



T.C

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEKLİSANS TEZİ

**HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

ABDULKADİR YILMAZ

HAZİRAN-2015

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

YÜKSEKLİSANS TEZİ

HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ

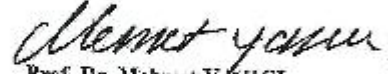
ABDULKADİR YILMAZ

Danışman: YRD.DOÇ.DR.EMEL BADUR

HAZİRAN-2015

Tez Başlığı :Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü
Tezi Hazırlayan :Abdulkadir YILMAZ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof. Dr. Mehmet YAKICI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

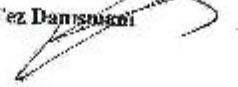
Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylıyorum.

Prof.Dr. Mehmet TURHAN
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı



Bu tez, tarafından incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.

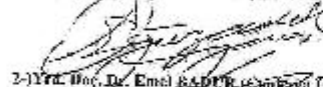
Yrd. Doç. Dr. Emel BADER
Tez Danışmanı



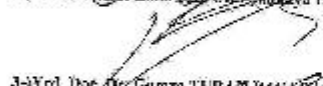
Tez Juri Tarihi : 29/07/2015 - Saat:14:00

Tez Juri Üyeleri

1-Doç. Dr. Oğuz Serhat AYDOS (Gazi Üniversitesi)



2-Yrd. Doç. Dr. Emel BADER (Gazi Üniversitesi)



3-Yrd. Doç. Dr. Gamze TURAN BAYRAK (Çankaya Üniversitesi)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

ABDULKADİR YITMAZ

TARİH

: 11.08.2019

İMZA

A. Yılmaz

TEŞEKKÜR

Yaptığım akademik çalışmada yardım ve desteğini esirgemeyen, güler yüzünü eksik etmeyen çok değerli tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Emel Badur'a sonsuz saygı ve şükranlarımı sunarım.

Kendilerini her gördüğümde, böyle bir ailenin ferdi olmaktan mutluluk duyduğum, hayatımın koca çınarı babam, üstadım Avukat Mehmet Akif Yılmaz'a, dualarıyla akademik çalışmamı tamamlandığıma inandığım annem Hatice Yılmaz'a, omzumdaki yükü hafifletip bu çalışmada zaman ve fırsat kazanmamı sağlayan kardeşim, ikizim ve ortağım Avukat Mehmet Hakan Yılmaz'a, sevgili eşi Avukat Seda Yılmaz'a ve bu teşekkürün anlam ve önemini yıllar sonra anladığımda, iç çekip zamanının nasılda hızlı akıp gittiğine bir kez daha şahit olacağımızı düşündüğüm dünya tatlısı yeğenim Melis Neva Yılmaz'a, beni her gördüğünde tezimin durumunu soran kardeşim, meslektaş adayı Rana Yılmaz'a sonsuz şükranlarımı sunarım.

Çalışmam için uygun ortam hazırlayıp, anlayışı, sevgi ve desteğini benden esirgemeyen, kaderimin en güzel cilvesi ve şükür sebebim olan kıymetli eşim Avukat Gamze Yılmaz'dan bu çalışmanın bizden alıp götürdüğü zaman için özür diliyor, sonsuz sevgi ve şükranlarımı sunuyorum.

ÖZET

HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

YILMAZ, Abdulkadir

Yükseklisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

HAZİRAN-2015

Kural olarak, yapılan her tıbbi müdahale insanın yaşam hakkı ve bedensel bütünlüğünün ihlalini gündeme getirecektir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yapılan bu müdahalenin yetkin ve uzman hekimler tarafından, tıp mesleğinin öngördüğü kural ve ilkeler doğrultusunda icra edilmesi ve en nihayetinde hastanın aydınlatılarak rızasının alınması gerekir.

Bu kapsamda, hastanın kendi bedeni üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleye rızasının alınmasının önkoşulu hastanın aydınlatılmasıdır. Yapılan çalışmada ayrıntılarıyla ifade edileceği üzere, salt hastanın aydınlatılması tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemekte; yapılan aydınlatmanın kim tarafından, ne zaman, hangi biçim ve ayrıntıda yapılacağı önem arz etmektedir.

Hekimin aksine davranışları cezai, idari ve etik sorumluluğunu doğurmakla birlikte hukuki sorumluluğunun doğmasına ve bu bağlamda maddi ve manevi tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmasına yol açacaktır.

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

ABSTRACT
PHYSICIAN'S PATIENT DISCLOSURE OBLIGATION

YILMAZ, Abdulkadir

Master Thesis

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

JUNE-2015

Essentially, any medical intervention revives the infringement of people's right to live and physical integrity. For a justifiable medical intervention, any intervention should be made by authorities and attending physicians, who, should obey the medical ethics, their legal disclosure obligations and receive patient's approval.

Within this scope, prior action of the patient's approval is disclosing that patents about the medical intervention which will be furnish on their body. As indicated in this study, disclosure is not enough to legalize a medical intervention. Points to take into consideration are that disclosure is made by whom, when and how.

Otherwise, unlawful behaviors of physicians will cause their legal liabilities as criminal, ethic, material and moral compensation.

Key Words : Disclosure, Patient's Approval, Medical, Disclosure Obligation Of Physicians, Doctor, Intervention, Material and Moral Damages, Compensation

İÇİNDEKİLER

JURİ ONAY SAYFASI	ii
İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN BEYAN SAYFASI	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR CETVELİ	xiii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

I.TEŞHİS VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNE DAYALI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	8
A.Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Tanımı	11
B. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Tarafları	12
1. Hasta	12
2. Hekim	14
C.Sözleşmenin Hukuki Niteliği	15
1. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi	15
2. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Eser Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi	17
3. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Sui Generis Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi	19
4. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi	20
5. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi	22

II.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KUSUR SORUMLULUĞU İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	27
A.Dar Anlamda Kusur Sorumluluğu: Haksız Fiil	28
B.Haksız Fiilin Unsurları.....	29
1. Fiil.....	29
2. Hukuka Aykırılık.....	31
a. Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	33
aa. Zarar Görenin Rızası	34
aaa.Rızanın Şartları	35
i.Rızaya Ehliyet	35
ii.Rıza Açıklaması	38
iii.Hastanın Aydınlatılmış Olması	39
aab.Rızanın Konusu	40
aac.Rızanın Sınırı	42
ab. Üstün Nitelikte Kamu Menfaatinin Varlığı.....	42
ac. Üstün Nitelikte Özel Menfaatin Varlığı	43
ad. Zorunluluk Hali	44
ae. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması.....	44
af. Haklı Savunma(Meşru Müdafaa)	45
ag. Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması	45
b. Özel Kanunlarda Düzenlenen Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	45
3. Zarar.....	46
a. Malvarlığı- Şahısvarlığı Zararları	46
b. Maddi Zarar-Manevi Zarar	47
c. Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar-Yansıma Yoluyla Zarar	49
d. Menfi Zarar-Müspet Zarar	50
4. İlliyet Bağı	50
a. İlliyet Bağı Teorileri.....	51
aa. Şart Teorisi	51

ab. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	51
b. İlliyet Bağını Kesen Sebepler	52
aa. Mücbir Sebep.....	52
ab. Zarar Görenin Ağır Kusuru	52
ac. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru.....	53
5. Kusur	54
a. Kusur Teorileri.....	56
aa. Subjektif Kusur Teorisi	56
ab. Objektif Kusur Teorisi.....	57
b. Kusur Çeşitleri	57
aa. Kast.....	57
ab. İhmal.....	57
C.Sorumsuzluk Anlaşması.....	58
III.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KUSURSUZ SORUMLULUK İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	60
A.Kusursuz Sorumluluk Türleri	61
1. Hakkaniyet Sorumluluğu	61
2. Özen Sorumluluğu(Olağan Sebep Sorumluluğu)	62
B.Özen Sorumluluğu Hali: Adam Çalıştıranın Sorumluluğu	63
IV.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CULPA İN CONTRAHENDO İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	67
A.Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.....	67
1. Haksız Fiil Görüşü.....	68
2. Sözleşme Görüşü	69
3. Sözleşme Benzeri Bir Güven İlişkisinden Kaynaklandığını İleri Süren Görüş	69
4. Davranış Yükümlülüğünün İhlalinden Kaynaklandığını İleri Süren Görüş	70
5. Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü.....	71
B.Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunun Şartları	71
1. Zarar.....	71

2. Kusur	72
3. İlliyet Bağı	72
4. Korunmaya Değer Güvenin İhlali.....	73

II. BÖLÜM

AYDINLATMANIN İÇERİĞİ

I. AYDINLATMA KAVRAMI	75
II. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÖNEMİ.....	79
III. AYDINLATMA TÜRLERİ.....	81
A. Tedavi Aydınlatması (Güvenlik Aydınlatması).....	82
1. Teşhise Yönelik Aydınlatma	83
2. Kullanılan ve Kullanılacak İlaçlar Konusunda Aydınlatma	84
3. Araç Kullanma Konusunda Aydınlatma.....	84
B. Karar Aydınlatması (Otonomi Aydınlatması).....	85
1. Teşhis Aydınlatması	86
2. Süreç Aydınlatması.....	86
3. Alternatif Tıbbi Yöntemler Konusunda Aydınlatma	87
4. Müdahale Yapılmamasının Sonuçları Konusunda Aydınlatma.....	87
C. Risk Aydınlatması (Riziko Aydınlatması).....	88
D. Masraflar, Ekonomik Külfet ve Zorunluluklar Konusunda Aydınlatma	91
E. Özel Durumlarda Aydınlatma	91
1. Hekim Hatası	92
2. Hekimin Tecrübesi.....	93
3. Kalite Aydınlatması	93
4. Hekimin Hastalığı.....	93
5. Konsültasyon Aydınlatması (Mütihassısa Yönlendirme)	94

III. BÖLÜM

AYDINLATMANIN İCRASI VE SINIRLARI

I. AYDINLATMANIN İCRASI	96
A. Aydınlatmanın Alacaklısı	96
B. Aydınlatmanın Yükümlüsü	98
C. Aydınlatmanın Şekli	99
D. Aydınlatma Yükümlülüğünün Zamanı	100
II. AYDINLATMANIN KAPSAMI	101
A. Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları	102
1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daralması	103
2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlemesi	103
B. Aydınlatmanın Mümkün Olmadığı Haller	104
C. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Haller	105
1. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi	105
2. Hastanın Bilgisinin Bulunması	107
3. Aydınlatmanın Hastada Olumsuz Tesir Bırakması	108
4. Acil Durumlar	110
5. Hastanın Aydınlatılmasının Anlamsız Hale Gelmesi	111
III. AYDINLATMANIN İSPATI	111

IV. BÖLÜM
AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ

I.MADDİ TAZMİNAT DAVASI.....	114
A. Hastanın Ölümü Halinde Maddi Tazminat	115
B. Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Maddi Tazminat	117
II. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI.	118
A. Hastanın Ölümü Halinde Manevi Tazminat	119
B. Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Manevi Tazminat	120
III. MADDİ -MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ.....	121
SONUÇ	122
KAYNAKÇA.....	129

KISALTMALAR CETVELİ

BIYOTİP SÖZLEŞMESİ	:Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
BK	:Mülga Borçlar Kanunu
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	:Esas
f.	:Fıkra
H.D	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
HHY	:Hasta Hakları Yönetmeliği
K.	:Karar
m.	:Madde
ODASANHK	:Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
s.	:Sayfa
S.	:Sayılı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TDN	:Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK.	:Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTB	:Türk Tabipler Birliği
TTBK	:Türk Tabipler Birliği Kanunu
vd	:ve devamı

HEKİMİN HASTAYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

GİRİŞ

Yeryüzünde yaşayan her birey, nefes aldığı süre boyunca yaşama hakkına sahip olduğu gibi, yaşamını sağlıklı bir şekilde idame ettirme hakkına da sahiptir. Zira bu husus, 1982 Anayasası m.17. f. I'de : "*Herkes, yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" şeklinde, m.56. f. I'de ise : "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Hayatı boyunca birçok hastalıkla karşılaşp, bu hastalıklarla mücadele eden insanın, eski sağlığına kavuşmak için mütehassıs hekimlere başvurduğu ve bu şekilde derdine derman aradığı bilinmekte ve yaşanmaktadır. Ancak, kanunlar insan vücudunu kendisinden bile koruma amacına yönelik olduğundan, hekimlerin yapacakları müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığı noktasında yıllardır süregelen tartışmalar mevcuttur. Gerçekten de, mesleğini icra eden hekimlerin, hastanın bedeni üzerinde yapmış oldukları müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Fakat tedavi amaçlı bu müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için, yetkili kişiler tarafından yapılması, tıp mesleğinin öngördüğü kurallara uygun olarak yapılması, özen yükümlülüğüne uyulması ve en önemlisi de hastanın aydınlatılması ve aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir. Yani, aydınlatma yükümlülüğü hekimin, hastaya müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran, hastanın hekim tarafından yapılacak müdahaleye rızasının önkoşulu niteliğindedir. Hekim ancak bu rızadan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir. Aksi halin kabulü, gerek hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını elinden alacak gerekse hekimin hukuki, cezai, disiplin ve gerekse etik sorumluluğunu doğuracaktır.

Çalışmanın ilk kısmında, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün hukuki sebepleri üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde, aydınlatma kavramı ve türleri üzerinde durulmuştur. Bir sonraki bölümde aydınlatmanın kapsamı ve icrasına değinilmiş ve en son bölümde ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde açılabilir tazminat davalarından bahsedilmiştir.

I.BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Hukumumuzda aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen genel bir kanun hükmü mevcut olmaması karşısında, aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını 1982 Anayasası'ndan aldığını söylemek mümkündür. Yukarıda da açıkça ifade edildiği üzere, 1982 Anayasası'nın m. 17 aydınlatma yükümlülüğüne temel teşkil edebilir¹. Bu doğrultuda “*maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme*” ibaresinin kapsamına, kişinin kendi geleceğini belirleme² ve alternatifler karşısında kendi arzusu doğrultusunda tedavinin sürdürülmesini isteme hakkı da girmektedir. Nitekim Yargıtay konu ile ilgili bir kararında “*..Tedaviyi uygulayan doktorun, sigortalının geçirdiği kaza nedeniyle oluşan yaralanmasında, öngörülen yöntemlerden daha tehlikeli ve sonucundan emin olmadığı yönetime oranla riski daha az ve sonucundan emin olduğu yöntemi seçme olanağı bulunmakla birlikte, bu konuda hastanın aydınlatılması, hastanın kararı doğrultusunda tedaviyi sürdürme yükümlülüğü vardır...*”³ Esasen hastanın aydınlatılması ve onayının alınması, hem hukuki bir yükümlülük hem de tıp etiğinin öngördüğü bir ilkedir⁴.

¹ **AYAN**, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara- 1991, s.73.

² **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; “*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2008 Cilt-10 Sayı-3,4, Sh:347-379, (Makale),s. 349, **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt; Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul-1993, s.58-59.

³ Yargıtay 10. HD E:2003/2914 K: 2003/4421 ve. 27.05.2003 Tarihli İlamı, Kaynak: Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı.

⁴ **HAKERİ**, Hakan; Tıp Hukuku Temel Bilgiler, 2.Basım, Ankara-2009, s. 105.

Biyotıp Sözleşmesi⁵ Türkiye tarafından 03.12.2003 tarihli ve 5013 S. Kanun ile uygun bulunup onaylanmış ve Anayasa m. 90 uyarınca iç hukuk metni haline getirilmiştir. Bilindiği üzere, Anayasa m. 90 f. V'e göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar kanun hükmündedir. İlgili sözleşmenin, "Muvafakat" başlıklı m. 5'e göre:

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un m.70.'e göre :
"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idari para cezası verilir."

Bu hükümler dışında, TCK, ODASANK'nda da birtakım hükümler sevk edilmiştir⁶.

Nitekim TCK'nın "İnsan Üzerinde Deney" başlıklı m. 90/II/g hükmüne göre :
"İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir."

⁵ Resmi Gazete tarihi: 09.12.2003- No: 25311.

⁶ HAKERİ; s.105.

Ancak, Kanun'un lafzında yazılı olan "*bilgilendirme*", aydınlatmadan çok daha dar bir kavramdır. Zira bilgilendirmede, hekimin, hastaya bilmesi gerekli tüm bilgileri açıklamış olmasına rağmen, hastanın bu bilgileri anlamamış olması yahut anlamasının kendisinden beklenmemesi icap etmektedir. Hasta, hekimin söylediklerini anlayabilmiş, idrak edebilmiş ise aydınlatılma söz konusudur. Ayrıca, bilgilendirmede, hasta yeteri kadar aydınlatılmadığından, kendi geleceği ile ilgili karar verebilecek pozisyona ulaşamamıştır. Aydınlatmada ise, hasta, hekimin vermiş olduğu bilgiler ışığında karar verebilecek duruma ulaşabilmiştir⁷.

