Bu husus doğru ise, davalı, sözleşmenin amacına uygun bir sonucu gerçekleştirememiştir. Başka bir anlatımla, davalının yaptığı protez, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı sayılır (BK m.360/1)

Protez işinin yapımı sırasında, hastadan kaynaklanan bir durum, özellikle dış eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü hâlinde de önce dış eti tedavisi yapması gerekirdi. Bu bildirimin doktor tarafından yapıp yapılmadığı ve hastadaki mevcut hastalığın o hali ile proteze uygun olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur (BK.md.357/son).

O halde mahkemece yapılması gereken iş; Üniversitenin Dış Hekimliği Fakültesinden se-

Aydınlatma yükümlülüğünün en fazla irdelendiği ve yargı kararlarında tartışıldığı⁵¹ ülkelerden biri Amerika Birleşik Devletleri'dir. Amerikan hukukunda aydınlatılmış rıza kendi geleceğini belirleme hakkı içerisinde değerlendirilir. Kendi geleceğini belirleme hakkının temelinde, kişinin kendi bedeninin efendisi olarak görülmesi yatar.⁵² Bu nedenle, kendi geleceğini belirleme hakkı ve aydınlatılmış rıza doktrininin gelişmesinde Amerikan hukukunun payı yadsınamaz. Makalemizde, Amerikan yargı kararlarına ve örnek davalara yer verilerek, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yargı deneyimlerinin çeşitlendirilmesi amaçlanmıştır.

Amerikan hukukunda, hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün tartışıldığı en eski ve örnek dava 1905'te görülen Mohr – Williams davasıdır.⁵³ Davaya konu olan olayda, davacı hasta sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyaç olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme sol kulak ameliyatı konusunda hasta aydınlatılmadığından ve rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir.⁵⁴

çilecek üç kişilik bilirkişi heyetinden önceki bilirkişi raporları incelettiler ve gerekirse hasta üzerinde muayene yaptırılmak suretiyle rapor alınmasından, hastadaki mevcut dış eti hastalığının tedavi edilmeden, o hâli ile protez işleminin yapılmasının uygun olup olmadığının tesbitinden ve ayrıca, BK'nın 357/son maddesine uygun yapılmış bir ikaz var ise, bu hususun kanıtlanması için davalı tarafa bu imkânın sağlanmasından ve hâsıl olacak sonuca göre bir hüküm kurulmasından ibarettir."

⁵¹ Bu davaların sayısının çok olması, hastanın aydınlatılmış rızanın alınmasının ihlal edildiği savunulmasında bulunulması halinde, davanın juri tarafından görülmesinin garanti olmasıdır. (Boland, Gary.L., The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana", *Louisiana Law Review*-September-1984(Westlaw.com-10.04.2011).

⁵² Moldoff, W.M., "Malpractice: Physician's Duty to Inform Patient of Nature and Hazard of Disease or Treatment", *American Law Report ALR2d*, s.22(westlaw.com-10.04.2011).

⁵³ Boland, s.2.

⁵⁴ Naklen: Bolland, s.2.

B. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İCRASI

1. AYDINLATMA YÜKÜMLÜSÜ

Kural olarak aydınlatma yükümlüsü teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafı olan ve hastaya tıbbî müdahaleyi uygulayacak olan hekimdir.⁵⁵ Teşhis ile müdahalenin ayrı hekimlerce yapılacağı ya da işbölümü ile yerine getirileceği durumlarda birden fazla hekimin bulunması halinde her bir hekim hastayı aydınlatmakla yükümlüdür.⁵⁶ Aydınlatma yükümlülüğü altında olan hekim bu görevi başka bir hekime bırakabilir.⁵⁷ Hekimlerin bir grup halinde müdahalede bulunmaları halinde bu görev için bir hekimin sorumlu olarak tayini mümkün olabileceği gibi⁵⁸, ideal olan her bir hekimin kendi ihtisas alanında aydınlatma yapmasıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı hallerde hekimin aydınlatmanın yükümlüsü olduğu söylenemezse de, bu hususun ispatı hekime aittir.⁵⁹

Yargıtay da aydınlatma yükümlüsünün, tıbbî müdahalede bulunan hekim olduğunu birçok kararında vurgulamıştır.⁶⁰

Amerikan hukukunda, aydınlatma yükümlüsü müdahalede bulunacak hekim ise de, hekimin bu yükümlülüğü başka birisine devredip devredemeyeceği tartışılmıştır. Veith- O'brien davasında(2007), mide ameliyatı yapacak hekimin aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünü hastane personeline devrettiği ve aleyhine açılan davada yükümlülüğün devredildiği savunması karşısında, hekim için hastayı tam olarak aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ve bu durumun hekimi bu yükümlülüklerden kurtar-

⁵⁵ Ayan, s.81; Ozanoğlu, s.72; Şenocak, s.58; Aşçıoğlu, s.81; Hakeri, s.128.

⁵⁶ Ayan, s.82; Şenocak, s.58-59; Aşçıoğlu, s.39.

⁵⁷ Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.39; Hakeri, s.128.

⁵⁸ Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.39.

⁵⁹ Ayan, s.81-82.

⁶⁰ Yargıtay 13.HD.'nin 05.04.1993 gün, 131/2741 sayılı ilamında " Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektiği bütün önlemleri almalı. bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatın rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanılmamıştır", Naklen, Savaş, s.292.

madığı sonucuna varılmıştır.⁶¹ Salandry-Bryk (2008) davasında ise, hastanenin hastaya özel olarak bir hekim atayarak hizmet vermesi durumunda, aydınlatma yükümlülüğünü hastanenin değil, bu hekimin yerine getireceğine ve aydınlatılmış rızanın onun tarafından alınacağına karar verilmiştir.⁶²

2. AYDINLATMA ALACAKLISI

Aydınlatma alacaklısı kural olarak hastanın kendisidir.⁶³ Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesinde de bizzat hastanın aydınlatılacağı kuralı kabul edilmiştir. Hastanın sürekli olarak ayırtım gücüne sahip olmaması durumunda veli veya vasinin aydınlatılması gerekir. Ancak ayırtım gücünün geçici olarak ve özellikle müdahaleyi gerektiren olay nedeniyle(trafik kazası vb.) kaybı hallerinde zaruret hali söz konusu olacağından aydınlatma gerekemeyebilir.⁶⁴ Hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin aydınlatılması yanında, tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesi münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğundan tıbbî müdahalenin mahiyeti ve önemini, yarar veya zararlarını serbestçe tartıp karar verme yetisine sahip hasta, küçük veya kısıtlı da olsa bizzat aydınlatılmalıdır.⁶⁵ Kanuni temsilcinin müdahale anında bulunamaması veya olmaması halinde rıza aranmayacağından, zaruret hali nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilecektir.⁶⁶ Hastanın aydınlatılma konusunda vekil ataması da Hasta Hakları Yönetmeliği 15/2.m. gereğince mümkündür.⁶⁷ Organ ve doku naklinde hekimin, vericinin evli olması durumunda eşinin bu karardan haberi olup olmadığını öğrenmesi ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmesi gerekir. Bu durumda hekimin, vericinin müdahale kararı konusunda, vericinin eşine bir bilgi verme ve geri dönüşüm alma yükümlülüğü doğmaktadır. Gebelikte rahim tahliyesinde, tü-zük gereği alınması gereken izin belgesinde eşin de izninin alınması zorunluluğu getirilmiştir.