ODASANHK m. 7. göre:

"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 vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorundadırlar."

Yukarıda zikredilen kanun hükümleriyle hastanın aydınlatılması hakkının neredeyse temel hak ve özgürlük noktasına geldiği anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareketle, hekim tarafından bu hakkın yerine getirilmemesi ya da sınırlandırılması TMK m. 23 hükmüne aykırılık teşkil edeceğinden, bu maddenin de aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak teşkil ettiği söylenebilir. Gerçekten de TMK m.23'e göre: "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz."

Hasta Hakları Yönetmeliği m.15.'de hastanın aydınlatılmasının hukuksal dayanağını teşkil edebilir. Bu maddeye göre

⁷ BAŞBUĞ, Aydın; "*Hekimin Yükümlülükleri ve Hukuki Sorumluluğu*", KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Sh:127-148, Ankara-2011,s.132.

“Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

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

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

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

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

Yine aynı Yönetmelik’in m.31. f.I.’e göre : *“Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”*

Yönetmelik’in m.15. ve m. 31. birlikte değerlendirildiğinde, hastanın hâlihazırdaki durumu, uygulanacak tıbbi işlemler ve bu tıbbi işlemlerin olumlu veya olumsuz sonuçları, tedaviyi kabul etmesi yahut kabul etmemesi durumunda ortaya çıkması muhtemel riskler konusunda hastanın aydınlatılması gerekmektedir⁸.

⁸**BAŞPINAR**, Veysel; *“Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul-2007, Sh:191-215,(Aydınlatma), s.196.

Hastanın aydınlatılması hususuna TDN m.14’de de işaret edilmiştir. “*Tabip ve diş tabibi, hastaların vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*” Madde metninden, hasta için kötü olarak nitelendirilmeyecek her olgu ve hususta hastanın aydınlatılması gerektiği sonucuna ulařılmaktadır⁹.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etik Kuralları’nın “*Aydınlatılmış Onam*” başlıklı m. 26’ya göre 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 konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün

⁹ÖZSUNAY, Ergun; “*Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Ankara, 1982,S.34, ŞENOCAK, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998, S.44-45, s.45.

olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.”¹⁰

I. TEŞHİS VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNE DAYALI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekim ile hasta arasındaki mevcut olan sözleşmenin de aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanak olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira taraflar arasında bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde, aydınlatma yükümlülüğü, hekimin yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır¹¹.

Aşağıda da ayrıntılarıyla inceleneceği üzere genel itibariyle öğretilde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir¹². Bundan

¹⁰http://www.Ttb.Org.Tr/Mevzuat/Index.Php?Option=Com_Content&View=Article&Id=65:Hekil-Meslek-Etkurallari&Catid=4:T&Itemid=31(E.T:14.11.2014).

¹¹ **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin; *“Hekimin Hastaları Aydınlatma Yükümlülüğü”* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 52, Sayı:3, Sh. 55- 77, s. 63, **UYGUR**, Atiye; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara-2009, File:///C:/Users/HP/Downloads/6073.Pdf,s.145.

¹² **OZANOĞLU**; s.63, **ÖZTÜRKLER**, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara-2003,s.56, **KAYA**, Mine; *“Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2012, Sayı-8, Sh: 45-82 (Kişilik),s.50, **KURT**, Ekrem; *“Hekimlik Sözleşmeleri”*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sh59-75, İstanbul-2011,s.70, **TEKBEN**, Tuğçe; *“Hekim İle Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Özel Sayısı, Cilt:VIII, Sayı: 2, Yıl:2011 Sh: 859-906, s.871, **ŞENOCAK**; s.301, **BAŞPINAR**, Veysel; Vekilin Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu- 2.Basım, Ankara-2004,(Özen),s.193, **AŞÇIOĞLU**, Çetin; Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara-

dolayıdır ki, aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağının vekilin sadakat borcunun kapsamında mütalaa edileceği ifade edilmektedir¹³. Hasta ile hekim arasındaki sözleşme kapsamında ortaya çıkacak aydınlatma yükümlülüğünün ifası, hekimin, hastasının talebi olmaksızın, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını sağlayacak şekilde, bilmesi gerekli tüm bilgileri ona aktarması ile mümkündür¹⁴. Buradaki ölçüt TMK m.2'dir. Aydınlatma yükümlülüğünü, TBK'nın vekilin, müvekkilin talimatına uygun ifayı gerçekleştirme gerekliliğini düzenleyen m. 505 'den çıkarmak mümkündür. Anılan maddeye göre : *“Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür”*. Zira hekim, hastanın kararı doğrultusunda tedavinin devamını sağlamak zorundadır. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün, vekâlet sözleşmesinin bir yükümü olduğunu, TBK'nın *“Hesap Verme”* başlıklı m. 508'den de çıkarmak mümkündür¹⁵. Bu maddeye göre: *“Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.”*

İfade etmek de fayda vardır ki, hekim tarafından hastaya, hastalıkla ilgili olarak verilen bilgiler, yapılacak tedavinin başarı şansı, tedavi sırasında ortaya çıkacak risklerin ortaya konması, alternatiflerin saptanarak hastaya iletilmesi, hekimin tecrübeleri hakkında hastayı bilgilendirerek aydınlatması, hastanın sözleşme kurmasında yahut sözleşme kurmaya yönelik iradesinin ortaya çıkmasında önemli rol oynar¹⁶. Bu paragraftaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere aydınlatma yükümlülüğü, yalnızca sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan bir edim değil; sözleşmenin kurulmasından da önce hekimin yükümlendiği bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷.

1993, s. 20, **İPEKYÜZ**, Filiz Yavuz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul-2006, s.68, **UYGUR**, s.112.

¹³ **OZANOĞLU**; s.63.

¹⁴ **OZANOĞLU**; s.63.

¹⁵ **OZANOĞLU**; s. 63.

¹⁶ **OZANOĞLU**; s. 64.

¹⁷ **OZANOĞLU**; s. 64.

İleride ayrıntılarıyla izah edileceği üzere, hekim ile hasta arasında mevcut olmayan bir sözleşmeye dayanarak, hekimin hastaya teşhis ve tedavi uygulaması, hastayı aydınlatmadan ve onun aydınlatılmış rızasını almadan vücut bütünlüğüne yönelik her müdahalenin haksız fiil olarak nitelendirileceği ve bu bakımdan hekimin kusur sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmekte fayda vardır¹⁸.

Hastanın bilincinin kaybolması ve dolayısıyla aydınlatılmasının ve rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda hastanın yararına olacak şekilde müdahalede bulunulması haksız fiil olarak nitelendirilemez. Buradaki müdahale hastanın farazi iradesine ve üstün nitelikte özel menfaatine dayandığı için bu teşhis ve tedavinin haksız fiil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır¹⁹. Zira burada hekimin haksız fiil sorumluluğundan değil; vekâletsiz iş görme sorumluluğundan söz edilecektir.

Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü bir başka meslektaşına bırakması ya da yardımcı kişileri aracılığıyla ifa ettiği ve bu doğrultuda bir zarar meydana gelmesi halinde hekimin, kusursuz sorumluluğuna gidilebileceği aşikârdır.

Bunun yanı sıra hekimin, *Culpa in Contrahendo*'dan, yani sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklı sorumluluğu da gündeme gelebilir. Hekim sözleşme görüşmeleri öncesinde kusurlu olarak, hastasının zarar görmesine neden olur ise bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girecektir²⁰. Hekimin, ihtisas alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya, gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabilecekmiş izlenimi vermesi, sağlık durumu ile ilgili yanıltıcı bilgi vermesi ya da herhangi bir

¹⁸ BAŞBUĞ; s. 145.

¹⁹ BAŞBUĞ; s.146.

²⁰ DEMİR, Mehmet; "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları" Ankara Barosu AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, Sh:153-160 <http://Auhf.Ankara.Edu.Tr/Dergiler/Auhfd-Arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-Demir.Pdf>, s.153.

tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastayı oyalaması gibi durumlarda, hekimin Culpa in Contrahendo sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacaktır²¹.

Ezcümle, aydınlatma yükümlülüğünün yalnızca teşhis ve tedavi sözleşmesi kapsamında ortaya çıktığını söylemek doğru değildir. Aydınlatma yükümlülüğünün, hekimlik mesleğinin niteliğine birebir uygun düşen, tıbbi etik kuralı olmasının yanında hukuki sorumluluk niteliği taşıyan bir yükümlülük olduğunu peşinen söylemek doğru olacaktır²².

A. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Tanımı

Bir önceki başlıkta da açıkça ifade edildiği üzere, hekimlerin faaliyetlerinin usul ve esasları ve özellikle aydınlatma yükümlülüğünün sınırı ve önemi mevzuata sevk edilen birtakım hükümlerle düzenlenmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanaklarından diğeri ise TBK'dır. Genel itibariyle Sözleşmeler Hukuku, Borçlar Hukuku ile yakın temas içerisinde olup, onun bir parçasını oluşturduğundan ve kural olarak hekim ile hasta arasındaki ilişkide sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabulüne istinaden, yukarıda anılan yasal düzenlemelerin yanına TBK'yı da eklemeyi zorunlu kılmaktadır. Teşhis ve tedavi sözleşmesi TBK'da veya diğerk kanunlarda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden değildir. Bu yüzden teşhis ve tedavi sözleşmesi atipik sözleşmedir.

Genel bir tanım yapmak gerekirse, teşhis ve tedavi sözleşmesi, bir tarafında hekimin, diğerk tarafında ise hastanın bizzat kendisinin ya da onun temsilcisinin bulunduğu, taraflar arasında belirlenen ücret karşılığında hekimin, hastanın iradesi ve menfaatine uygun olarak ve hekimlik mesleğinin öngördüğü ilke ve etik kurallar

²¹ UYGUR; s.21,22.

²² OZANOĞLU; s.63.

ışığında hastalığın teşhisi ve tedavisini üstlendiği, açık ya da üstü örtülü irade beyanıyla kurulan sözleşmelerdir²³.

Önemle belirtmek gerekir ki; teşhis ve tedavi sözleşmeleri, hastaneye kabul sözleşmelerinden farklı niteliğe sahiptir. Zira teşhis ve tedavi sözleşmesi hekim ile hasta ya da hastanın temsilcisi arasında kurulurken; hastaneye kabul sözleşmeleri hastane işletmecisi ile hasta arasında kurulur²⁴.

B. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Tarafları

Aşağıda ayrıntılarıyla ifade edileceği üzere, teşhis ve tedavi sözleşmelerinin tarafları hasta ve hekimdir.

1. Hasta

Hekimlik sözleşmesinin taraflarından biri terminolojide hasta olarak tabir edilen kimselerdir. HHY'nin "*Tanımlar*" başlıklı m.4.de, Hasta "*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi*" ifade etmektedir. İPEKYÜZ, hastayı, sağlık ve iyilik hali içinde olmayan ve sağlık hizmetlerinden yararlanmak isteyen ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlamıştır²⁵. UYGUR'A göre ise, bir kimsenin, hekime başvurması için mutlaka sağlık durumunun fiilen bozulmuş olması ya da tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyması gerekmez²⁶. Gerçekten de, hastanın, yalnızca "*sağlık ve iyilik hali içinde olmayan kişiler*" olarak vasıflandırılması doğru değildir. Sözgelimi, tedbirli bir kişinin vücudunun mevcut durumunu ortaya koymak adına check-up yaptırması, o kişinin sağlık ve iyilik hali içinde olmadığını göstermez. Böyle bir durumda teşhis ve tedavi

²³ UYGUR; s.84.

²⁴ KURT; s.60.

²⁵ İPEKYÜZ; s.20.

²⁶ UYGUR; s.122.

sözleşmesinin kapsamı, herhangi bir hastalığı olmayan kişinin muayene ve tetkik edilmesinin yanı sıra ona danışmanlık yapılmasıdır²⁷. Aksi halin kabulü halinde, hastaneye check-up yaptırmak için giden bir kişinin sağlık ve iyilik hali içinde olduğu ve dolayısıyla hasta olarak nitelendirilmeyeceği ve hastanın mevcut olmadığı sözleşmelerde teşhis ve tedavi sözleşmesinin mevcut olamayacağı sonucuna ulaşılabilmektedir.

Yine organ bağışlayan verici ve bu bağış kabul eden alıcıların hasta olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışması ile karşılaşılabilmektedir. Organ alıcısının, sağlık hali içinde olmadığı, zaten bu sebepten ötürü organ bağış işleminin alıcısı konumunda bulunduğu ve dolayısıyla hasta olarak nitelendirileceği aşikârdır. Buna karşılık organ vericisi hastalık durumunda olmadığından, ilk bakışta hukuken hasta olarak nitelendirilemeyeceği düşünülebilir. Ancak organ bağışına yönelik tıbbi müdahalelerin, kat'i surette mesleki bilgi ve tecrübe gerektiren bir iş olmasının yanı sıra hekim gözetim ve denetimi olmaksızın yapılmasının olanaksız olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra organını bağışlayan kişinin, bu organın yokluğu halinde karşılaşması muhtemel sağlık sorunları, ameliyat sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel komplikasyonlar ile bu durumunun ailevi, sosyal ve psikolojik sonuçları hakkında aydınlatılması gerekmektedir. Bu husus ODNK m. 7'de açıkça belirtilmiştir. Zira vericinin, organ bağış operasyonun yapıldığı anlarda çok büyük bir risk içerisinde olduğu malumdur. Bu sebeplerden ötürü vericinin de hasta olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi halin kabulü ile vericinin hasta olarak nitelendirilmemesi, hekim tarafından vericinin aydınlatılmaması sonucunu doğuracak ve organ bağış konusunda duyarlı olan kişilerin, kendi geleceğini bilememe sebebine dayanarak bağış işleminden kolayca vazgeçmesinin önünü açacak ve dolayısıyla organ bekleyen binlerce hasta mağdur edilmiş olacaktır.

Bu itibarla, hasta teriminin geniş kullanılmasının, sözleşmenin kurulması ve hekimin sorumluluk kapsamının ortaya konması bakımından daha verimli olacağı aşikârdır.

²⁷ UYGUR; s.122.

2. Hekim

Teşhis ve tedavi sözleşmesinden bahsedilmek için, öncelikle taraflardan birinin hekimlik mesleğini yapma kanuni şart ve vasıflarını haiz olması gerekmektedir. Hekimlik, belirli bir meslekî eğitim sürecinin başarı ile bitirilmesi ve ayrıca devletin yetkili organlarından çalışma ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu bir meslektir²⁸. Türk Hukuku bakımından icra etmeye yetkili kişilerde aranan nitelikler, 1219 S. TŞSTİDK ile 6023 S. TTBK birlikte değerlendirilerek belirlenmekte ve şu şartlar ortaya çıkmaktadır²⁹.

1. Türk Vatandaşı Olmak³⁰

2. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Bulunmak³¹

3. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak³²

4. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak

²⁸ **AYAN**; s. 5, **AŞÇIOĞLU**; s. 43, **İPEKYÜZ**; s.16.

²⁹ **AYAN**; s.6 vd.

³⁰ İstisnası: Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik’in 5. Maddesine Göre :” Bu Yönetmelik Kapsamındaki Yabancı Sağlık Meslek Mensupları, Aşağıda Yer Alan Şartları Sağlamak Kaydıyla Özel Sağlık Kuruluşlarında Mesleklerini İcra Edebilirler:A) Diploma ve/veya Uzmanlık Belgelerinin Denkliği Onaylanmış Ve Bakanlıkça Tescilleri Yapılmış Bulunmak,B) Mesleğini İcra Etmesine Kanunen Engel Hali Bulunmamak,C) Türkçe Bilmek,Ç) İlgili Mevzuata Göre Türkiye’de Çalışma Ve İkamet İzni Almış Olmak, D) Hekimler İçin, Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası Yaptırmak.

³¹ 1219 S. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 1. Maddesine Göre: *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

³² Anayasa 135/2: “Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.” Dolayısıyla istisnai olarak, aile hekimlerinin tabipler odasına kaydına gerek yoktur.

C.Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Yukarıda da ifade edildiği üzere teşhis ve tedavi sözleşmeleri TBK’da ve diğer mevzuat hükümlerinde özel olarak düzenlenmeyen atipik sözleşmelerdir. Bu sebeple teşhis ve tedavi sözleşmesinde bulunan unsurları, kanunda düzenlenen diğer sözleşmelere ilişkin unsurlarla karşılaştırarak teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit ve tayin edilmesi gerekmektedir.

1.Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin, Hizmet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

TBK m. 393'e göre: “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

Kanun tanımı ve doktrindeki genel kabule göre, bir hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, işçinin belirli ya da belirli olmayan bir zamanda, işgücünü bağımlı bir biçimde işverene hasretmesi, işverenin de bu emek karşılığında belirli bir ücret ödemesi gerekmektedir³³. Kısacası, iş sözleşmesinin unsurları; zaman(iş-edim), bağımlılık ve ücrettir³⁴.