⁶¹ Moldoff, s.78.

⁶² Moldoff, s.53.

⁶³ Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.40; Hakeri, s.127; Ozanoğlu, s.72.

⁶⁴ Ayan, s.83.

⁶⁵ Ayan, s.82; Aşçıoğlu, s.41; Ozanoğlu, s.72.

⁶⁶ Ayan, s.83.

⁶⁷ Hakeri, s.127.

Lester-Aetna Casualty & Surety Co. Davasında (1957), şok tedavisi gören psikiyatri hastasının aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açtığı davada jüri, hastanın zihinsel yeteneklerini kullanabildiği normal durumlarda kendisinin aydınlatılması ve rızasının alınması gerekirse de somut olaydaki gibi bunun mümkün olmadığı durumlarda hastanın eşinin aydınlatılmasında ve onun için rıza beyanında bulunmasında bir usulsüzlük olmadığına karar vermiştir.⁶⁸

3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ZAMANI

Aydınlatmada amaç, aydınlatma sonrasında hastanın müdahaleye rızasının alınması olduğundan, doğal olarak aydınlatma yükümlülüğünün müdahaleden önce yerine getirilmesi gerekir.⁶⁹ Müdahale öncesi yapılacak bu aydınlatmanın zamanı ise, müdahalenin niteliğine göre değişeceğinden genel bir kural konulamaz. Somut olayın özelliği ve hastanın müdahaleyi kabul edip etmeme konusunda mantıklı olarak düşünebileceği zaman dilimine göre bu belirleme yapılmalıdır.⁷⁰ Müdahalenin ivediliği ve ağırlığı aydınlatma zamanını belirlenmesinde etkili olacak diğer unsurlardandır.⁷¹ Ayakta tedaviyi gerektiren müdahalelerde, müdahaleden kısa bir süre önce aydınlatma yapılması uygun olursa da, ağır bir ameliyatı gerektiren ve bünyesinde ağır tehlike ve zararı barındıran müdahalelerde, müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma geçerli bir aydınlatma kabul edilemez.⁷² Acil müdahaleyi gerektiren, zaman geçirilmesinin hastanın hayatı ve sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağı durumlarda ise, aydınlatma yükümlülüğünün hemen müdahale öncesi yapılması mümkündür.⁷³

Amerikan mahkemesince, Corrigan- Methodist Hospital davasında (1994), aydınlatma yükümlülüğünün mutlaka müdahale veya operasyondan önce yerine getirilip aydınlatılmış rızanın alınması gerektiğine karar verilmiştir.⁷⁴

⁶⁸ Moldoff, s.72.

⁶⁹ Ayan, s.83; Ozanoğlu, s.73; Doğan, s.151.

⁷⁰ Ayan, s.83; Doğan, s.151; Şenocak, s.59-60.

⁷¹ Ayan, s.83; Ozanoğlu, s.73; Hakeri, s.129.

⁷² Ayan, s.83; Hakeri, s.129.

⁷³ Ayan, s.83; Hakeri, s.129.

⁷⁴ Moldoff, s.59.

4. AYDINLATMANIN ŞEKLİ

Aydınlatmanın şekli hususunda, mevzuatımızda genel bir kural olmadığından şekil serbestisinin varlığı kabul edilmelidir⁷⁵ O halde aydınlatma, yazılı, sözlü ya da hem yazılı hem sözlü olabilir.

Yazılı aydınlatma uygulamada, hastaya verilen, müdahaleye ilişkin bilgileri, hastanın bu bilgileri edindiğine ve müdahaleye rıza gösterdiğine dair rızasını dile getirdiği ve imzasının bulunduğu bölümlerden oluşan formüler aracılığı ile yerine getirilebildiği gibi hastanın hastalığı ve uygulanacak müdahaleye, alternatif müdahalelere, muhtemel risk ve tehlikelere, hekimin neden bu yöntemi tercih ettiğine ilişkin genel bilgilerin bulunduğu broşürün verilmesi biçiminde de yerine getirilebilmektedir⁷⁶. Yazılı aydınlatmaya ilişkin bu uygulamalar, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatında faydalı ise de, aydınlatma yükümlülüğü kağıt üzerinde kalmamalı ve sözlü olarak da yerine getirilmelidir. Zaten hekimle hasta arasındaki güven ilişkisine uygun düşeni de budur.⁷⁷ Hekim-hasta ilişkisinin niteliğine göre somut olay ve hasta gerçeğinden yola çıktığımızda, yeterliliği ve anlaşılabilirliği tartışmalı olan ve genel ve standart bilgileri ortaya koyan bu yazılı formların, hastanın yaşı, eğitim durumu, sosyal ve kültürel yapısı, uygulanacak müdahalenin o olaya özgü farkını dikkate almadan hazırlanması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmesi söz konusu olamaz.⁷⁸ İdeal olanı ise, aydınlatmanın sözlü olarak yapılması, daha sonra sözle ifade edilen durumun yazılı belgelere geçirilmesidir.⁷⁹

Yargıtay, sezeryan yerine normal doğum yaptırılması ve bu doğum sırasında oksijensiz kalarak bebekte zeka geriliği oluşması nedeniyle açılan davada, yazılı onay belgesini davacılar lehine değerlendirmiştir. Hastanın cerrahi ameliyat yapılma suretiyle tedavisine muvafakat ettiğine dair belgeye rağmen normal doğum yaptırın ve hastanın sezeryan teklifi ve vakum önerisini reddettiğini savunan hekimlerin, yazılı onay belgesinin aksini ancak yazılı bir belge ile ispatlamaları gerektiği ve tanık dinlenemeyeceğine karar vermiştir.⁸⁰

⁷⁵ Ayan, s.84; Hakeri, s.132.