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin özellikleri değerlendirildiğinde “süre” ve “bağımlılık” unsurunun teşhis ve tedavi sözleşmelerinde bulunmaması sebebiyle, teşhis ve tedavi sözleşmelerinin, hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmemesi gerektiği genel olarak kabul edilen görüşür³⁵.

³³ **KURT**; s.62, **ŞENOCAK**; s.19, **İPEKYÜZ**; s.56-57.

³⁴ Yargıtay 9. H.D 2004/ 12210 E.- 2004/ 27496 K. ve 13.12.2004 Tarihli İlamı ve Aynı Doğrultuda 2004/5846 E. 2004/5621 K. ve 22.03.2004 Tarihli İlamı.

³⁵ **ŞENOCAK**; s.20, **AŞÇIOĞLU**; s.19, **İPEKYÜZ**; s.57, **KURT**; s.63, **TEKBEN**; s.865-866, **UYGUR**; s.97-98.

Açıklamak gerekir ki, bağımlılık unsuru, teşhis ve tedavi sözleşmesinde bulunmamaktadır. Zira hekim, kendisine teşhis ve tedavi amacıyla başvuran hastayı bağımlı bir şekilde değil, serbest şekilde teşhis ve tedavi edecektir³⁶. Hekimin amacı, hastalığın tedavisi ve hastalığın iyileştirilmesi olup, bu amacı hastanın talimatları olmaksızın, mesleki bilgi ve tecrübesi doğrultusunda, “bağımlılık” unsuru olmaksızın yerine getirecektir³⁷. Nitekim Yargıtay, hizmet sözleşmesinin esasının işçinin, işverenin buyruğu altına girerek bağımlı olarak çalışmasına dayandığını, belli meslek kurallarına bağlı olan hekimin kendisi ile sözleşme yaptığı hastanın buyruğu altına girmesi düşünülmemeyeceğinden hekim ile hasta arasındaki ilişki hizmet akdi olamayacağını ifade etmiştir.³⁸

“Süre” unsuru da, teşhis ve tedavi sözleşmesi içerisinde kendine yer edilemez. Zira teşhis ve tedavi sözleşmesinde, hekim belirli ya da belirli olmayan bir süre ile bağlı değildir. Hekimin, teşhis ve tedavi sözleşmesiyle yükümlendiği tedavi etme borcu, sonucu garanti etmeksizin belirli bir sonuca erişme amacına yöneliktir³⁹.

Yargıtay hekimin, hastaya yanlış müdahalesinin haksız fiil ya da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ve hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilerek zamanaşımı probleminin de bu sözleşmeye göre çözülmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁴⁰

³⁶ **KURT**; s.63.

³⁷ **BAYRAKTAR**, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972, s.35.

³⁸ **ULUSLU**, Çağrı Şükrü; “Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 87, Sayı 6, Sh: 273-285, s.284.

³⁹ **UYGUR**; s.98, **AŞÇIOĞLU**; s.19.

⁴⁰ Yargıtay 13. H.D 2004/8721 E. 2004/1901 K. ve 01.01.2004 Tarihli İlamı.

2. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin, Eser Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

TBK m.470'e göre : “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Tanımından da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesinin konusu bir şeyin imal edilmesi yahut bir eserin ortaya çıkarılması olup; sözleşmenin unsurları ise, bir eser ya da bir sonuç ortaya çıkarma, ücret ve tarafların anlaşmasıdır⁴¹.

Şayet, hekim ile hasta arasındaki mevcut hukuki ilişki olan teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği, eser sözleşmesi olarak nitelendirilecek ise, hekimin bir eser ya da bir sonuç ortaya çıkarma; hastanın ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcunun doğduğunu belirtmek gerekir⁴². Fakat hekimlik mesleğinin karakteristik özelliklerinden biri de sonuç garantisi verilmesinin imkânsız olmasıdır. Zira sonucun elde edilmesinin hekimin dışında başka unsurlara, sebeplere bağlı olabildiği hekimlik mesleğinde, sonucun garanti edilmesi mümkün değildir⁴³. Hekim, bilimsel kurallara uygun olarak tanı ve teşhisi ortaya koyar ve gereken tedaviyi, tıbbi standartlara ve sahip olduğu bilgi, birikim ve tecrübesine göre uygular, gerekli dikkat ve özeni gösterirse hastalığın iyileştirmeye sonuçlanmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz⁴⁴. Bundan ötürü, teşhis ve tedavi sözleşmelerinde hekim, ancak “tedaviye yönelik elinden geleni yapma” ediminin borçlusu olabilir⁴⁵.

Kural olarak, hekim ile hasta arasındaki ilişki teşhis ve tedaviye yönelik olup, ortaya çıkacak sonuç üstlenilmediğinden, aradaki sözleşmenin eser sözleşmesi

⁴¹ KAYA(Kişilik);s.49, **TEKBEN**; s. 866.

⁴² **TEKBEN**; s.866.

⁴³ **BAŞPINAR**(Özen); s.92.

⁴⁴ **AYAN**; s.64.

⁴⁵ **KURT**; s.68.

olmadığını söylemek mümkün ise de⁴⁶, estetik amaçlı müdahaleler, diş protezi takma, saç ekimine ilişkin sözleşmeleri sonuç odaklı sözleşmeler olarak nitelendirip eser sözleşmesi niteliğine sahip olduklarını kabul etmek mümkündür. Nitekim;

Yargıtay, diş protezine dayalı tedavide, hasta ile hekim arasında eser sözleşmesinin mevcut olduğunu, hekimin eser sözleşmesinde sonucu yüklediğini ve hekimin, hastanın kullanabileceği amaca uygun bir diş protezi gerçekleştirirse borcunu ifa etmiş sayılacağını açıkça belirtmiştir.⁴⁷.

Yine Yargıtay, saç ekim operasyonlarında, hastayı iş-eser sahibi, hekimi de yüklenici olarak nitelendirerek, bu operasyonun eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir⁴⁸.

Slikon taktırarak göğsün büyütülmesi ve hastanın estetik bir görüntü kazanması amacıyla yapılan operasyonda, eser sözleşmesinin uygulanması gerektiği, bu amacın dışına çıkan eserin ayıplı olarak nitelendirileceği Yargıtay’ca ifade edilmiştir.⁴⁹.

Karın yağlarının alınması ya da doğum sonrası karın bölgesinde oluşan bozukluğun giderilmesine ilişkin operasyonların estetik ameliyat olarak nitelendirileceği ve hasta ile hekim arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği Yargıtay’ca belirtmiştir⁵⁰.

Burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasına ilişkin operasyonların eser

⁴⁶ ŞENOCAK; s.24, İPEKYÜZ; s.60.

⁴⁷ Yargıtay 15. H.D 2006/4800 E.- 2007/5945 K. ve 03.10.2007 Tarihli İlamı, Yargıtay 15. H.D 1999/4007 E.- 1999/ 3868 K. ve 03.11.1999 Tarihli İlamı.

⁴⁸ Yargıtay 3. H.D 2013/18568 E.- 2014/2337 K. ve 17.02.2013 Tarihli İlamı.

⁴⁹ Yargıtay 3. H.D 2012/177 E.- 2012/ 6939 K. ve 15.03.2012 Tarihli İlamı.

⁵⁰ Yargıtay 13. H.D 2011/11359 E.- 2012/12808 K. ve 21.05.2012 Tarihli İlamı, Yargıtay 15. H.D 2005/7988 E.-2006/3417 K. ve 08.06.2006 Tarihli İlamı.

sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında belirtilmektedir.⁵¹.

3. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin, *Sui Generis* Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Doktrinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin karakteristik özelliklerinden ötürü bu ilişkiden ortaya çıkan sözleşmenin tam anlamıyla eser ya da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, bu ilişkinin nev'i şahsına münhasır özellikleri olan ve TBK'da ön görülen sözleşme tiplerine girmediği de savunulmuştur⁵². Gerçekten de sui generis sözleşmeler, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hiçbirinde bulunmayan unsurlardan oluşurlar⁵³.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin, sui generis nitelikte bir sözleşme olduğunu savunanlar; hekim ile hasta arasındaki ilişkide güven ve özen borcu ön planda olduğundan, tarafların borcu bakımından eşitliğin söz konusu olmadığı ve sözleşmenin sonuçlarının hastanın bedeninde ortaya çıkması gibi nedenlerden dolayı, kanunda düzenlenen hiçbir sözleşmenin tipik unsurlarının bu ilişkide mevcut olmadığını belirtmişlerdir⁵⁴.Yine bu görüşü savunanlara göre; sözleşme, iyi niyet kurallarına göre yorumlanacak ve tamamlanacak, nitelikleri izin verdiği oranda benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyas yolu ile bu sözleşmeye uygulanacak ve hukukî sorunların çözümü için gerekirse TBK genel hükümlerine de başvurulacaktır⁵⁵.

⁵¹Yargıtay 13. H.D 1993/131 E.- 1993/2741 K. ve 05.04.1993 Tarihli İlamı.

⁵² **DEMİR**; s.226, **BAYRAKTAR**; s.36, **TEKBEN**; s.870.

⁵³ **ŞENOCAK**; s.27.

⁵⁴**ATABEK**, Reşat/ **SEZEN**, Merih; “*Hekimin Mesuliyeti*” İstanbul Barosu Dergisi Sayı:2 İstanbul:1954 Sh.135-149, s.143-144.

⁵⁵ **ŞENOCAK**; s.27, **ATABEK/SEZEN**; s.44.

4. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin, Tüketici Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

6502 S. TKHK'un m.3. (1) bendi: *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem, tüketici işlemidir.”* şeklindedir.

Yine aynı maddenin (d) bendine göre : *“Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusuna hizmet denilir.”*

Yargıtay, hasta ile özel hastane arasındaki tedavi hizmetinin vekâlet akdi olarak değerlendirilmekte olduğunu, 6502 S. yasanın m.3 (1) bendinde, vekâlet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda TKHK'nun uygulanmasının gerektiği ve bu nedenle vekâlet ilişkisinden doğan uyuşmazlığın Tüketici Mahkemesi'nde görülmesi gerektiğini, ancak 6502 S. yasanın geçici m. 1.'de *"bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış davalar açıldıkları mahkemede görülmeye devam eder"* hükmü bulunması sebebiyle, davanın 6502 S. yasanın yürürlüğe girmesinden önce 13.9.2013 tarihinde açılmış bulunduğu davanın genel mahkemede bakılması gerekeceğini ifade etmiştir.⁵⁶

İlgili kararın mefhumu muhalifinden, 6502 S. TKHK'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, artık gerek vekâlet sözleşmesi niteliğinde olan teşhis ve tedavi sözleşmesine ve gerekse eser sözleşmesi niteliğinde bulunan estetik operasyonlara ilişkin davaların tüketici mahkemelerinde görüleceği ortadadır. Bu bakımdan ilgili davalar açılmadan önce, TKHK'nun m.68 hükmüne istinaden değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin

⁵⁶ Yargıtay 13. HD 2014/30305 E,2014/35473 K. ve 13.11.2014 Tarihli İlâmı.

Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılması zorunludur. Bu durumun son derece sakıncalı olduğu söylenebilir. Zira yanlış teşhis ve tedavi sonrasında cismani bir zarara, yani maluliyete uğrayan hastaların bu tarz bürokratik işlemlerle uğraşmak zorunda kalmaları mağdur olan hastaları daha da mağdur hale getirecektir. Bununla birlikte tüketici hakem heyetlerindeki iş yoğunluğunun fevkalade olduğu nazara alındığında, hekimin yanlış müdahalesinden ötürü zarara uğrayan kişilerin zararının ortaya çıkarılması noktasında büyük zaman kaybı yaşayacakları ve bu zaman diliminde telafisi güç ve imkânsız zararlara duçar olacağı aşikâr olduğundan, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bu kararının istikrar kazanması toplum vicdanını yaralayacak niteliktedir.

Ancak bu tarz davaların, tüketici mahkemelerinde görülmesi, teşhis ve tedavi sözleşmelerini tüketici sözleşmesi niteliğine dönüştürmeyecektir. Zira teşhis ve tedavi sözleşmesinin, bir tüketici sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar, yapılan tıbbi müdahalenin "*hizmet*" tanımı içerisinde yer alabileceğini ifade etmektedirler⁵⁷. Fakat bir işlemin tüketici işlemi olması vekâlet sözleşmesinin kurulmasına engel teşkil etmemektedir⁵⁸. Bunun yanında, TKHK'da yer alan hizmet tanımında, ücretin zorunlu unsur olarak sayılması da hasta ile hekim ilişkisine tüketici sözleşmesi niteliğini kazandırmak için gerekli ve yeterli sebep teşkil etmemektedir⁵⁹. Bunun yanı sıra hekim, işinde ehil ve uzman iken, tüketici sözleşmesinde mal ve hizmet sağlayan kişilerin uzman olması muhakkak aranan bir koşul değildir⁶⁰.

⁵⁷ ÖZGÜL, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul-2010, s. 68-69.

⁵⁸ TEKBEN; s.871.

⁵⁹ TEKBEN; s.871.

⁶⁰ TEKBEN; s.871.

5. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin, Vekâlet Sözleşmesi Olarak Değerlendirilmesi

TBK m. 502'ye göre vekâlet sözleşmesi : “*Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Vekâlet sözleşmesi niteliği itibariyle bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, iş görme sözleşmeleri arasındaki en geniş kapsamlı sözleşmedir. Bu geniş kapsam, kanunun bizzat kendisi tarafından vekâlet sözleşmesine bahşedilmiştir. Zira TBK'nın m. 502. f.II'ye göre : “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*”

Doktrindeki bazı yazarlar vekâlet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu savunmuşlardır⁶¹. Her ne kadar sözleşmenin kanunen oluşması için ücret asli unsur değil ise de, taraflar, vekilin müvekkile ait bir işi görmesinin karşılığı olarak bir ücret almasını kararlaştırmışlar ise, bu durumda vekâlet sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilecektir⁶². Birtakım yazarlar, vekil edenin vekâlet sözleşmesine ilişkin yükümlülüğünün sadece ücret ödeme olmadığı, bu sözleşmeden kaynaklı birçok yükümlülüğünün bulunduğunu gerekçe göstererek bu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu da savunulmuştur⁶³. Ancak **ARAL**'a göre:

*“Müvekkilin ücret ödeme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşır. Buna karşılık, müvekkilin, ücret ödeme borcunun bulunmaması halinde, vekâlet sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir.”*⁶⁴

⁶¹ **YAVUZ**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul-2007(Borçlar Özel);s.620, **ULUSLU**; s.275.

⁶² **YAVUZ**(Borçlar Özel); s.621.

⁶³ **GÖKYAYLA**, K. EMRE; Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifası Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara-2007; s.17.

⁶⁴ **ARAL**, Fahrettin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-7. Baskı, Ankara-2007,s.390.

Gerçekten de *Aral*'ın ifade ettiği gibi, vekâlet sözleşmesini hiçbir zaman tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira müvekkil, vekilin iş görmesinin sonucu olarak bir ücret ödemesine yahut bu doğrultuda anlaşmış olsalar bile, vekil edenin sözleşmenin kurulduğu anda birtakım yükümlülükler altına gireceği sabittir. Nitekim TBK m. 510 “*Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür*” şeklindeki ifadesinden, vekil edenin de bu ilişkide ücret ödeme dışında birtakım yükümlülükler içinde bulunduğunu açıkça ifade etmiştir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkiline ait bir işi görme borcu altına girmiştir. Fakat sözleşmede kararlaştırılmamış veya halin icabı ücret ödemeyi gerektirmiyorsa müvekkilin, vekile karşı ücret ödeme borcu mevcut değildir⁶⁵. Zaten vekâlet sözleşmesinin kurulması için ücretin asli kurucu unsur olmadığı sonucuna, TBK'nın m. 502 f.III. ile -*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır- ulaşmak mümkündür. Ancak ÖZKAYA, vekâlet sözleşmesinin tüm unsurları bir arada değerlendirildiğinde ücretin, vekâlet sözleşmesinin bir unsuru olduğunu ifade etmiştir*⁶⁶. Ancak *Özkaya* bu neticeye, TBK'nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri ile özel kanunları (sözgelimi Avukatlık Kanunu) birlikte değerlendirip ulaşmıştır.

TBK'nın m. 503: “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” hükmüne göre vekâlet sözleşmesi zımnî kabul yoluyla dahi kurulabileceğine göre, “*çokun içerisinde az da vardır*” ilkesi doğrultusunda, vekâlet sözleşmesinin şekle bağlı olmadan kurulabildiğini söylemek mümkündür.

⁶⁵ YAVUZ(Borçlar Özel); s. 620, ARAL; s.393.