⁷⁶ Ayan, s.84; Şenocak, s.60.

⁷⁷ Ayan, s.85.

⁷⁸ Ayan, s.85; Ozanoğlu, s.72-73, Özcan/ Özel, s.61.

⁷⁹ Şenocak, s.60.

⁸⁰ Kararda "Davacıların artık bu belge ile cerrahi ve ameliyatta dahil olmak üzere tüm

5. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSPATI

Aydınlatma yükümlülüğünün kim tarafından ispatlanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün niteliğine göre ispat yükü sorunu çözümlenebilir. Hekimin tıbbî müdahalesi, kural olarak hukuka aykırı olup- hastanın aydınlatılması ve devamında -aydınlatılmış rızasının alınmasından sonra hukuka uygun hale gelecektir. Bu nedenle hukuka uygunluk nedeninin varlığını ispat hekime düşer. MK.'nın 24. maddesi gereğince kişinin müdahaleye rızası bulunmadığı karinesinden yola çıkılarak ispat yükünün ters çevrildiğini söylemek yanlış olmaz.⁸¹ Bir kısım hukukçular ise, müdahaledeki hukuka uygunluk sebebinden, hekim yararlanacağından ispat yükünün onda olduğunu savunmaktadır.⁸²

Tedavi aydınlatmasının söz konusu olduğu durumlarda, hekimle hastası arasında vekâlet sözleşmesi bulunduğu kabul edilerek, BK.'nın 96. maddesi gereğince, borçlunun(hekimin) kusurlu olduğu karinesinden hareketle, kusuru olmadığını ispatı yine hekime düşecektir. Sözleşmenin ihlal edildiği(özen yükümlülüğünün ihlali) ve illiyet bağının bulunduğu ispatı ise hastaya ait olacaktır.⁸³

Tıbbi belgelere hekimin daha kolay ulaşabileceği, müdahalenin hekimce yerine getirilmesi ve aralarındaki ilişkide daha aciz durumda olan tarafın hasta olması nedeniyle ispat yükünün hekimde olması gerektiği görüşü de kabul görmektedir.⁸⁴ Yargıtay da, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin hekim tarafından ispatlanması gerektiğini birçok kararında vurgulamıştır.⁸⁵

cerrahi ve tıbbî müdahaleler hususunda muvafakatlarının olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca bu durumun tersine tezahür eden davacının sezeryan ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gerekir. Davalılar böyle bir yazılı belge sunamadıkları gibi, savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. Her ne kadar davalıların tanıkları davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de, bu konuda tanık dinlenemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez" denilmiştir. 13.HD. 05.02.2007,16810/1248.

⁸¹ Ozanoğlu, s.75.

⁸² Ayan, s.86; Hakeri, s.146.

⁸³ Ozanoğlu, s.74; Şenocak, s.88.

⁸⁴ Hakeri, s.146; Doğan, s.153

⁸⁵ "...Hastanın aydınlatıldığının ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizikolara karşı aydınlatıldığını kanıtlamamıştır..."13. HD.16.09.2008 gün,4219/10660, "...Davalı hekim aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları ile tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bilgilendirdiğini ispat edemediğine göre..." 4.HD. 07.03.1977,6297/ 2541.

Aydınlatma yükümlülüğü bir hukuki işlem olmadığından her türlü delille ispatlanabilir.⁸⁶ Organ ve doku nakli ve rahim tahliyesi gibi bazı özel müdahalelerde, rızanın ispatına ilişkin “izin belgesi” gibi yazılı belge alınması gerekirse de, bu aydınlatma yükümlülüğünün de yazılı olarak yapılması zorunluluğunu ifade etmez. Ancak bu rıza belgelerinde genellikle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin ifadeler de yer almaktadır. Bu yazılı belgelerin, aydınlatma yükümlülüğünün ispatında güçlü birer delil olduğu inkar edilemez. Yine de burada ölçü, somut müdahale ve hasta olmalıdır. Çünkü, bu yazılı belgelerde bazen aydınlatmaya ilişkin çok genel ve yüzeysel bilgilere yer verilip aydınlatma yükümlülüğü tam olarak yerine getirilemediği gibi, bazen de fazla detaylı ve teknik terimlerle aydınlatma yapılarak hastanın anlayamayacağı biçimde ifadeler yer verilebilmektedir.⁸⁷ Kanaatimizce yazılı belge dahi olsa, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tayininde müdahalenin özelliği, metinde yazılı olanların bu müdahaleye uygun aydınlatmayı sağlayıp sağlamayacağı, hastanın bu belgeden somut olarak ne anladığı gibi hususların birlikte irdelenmesi gerekir. Bir müdahalede yazılı rıza belgesi alınmasının mutad olduğu durumlarda bu belgenin alınmaması veya hastaca imzalanmamış olması durumunda, hasta aydınlatılmadığını ileri sürerse, Yargıtay’ın bu durumu hekim aleyhine delil olarak kabul ettiği görülmektedir.⁸⁸ Yazılı izin belgesinin alınmasına karşın dudak-damak yarığı sorunu olan hasta, estetik ameliyat sonrası görüntüsünün düzelmemesi nedeniyle hekim aleyhine dava açmış ve birden fazla müdahalede bulunulacağı konusunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürmüştür. Dava konusu somut olayın gelişimini değerlendiren Yargıtay, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ve hastanın hukuka uygun şekilde rızasının alındığına karar vermiştir.⁸⁹

⁸⁶ Hakeri, s.134.

⁸⁷ Ozanoğlu, s.73.

⁸⁸ Yüzündeki kırışıklıkları gidermek için dolgu malzemesi enjekte ettiren ve fakat bunun sonrasında yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluşan davacının hekim aleyhine açtığı davada Yargıtay, davalı hekimin onama belgesi almadığına yönelik savunmasını da esas alarak, hastasını müdahalenin komplikasyonları konusunda yazılı belge ile aydınlattığını ispat edemediği kanaatine varmıştır.13.HD.18.09.2008,4519/10750.