⁶⁶ ÖZKAYA, Eraslan; Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması,3. Baskı-Ankara-2013, s.50.

Dolayısıyla vekâlet sözleşmesinin unsurlarının; sözleşmenin konusunun bir iş görme olması, iş görme ediminin zamana bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi rizikosunu taşımaksızın belirli bir sonuca erişmek için yapılması ve tarafların herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın anlaşmaları şeklinde ifade edilmesi mümkündür⁶⁷.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, hekim ile hasta arasındaki mevcut teşhis ve tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine uygun olduğu ifade edilmiştir⁶⁸.

Gerçekten de vekâlet akdinin tanımı, unsurları, hükümleri dikkate alındığında, hekim ile hasta arasındaki mevcut teşhis ve tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu kolayca söylenebilir. Teşhis ve tedavi sözleşmelerinde, hekim hastalığın teşhisi ve tedavi edilmesi edimini üstlenmektedir ki; bu durum TBK m.502'de öngörülen bir "iş görme"dir⁶⁹. Bunun yanı sıra AŞÇIOĞLU, vekâlet sözleşmelerinde işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun olarak yapılması gerektiği ve bu noktadan hareketle hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması da, işin hastanın menfaat ve iradesine uygun olarak yapıldığını gösterdiğine yönelik teşhisini belirtmekte fayda vardır⁷⁰.

Bunun yanı sıra teşhis ve tedavi sözleşmelerinde hekim, hastalığın teşhisi ve onun tedavisini üstlendiğinden, bu tedavinin belirli bir süre sonunda bitmesinin kararlaştırılması kural olarak mümkün değildir. Çünkü gerek tedavinin ne kadar zaman alacağına bilinmesinin mümkün olmaması, gerek hastalığın boyutu, gerekse tedavinin sonuçlarını ortaya çıkartıp kişinin tam sağlıklı hale gelmesi hastanın kişisel, psikolojik, çevresel, sosyo-kültürel etkenlere tabi olduğu düşünüldüğünde,

⁶⁷ÖZTÜRKLER; s.56, ŞENOCAK; s.24, TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II., 3.Baskı, Ankara 1987, s.356.

⁶⁸ŞENOCAK; s.25-301, AŞÇIOĞLU; s.25, OZANOĞLU; s.63, ÖZTÜRKLER; s.56, KAYA(Kişilik); s.50, KURT; s.70, TEKBEN; s.871, BAŞPINAR(Özen); s. 193, İPEKYÜZ; s. 68, UYGUR; s.112.

⁶⁹ÖZTÜRKLER; s.56, KAYA(Kişilik); s.50, TANDOĞAN; s.360, AŞÇIOĞLU; s.15, ŞENOCAK; s.25.

⁷⁰ AŞÇIOĞLU; s.16.

teşhis ve tedavi sözleşmesinin sonucunun ortaya çıkması objektif kriterlerden çok subjektif kriterlere bağlı olduğunu söylemek mümkündür.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekim ile hasta arasındaki sözleşme sonuç ve garanti odaklı değil, teşhis ve takip odaklı bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerde hekim, hastanın iyileşmeme riskini üstlenmez⁷¹. Zaten iş görme ediminin, belirli bir süre ile bağlı olmaksızın yapılması, vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden; sonucun ortaya çıkmaması sorumluluğunun vekile ait olmaması da, vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran en temel unsurlardır⁷². Bunun yanı sıra, hizmet sözleşmelerinde, işçi, işverenin buyruğu altında çalışma ve tüm emeğini ona hasretme borcu altında iken, vekâlet sözleşmesinde vekil nisbi⁷³ bağımsızlık içerisinde hareket eder⁷⁴. Bir hastalığı teşhis ve onu tedavi etmeye hazır bir hekimin, sağlıklı ve alternatif tıbbi müdahaleleri düşünebilmesi ve hastası için en akılcı tedavi yöntemini uygulayabilmesi için bağımsızlık içerisinde hareket etmesi gerekir.

Hekimlik mesleğinin, ihtisas gerektirmesi nedeni ile hekimin sadakat ve özen yükümlülükleri altında olması, hekimliğin özel uzmanlık gerektirmesi, hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin fevkalade ön planda olması da, teşhis ve tedavi sözleşmelerinin niteliklerinin, vekâlet sözleşmesiyle örtüştüğünü ortaya koymaktadır⁷⁵.

Ayrıca, bu sözleşmelerde güven ilişkisi ön planda olduğundan, hiçbir hastanın da güvenmediği bir hekim ile ya da bir hekimin hasta ile muhakkak çalışması beklenemeyeceğinden, bu sözleşmelerden cayma yahut azil de her zaman mümkündür⁷⁶.

⁷¹ UYGUR; s.107, ÖZTÜRKLER; s.56, TEKBEN; s.874.

⁷² TANDOĞAN; s.39, AŞÇIOĞLU; s.16.

⁷³ TANDOĞAN; s.375, ÖZTÜRKLER; s.56-57.

⁷⁴ ÖZTÜRKLER; s.57, UYGUR; s.107.

⁷⁵ TANDOĞAN; s.374-375, AŞÇIOĞLU; s.17, ŞENOCAK; s.26.

⁷⁶ AŞÇIOĞLU; s.17; ŞENOCAK; s.26.

Diğer tartışma konusu olan unsurlardan birisi de, hekimin sözleşme gereği ücrete hak kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Kural olarak taraflar hekim ile hasta belirli bir ücret kararlaştırmak zorunda değildir. Zira taraflar böyle bir ücret kararlaştırmaya bile teamül gereği hekimin sözleşmeyle yüklendiği edimi yerine getirmesiyle ücret alacağı doğmaktadır⁷⁷.

Yargıtay, Devlet, Üniversite, Belediye ve SSK'ya ait hastanelerle doktor arasındaki ilişkinin ilke olarak kamusal bir ilişki olduğunu ancak hastayla, kurumun çalıştırdığı ve tıbbi yardımda bulunan doktor arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu ifade etmiştir⁷⁸.

Yargıtay bir başka kararında ise, doktorla hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayalı bir ilişki olduğunu, vekil olan doktorun müvekkili hastaya karşı görevini dikkat, özen ve sadakatle ifa etmesi gerektiğini ve bu nedenle doktorun sorumluluğunu işçinin sorumluluğuyla eşdeğer tutarak, doktorun en ufak kusurundan dahi sorumlu olacağı kabul etmiştir.⁷⁹

Yargıtay, yeni doğan çocuğun gözlerini kaybettiği ve görme zayıflığının giderilmesine yönelik olayda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler nazara alınarak çözülmesi gerektiği ve doktorun en ufak kusurunun, hastanın zararının tamamını karşılamak gibi ağır bir sorumluluk getireceğini, vekil konumunda bulunan hekimin, işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlı olduğunu ve bu sebeple ufak tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almak zorunda olduğunu ifade etmiştir⁸⁰.

⁷⁷ BAŞPINAR(Özen); s.83-85.

⁷⁸Yargıtay HGK. 2003/21-95 E.- 2003/ 113 K. ve 26.02.2003 Tarihli İlamı.

⁷⁹ Yargıtay 13. H.D 2005/13615 E.-2005/19261 K. ve 27.12.2005 Tarihli İlamı.

⁸⁰ Yargıtay 13. H.D 2004/6493 E.- 2004/ 15431 K. ve 26.10.2004 Tarihli İlamı, Yargıtay 13. H.D 2011/3954 E.- 2011/14623 K. ve 18.10.2011 Tarihli İlamı.

Yargıtay, koltuk altındaki kitlenin alınması amacıyla yapılan operasyonda hastanın sinirlerinin de alınıp felç kaldığı olayda, vekâlet görevine konu iş görülürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden hekimin sorumlu olacağını, zira vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkânları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekeceğini belirtmiştir⁸¹.

Yargıtay diğer kararında ise doktor ile hasta arasındaki ilişkin vekâlet sözleşmesi olduğu ve bundan ötürü zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu da açıkça ifade etmiştir⁸².

II.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KUSUR SORUMLULUĞU İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Hekim ile hasta arasında her zaman yukarıda açıklanan sözleşmenin mevcut olması mümkün değildir. Hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişkisi mevcut olmasa da yukarıda anılan mevzuat hükümlerine göre, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü altında bulunduğu açıktır. Hekime, “*yapma*” şeklinde verilen bu yükümlülüğünün hekim tarafından yapılmaması, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilebilir. Bu kusurlu davranışın, hasta ya da yakınları nezdinde bir zarara yol açması muhtemeldir. Zarar ile hastanın aydınlatılmaması arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı halinde hekimin kusur sorumluluğuna dayalı olarak zararı tazmin yükümlülüğü altına gireceği aşikârdır.

⁸¹Yargıtay 13. H.D 2002/7925 E.- 2002/10687 K. ve 15.10.2002 Tarihli İlamı, Yargıtay 13. H.D 2004/17626 E.- 2005/2021 K. ve 09.02.2005 Tarihli İlamı.

⁸² Yargıtay 13. H.D 2011/2343 E., 2011/11552 K. ve 12.07.2011 Tarihli İlamı.

A.Dar Anlamda Kusur Sorumluluğu: Haksız Fiil

Kusur sorumluluğu, hekimin hukuka aykırı olan kusurlu davranışları sebebiyle hastaya vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen bir hukuki müessesedir⁸³. Ancak kusur sorumluluğunda, hekimin tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için verilen zararın sözleşme dışında bir zarar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Kusur sorumluluğunda, “kusur” kurucu unsurdur. Bununla birlikte kusur sorumluluğuna “haksız fiil sorumluluğu” ve “sübjektif sorumluluk” da denilmektedir⁸⁴. TBK m.49 hükmüne göre:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fülle başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

TBK'da borcun ikinci kaynağı olarak düzenlenen haksız fiilin gündeme gelmesi için, hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin mevcudiyetine ihtiyaç yoktur.

Haksız fiilin gündeme gelmesi için, hastanın iradesi dışında ve kendisine yönelik hukuka aykırı bir eylemin yönelmesi yeterlidir⁸⁵.

Haksız fiil kavramındaki “haksız” ifadesi, hastaya yönelen eylemin hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bundan dolayı haksız fiil, hekimin hukuk düzeni tarafından reddedilen davranış biçimlerini kapsar⁸⁶. İleride değineceğimiz hukuka uygunluk sebepleri içerisinde davranan hekim, haksız fiilin diğer koşullar mevcut olsa dahi, gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilden dolayı herhangi bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacaktır.

⁸³ EREN, Fikret; Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara-2014, s.516.

⁸⁴ EREN; s.516.

⁸⁵ KILIÇOğLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara-2012,s.266.

⁸⁶ KILIÇOğLU; s.266.

Bunun yanı sıra, Borçlar Hukuku yalnızca borç doğuran işlemlerle ilgilendiğinden, haksız fiilin Ceza Hukuku boyutuyla ilgilenmemektedir. Bu noktadan hareketle, Borçlar Hukuku bakımından haksız fiil teşkil eden davranış, Ceza Hukuku bakımından da suç teşkil edebilir. Ancak, bu davranışın cezai boyutu ile Ceza Hukuku'nu ilgilendirmektedir. Ancak haksız fiilin suç teşkil etmesinin Borçlar Hukuku bakımından, zamanaşımı ve ceza hâkimi tarafından verilen hükmün hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağı ile ilgili iki önemi vardır. Zira suç teşkil eden bir fiil sebebiyle, Ceza Kanunu daha uzun bir ceza davası zamanaşımı süresi öngörmüş ise, bu zamanaşımı tazminat davasında da uygulanacaktır. Yine hukuk hâkimi, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararları ve beraat kararı ile bağlı değildir.

B.Haksız Fiilin Unsurları

Haksız fiilin söz konusu olabilmesi için hukuka aykırı bir fiilin varlığı, zararın hukuka aykırı fiil sebebiyle meydana geldiğini gösterir illiyet bağı ve kusurun varlığına ihtiyaç vardır.

1.Fiil

Fiil, haksız fiil sorumluluğunu ortaya çıkaran ilk unsur olarak, hukuken reddedilen bir davranış biçimini gerçekleştiren bir insan davranışdır⁸⁷. Bu insan davranışı, yapılması gereken bir davranışın yapılmaması ya da yapılmaması gereken bir davranışın yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak yapılması gereken bir şeyin yapılmaması sebebiyle ortaya çıkan bir davranışın haksız fiil teşkil edebilmesi için, kişiye kanun tarafından verilen bir yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir⁸⁸. Böyle bir yükümlülük olmadığı sürece, kimsenin başkasının menfaatine hareket etme

⁸⁷ EREN; s.510, KILIÇOĞLU; s.268.

⁸⁸ KILIÇOĞLU; s.269.

zorunluluğu getirilemez⁸⁹.İşte bu noktadan hareketle hekimlerin, yukarıda ayrıntılarıyla değinilen ulusal ve uluslararası mevzuat ve idari düzenlemeler gereği hastayı aydınlatmaması ve dolayısıyla rızasını almamış olması veya eksik ya da yetersiz aydınlatarak sağlıklı iradesine dayanmayan rızasının alınmış olması, yasal ve idari düzenlemelerle yapılması emredilen bir yükümlülüğünün yerine getirilmemesine sebebiyet verir ki, bu durum hekimin dış dünyaya yansıyan bir davranış biçimi olarak değerlendirilerek fiil unsurunun ortaya çıkmasına sebebiyet verir.

Hastanın aydınlatılmaması, hekimin sorumluluğunu doğuran bir fiili olarak ifade edilirken, hastanın aydınlatılmasının yetersiz olması ya da hastanın yanlış aydınlatılması da hekimin sorumluluğunu doğuran fiiller olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıp biliminin son derece gelişime açık bir bilim dalı olmasına bağlı olarak, gelişen teknoloji ile birlikte yeni teşhis ve tedavi metotlarının ortaya çıkması, en çaresiz olarak görülen hastalıkların bile artık tedavisinin mümkün olduğunu göstermektedir. Hekimlerin çağın teknolojisine ayak uydurarak yeni tıbbi ve mesleki gelişimleri yakından takip etmeleri, insan sağlığını tehdit eden yeni virüs, bakteri ve hastalıkların neler olduğu ve bu hastalıkların belirtileri ve tedavi yöntemlerini öğrenmeleri, kendilerine duyulan güvenden kaynaklı bir zorunluluktur. Bu zorunluluğa uymayan doktorlara duyulan güvenin sarsılacağı, mesleki itibar ve kariyerlerinin zedeleneceğini söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra hekimlerin, ilgili hastalığın teşhisi ve tedavisi ile ilgili olan güncel gelişmeleri takip etmemesi, hastanın yeterince aydınlatılmaması ya da yanlış olarak aydınlatılması sonucunu doğurarak hastanın telafisi güç ve imkânsız zararlara düşmesine sebebiyet verirse, hekimlerin hukuki, cezai ve idari yaptırımla karşılaşacaklarını söylemek mümkündür.

İnsan davranışının, insanın iç dünyasından dışarıya nasıl gösterildiği ya da yansıtıldığı hiçbir önemi yoktur⁹⁰. Bu davranış biçimi, el-kol hareketleri ya da

⁸⁹ KILIÇOĞLU; s.269.

⁹⁰ KILIÇOĞLU; s.268.

birtakım sözcüklerin sarf edilmesiyle ortaya çıkabilir⁹¹. Bu itibarla belirtmek gerekir ki, dış dünyaya davranış olarak yansımayıp, insanın iç dünyasında kalan düşünce ve durumlar bir davranış olarak nitelendirilmeyeceğinden, haksız fiilden de bahsedilmeyecektir⁹².

2.Hukuka Aykırılık

TBK m. 49 f.I.'e göre : “ *Hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.* ”. Bu kanun hükmüne paralel olarak TMK m. 24. f.I'e göre : “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*” Her iki kanun hükmü içeriğinde yer alan “*hukuka aykırılık*” deyimini, hukuka aykırı fiilin, kusur sorumluluğunda kurucu unsurlardan biri olduğunu ortaya koymaktadır⁹³. Dikkat edileceği üzere kanun koyucu her iki kanun hükmünde de “*kanuna aykırılık*” deyimini değil; “*hukuka aykırılık*” deyimini kullanmayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun kanuna aykırılığı değil de hukuka aykırılığı araması, fiilin herhangi bir hukuk kaynağına aykırı olması halinde, hukuka aykırı olarak nitelendirileceği anlamına gelmektedir⁹⁴. Aksi halin kabulü birtakım düzenlemeleri boşa çıkararak telafisi imkânsız boşlukların meydana gelmesine sebebiyet verir. Sözgelimi, HHY'nin 15. ve 31. maddeleri gereği, hekimlerin hastalarını aydınlatmaları ve daha sonra aydınlatılmış hastadan hukuka ve usulüne uygun rızasının alınması gerektiği ifade edilmiş idi. Şayet kanun koyucu, haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesinde, hukuka aykırılık yerine, kanuna aykırılığı aramış olsa idi kanun niteliğinde olmayan Hasta Hakları Yönetmeliği'ne aykırı bir fiili gerçekleştiren hekimin bu davranışı hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecek ve hekimin sorumluluğuna gidilmeyecek idi. Dolayısıyla hukuka

⁹¹KILIÇOĞLU; s.268.

⁹²EREN; s.517.

⁹³EREN; s.584.

⁹⁴KILIÇOĞLU; s.270.

aykırılık kavramı kapsamına yazılı ve yazılı olmayan tüm hukuk kaynakları girmektedir⁹⁵.

Ayrıca, hukuka aykırı olarak nitelendirilecek fiilin kat'i suretle emredici nitelikte olması gerekmektedir⁹⁶. Zira emredici hukuk kurallarının öngörülmesinin sebebi, zayıfların korunması, genel ahlak ve adabın korunması, kamu düzeninin tesis edilmesi, dolayısıyla ve en nihayetinde insanların can ve mal güvenliğinin korunmasıdır.

Hekimlerin, hastalarını aydınlatmaları yükümlülüğünün kaynakları yukarıda ayrıntılarıyla ifade edilmişti. Bu itibarla hekimin, mevzuata sevk edilen emredici hükümler doğrultusunda hastasını aydınlatmaması, hukuka aykırı bir fiil olarak değerlendirilir. Bununla birlikte hasta, hekimin eksik ya da yanlış bilgisi dolayısıyla hastanın yetersiz düzeyde ya da gerçeklere tamamen aykırı şekilde aydınlatılması da, hekimin hukuka aykırı fiili olarak nitelendirilir.

Yine, “*kanun bilmemek mazeret sayılmaz*” ilkesine göre, fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, hekimin bu davranışının hukuka aykırı olduğunu bilip bilmemesinin herhangi bir önemi olmadığından; hekimin hastayı aydınlatması gerektiğini ya da bu aydınlatmanın sınırlarını bilmemesinin, bu sorumluluğun oluşmasında herhangi bir anlam ve önemi yoktur⁹⁷.

Tüm yukarıda anılan unsurlar nazara alınarak, hukuka aykırı fiil şu şekilde tanımlanabilir: İnsanların can ve mal güvenliğini korumak ve böylece kamu düzenini tesis etmek için öngörülen, yazılı ya da yazı olmayan emredici davranış kurallarının ihlaline “*hukuka aykırılık*” denilir⁹⁸.

⁹⁵ KILIÇOĞLU; s.270.

⁹⁶ KILIÇOĞLU; s.271.

⁹⁷ KILIÇOĞLU; s.271.

⁹⁸ EREN, s.586.

a.Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri

TBK m. 63 hükmüne göre:

“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

Bunun yanı sıra TBK m. 64. de birtakım hukuka uygunluk sebepleri olan haklı savunma, zorunluluk hali ve kendi hakkını koruma hukuka uygunluk sebepleri olarak öngörülmüştür. Bu hükme göre:

“Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”

Ancak tez konusu bakımından önem arz eden hukuka uygunluk sebebi hastanın rızası olduğundan, ayrıntılarıyla bu konu üzerinde durulacak, diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından ayrıntıya girilmeyecektir.

aa.Zarar Görenin Rızası

TBK m. 63 f.II.'de, hastanın gösterdiği rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmıştır. Hastanın rızası konumuz bakımından oldukça büyük öneme sahiptir. Zira tıbbi müdahale ve ameliyat halinde hekimin hastanın rızasını alması, yapılan müdahalenin hukuka uygun olması için fevkalade önemlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, tek başına hastanın ya da yasal temsilcisinin rızasının alınması tıbbi müdahaleyi doğrudan hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Hekim, mesleki bilgi ve tecrübesiyle hastanın, hastalığına son verip onu eski sağlığına kavuşturma amacıyla iken, hastanın hekimine güvenmekten başka bir çaresi bulunmamaktadır⁹⁹. Ancak bu çaresizlik, hastanın kendi geleceğini tayin etmesinin önüne geçecek boyutta değildir. Zira hekim, hastanın geleceğini belirleyen tek mercii olarak düşünülemez. Tıbbi müdahaleler insanın vücut bütünlüğünü zedeleyen, beraberinde birçok risk ve tehlike getiren müdahalelerdir¹⁰⁰. Bu durumda hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak, yapılacak müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için, karar merciinin bizzat hastanın kendisi olacağı bir durumun yaratılması gerekir. Bu durumun yaratılabilmesinin yegâne yolu ise, hekim tarafından hastanın gereği gibi aydınlatılmasıdır. Yani hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin tek ve önkoşulu, hastanın aydınlatılmasıdır.

Hastanın rızasını alma yükümlülüğü HHY m. 22' de kendisini göstermektedir. İlgili maddeye göre:

“Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.

Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen

⁹⁹ ORAL, Tuğçe; “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü” Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2011, Sayı-2, Sh: 185-212, s. 195.

¹⁰⁰ ÖZGÜL; s. 235.

hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.”

Yine aynı Yönetmelik'in m. 24 hükmünde de “*Tıbbi müdahalelere hastanın rızası gerekir*” hükmü mevcuttur. Bu hükümler gerek hastanın rızasının alınmasının yasal dayanaklarını teşkil etmekte gerekse hastanın rızasının alınmasını önemine vurgu yapmaktadır.

aaa.Rızanın Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için birtakım şartların gerçekleşmesine ihtiyaç vardır¹⁰¹. Aksi takdirde yapılacak müdahale hukuka aykırı olarak değerlendirilip, ilgililerin sorumluluğuna gidilecektir. Rızanın şartları, rızaya ehliyet, rıza açıklaması, hastanın aydınlatılmış olması şeklinde sıralanabilir¹⁰².

i. Rızaya Ehliyet

Rıza, hukuki işlem niteliğinde olduğundan, ancak rıza göstermeye elverişli kişiler tarafından bu işlem gerçekleştirilebilir¹⁰³. Hastanın rıza ehliyetinden bahsedebilmek için, hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleyi anlayıp,

¹⁰¹ ŞENOCAK; s.36.

¹⁰² ÇAKMUT, Özlem Yenerer; “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklı Hukuki Sorumluluk Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Bildiriler, Mersin Barosu, Mersin-2009(Aydınlatılmış Onam), s.22.

¹⁰³ ORAL; s.196.

değerlendirebilecek düzeyde olması gerekir¹⁰⁴. Ayrıca ihlal edilecek hukuki menfaatin sahibi tarafından rıza gösterilmelidir¹⁰⁵.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, rıza ehliyetini gösterecek kişilerin, hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleyi anlayıp, karar verme yeteneğine sahip kişiler olması gereklidir. Diğer bir deyişle, belirli bir akli olgunluğa erişmiş kişiler, kendi kararıyla korunmasından vazgeçtiği menfaatin anlam, önem ve değerinin farkında olabilecek kişiler rıza ehliyetine sahiptirler. Bu nedenle ehliyetin varlığını belirli bir yaş grubu için kabul etmek yeterli olmamakta, somut olayın özelliklerine göre rıza açıklamasında bulunacak kişilerin ehliyetlerinin olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁰⁶. Şayet bu değerlendirme, kişinin kendisi tarafından yapılabiliyorsa, yasal temsilcilere gerek kalmadan kişilerin rıza açıklaması kabul edilmelidir.

Rıza gösterme yeteneği bulunmayan kişiler, ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan kişiler ile çocuklardır¹⁰⁷.

Tam ehliyetsiz kişiler ayırt etme gücünden yoksun oldukları için kendilerine yapılacak tıbbi müdahalenin anlamını kavrayabilecek düzeyde olmadıklarından karar mercii olarak nitelendirilemezler. Dolayısıyla, tam ehliyetsiz kişilerin rıza açıklamaları geçerli değildir¹⁰⁸. Bundan dolayı tam ehliyetsiz kişiler adına rızayı onların kanuni temsilcileri açıklamaktadır. Tam ehliyetsiz adına rızanın kanuni temsilci vasıtasıyla açıklanması tam ehliyetsizin üstün yararı olarak açıklanabilir¹⁰⁹. Bu noktadan hareketle kanuni temsilcinin, tam ehliyetsiz adına açıkladığı rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, rızanın temelinin tam ehliyetsizin doğrudan yararına olması gereklidir.

¹⁰⁴ ÇİLİNGİROĞLU; s.54, BAYRAKTAR; s.130, ŞENOCAK; s.38, HAKERİ; s.152.

¹⁰⁵ ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam); s.22.

¹⁰⁶ ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam); s.26.

¹⁰⁷ ÖZGÜL; s.245.

¹⁰⁸ ŞENOCAK; s.38, ÇİLİNGİROĞLU; s.55.

¹⁰⁹ ÇİLİNGİROĞLU; s.55.

Rıza gösteremeyecek kadar küçük ve kısıtlı kişilerde, çocuk ya da kısıtlı kişi hekim tarafından tam olarak aydınlatılsa da, kendi geleceği hakkında karar verebilme yeteneği mevcut olmadığından, hastanın aydınlatılmış rızasından bahsedilmeyecektir¹¹⁰. Bundan ötürü yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için kanuni temsilcisinin rızasının alınması gerekmektedir. Kanuni temsilciye ulaşılmasının mümkün olmadığı ve aynı zamanda müdahale yapılması konusunda bir zorunluluk var ise hekim hastanın farazi iradesine göre tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilir. Bu husus TŞSİDK m. 70'e f. I'de şu şekilde ifade edilmiştir. *“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.”*

Yine HHY m. 24'e göre: *“Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”* Bu hükümlere rağmen küçük ya da kısıtlı hastanın aydınlatılması gerektiği de bu maddede ifade edilmektedir. Zira HHY m. 24 f.II' de *“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.”* denilmek suretiyle küçük ve kısıtlı bireylerin de yasal temsilci yanında aydınlatılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

¹¹⁰ ÖZGÜL; s.257.

ii.Rıza Açıklaması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için rızanın, hasta tarafından açıklanması gerekmektedir. Kural olarak hastanın rızasını açıklaması herhangi bir şekilde tabii değildir. Rıza açıkça veya üstü örtülü şekilde açıklanabileceği gibi yazılı ya da sözlü olarak açıklanabilir¹¹¹. Yeter ki açıklanan rıza, samimi, hiçbir etki altında kalmadan özgür irade beyanıyla açıklanmış ve elbette hekim tarafından anlaşılabilir olsun¹¹². Sözgelimi, hekim tarafından hastanın sırtının veya göğsünün açılmasının istenmesi ve bu direktife hasta tarafından uyulması halinde, hastanın teşhise üstü örtülü olarak rıza gösterdiği kabul edilir. Ancak yeni tıbbi yöntemlerin uygulanması noktasında, örtülü bir rıza açıklaması yeterli değildir. Bu kişilerin açık ve hatta yazılı rıza açıklamalarına ihtiyaç duyulmaktadır¹¹³.

Bununla birlikte hastanın iradesini açıklayabilecek durumda olmadığı ancak hekimin hastanın yararına ve onun farazi rızasına göre hareket etmesi gereken durumlar olabilir. Ancak farazi rıza, hastanın kendisinin ya da kanuni temsilcisinin, açık rızası alınamayan durumlarda kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir. Hekimin farazi rızaya başvurması gereken haller, iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, hastanın sürekli olarak rıza gösterme ehliyetini kaybettiği haller ile acil müdahale edilmesi gereken hallerdir. Sözgelimi bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen ve çok kan kaybeden bir hastaya hekim tarafından yapılan müdahale, hastanın farazi iradesine dayanır. İkinci durum ise, rıza verme yeteneğini sürekli olarak kaybetmiş olan hastanın içinde bulunduğu durumdur. Bu kişiler için de rıza açıklaması yapmak üzere kanunî temsilciye başvurulması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. Ancak durum acil ise ve hayati tehlike var ise, hekim gereken müdahaleyi yapacaktır¹¹⁴. Nitekim Biyotip Sözleşmesi m. 6 f. III'e göre : "*Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun*

¹¹¹ AYAN; s.12, ŞENOCAK; s.42,ÇİLİNGİROĞLU; s.72.

¹¹² ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam);s.30.

¹¹³ ÖZGÜL; s.243.

¹¹⁴ UYGUR; s.201.

tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.” Biyotip m.8’e göre: *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”*

Rıza mutlaka tıbbi müdahaleden önce alınmalıdır¹¹⁵. Tıbbi müdahaleden sonra alınacak rıza, gerçekleştirilen fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hukuka uygunluktan bahsedebilmek için, başlangıçta var olan rızanın tıbbi müdahalenin sonuna kadar bulunması gereklidir¹¹⁶.

Hasta tarafından verilen rıza her zaman geri alınabilir. Bu husus Biyotip Sözleşmesi m.5 f.III’ de açıkça ifade edilmiştir. Rızanın geri alınması durumunda, rızanın geri alındığı ana kadar yapılan her müdahale hukuka uygun; geri alınma anından itibaren yapılacak her müdahale ise hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir¹¹⁷.

iii.Hastanın Aydınlatılmış Olması

Bu bölüm genel itibariyle tez konusunu geneline yayılmış ve ayrıntılarıyla II. Bölümde açıklanmış olduğundan tekrara mahal vermeden yüzeysel bilgi verilecektir.

Tıbbi müdahale için verilen rızanın, geçerli olabilmesinin önkoşulu hastanın aydınlatılmış olmasıdır. Bu bağlamda aydınlatma yükümü yerine getirilmeden ya da eksik ya da yetersiz aydınlatmaya dayalı olarak hastanın sakatlanmış iradesine dayalı olarak alınan rıza geçerli değildir. Zira aydınlatma yükümlülüğü hekimin özen yükümlülüğünün gereğidir. Hastanın, kendisine yapılacak tıbbî müdahaleyi

¹¹⁵ **HANCI**, İ. Hamit; Malpraktis Tıbbi Gelişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara-2006(Malpraktis); s154, **EREN**; s.605.

¹¹⁶ **ORAL**; s.199.

¹¹⁷ **ÇAKMUT**(Aydınlatılmış Onam); s.29.

onaylaması için öncelikle neyi onaylayacağını bilmesi gerekir¹¹⁸. Hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için, yapılacak olan tıbbi müdahalenin niteliği, uygulanacak operasyonlar, karşılaşılması muhtemel komplikasyonlar, operasyonun süresi, kimin tarafından ne şekilde, nerede ve ne zaman yapılacağı konularında hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatmadan sonra hastanın karar verebilecek düzeye erişmesi gerekmektedir¹¹⁹. Aydınlatma, hastanın kendisi ile ilgili olarak serbestçe karar verebilmesini mümkün kılmalı ve bu karar somut olayın özelliklerine göre önemli olan tüm faktörler bilinerek, bütün durumlar değerlendirilerek verilmiş olmalıdır. Aydınlatma yüzeysel olmamalı; operasyon sırasında gerçekleşmesi muhtemel komplikasyonları, tıbbi müdahalenin yapılması ve yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları hakkında, soyut ve genel bilgiler içermeyen hastanın mevcut durumuna yönelik olması gerekir¹²⁰. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken hastanın ekonomik ve sosyal durumu da nazara alınmalıdır.

Hekim tarafından hasta aydınlatılırken, tıp biliminin öngördüğü etik ilkeler ve bilimsel değerler de göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme mevcut olmadığı hallerde hastayı aydınlatmadan ve onun rızasını almadan, eksik ya da yanlış aydınlatılarak vücut bütünlüğüne yönelik her müdahalenin haksız fiil olarak nitelendirileceğini ve hekimin kusur sorumluluğunu oluşturacağını belirtmekte fayda vardır.

aab.Rızanın Konusu

Hekim, hastanın rıza gösterdiği konuya ilişkin olarak tıbbi müdahalede bulunabilir¹²¹. Dolayısıyla hekimin gerçekleştirdiği fiil, rıza konusu ile sınırlıdır¹²².

¹¹⁸ **BAYRAKTAR**; s.125, **UYGUR**; s.185.

¹¹⁹ **UYGUR**; s.185.

¹²⁰ **EREN**; s.406.

¹²¹ **BAYRAKTAR**; s.142, **ÇAKMUT**(Aydınlatılmış Onam); s.30.

¹²² **BAYRAKTAR**; s.142.