⁸⁹ Yargıtay 15. HD. 25.02.2011 gün , 589/263 sayılı kararında, “24.09.2001 tarihli ve “Ameliyat ve Diğer Müdahaleler için Muvafakatname” başlıklı ve davacı tarafından imzalanan belge kapsamı incelendiğinde; doğuştan rahatsız ve daha önce üç aylıkken

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği tanık beyanı ile de ispatlanabilir. Bu durumda, tanık delilinin takdiri delil niteliği gözden kaçırılmaması, her iki taraf tanıklarının beyanlarının karşılaştırılması, müdahalenin niteliği ve olayların gelişim biçimi ile genel hayat tecrübelerinden yararlanılmak suretiyle, bu tanık beyanları irdelenerek hangi tanık beyanına üstünlük tanınacağı belirlenmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatında bazen genel yaşam tecrübelerinden de yararlanıldığı ve böyle bir konuda aydınlatma yapılan hastanın davranış biçiminin bu olup olmayacağına göre sübut sorununun çözüldüğü görülmektedir. İdrar tahlili sonucu iltihap ya da taş teşhisi konularak on günlük ilaç tedavisine başlayan ve aldığı bu ilaç nedeniyle tedavinin dokuzuncu gününde mide kanaması geçiren hastanın, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim aleyhine açtığı davanın reddi üzerine Yargıtay, midesinden rahatsız olan davacının yan etkiler konusunda uyarılmasına rağmen o ilacı almasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmek suretiyle hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁹⁰

dudak, 1,5 yaşındayken damak ve 19 yaşındayken de burun ameliyatı olmuş olan davacıya; mahkemenin kabulünün aksine, mevcut durumun mümkün olduğu kadar ameliyatla düzeltilebileceğinin ve bu kapsamda ileride de gerek görüldüğü takdirde ilave ve farklı şekilde müdahalelerin yapılabileceğinin doktor tarafından anlatıldığı ve bu koşullarla ameliyat yapılmasına davacının rıza gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim dosya kapsamındaki hasta muayene belgelerinden 09.07.2001, 26.03.2003, 27.08.2003 tarihli olanlarda açıklandığı üzere; davalı tarafca davacıya ilave müdahaleler yapılmış ve yapılacak yeni müdahaleler de davacıya bildirilmiştir. Bu nedenlerle, davacının, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bildiğinin, bu konuda yeteri kadar aydınlatıldığı ve ameliyata onay vermesinin hukuka uygun şekilde yapılan irade bildirimi olduğunun kabulü gerekmektedir” demıştır.

- ⁹⁰ Yargıtay, “...davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan “E... tablet” adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirilmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan hükme esas alınan Üroloji Uzmanı operatör tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan E... tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca tedavi öncesi, mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla

Amerikan hukukunda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayanan davalarda, kapsam konusunda hangi standart benimsenirse benimsensin, hastanın, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı olduğunu ispatlaması gerekir. Bunun için delil olarak sunulacak şeyler, zararlı sonucun aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile bildirilmeyen nedenlerden kaynaklanması ve hastanın bu nedenleri bilse idi müdahaleye rıza göstermeyeceği konularını içermelidir.⁹¹

III. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNDE TAZMİNAT DAVALARI

A. GENEL OLARAK

Aydınlatma yükümlülüğünü ihlali nedeniyle hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne zarar vermesi hallerinde bu zararın tazmini yükümlülüğü ortaya çıkar.⁹² Zarar tazmin sorumluluğunun olmazsa olmaz şartı olup kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.⁹³ Kişinin malvarlığında meydana gelen zarar maddi zarar, kişinin maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarını içeren şahıs varlığında meydana gelen zarar manevi zarar olarak adlandırılır.⁹⁴ Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünü ihlali kimi zaman kişinin yaşam, sağlık, bedensel bütünlük gibi kişilik değerlerinde istenmeyen değişikliklere, bu değişiklikler ise kişinin malvarlığı ya da kişisel değerlerinde eksilmeye neden olur. İlkinde maddi, ikincisinde ise manevi zarar oluşur.⁹⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, hastanın rızası sağlıklı bir şekilde alınamayacağından ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alındığından, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Bu durumda amaç iyileştirme de olsa, kişilik hakkı ihlal edilmiş, hastanın bedensel

bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor dosya içeriği ile uyuşmamaktadır. " demek suretiyle kararı bozmuştur. 13.HD. 19.10.2006,10057/13842.

⁹¹ Boland, s.8; Molldof, s.71.

⁹² Ayan, s.121; Aşçıoğlu, s.100; Hakeri, s.316; Özpınar, s.90.

⁹³ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul-2008, s. 287; Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul-2011, s.123; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara-2012, s. 287.

⁹⁴ Eren, s. 474; Kılıçoğlu, s. 288.

⁹⁵ Aşçıoğlu, s.99.

bütünlüğüne el atılmış ve hasta da buna katlanmış olmakla maddi ve manevi zararı oluşur.⁹⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle gerek haksız fiil hükümlerine gerekse sözleşme hükümlerine aykırılık⁹⁷ (kötü ifa) nedeniyle tazminat davaları açılabilecektir.⁹⁸ Borçlar Kanunu 98/2. madde(TBK.114/2) gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından kanunun haksız fiil hükümleri arasında yer alan maddi ve manevi tazminatlar ve bunların belirlenmesine ilişkin hükümlerine göre bu davalar açılacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan zararlar ve bu durumlarda istenebilecek tazminat davaları aşağıda daha yakından incelenecektir.

B. MADDİ TAZMİNAT DAVASI

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan maddi nitelikteki kişilik hakkını oluşturan yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğe saldırı nedeniyle, kişinin malvarlığında bir azalma söz konusu olduğu hallerde, rıza dışı bu azalma (zarar), hekimin kusurlu, hukuka veya sözleşmeye aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmakta ise, bu azalmanın tazmini gerekir.⁹⁹ Bu gibi durumlarda zarar genellikle yaşamın kaybı, sağlığın bozulması veya beden bütünlüğünün zarar görmesi(yaralanma) şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın ölümüne neden olmuş ise, BK. 'nın 45. maddesi gereğince, defin giderleri, varsa tedavi ve çalışma gücü kaybı giderleri ve ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı destekten yoksun kalma zararı tazmin edilecektir. Yeni Türk Borçlar Kanunu 53. maddesi de aynı hükümlere yer vermiştir.

⁹⁶ Aşçıoğlu, s.100.

⁹⁷ Aydınlatma yükümlülüğü hekimin sözleşmede yan yükümlerindendir. Bu nedenle ifası değil, kötü ifası halinde gerekli koşullar varsa tazminat davası açma hakkı sağlarlar. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bakınız: Demir, Mehmet, "Hekimin Tazmin Yükümü Bağlamında Tıbbî Aydınlatma Türleri", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, Y.2011, C. 19,Ş. 2, s. 145.

⁹⁸ Doğan, s.205.