Teşhis ve tedavi amaçlı müdahalelerde rızanın soyut olması ve genel nitelik taşıması yeterli görüldüğünden, hastanın müdahaleye rızası alınmasının akabinde, uygulanacak yöntem, operasyonun seyri, şekli gibi konularda tek tek rızaya ihtiyaç yoktur¹²³. Bu konular operasyonunun menzili doğrultusunda hekimin takdir yetkisine bırakılmış hususlardır¹²⁴. Hekimin, hastanın rıza verdiği konuyla sınırlı kalmasını çok dar ya da çok geniş olacak şekilde yorumlamamak gereklidir. Zira hekim, yasanın kendisine verdiği yetkiler içerisinde, hasta için risk teşkil eden müdahaleleri de yapabilir. Ancak buradaki sınır, bu müdahalenin hastanın hayatı için önemli riskler taşıması, hastanın rızasını almak için beklemenin hastada telafisi güç ve imkânsız zararlara sebebiyet vermesi gerekir. Böyle bir durum yoksa hastanın rızası olmadan müdahaleye devam edilmesi, müdahaleyi hukuka aykırı kılacak ve hekimin cezai, hukuki, idari ve etik sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Aydınlatma yüzeysel olmamalı; operasyon sırasında gerçekleşmesi muhtemel komplikasyonları, tıbbi müdahalenin yapılması ve yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları hakkında, soyut ve genel bilgiler içermeden hastanın mevcut durumuna yönelik olması gerekir¹²⁵. Hekim tarafından hasta aydınlatılırken, tıp biliminin öngördüğü etik ilkeler ve bilimsel değerler de göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme mevcut olmadığı hallerde hastayı aydınlatmadan ve onun rızasını almadan vücut bütünlüğüne yönelik her müdahalenin haksız fiil olarak nitelendirileceğini ve hekimin kusur sorumluluğunu oluşturacağını belirtmekte fayda vardır.

Bununla birlikte hasta tarafından verilen rıza ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Ahlak ve adabın sınırını kesin çizgilerle çizmek mümkün değil ise de bu sınırı, her somut olayın özelliğine ve bu somut olayın içinde bulunduğu zaman, toplumun sosyal ve kültürel seviyesi, ortak değerleri nazara alarak çizmek gerekir.

¹²³ ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam);s.30, **BAYRAKTAR**; s.142-143.

¹²⁴ **BAYRAKTAR**; s.143.

¹²⁵ **EREN**; s.604.

aac.Rızanın Sınırı

Daha önce de ifade edildiği üzere, mevzuat insanın bedenini dahi kendisinden koruma amacına yöneliktir. Zira hukuk sistemimizde, insanların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kişisel değerlerine yönelik rızaları geçersiz olup, bu rıza hukuka aykırı olarak değerlendirilir. Bundan dolayıdır ki, ıstıraplarına katlanamayan bir hastanın kendi ölümünü istemesi (ötanazi) bizim hukuk sistemimizde kabul edilmemiştir. Zira sağlıklı bireylerin toplum içerisinde yer almasının toplum ve devlet nezdinde yararı vardır.

Anılan sebeplerle, kişinin kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere rızasının son derece büyük önemi vardır. Kişinin beden bütünlüğünü üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleler, kişinin toplumsal hayattaki sosyal fonksiyonlarını yerine getiremeyecek nitelikte ise, verilen rızanın herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹²⁶. Ancak bu kadar aşırı dereceye varmayan ancak insanı amaçlarla yapılan müdahalelere verilen rızalar hukuken geçerli sayılmaktadır. Sözgelimi, kan kaybeden bir hastaya kan verilmesi için insanların kan bağıışı yapmasında durum böyledir.

ab.Üstün Nitelikte Kamu Menfaatinin Varlığı

TMK m.24'de bahsedilen kamu yararının, hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmesinin sebebi, özellikle basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılardır¹²⁷. Tez konusuyla herhangi bir bağlantısı bulunmadığından bu konuda ayrıntıya girilmemiştir.

¹²⁶ ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam); s.29.

¹²⁷ KILIÇOĞLU; s.283.

ac.Üstün Nitelikte Özel Menfaatin Varlığı

TMK m. 24. f II.: “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.” Yine TBK m. 63. f. II.'ye göre: “Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” hükümleri nazara alındığında, daha üstün nitelikte özel bir menfaatin varlığı halinde fiil hukuka aykırı sayılmaz.

Yukarıda anılan hükümlere göre, zarara uğrayan kişinin yararı, zarar veren kişinin yararı çatışma içerisine girerse, korunmaya değer daha üstün nitelikte özel menfaate sahip olan failin meydana gelen zarardan dolayı herhangi bir sorumluluğu gündeme gelmeyecektir¹²⁸.

Bu noktada konu bakımından üzerinde durulması gereken durum, hastaya yapılacak herhangi bir tıbbi müdahale için kendisinin yahut yasal temsilcisinin rızasının alınamaması ya da alınmasının zorunlu olmadığı ya da alınmasının mümkün olmadığı hallerin mevcut olması ve bunun akabinde hastaya müdahalede bulunmak zorunda kalınması durumunda “üstün nitelikte özel menfaat”in varlığından ötürü, hekimin sorumluluktan kurtulması mümkün olacak mıdır? Bu soruya verilen cevap “evet” olacaktır. Zira insan hayatı karşısında üstün nitelikli ve korunmaya değer olan bir başka yararın sayılması ya da zikredilmesi pek mümkün görünmemektedir. Hastanın hayatının kurtarılması ve eski sağlığına kavuşturulmasına ilişkin yararı, onun ya da yasal temsilcisinin rızası alınmadan müdahale gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır¹²⁹.

¹²⁸ KILIÇOĞLU; s.282.

¹²⁹ KILIÇOĞLU; s.282.

ad.Zorunluluk Hali

TBK m. 64. f.II.'ye göre: “*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*”

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilebilmesi için malvarlığına yönelik bir fiilin söz konusu olması gerektiği kanun hükmünde açıkça dile getirilmiştir. Ancak tez konusu bakımından şahıs varlığına yönelik fiilin önem arz etmesi sebebiyle bu konu üzerinde durulmamıştır.

ae.Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

TMK m. 24. f. II. hükmüne göre: “*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.*” TBK m.63.f.I.'e göre : “*Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.*”

İlgili kanun hükmünde, yasaların verdiği yetki sınırları içerisinde bir fiil ve eylem gerçekleştiren kişinin, bir zarar doğsa bile bu zarardan dolayı herhangi bir sorumluluğunun olmayacağı; yasalar tarafından herhangi bir yetki verilmediği takdirde fiil ve eylem gerçekleştiren kişilerin sorumluluğundan söz edilmektedir. Ancak tez konusu bakımından herhangi bir önem arz etmeyen bu konuya ayrıntılarıyla değinilmemiştir.

af.Haklı Savunma(Meşru Müdafaa)

TBK m. 64. f.I'e göre : *“Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”*

Haklı savunma, bir kişinin kendisinin ya da bir başkasının maddi ve manevi varlığına karşı yapılan, hukuka aykırı ve süregelen bir saldırıdan korumak amacıyla saldırıda bulunmasıdır¹³⁰.

Tez konusu bakımından herhangi bir önem arz etmeyen bu konuya ayrıntılarıyla değinilmemiştir.

ag.Kişinin Hakkını Kendi Gücüyle Koruması

TBK m. 64. f.III'e göre: *“Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”*

Tez konusu bakımından herhangi bir önem arz etmeyen bu konuya ayrıntılarıyla değinilmemiştir.

b.Özel Kanunlarda Düzenlenen Hukuka Uygunluk Sebepleri

TBK m.63 ve m.64.'de sayılan genel hukuka uygunluk sebepleri dışında özel birtakım kanunlara da derç edilmiş hukuka uygunluk sebepleri mevcuttur. Sözgelimi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, başkasına ait olan bir eserden iktibas, şahsen kullanma, kamu düzeni sebebiyle yararlanma yetkisi vermiştir. Yine, Bankacılık

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ; s.27, EREN; s.606.

Kanunu'na göre, bankaların müşterilerine ait bilgilerini öğrenmesi, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarına vücut vermez.

3.Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında ve şahıs varlığında meydana gelen eksikliğe "*zarar*" denir¹³¹. Bundan dolayı, haksız fiil faili olan hekim, fiil ve eylemleriyle hastanın şahıs varlığında ya da malvarlığında meydana getirdiği eksikliği giderme, hukuka aykırı fiilden önceki mevcut duruma getirme borcu altında kalmaktadır¹³². Ancak hekimin tazmin etmekle yükümlü kaldığı bedel, her zaman hastanın zararına eşit olmayabilir. Zira haksız fiil sonucunda gerçekten bir zarar doğmasına rağmen, indirim sebeplerinin somut olayda varlığı halinde, gerçek zarardan indirim sebeplerinin tenkisi sonucunda kalacak bedel hekim tarafından tazmin edilmesi gereken bedel olacaktır¹³³.

a.Malvarlığı- Şahıs Varlığı Zararları

Bu ayırım, zararın yöneldiği değerlere göre yapılan tasniftir. Şayet haksız fiil, hastanın malvarlığına yönelik ise, malvarlığına ilişkin bir zarar; şahıs varlığına yönelik ise şahıs varlığına ilişkin bir zarar doğacaktır.

Şahıs varlığı zararları, kişinin para ile ölçülmesi mümkün olmayan, manevi varlığına yönelik hukuka aykırı fiiller sonucu oluşan zarar kalemleri iken, şahıs varlığı hakları dışında kalan menfaatlere yönelik hukuka aykırı fiiller ise malvarlığı zararları kapsamında değerlendirilir. Kişinin şeref, haysiyet gibi haklarının yanı sıra, vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin hakları da şahıs varlığı haklarını oluşturduğundan, yanlış teşhis koyan veya yanlış tedavi uygulayan hekimlerin, zarar

¹³¹ EREN; s.521.

¹³² KILIÇOĞLU; s.287.

¹³³ KILIÇOĞLU; s.287.

görende şahıs varlığına ilişkin bir zarar oluşturduğu aşikârdır. Bunun yanında hastanın sağlığına kavuşmasında herhangi bir önemi ya da hastalıkla uzaktan yakından ilgisi olmayan ilaçların kullanılmasının tavsiye edilmesi ve hasta tarafça bu ilaçlara yapılan beyhude masrafların da malvarlığı zararı olarak nitelendirilmesi mümkündür. TBK'da malvarlığı zararları hakkında herhangi bir kapsam düzenlenmemesine rağmen, şahıs varlığına ilişkin zararların kapsamının neler olacağı TBK m. 53 ve m.54.'de düzenlenmiştir. TBK m. 53'de, haksız fiilin hastanın ölümüne yol açması halinde uğranılacak olan zararlar; m.54 de ise, hastanın bedensel (cismani) zarara yol açması halinde maddi zarar kalemlerinin neler olabileceği hüküm altına alınmıştır.

b.Maddi Zarar-Manevi Zarar

Maddi zarar, haksız eylem sonucunda hastanın malvarlığında meydana gelen eksikliği ifade eder¹³⁴. Hekimin, haksız eylemi ister şahıs varlığına, ister malvarlığına yönelsin ortaya maddi zarar çıkarıyorsa, maddi zarar olarak değerlendirilir¹³⁵. Yanlış tedavi ya da operasyon sonucunda hastanın ölmesi durumunda, hastanın desteğinden yoksun kalanların talep edebileceği tazminat maddi tazminattır. Dikkat edilecek olursa burada doğrudan malvarlığına yönelik bir hukuka aykırı fiil gerçekleşmemiş, tam aksine ölen hastanın şahıs varlığına yönelik bir fiil gerçekleştirilmiştir. Hal böyle olmasına rağmen, destekten yoksun kalanların hekimden talep edebileceği zarar kalemi maddi zarar kalemleridir. Zira ölenin desteği ile belirli bir ekonomik refah seviyesi içerisinde yaşayan destekten yoksun kalanlar, onun ölümü ile birlikte bu refah seviyesini yitireceklerdir. Yine, yanlış tedavi ya da uygulanan yanlış operasyon dolayısıyla, geçici ve/veya sürekli iş görememe durumunda kalmış olan hastanın ekonomik geleceği yittiğinden ya da haksız fiilden önceki ekonomik durumunu korumak için daha fazla efor sarf edeceğinden, bu kişinin maddi zarara uğradığı ortadadır.

¹³⁴ KILIÇOĞLU; s.288, EREN; s. 521.

¹³⁵ KILIÇOĞLU; s.288.

Hastanın malvarlığında meydana gelen eksilmeler, gözle görülebilir eksilmeler olduğundan maddi zararın somut olarak kanıtlanabilmesi mümkündür¹³⁶.

Maddi zararlar, esas itibariyle fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki ayrılır. Fiili zarar, hastanın malvarlığının mevcut durumunda meydana gelen eksikliği, yoksun kalınan kâr ise, genel hayat tecrübelerine göre, ileride malvarlığında olması muhtemel artışların haksız fiil sebebiyle tamamen veya kısmen engellenmesini ifade eder¹³⁷. Yanlış teşhis veya tedavi sonrasında hastanın sürekli ve geçici iş göremez durumda kalması halinde yapacağı tedavi giderleri fiili zarar iken; çalışmaması sebebiyle uğradığı zarar ise yoksun kalınan kâr olarak nitelendirilir.

Manevi zarar ise, hukuka aykırı fiil sebebiyle hastanın duyduğu elem, keder ve üzüntüyü ifade eder¹³⁸. Manevi zararda hastanın iç dünyası, duygusal yaşamı bir zarara uğramıştır.

Manevi zarar, ekseriyetle hastanın şahıs varlığı haklarının zarara uğraması halinde doğar. TBK, şahıs varlığına ilişkin zararları, bedensel zararlar ile bedensel zararlar dışında kalan zararlar (haysiyet, şeref, özel yaşam) olmak üzere ikiye ayırmıştır. Şayet hastanın bedensel zararının söz konusu olduğu durumlarda manevi zararlar TBK m. 56. ile bedensel zararlar dışında kalan manevi zararlar ise TBK m. 58'e göre talep edilebilecektir. Söz gelimi, hastanın hiç aydınlatılmadan ve aydınlatılmış rızası alınmadan yapılan müdahaleler ile eksik ya da yanlış aydınlatma dolayısıyla hastanın sakatlanmış iradesine dayalı olarak yapılan tıbbi müdahale sonucunda bedensel bir zarara uğraması halinde TBK m. 56 hükmüne göre; ölme ya da sakat kalma ihtimali bulunmayan hastaya bu ihtimallerin gerçekleşebileceği izleniminin verilerek, hastanın umutsuzluğa düşmesi ya da hayata küsmesi halinde ise TBK m. 58 hükmüne göre manevi zararın talebi mümkündür

¹³⁶ KILIÇOĞLU; s.288.

¹³⁷ EREN; s.526.

¹³⁸ OĞUZMAN/ÖZ; s.39.

Hastanın uğradığı manevi zarar, gözle görülebilir eksilmeler olmadığından, tamamen insanın iç dünyasına yönelik olduğundan, hasta tarafından manevi zararın kanıtlanması mümkün değildir¹³⁹.

c.Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar-Yansıma Yoluyla Zarar

Doğrudan zarar, hastanın, hekimin hukuka aykırı fiili sebebiyle uğradığı zarardır¹⁴⁰. Hastanın aydınlatılmadan ve aydınlatılmış rızası alınmadan veya eksik ya da yetersiz aydınlatılarak rızasının alındığı ve tamamen yanlış teşhis ve tedaviye dayalı olarak yapılan tıbbi müdahalelerde geçici ve sürekli iş göremez durumunda kalan hastanın uğradığı zarar, doğrudan zarardır.

Dolaylı zarar ise, hastaya karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı fiille doğrudan verilen zarara bağlı olarak, bu hukuka aykırı fiile eklenen başka bir sebepten dolayı hastanın uğradığı zarardır¹⁴¹. Hasta aydınlatmadan ve aydınlatılmış rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahaleler ile eksik ya da yanlış aydınlatılarak hastanın rızasının alındığı tıbbi müdahalelerde, hastanın geçici ve sürekli iş göremez durumda kalarak çalışmaması sebebiyle, üniversitede okuyan çocuğuna eğitim masraflarını gönderememesi dolaylı zarardır.

Yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiil doğrudan kendisine yönelmemesine ve doğrudan zarara uğramamasına rağmen, hastanın zarara uğraması sebebiyle uğranılan zarardır. Hastaya yönelik haksız fiili gerçekleştiren hekim, kural olarak yansıma zararlardan sorumlu değildir. Ancak bu kuralın yasa da öngörülen istisnaları mevcuttur¹⁴².Nitekim TBK m. 53. ile hastanın ölmesi durumunda, ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların, destekten yoksun kalma zararlarının tazmin edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bununla birlikte yine TBK m. 56. ile de haksız fiil

¹³⁹ KILIÇOĞLU; s.289.

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ; s.41.

¹⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ; s.41.