⁹⁹ Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk*, Ankara-2007, s.271; Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul-1995, 4. Bası. s.154; Helvacı, Serap, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul- 2001, s.177; Oğuzman / Öz, s.497.

¹⁰⁰ Gökcan, Hasan Tahsin, *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, Ankara-2008, s.539; Aşçıoğlu, s.100.

Ölüm halinde, ölenin gömülmesi için yapılan giderler(yıkama, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, dini ve adet gereği yapılan merasimler, vb. ücreti defin gideri olarak istenebilir.¹⁰¹

Ölüm olayı hemen gerçekleşmedi ise, gerçekleşinceye kadar yapılan tedavi giderleri ile çalışma gücünün geçici ve kalıcı kaybından doğan zararlar da istenebilir. Çalışma gücü, kişinin bedensel, ruhsal veya zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir.¹⁰² Çalışma gücünün geçici kaybında, hastanın sağlığı veya bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle eski sağlığına kavuşacağı ve fiilen çalışacak hale geleceği süre yönünden kazanç kaybı zararı söz konusudur. Hastanın gelirine ve fiilen çalışacak hale gelmesine kadar geçen süreye göre geçici iş gücü kaybı zararı hesaplanır. Sağlık ve bedensel bütünlükteki ihlalin, devamlı biçimde kişinin sakatlığına neden olması durumu, çalışma gücünün (tamamen veya kısmen)kalıcı kaybı olarak adlandırılır.¹⁰³ Çalışma gücünün kalıcı kaybı söz konusu olduğunda, hastanın geliri, yaşam süresi ve kalıcı iş gücü kayıp oranına göre maddi tazminat belirlenir.¹⁰⁴

Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanlar destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zararın hüküm altına alınmasını isteyebilirler.¹⁰⁵ Ölen ile destekten yoksun kaldığını iddia eden kimse-ler arasında, sürekli, eylemli ve düzenli bir destek ilişkisi olması, desteğin destekten yoksun kalana bakım gücü, destekten yoksun kalanın da bakım ihtiyacı bulunması hallerinde, ölenin geliri, yaşam süresi ve destek payı ile sınırlı olmak üzere destekten yoksun kalma zararı belirlenip tazmin edilmelidir.¹⁰⁶

Bedensel bütünlüğün veya sağlığın bozulması durumlarında hasta, sağlığına kavuşması için gerekli olan tedavi giderlerini, kazanç kaybını, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan zararları ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplarını BK.'nın 46.maddesi(TBK.54) gereği isteyebilecektir.

¹⁰¹ Kılıçoğlu, s.407; Gökcan, s.585; Aşçıoğlu, 101.

¹⁰² Aşçıoğlu, s. 100.

¹⁰³ Kılıçoğlu,s. 405; Güleç, Sema (Uçakhan), *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*, 5.Bası, Ankara-2008, s.270.

¹⁰⁴ Gökcan, s.560; Güleç, s.272.

¹⁰⁵ Aşçıoğlu, s.101; Gökcan, s.585.

¹⁰⁶ Kılıçoğlu,s. 408; Gökcan, s.587-590.

Tedavi giderleri, hastanın sağlığına kavuşması için yaptığı tüm giderleri kapsamakta olup muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ameliyat, estetik ameliyat, hastane, röntgen, ilaç, korse, protez, yürüme araçları, ulaşım, bakıcı ücreti, refakatçi gideri, pansuman, fizik tedavi vb. giderlerdir.¹⁰⁷ Bu giderlerin belgeli olması şart değildir. Meydana gelen zararın gerektirdiği ve fakat belgelenemeyen paramedikal giderlerin de istenilmesi mümkündür.¹⁰⁸

Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi zararları konusunda ölüm halindeki zararlara ilişkin açıklamalar geçerlidir.

Hastanın ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle zararı da oluşabilir. Hastanın bedensel zararı çalışma gücüne olumsuz etki-de bulunmasa da iş piyasasında, ekonomik piyasada yeni iş bulma veya eski işini koruma güçlüğü yaşayabilir. Özellikle hastanın fiziğinin ön planda olduğu ve fiziksel şeklin bozulmasına ilişkin zararlar bakımından bu durum gündeme gelecektir. Bu durumda, hastanın zarar verici olay meydana gelmese idi elde edeceği kazanç ile gelecekte bu zarar nedeniyle elde edeceği kazanç arasındaki fark tazmin olunur.¹⁰⁹

Maddi zararın miktarını ve kapsamını ispat davacıya düşer. BK. 42. maddesindeki bu düzenleme yeni TBK. 50. maddesinde de benimsenmiştir. Hakim burada, zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde olayların normal akışına, zarar görenin sosyo - ekonomik durumuna ve almış olduğu tedbirlere göre bu saldırının böyle bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığını ve miktarını belirleyecektir.¹¹⁰ Ancak hiçbir durumda ödenecek maddi tazminat, zararın azami miktarını geçemez.¹¹¹ Maddi zararın hesaplanacağı an, kişilik hakkına saldırı biçimindeki eylemin işlendiği andırır.¹¹²

¹⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 404; Gökcan, s.539; Aşçıoğlu, s.100; Güleç, s.243.

¹⁰⁸ Gökcan, s.542.

¹⁰⁹ Eren, s.717-718; Gökcan, s.579; Güleç, s.291-292.

¹¹⁰ Kılıçoğlu, s. 401; Eren, s. 693.

¹¹¹ Eren, s.729.

¹¹² Kılıçoğlu, s. 402-403: Y.4. HD. 03.07.2002 , 4173-8403 ve 05.06.2002 , 2682-6880; Aksi görüşler için bakınız: Eren, s.694-695.

C. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle, kişinin şahıs varlığında (kişisel değerler) bir azalma söz konusu olduğu hallerde, rıza dışı bu azalma (zarar), zarar verenin kusurlu, sözleşmeye(kötü ifa) veya hukuka aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmakta ise, bu azalmanın tazmini gerekir.¹¹³ Türk Medeni Kanunu'nun (TMK.) 25. maddesinde kişilik hakkına saldırı halinde manevi tazminat davası açılabilceği hüküm altına alınmıştır. TMK 24. ve 25. maddesinde manevî tazminat davası açılabilmesinin şartları düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla manevî tazminat davası açılabilmesi için Borçlar Kanunu'ndaki genel normlara bakılacaktır. Kanunda maddi kişisel değerlere saldırıdan kaynaklanan manevi tazminatlar ile maddi nitelikte olmayan kişisel değerlere yönelik saldırılardan kaynaklanan tazminat davaları farklı maddelerde(BK. 47 ve 49) düzenlenmiştir. Sağlık kaybı, ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlalinde maddi kişisel değerler saldırıya uğradığından manevî tazminatın özel olarak düzenlediği BK 47. (TBK. 56) maddesindeki şartlar aranacaktır.¹¹⁴

Manevi tazminatın hukukî niteliği ve işlevi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici nitelik taşır. Ceza görüşü olarak adlandırılan bu görüş taraftarlarına göre¹¹⁵ manevî tazminat adı altında ödenen para ile zarar veren zarar gören lehine cezalandırılmakta; zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmektedir. Bu görüşe yönelik en büyük eleştiri, manevî tazminat cezaî nitelik taşısa, zarar verenin mutlaka kusurunun aranması gerektiği; oysa sebep sorumluluğu hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesidir.¹¹⁶

Tatmin görüşü, manevî tazminatın; zarar görende meydana gelen acı ve üzüntüleri dindirip azaltacak bir tatmin aracı olarak görür.¹¹⁷ Manevi tazminat olarak ödenen para rahatlama ve tatmin fonksiyonuna sahiptir. Bu teori, ayırt etme gücünden yoksunlar ve tüzel kişilerin tatmin duygusuna sahip olmadıkları gerçeğini izah edemez.¹¹⁸

¹¹³ Eren, s.745 vd.; Aşçıoğlu, s.101.

¹¹⁴ Eren, s.754; Kılıçoğlu, s. Öztan, s.272; Oğuzman/Öz, s.640; Dural, s.155.

¹¹⁵ Dural, s.154.

¹¹⁶ Eren, s.750.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, s.641.

¹¹⁸ Eren, s.779-750.

Bir diğer görüş ise telafi görüşüdür. Bu görüşe göre manevi tazminatın işlevi manevî zararı telafi etmektir. Telafi görüşüne göre, zarar görene ödenecek manevi tazminat, onun acı ve elem şeklinde zararı hissetmesine göre değil, zararı karşılığında ödenir. Bu yönüyle de objektiftir.¹¹⁹

Yargıtay'a göre ise manevi tazminat; zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmez. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlali dolayısı ile yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve aynı zamanda ruhi ızdırabını dindirmeyi amaç edinmiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.¹²⁰

Manevi tazminat davasında, hastanın, üzüntü, elem ve ızdırap nedeniyle zararı vardır.¹²¹ Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucu kişinin sağlığını kaybetmesi veya bedensel bütünlüğünün ihlali edilmesi nedeniyle BK. 47. maddesi gereğince manevi tazminat isteme hakkı doğar. Bu durumda kişinin yakınlarının manevi tazminat isteyebileceğine dair yasa da açık hüküm yoktur. Ancak, bir kişinin sağlığı veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde yakınlarının bundan etkilenmemeleri ve üzüntü duymamaları hayatın olağan akışına aykırıdır. Yasanın bu düzenleme tarzı nedeniyle Yargıtay 4. HD., zararın ağır olması durumunda zarar görenin yakınlarının da, BK. 'nın 49. maddesi gereğince duygusal kişilik değerlerinin ihlali edilmiş olması nedeniyle manevi tazminat isteme hakkı doğacağını kabul etmektedir.¹²² Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yargıtay'ın bu uygulaması yasa maddesi haline

¹¹⁹ Eren, s.750-751.

¹²⁰ Y. 4.HD. 28.4.1986, 2829- 3659; 4.HD. 03.04.2006, 4746/3573.

¹²¹ Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay -Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku Dersleri* İstanbul-2009, s.179; Eren, s.745.

¹²² Kararda Daire, " Kişinin yakınının (karı-koca, ana-baba ve çocuklar... gibi) yaralanması durumu da onun BK.'nın 49. maddesinin koruduğu duygusal kişisel değerlerine saldırı teşkil eder. Böyle bir eylem sonucu aile birliği içinde gelişen gönül bağılıklarının oluşturduğu mutlu yaşamın zarar görmesi kaçınılmazdır. Çünkü aile bütünlüğü içinde yer alan çocuğun ailenin bir ferdi olarak ağır yaralanması sonucu bütünlüğün manevi yönden zedelendiği tartışmasızdır. Bu nedenle mahkemenin sorunu çözmede BK.'nın 47. maddeyi aşarak aynı yasanın 49. maddesine göre uygulama yapması gerekirken aksi düşünce ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." demektedir Y.4.HD.16.10.2007,2243/12329.

getirilmiş ve ağır bedensel zarar nedeniyle zarar görenin yakınlarının da BK. 'nın 47. maddesine karşılık gelen 56. madde gereğince manevi tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Yaşam hakkının ihlali halinde de ölenin yakınları BK. 'nın 47. maddesi gereğince manevi tazminat isteyebilirler.

Tıbbî müdahalede aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı veya rızanın aranmadığı haller dışında, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ve rızanın alınmaması ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınacağından, tıbbî müdahale tıp kurallarına uygun olsa ve fiziki bir zarar doğmasa da BK.'nın 49. maddesi (TBK. 58) gereğince manevi tazminat istenebilir.¹²³

Hekim ile hasta arasında eser sözleşmesine konu bir müdahalede, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle istenmeyen veya sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmeyen sonuçların meydana gelmesi nedeniyle hastanın BK. 49. maddesine göre manevi tazminat isteyebileceği 15. HD. tarafından belirtilmiştir.¹²⁴

Manevi tazminatın miktarı konusunda da hakime takdir hakkı tanınmış olup, BK. 43-44 (TBK. 51-52) ve TMK. 4. maddeleri de kıyas yolu ile uygulanmalıdır.¹²⁵ Tıbbî müdahale sonucu verilen zararın derecesi, kullanılan araç, müdahale ile güdülen amaç, sonucun süreklili-

¹²³ Aşçıoğlu, s.42; Yılmaz, Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara-2010, s.79.