¹⁴² KILIÇOĞLU; s.291.

sebebiyle hastanın ağır bedensel zarara uğraması veya ölmesi sebebiyle, haksız fiilin gerçekleştiği hastanın yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

d.Menfi Zarar-Müspet Zarar

Menfi zarar, bir sözleşmenin kurulmamasından ya da geçerli olarak kurulmamasından kaynaklı zarar iken; müspet zarar sözleşme ile yüklenen edimin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardır¹⁴³. Menfi zarar-müspet zarar ayrımı sözleşme sorumluluğunda yer alırken, sözleşme dışı sorumlulukta yer almaz.

4.İllyet Bağı

İllyet bağı, hekimin hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Hekimin, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluğundan söz edebilmek için eylemin hukuka aykırı ve kusurlu olması yanında, hasta nezdinde bir zararın varlığı ve bu zararın hekimin kusurlu sayılan eyleminin uygun sonucu olması gerekir. Hekimin hastayı eksik veya yanlış aydınlatmasının akabinde sağlıklı iradesine dayanmayan rızasını alarak tıbbi müdahaleye girişmesi ve bu tıbbi müdahale sonucunda hastanın bir zarara uğraması halinde, hekimin bu hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun illyet bağı olduğunun kabulü gerekir. Böyle bir durumda sebebin hayattaki genel tecrübeler göre ve olayların normal akışına göre meydana gelen sonucu ortaya çıkarmaya uygun olup olmadığı, hâkim tarafından hüküm anında belirlenecektir¹⁴⁴. Zarar hekimin fiilinden kaynaklanmıyor, başka sebeplerden kaynaklanıyorsa sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Uygulamada hekimin müdahalesi ile hastanın zararının meydana gelip gelmediğinin tespiti üniversitelerden oluşturulacak bilirkişi

¹⁴³ EREN; s.530.

¹⁴⁴ TANDOĞAN; s.77.

heyeti veya Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi'nden alınacak raporlarla belirlenmektedir.

a.İlliyet Bağı Teorileri

İlliyet bağı ile ilgili olarak doktrinde birtakım teoriler öne sürülmüştür. Bunlar Şart ve Uygun İlliyet Bağı Teorileridir.

aa.Şart Teorisi

Bu teori “*şartların eşitliği teorisi*” ya da “*zorunlu şart teorisi*” olarak da adlandırılmaktadır¹⁴⁵. Bu teoriye göre zarar, doğması için gerekli olan bütün fiillerle sebep sonuç bağı içindedir. Ancak bu teori eleştiriye oldukça açıktır. Zira bu teoriye göre, hekim zararın doğumuna yol açacak çok uzak sebeplerden dahi sorumlu tutulacaktır¹⁴⁶.

ab.Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Bu teoriye göre, hekimin verdiği zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren fiilin saptanmasında, genel hayat tecrübeleri ve olayın mutad cereyanına göre en uygunun araştırılması gerekir¹⁴⁷. Şayet birden fazla fiil, bir zarara sebebiyet vermiş ise, bunlardan en uygun olanıyla illiyet bağı kurulmalı ve hekimin sorumluluğu tespit edilmelidir¹⁴⁸. Bu itibarla uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluğu belirleme ve sorumluluğu sınırlama gibi önemli bir görevi vardır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ EREN; s.538.

¹⁴⁶ KILIÇOĞLU; s.295.

¹⁴⁷ KILIÇOĞLU; s.295, EREN; s.541.

¹⁴⁸ KILIÇOĞLU; s.295.

¹⁴⁹ EREN; s.541.

b.İlliyet Bağını Kesen Sebepler

Hekimin fiiliyle meydana gelen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini ortadan kaldıran sebepler meydana gelebilir. Bu durumda, hekim doğan zarardan sorumlu olmayacaktır. İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur.

aa.Mücbir Sebep

Mücbir sebep, kişinin kendisi, işletmesi veya faaliyeti dışında meydana gelen, bir davranış normunun mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde ihlaline yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır¹⁵⁰.Bu unsurları olmayan bir olay umulmadık hal niteliği taşısa da mücbir sebep olarak kabul edilemez. Burada bir olayın mücbir sebep olarak tanımlanabilmesi için, bunun kişinin kendisi, işletmesi veya faaliyetleri dışında oluşan bir olay olması gerekir.

Mücbir sebep genellikle tabii olaylardan oluşur. Sözgelimi, yıldırım, deprem, taşların düşmesi, çığ, volkan püskürmesi gibi olaylardan oluşur. Dağdan aniden yuvarlanıp araç üzerine düşen taş, maddi veya şahsi bir zarara sebep olabilir.

Sözgelimi, hekim tarafından yapılan operasyon sonrasında taburcu edilen hastanın deprem sebebiyle evde hayatını yitirmesi sonucunda, hekimin sorumluluğuna gidilemeyeceği söylenebilir.

ab.Zarar Görenin Ağır Kusuru

İlliyet bağını kesen bir diğer sebep, hastanın ağır kusurudur. Hastanın ağır kusuru illiyet bağını kesmiş ise hekim sorumluluktan kurtulacaktır. Eğer hastanın

¹⁵⁰ EREN; s.557.

kusuru illiyet bağıını kesmemiş, zararlı sonucun doğması için diğer unsurlara eklenecek zararın ortaya çıkmasına yol açmış ise, bu takdirde hekimin sorumsuzluğundan değil, tazminatta indirim sebeplerinden bahsedilir. Dolayısıyla, hastanın ağır kusurunun illiyet bağıını kesmesi için, hekimin zarar verici davranışının, hastaya yüklenebilecek ağır bir kusur sebebiyle ikinci plana itilmiş olması gerekmektedir¹⁵¹. Bu itibarla, yapılan operasyon sonrasında, hekim tarafından, hastanın sağlığına kavuşması için gerekli ve doğru davranış biçimleri konusunda aydınlatılmış olmasına rağmen, hastanın bu davranışların aksine hareket etmiş ve zararlı sonucun meydana gelmesine ağır kusuru ile sebebiyet vermiş ise, hekim sorumluluktan kurtulacaktır.

ac.Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü kişinin ağır kusurunun varlığı halinde, illiyet bağı kesilir. Bu durumda yine hekim sorumluluktan kurtulur. Üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağıını kesmesi için üçüncü kişinin kusuru belirli bir yoğunluk göstermelidir¹⁵².Üçüncü kişinin davranışı, illiyet bağıını kesecek yoğunlukta değil ise ancak diğer sebeplerin bir araya gelmesiyle zararlı sonucu ortaya çıkaracaksa ortak illiyet bağıından söz edilecektir¹⁵³.

Sözgelimi, hekim tarafından hastalığın teşhisi için kan tahlili yapılması istenmiş ve kan alınması sırasında hemşire tarafından hastaya bir zarar verilmiş ise hekimin sorumluluğuna gidilmeyecektir.

¹⁵¹ **EREN**; s.563.

¹⁵² **EREN**; s.567.

¹⁵³ **EREN**; s.568.

5.Kusur

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya istenmemiş olsa bile ortaya çıkmaması için kişinin iradesini tam olarak kullanmamasıdır¹⁵⁴. Hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği, dışlamak istediği davranış biçimlerine kusur denir¹⁵⁵.

İnsanlar yaratılış gereği toplumsal varlıklardır. İnsanların uyum, karşılıklı hoşgörü ve saygı çerçevesi içerisinde yaşayabilmesi için, belirli davranış biçimlerine uymak zorundadırlar. İşte hukuk düzeni, herkesin asgari özen ve dikkat ile bu davranış biçimlerine uygun olarak yaşamasını istemektedir. Bu noktadan hareketle, hukuk düzeni tarafından istenen belirli davranış biçimlerini gerçekleştirilmeyen, ondan sapan davranışlara kusur denilmektedir¹⁵⁶.

Teşhis ve tedavi sözleşmelerinin konusunu oluşturan insanın biyolojik ve psikolojik yapısı, son derece karmaşıktır. Herkesçe kabul edildiği üzere, insan vücudunun bu karmaşası ile mücadele görevi üstlenen hekimlerin mesleği son derece zor ve risklerle doludur¹⁵⁷. Bu sebeple özel uzmanlık gerektiren hekimlik mesleğini yapan kişilere tarih boyunca özel bir güven duyulmuş ancak bu güvenin karşılığı olarak bu mesleği icra eden kişilerin sorumlulukları da özel olarak düzenlenmiştir¹⁵⁸. Hekimlerin bu özel sorumlulukları, mesleklerini icra ederken, hastalarının zarar görmemesini sağlamak için her türlü koruyucu tedbiri alarak özenle hareket etmek, onu risk altına alacak tutum ve davranışlardan kaçınarak en emin yolu tercih ederek ve tıbbi standartları esas alarak hareket etmelerine sebebiyet vermektedir¹⁵⁹. Tıbbi standart ifadesinden kastedilen ise, tıp biliminde tecrübe edilerek kabul edilmiş evrensel kurallardır¹⁶⁰. Bu evrensel kurallar, hastayı muayene etme,

¹⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ; s.52.

¹⁵⁵ EREN; s.569.

¹⁵⁶ EREN; s.571.

¹⁵⁷ UYGUR; s.290.

¹⁵⁸ AŞÇIOĞLU; s.76-77.

¹⁵⁹ TANDOĞAN; s.236, UYGUR; s.291.

¹⁶⁰ AYAN; s.105, AŞÇIOĞLU; s.77, HAKERİ; s.328.

teşhis metotlarını kullanmak suretiyle hastalığın tanısı, hastanın aydınlatılarak operasyon sırasında meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanması ve bu suretle rızası alınarak kendi geleceğiyle ilgili karar vermesinin sağlanmasıdır¹⁶¹. Tıp gün be gün gelişen bir bilim dalı olduğundan tıbbi standartlar da değişmektedir. Bu itibarla evrensel ilkelerin, çağın ve tıbbın geldiği teknolojik nokta bakımından gelişmesi ve değişmesi, hekimlerin güncel tıbbi standartları bilmeleri ve uygulamaları için kendilerini geliştirmeleri yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir.

Yukarıda da açıkça ifade edildiği üzere hastanın aydınlatılması tıbbi standart olarak tıp biliminin evrensel ilkesi olarak kabul edilmiştir. Hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye rızasının alınması için hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, konusu, zamanı, kim tarafından yapılacağı ve sonuçları hakkında aydınlatılması ile mümkündür. İşte tıp biliminin ulaştığı güncel düzeye göre, her hekimin kendi ihtisas alanında kat'i surette bilmesi gereken bilgilerin eksikliği ve bu bilgi eksikliğinin hastaya eksik ya da yanlış aydınlatma olarak yansması ve dolayısıyla hastanın rızasının sağlıklı iradeye dayanmadığı tıbbi müdahaleler hekimlere kusur olarak izafe edilir. Zira Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmektedir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır¹⁶².

Teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan sorumlulukta, hekimin göstermesi gerekli özen derecesi, her şeyden önce teşhis ve tedavi sözleşmesiyle yüklenmiş olduğu edimin nitelik ve kapsamına göre ve daha sonra mensup olduğu meslekî çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki bir hekimin bu tür ilişkilerde göstereceği özen derecesine göre belirlenmektedir¹⁶³. Somut olaydaki hekim

¹⁶¹ **UYGUR**; s.292.

¹⁶² Yargıtay 13. H.D 2014/11049 E., 2015/2645 K. ve 05.02.2015 Tarihli İlamı, Yargıtay 13. H.D 2014/43786 E., 2015/198 K. ve 13.01.2015 Tarihli İlamı.

¹⁶³ **EREN**; s.1019-1020.

açısından sorumluluğun ortaya çıkarılmasında, hekimin, makul, dürüst ve orta düzeydeki hekimin davranışından sapma gösterip göstermediğine bakılacaktır¹⁶⁴. Eğer bir sapma varsa bu kusur olarak hekime izafe edilir.

Ancak hekimin bilgi ve yetenekleri, objektif hekimin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün ise, böyle bir durumda kriter objektif hekim değil; hekimin bizzat kendisi olacaktır¹⁶⁵.

Kusurdan bahsedebilmek için, failin kusur ehliyetine sahip, yani ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Sınırlı ehliyetsiz kişiler ile sınırlı ehliyetliler kusur ehliyetine sahip iken, ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsiz kişilerin kusur ehliyetleri bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin istisnai bazı durumlarda (iradi sarhoşluk, hakkaniyet sorumluluğu, kusursuz sorumluluk) sorumlu olduklarını ifade etmiştir.

a.Kusur Teorileri

Kusur ile ilgili olarak doktrinde birtakım teoriler öne sürülmüştür. Bunlar Subjektif Kusur Teorisi ve Objektif Kusur Teorileridir.

aa.Subjektif Kusur Teorisi

Bu teoride ön plana çıkan, failin içinde bulunduğu psikolojik durumdur¹⁶⁶.Hukuka aykırı bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için, hukuka aykırı filli gerçekleştiren failin kişisel yetenekleri, eğitim durumu, sosyal ve ekonomik durumu, mesleki becerisinin göz önünde tutulması gerekmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ UYGUR; s.292.

¹⁶⁵ UYGUR; s.292.

¹⁶⁶ EREN; s.570.

¹⁶⁷ EREN; s.570.

ab.Objektif Kusur Teorisi

Bu teoride bir davranışın kusur olup olmadığının değerlendirilmesinde, ferdin mensubu olduğu sosyal veya mesleki toplum içerisinde yer alan dürüst, makul ve orta zekâlı bireylerin davranışları ön plana çıkar. Eğer zarar veren failin davranışları bu topluluğun davranışlarından sapıyorsa, fail kusurlu; aksi halde ise kusurlu sayılmayacaktır¹⁶⁸.

b.Kusur Çeşitleri

Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sorumluluk hukuku açısından kusurun çeşitleri noktasında yapılan bu ayırım ceza hukuku kadar önemli değildir. Verilen zarar, ister kasten ister ihmalen gerçekleşse de fail, ortaya çıkan sorumluluktan kurtulamayacaktır.

aa.Kast

Fiilin, fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ve hukuka aykırı sonucun istenmesidir¹⁶⁹. Fail burada hukuk düzenini bilerek ve isteyerek ihlal ettiğinden ağır kusurludur¹⁷⁰.

ab.İhmal

İhmalde, zarara yol açan sonucun bilinmesi ya da fail tarafından istemesi durumu söz konusu olmamasına rağmen, kişinin kusurlu sayılmasının sebebi

¹⁶⁸ EREN; s.570.

¹⁶⁹ EREN; s.574,KILIÇOĞLU; s.302.

¹⁷⁰ KILIÇOĞLU; s.302.

dikkatsiz, tedbirsiz ve özensiz davranmasıdır¹⁷¹.Kastın tek derecesi bulunmasına rağmen ihmalin iki derecesi bulunmaktadır¹⁷².

-Ağır İhmal: Aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli tedbir ile en basit dikkat ve özenin gösterilmemesidir¹⁷³.

-Hafif İhmal: Dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin, fail tarafından gösterilmemiş olmasıdır¹⁷⁴.

Hekim, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla, hekimlerin, meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

C.SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Hekimin, hastası ile hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağına dair bir sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması mesleğin hassaslığı açısından kabul edilebilir olmayacağı gibi, hastanın güvenini sarsma riskini de beraberinde getiren ve vekilin özen yükümlülüğüyle ilgili çelişki yaratan bir durumdur¹⁷⁵. Sorumsuzluk anlaşmasının hukuken geçersiz olduğu TBK. m.115 f. I hükmüyle ifade edilmiştir. Bu hükme göre : *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin*

¹⁷¹ KILIÇOĞLU; s.302.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ; s.56.

¹⁷³ EREN; s.580, KILIÇOĞLU; s.302.

¹⁷⁴ EREN; s.580.

¹⁷⁵ UYGUR; s.361-363.

önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” İlgili m.115 f. III’ de ise “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Bu madde hükmü ile mülga BK zamanında hekimlerin, sorumluluktan kurtulma anlaşması yapıp yapamayacağı veya hafif kusurlarına ilişkin sorumluluktan kurtulma anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin doktrinde yapılan tartışmalar sona ermiş ve ilgili kanun hükmüyle hekimin hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekim hastanın sağlığına kavuşması adına her türlü özeni göstereceğini taahhüt etmekte, hasta da sağlığına kavuşacağı inancıyla hekimini seçmek ve tıbbi müdahale için ona rıza vermektedir¹⁷⁶. Gerçekten de hekim ve hasta arasında gerçekleşen teşhis ve tedavi sözleşmesi için hekimin sorumluluktan kurtulma anlaşması yapması, hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun düşmeyecektir. Çünkü teşhis ve tedavi sözleşmesi, hastanın hekime duyduğu sonsuz ve yoğun güven ile kurulan sözleşmelerdir. Şayet sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün olsa idi hekimlerin bilgisine, tecrübesine, itibarına hastalarca duyulan güven sarsılacak ve hekimlere duyulan güven ortadan kalkacaktı. Vekilin özen gösterme yükümlülüğünü düzenleyen TBK. m.560, sorumluluktan kurtulma şartını düzenleyen TBK.m.115’e göre özel bir hüküm olarak, öncelikli uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁷. Dolayısıyla, vekilin özen borcu ile ilgili olarak sorumluluktan kurtulma anlaşması yapılması söz konusu değildir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ UYGUR; s.362.