¹²⁴ Karar şöyledir: "Kural olarak yanlar arasındaki sözleşmeye aykırılık manevi tazminat ödetilmesini gerektirmez. Ancak, Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddeleri hükümleriyle, Borçlar Kanununun 49. maddesi hükümlerinde öngörülen koşulların oluşması durumunda da sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi tazminat istenebilir. TMK 'nın 24. maddesi gereğince, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Borçlar Kanununun 98. maddesinin yollamasıyla, aynı Kanunun 41. maddesi uyarınca haksız eylem sayılan akde aykırılık sebebiyle koşulları oluşmuş ise, 49. maddesi hükmü gereğince de, kişilik yararlarında zarara uğratılan kimse, manevi zararın tazminini sorumlularından isteyebilir. Bedensel ve ruhsal bütünlük, korunması gereken kişilik hakları kapsamındadır. Yüklenicilerin yapımını yükledikleri dış yapımı işini ifa ederken, gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri bilirdiği incelemleri sonucu saptanmış olmakla, iş-eser sahibine karşı "özen borçlarına" aykırı davrandıkları da sabit bulunmaktadır. (BK. 'nın 356/1.md.) Raporlarda açıklanan kusurların derecesi itibarıyla iş sahibinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne etkisi değerlendirildiğinde, akde aykırılığın onun ruhsal yapısının bozulması sonucunu doğuracağı sonucuna varılmaktadır. Bu sebeplerle, BK. 'nın 49. maddesi hükmünde öngörülen yasal sorumluluk koşulları gerçekleştiğinden mahkemece, R.K.r yararına uygun miktarda manevi tazminat takdiriyle hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminat davasının reddine karar verilmesi de doğru olmamıştır."

¹²⁵ Eren, s.762; Kılıçoğlu, s. 412.

ği, müdahalenin şekli, zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin yaşı, işi, sosyal konumu, sabit iz kalması, zarar görenin kusuru, tarafların sosyo-ekonomik durumları belirlenecek tazminatın miktarını tayinde etkili olacaktır.

D. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali nedeniyle doğan maddi ve manevi tazminat davalarına uygulanacak zamanaşımı süresi uyuşmazlığın hukuki dayanağının(borcun kaynağının) sözleşme veya haksız fiil olmasına göre değişir. Zira Borçlar Kanunu'nda borcun kaynağına göre zamanaşımı süreleri farklı maddelerde düzenlenmiştir. Ancak zamanaşımı süresine ilişkin bu özel düzenlemeler zamanaşımı süresine ilişkin olduğundan zamanaşımını durduran veya kesen sebepler, zamanaşımının hesaplanması gibi konularda genel hüküm olan ve borcun sona ermesi nedenleri arasında düzenlenen BK. 125-141. (TBK. 146-161) maddelerinin uygulanması gerekir.¹²⁶

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin haksız fiile dayalı olması halinde maddi ve manevi tazminat davalarına haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi gereğince bu davalar için kısa, uzun ve uzamış zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Kısa zamanaşımı süresi tazminat yükümlüsünü ve zararı öğrenmeden itibaren bir yıldır.¹²⁷ Yeni Türk Borçlar Kanunu 72. maddesi kısa zamanaşımı süresini iki yıla çıkarmıştır. Uzun zamanaşımı süresi haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl olup TBK. da aynı süreyi benimsemiştir. Bu davalara konu haksız fiillerin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda (yaralama vb.), fiil için öngörülen ceza zamanaşımı süresi, BK.60 (TBK. 72). maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinden fazla ise, bu durumda ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.¹²⁸

Hekimin sorumluluğu ve tazminat davaları borç ilişkisine (sözleşme) dayanıyorsa zamanaşımı süresinin bu borç ilişkisinin niteliğine göre belirlemek gerekir. Doktrinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin

¹²⁶ Kılıçoğlu, s.467.

¹²⁷ Kılıçoğlu, s. 469; Hatemi/ Gökyayla, s. 184.

¹²⁸ Kılıçoğlu, s. 476-477.

vekâlet sözleşmesine uygun olduğu çoğunlukla kabul görmüştür.¹²⁹ Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayalı olduğuna ilişkin görüş, Yargıtay tarafından da kabul görmüştür. Sezeryan ameliyatı sırasında bağırsağında kesi meydana geldiğini, bu nedenle ikinci ameliyat olduğunu, zor günler geçirdiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunan kişinin açtığı dava sonucu verilen kararda, hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı vurgulanmıştır.¹³⁰ Ayrıca Yargıtay burada vekâlet sözleşmesine ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanacağını belirtmiştir.¹³¹ BK. 126 (TBK. 147).maddesi gereği vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir.¹³² Hukuk Genel Kurulu'na göre bu sürenin başlangıcı zararın öğrenildiği tarihtir. Hekimin hasta ile arasında, özellikle estetik amaçlı müdahalelerde veya diş protezi gibi sonucun üstlenildiği durumlarda taraflar arasındaki sözleşmenin

¹²⁹ Ayan, s.54; Şenocak,s.25; Aşçıoğlu,s.25.

¹³⁰ Karar metni şöyledir: “*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m. 386-390). Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK m. 321/1). O nedenle davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır. Bu nedenle de bilirkişi raporu önemi kazanmakta ve taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli bulunmalıdır. Bilirkişi doktorun seçilen tedavi yöntemi ve tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini uygulanacak tedavi yöntemi ve aşamalarda gerekli titizliği gösterip göstermediğini, uygulanması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, doktor tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu, ayrıntılı ve gerekçeli açıklamalı ve sonuca ulaşmalıdır”, 13.HD.21.02.2011,7840/2465.*

¹³¹ Karar metni şöyledir: “*Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı ile davalıların arasındaki ilişki, taraflarca yargılama sırasında ileri sürüldüğü gibi haksız fiil veya hizmet sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi ile ilgilidir. Borçlar Kanunu 386/2. maddesi hükmü uyarınca diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda da davacı ile davalılar arasında vekil- müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin (doktorların) vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davranışları iddiasına dayalı bulunmakla, uyumsuzluğa vekâlet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak zamanaşımı süresi ile bunun hangi tarihten itibaren başlayacağı sorunu da bu çerçevede değerlendirilmelidir” demiştir, 13. HD. 20.02.2004,8721/1901,Naklen, Kılınçoğlu, s. 474-476; HGK. 15.12.2002, 13-1011/1047.*

¹³² Kılınçoğlu, s. 855.

eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.¹³³ Yargıtay, diş hekiminin protez yapmayı üstlendiği sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul ettiği gibi¹³⁴ estetik amaçlı olarak koldaki dövmenin silinmesinin üstlenildiği müdahale¹³⁵ ile burun estetik ameliyatı bakımından da hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.¹³⁶ Koldaki dövmenin silinmesine ilişkin Yargıtay kararında, müdahale bakımından, hekimin normal olarak hastasına tıbbî yardımda bulunmayı taahhüt etmesi ve fakat hastayı iyileştirme gibi bir sonucun taahhüdünün söz konusu olmadığı vekâlet sözleşmesinden fark bulunduğu vurgulanmış ve uyuşmazlıkta eser sözleşmesine göre hekimin yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁷ BK. 127 (TBK. 146). maddesi gereğince eser sözleşmesinden doğan yükümlülüğün hekimce kasten veya ağır kusurlu olarak yerine gerilmemesi halinde sözleşmeden doğan alacaklar on, diğer durumlarda beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.¹³⁸

SONUÇ

Sorumluluk hukuku bakımından tıbbî müdahale, kural olarak hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir eylemdir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için, yetkili kişiler tarafından uygulanması, bu uygulamada tıp mesleğinin gereklerine ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

¹³³ Ayan, s.51; İpekyüz, s.61; Özpınar, s.71.

¹³⁴ Yargıtay 15.HD.14.02.2005, 3331/698.

¹³⁵ Yargıtay 15.HD.03.11.1999, 4007/3868, Naklen Yılmaz, s. 27.

¹³⁶ Yargıtay 13.HD.05.04.1993, 131/2741, Naklen Yılmaz, s.27-28.

¹³⁷ Sözü edilen kararda, "Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de takma diş yapması(protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi işi, BK.nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna(eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbî müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullanırsın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş, BK.nın 360.maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir." denilmiştir. Yargıtay 15.HD. 03.11.1999, 4007/3868,Naklen Yılmaz, s.27.

¹³⁸ Kılıçoğlu, s. 855.

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbî müdahalenin başlaması, yönlendirilmesi, hukuka uygunluğu ve hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Tıbbî müdahale öncesi aydınlatma yükümlülüğü hekimce hastaya, uygulanacak tedavinin türü, başarısı şansı, muhtemel sonuçları, alternatif yöntemler ve tedaviyi reddetmenin sonuçları gibi konularda, zorunlu bir şekle bağlı olmadan yerine getirilmelidir.

Hekim ile hasta arasında ister vekâlet veya eser sözleşmesi bulunsun ister uyumsuzluk haksız fiile dayansın aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde şartları varsa tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Her iki sorumluluk türünde de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğünün ihlali ve buna bağlı olarak maddi ve manevi zararlar meydana gelebilir. Bu yükümlülüğün ihlali ölüme neden olmuşsa, ölenin defin giderleri, varsa ölüm anına kadarki tedavi giderleri, çalışma gücünün geçici veya daimi kaybından doğan zararları ile ölenin desteğinden yoksun kalanlar bu kalem zararlarını maddi tazminat davası ile isteyebilirler. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kişinin sağlığı ve bedensel bütünlüğünün ihlaline neden olmuş ise tedavi giderleri, çalışma gücünün geçici veya daimi kaybı nedeniyle uğranılan zararlar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar maddi tazminat davası ile istenebilir. Ölüm, sağlık ve bedensel bütünlüğünün ihlali kişinin aynı zamanda şahıs varlığı değerlerinde bir azalmaya sebep olduğundan, bu nedenle uğranılan manevi zarar ise manevi tazminat davası ile istenebilecektir. Bu tazminat davalarının zamanaşımı süreleri hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkiye göre farklılık gösterecektir.

KAYNAKLAR

AŞÇIOĞLU, ÇETİN. Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara-1993

AYAN, MEHMET. Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara-1991

BAYRAKTAR, KÖKSAL. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972

BOLAND,GARY.L. The Doctrine of Lack of Consent and Lack of

Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana”, Louisiana Law Review-September-1984(Westlaw.com-10.04.2011)

BORAN, BEDİA. “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Kurultayı,1-3 Kasım Ankara, Ankara 2009

ÇAKMUT, ÖZLEM YENERER. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul-2003

ÇİLİNGİROĞLU, CÜNEYT. Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul-1993

ÇOBANOĞLU, NESRİN. “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”,Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009

DEMİR, MEHMET, “Hekimin Tazmin Yükümü Bağlamında Tıbbî Aydınlatma Türleri”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Y.2011, C. 19,S. 2,

DOĞAN, CAHİD. “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”,Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu,2-3 Mart Girne, Ankara-2010

DURAL, MUSTAFA. Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul-1995, 4. Bası

EREN, FİKRET. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I,10. Bası, İstanbul-2008

ERMAN, BARIŞ. Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara-2003

GÖKCAN, HASAN TAHSİN. Haksız Fiil Hukuku ve Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara-2008

GÜLEÇ, SEMA (UÇAKHAN). Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5.Bası, Ankara-2008

HAKERİ, HAKAN. Tıp Hukuku, Ankara-2010

HATEMİ, HÜSEYİN/ GÖKYAYLA, EMRE, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul-2011

HELVACI, SERAP. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul- 2001

İPEKYÜZ, FİLİZ YAVUZ. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Ankara-2006

KICALIOĞLU, MUSTAFA: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara-2011

KILIÇOĞLU, AHMET M. Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara-2012

KÖPRÜLÜ, ÖMER. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. LVIII, sayı 10-11, İstanbul-1994

MOLDOFF, W.M. “Malpractice: Physician’s Duty to Inform Patient of Nature and Hazard of Disease or Treatment”, American Law Report ALR2d, s.22(westlaw.com-10.04.2011)

OĞUZMAN KEMAL/SELİÇİ ÖZER/OKTAY -ÖZDEMİR, SAİBE. Kişiler Hukuku Dersleri İstanbul-2009

OĞUZMAN, M.KEMAL/ ÖZ, M. TURGUT. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul- 2006

OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN. “Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, Sayı:3, Ankara-2003

ÖZAY, MERTER. Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2006

ÖZCAN, BURCU. G/ÖZEL, ÇAĞLAR. “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Ankara-2007, C.10, S.1

ÖZDEMİR, HAYRÜNNİSA. Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara-2004

ÖZPINAR, BERNA. Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007

ÖZTAN BİLGE. Medeni Hukuk, Ankara-2007

SAVAŞ, HALİDE. Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara-2009

ŞENOCAK, ZARİFE. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998

TANDOĞAN, HALÛK. Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 1987, 3. bası, C.II, S.1

TORREY, TRİSHİA. "Effective Patient-Doctor communications-
<http://patients.about.com/od/therightdoctorforyou/a/docpatient-comm.htm> (09.04.2011)

TÜZÜN, BİRGÜL/ELMAS, İMDAT/AKKAY, ERDEM. "Çocuklara Yönelik Tıbbî Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam, "III. Tıbbî Etik Sempozyumu Bildirileri, Ankara-1998

ÜSTÜN, ÇAĞATAY. "Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2009

YILMAZ, BATTAL. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2010