¹⁷⁷ UYGUR; s.363.

¹⁷⁸ BAŞPINAR(Özen); s.268.

III.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KUSURSUZ SORUMLULUK İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK m. 49. f.I hükmünde yer alan “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü ile kusur, haksız fiilin unsurlarından biri olarak belirlenmiştir. Buna göre kusurun olmadığı yerde haksız fiil sorumluluğunda söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁷⁹.

Ancak gelişen ve değişen sosyal ilişkiler, kusuru bulunmayan bazı kişilerin de hakkaniyet gereği, sebep oldukları zarardan sorumlu tutulmalarını zorunlu kılmıştır. Bu durum TBK’da “*Kusursuz Sorumluluk*” olarak kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk, “*Objektif Sorumluluk*” ve “*Sebep Sorumluluğu*” olarak da adlandırılmakta olup kusur şartının aranmadığı bir haksız fiil sorumluluğudur¹⁸⁰.

Bu bağlamda, kusursuz sorumluluk, kusur olmaksızın zarara sebebiyet verme düşüncesinden doğan bir sorumluluk türüdür¹⁸¹. Sebep sorumluluğu olarak adlandırılmasının nedeni de budur. Kusursuz sorumluluk halleri TBK m. 65. vd düzenlenmiş olup, bu sorumluluk türünde kişi, başka kişilerin fiilleri ya da sahibi olduğu varlıkların sebebi ile sorumlu tutulmaktadır¹⁸². Bu durumların hepsinin ortak unsuru ise, ilgili olgu ile zarar arasındaki illiyet bağıdır¹⁸³.

Burada konumuz bakımından önemli olan, hekimin yardımcı kişilerinin ya da istihdam ettiği kişilerin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi ve şayet bu yükümlülüğün ihlali halinde hekimin bir sorumluluğu olup olmadığıdır. Bu başlık altında kusursuz sorumluluğun türleri olan hakkaniyet sorumluluğu ve özen

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU; s.306.

¹⁸⁰ YAVUZ, Cevdet; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı:4 Yıl:2008, S:29-61,İstanbul,(Kusursuz Sorumluluk) s.35.

¹⁸¹ YAVUZ(Kusursuz Sorumluluk); s.35.

¹⁸² KILIÇOĞLU; s.306.

¹⁸³ YAVUZ(Kusursuz Sorumluluk); s.35.

sorumluluğundan bahsedilecek ardından hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğu incelenecektir.

A.Kusursuz Sorumluluk Türleri

Kusursuz sorumluluk genel itibariyle, “*hakkaniyet sorumluluğu*”, “*özen sorumluluğu*” ve “*tehlike sorumluluğu*” olmak üzere üç başlık altında kategorize edilirken, konu bakımından önemine istinaden Hakkaniyet Sorumluluğu ve Özen Sorumluluğu’nun üzerinde durulacaktır.

1.Hakkaniyet Sorumluluğu

Hakkaniyet Sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk türü olarak TBK m. 65.’de düzenlenmiştir. Bu hükmün düzenlemesi: “*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*” şeklindedir. Bu madde ile ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin verdikleri zararlardan hakkaniyet ölçüsünde sorumlu tutulmaları gerektiği düzenlenmiştir¹⁸⁴.

Bu hükme göre ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğu, ayırt etme gücünü haiz olsalardı, fiillerinin haksız fiil teşkil edeceği, dolayısıyla kusur sorumluluğuna göre sorumlu tutulacakları haller için söz konusudur¹⁸⁵.

¹⁸⁴ **AKARTEPE**, Alparslan; “*Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVI Sayı:1-2, S:159-190,Erzincan-2012, s.161.

¹⁸⁵ **EREN**; s.615.

2.Özen Sorumluluğu (Olağan Sebep Sorumluluğu)

Özen sorumluluğu TBK’da ve TMK’da düzenlenmiş olup hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu dışındaki kusursuz sorumluluk hallerini içermektedir¹⁸⁶.

TBK ve TMK’da sayılan başlıca özen sorumluluğu halleri, adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu ev başkanının sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğudur. Ancak kanun koyucu tarafından düzenlenen özen sorumluluğu halleri bunlar ile sınırlı olmayıp yalnızca örnek niteliğindedir¹⁸⁷.Özen sorumluluğu olan kişinin, sorumluluğu altında bulunan kişi ve varlıkları denetim ve gözetim yükümlülüğü mevcuttur. Bu bağlamda, denetim ve gözetim yükümlülüğü kişinin hâkimi olduğu varlıkların başka kimselere zarar vermesini engellemek için göstermek zorunda olduğu objektif bir özen yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün ihlali halinde sorumlu kişi meydana gelen zararı gidermek zorundadır¹⁸⁸.

Özen sorumluluğu hallerinde özel tipik bir tehlikenin ya da kusurun mevcudiyeti aranmamaktadır. Bu özelliği nedeni ile “*olağan sebep sorumluluğu*” ya da “*olağan kusursuz sorumluluk*” olarak da adlandırılmaktadır¹⁸⁹.

Hâkimiyet esasına dayalı olan bu sorumluluk türü TBK’da “*özen sorumluluğu*” başlığı altında sırası ile m. 66. “*adam çalıştırmanın sorumluluğu*”, m. 67. “*hayvan bulunduranın sorumluluğu*” ve m. 69. “*yapı malikinin sorumluluğu*” olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere çalışmamızda hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yalnızca adam çalıştırmanın sorumluluğu incelenecektir.

¹⁸⁶ EREN; s.617,AKARTEPE; s.161.

¹⁸⁷ YAVUZ(Kusursuz Sorumluluk); s.41EREN; s.617.

¹⁸⁸ EREN; s.617, AKARTEPE; s.161.

¹⁸⁹ YAVUZ(Kusursuz Sorumluluk); s.42.

B.Özen Sorumluluğu Hali: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

TBK m. 66.'da düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, muayenehanelerinde birçok çalışana olan hekimlerin de sıklıkla karşılaştıkları bir sebep sorumluluğu halidir. Kanun koyucu bu maddede:

“Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.” hükümlerine yer vermiştir.

Buna göre adam çalıştıran, çalıştırdığı kişileri denetim ve gözetimi altında tutarak başka kimselere zarar vermelerini önlemek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altındadır¹⁹⁰.

Burada sorumluluğun doğması için ne adam çalıştıran ne de çalışan bakımından kusur şartı söz konusu değildir¹⁹¹. Kusur dışında, haksız fiil sorumluluğunun doğması için gereken hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı koşullarının varlığı adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel şartlarıdır. Adam çalıştıran ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi çalışanın verdiği zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zira burada olağan sebep sorumluluğu söz konusu olup, ayırt etme gücü sorumluluğun kurucu unsurlarından değildir¹⁹².Adam

¹⁹⁰ EREN; s.618-619,KILIÇOĞLU; s.316.

¹⁹¹ KILIÇOĞLU; s.316.

¹⁹² EREN; s.628.

çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırıcı ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına da gerek yoktur¹⁹³.

Adam çalıştırıcının sorumluluğu için gereken diğer özel şartlar ise; adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bir istihdam¹⁹⁴ ilişkisinin olması, zararın, işin görülmesi anında, işle ilgili olarak ve hukuka aykırı bir fiil sonucu ortaya çıkmış olması ve adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır¹⁹⁵.

Zarar görenin, bu şartların gerçekleştiğini ispat etmesi halinde adam çalıştırıcı, meydana gelen zararlardan sorumlu olmaktadır. Ancak kanun koyucu yukarıda da belirtildiği üzere adam çalıştırıcıya sorumluluktan kurtulma yolu olarak kurtuluş kanıtı getirme imkânı sunmuştur. Bunun anlamı ise adam çalıştırıcının zararın meydana gelmemesi için her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlamasıdır¹⁹⁶.

Bu bağlamda, kurtuluş kanıtından faydalanacak olan adam çalıştırıcı, çalışmanı seçerken, çalışmana işle ilgili talimatları verirken, çalışmanı denetlerken gerekli özeni gösterdiğini, çalışma düzeninin zararı önlemeye elverişli olduğunu yahut mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ya da zarar görenin kusuru ile illiyet bağının kesildiğini ispatlamak zorundadır. Adam çalıştırıcı bu şekilde somut olayın gerektirdiği tüm dikkati ve özeni gösterdiğini yahut illiyet bağının kesildiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır¹⁹⁷.

Yukarıda verilen genel bilgiler ışığında, TBK m. 66 uyarınca, hekimin yanında çalıştırdığı hemşire, hasta bakıcı, asistan ve laborant gibi kişilerin hekimin sözleşme

¹⁹³ KILIÇOĞLU; s.316.

¹⁹⁴ KILIÇOĞLU, s. 317.

¹⁹⁵ EREN; s.622-627.

¹⁹⁶ EREN; s.627.

¹⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ; s.144-145, EREN; s.628-630.

ilişkisi içerisinde olmadığı başka kişilere verdiği zararlardan dolayı, kurtuluş kanıtı getirememesi halinde, hekim sorumlu olacaktır¹⁹⁸.

Ayrıca Yargıtay içtihatlarında, özel hastanelerde hekimlerin hukuka aykırı fiilleri ile hastalara verdikleri zararlardan dolayı, hastaneler ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasına rağmen hastanelerin TBK 66'ya göre sorumlu oldukları kabul edilmektedir¹⁹⁹. **ÖZDEMİR'E** göre; özel hastaneler ile hasta arasında sözleşme ilişkisi mevcut olduğundan, hekimlerin hastalara verdikleri zarar sonucu ortaya çıkan sorumluluk TBK 66'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu değil, TBK 116'da düzenlenmiş olan yardımcı kişinin fiillerinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluktur. Zira hasta, hastaneye yabancı bir kişi değil hastane ile sözleşme ilişkisi içinde bulunan karşı taraftır²⁰⁰.

TBK 116'da yer verilen düzenleme ise çalışanın, adam çalıştırmanın bir üçüncü kişiye karşı olan borcunun ifasına yardımcı olmaktan ibaret bir iş yaptığı sırada borca aykırı bir davranış ile alacaklıya zarar vermesi durumunda, çalıştırmanın bu yardımcı kişinin borca aykırılık oluşturan fiilinden sorumlu olması halidir²⁰¹.

Gerçekten de, hastane ile hasta arasındaki ilişki bir vekâlet akdi olup hekim ve diğer sağlık personelinin gördükleri iş hastanenin hastaya taahhüt ettiği edimleri yerine getirebilmesi için yardımcı olmaktan ibaret olup bu kişiler açıkça hastanenin ifa yardımcılarıdır. Bu nedenle hastanelerin TBK 66'ya göre değil TBK 116'ya göre sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Zira TBK 66 sözleşmeden doğan borç

¹⁹⁸ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, “*Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı:1-2, S:177-229 Erzincan-2011(Diş Hekimi), s.221.

¹⁹⁹ Yargıtay HGK 2002/13-1011 E.- 2002/1047 K. ve 11.12.2002 Tarihli İlamı.

²⁰⁰ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; “*Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:105,S:263-290Ankara-2013(Hastane), s.268-269.

²⁰¹ **OĞUZMAN/ÖZ**; s.137.

ilişkilerinde uygulama alanı bulmamakta yalnızca sözleşme dışı sorumluluk için söz konusu olmaktadır²⁰².

Hekim veya diğer sağlık personelinin hukuka aykırı fiilinin hem genel hükümlere hem de borç ilişkisine aykırılık teşkil ettiği durumda ise iki hükmün yarışması söz konusu olacaktır. Bu durumda mağdurun dilediği sorumluluğa dayanmakta serbest olduğu kabul edilmektedir²⁰³.

Sonuç olarak; Aydınlatma yükümü, hekimlikler için mesleklerinin hassasiyetinden kaynaklı bir yükümdür. Bundan ötürü, aydınlatma yükümü, kural olarak, tedaviyi üstlenen hekim tarafından yerine getirilmelidir²⁰⁴. Hekimin, bu görevi bizzat yerine getirmesi veya hemşire ya da bir başka sağlık personeline bırakmaması gerekir²⁰⁵. Özellikle hastanın karar vermesinin son derece güç olduğu olgu ve operasyonlarda aydınlatma yükümlülüğünü doğrudan hekim yerine getirmelidir. Uygulamada, son derece yoğun mesaisi olan hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken hemşire, hasta bakıcı, laborant ve asistan gibi ifa yardımcıları kullandıkları görülmekte ve bilinmektedir. Hekimin aydınlatma yükümünü bizzat yerine getirmemesi ve bunu bir başka hekim ya da yukarıda belirtilen diğer sağlık personeline bırakması durumunda, meslektaşının bu aydınlatmayı gereği gibi yerine getirmiş olduğundan emin olması gerekir²⁰⁶. Bu itibarla hekimin yardımcılarının aydınlatma yükümlülüğünü, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından, bizzat tedaviyi üstlenen hekim sorumlu olacaktır²⁰⁷.

²⁰² EREN; s.620.

²⁰³ OĞUZMAN/ÖZ; s.137-138.

²⁰⁴ ÖZSUNAY; s.49, AŞÇIOĞLU; s.39, AYAN; s.81,ŞENOCAK; s.58, OZANOĞLU; s.72, HAKERİ; s.129.

²⁰⁵ OZANOĞLU; s.72, YILMAZ; s.402, HANCI(Malpraktis); s.79.

²⁰⁶ HAKERİ; s.134-135.

²⁰⁷ UYGUR; s.170.

IV.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CULPA İN CONTRAHENDO İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan sözleşmeler, temeli ve esası tarafların birbirini tanınmasını, sözleşme yapma iradesini ortaya koymak için yeterli ve sağlıklı bir şekilde düşünebilmeleri, iradelerin uyuşması ve en önemlisi de karşılıklı güvenin varlığını gerektirir. Bundan dolayıdır ki, sözleşmelerin kurulması ve tamamlanmasında TMK m. 2. olan dürüstlük kuralları yoğun bir şekilde karşımıza çıkar. Özellikle, hasta ile hekim arasındaki sözleşme, genel olarak vekâlet sözleşmesine dayandığından, bu sözleşmenin karakterine işlenmiş olan güven unsurunun fazlasıyla ön plana çıktığı, bundan ötürü hekimlerin sözleşme görüşmeleri sırasında hastalarını tedavi ve operasyon süreci ile ilgili olarak aydınlatmaları, olası komplikasyonlar hakkında gerekli ve yeterli bilgi akışını sağlamaları, gerekirse ihtisas alanında olan hekimlerin görüşlerini almaları, kullanılacak ilaçlar konusunda doğru ve anlaşılabilir şekilde hastaya bilgi verilmesi ve hatta hekimin kendi tecrübelerinden bahsetmesi gerekmektedir. Bu hususlar göz önünde tutulurken, en nihayetinde vekâlet sözleşmesinin netice odaklı değil; takip odaklı bir iş olduğu göz ardı edilmemelidir. Bundan ötürü, hekimin sözleşme görüşmeleri sırasında, hastanın beklenen haklarını kusurlu olarak bertaraf edecek şekilde aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bundan dolayı hastanın zarara uğraması halinde hekim, hastanın zararını tanzim etme borcu altına girecektir. Sözleşme görüşmelerinde, kusurlu davranan kişinin sorumluluğuna uygulama ve teoride “*Culpa İn Contrahendo*” sorumluluğu denmektedir.

A.Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Culpa in Contrahendo sorumluluğunun temeli, yukarıda da ifade edildiği üzere TMK m. 2. teşkil eden dürüstlük kurallarıdır. TBK'da *Culpa in Contrahendo*

sorumluluğunun şartlarını belirten herhangi bir hükme yer verilmiş değildir²⁰⁸. Bundan ötürü, TBK'da sorumluluğun doğması için gerekli şartları belirleyen çeşitli teoriler ortaya atılmıştır²⁰⁹.

1.Haksız Fiil Görüşü

Culpa in Contrahendo sorumluluğunun haksız fiil niteliğinde olduğunu ileri sürenlere göre, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla taraflar arasında henüz sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilemez²¹⁰. Zira sözleşmesel sorumluluğun doğması için, sözleşmeden kaynaklı bir yükümlülük ya da edimin ihlali gerekir. Oysa *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunda sözleşme henüz akdedilmiş olmadığından, sözleşme öncesinde mevcut olan bir davranışın ortaya çıkardığı zarardan sorumluluk söz konusudur²¹¹. Bu teoriye göre, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu, başkalarına zarar verme, gerekli dikkat ve özeni göstermeme, karşı tarafın güvenini sarsan eylemlerde bulunma gibi genel davranış kurallarının ihlali sonucu meydana gelmektedir²¹². Dolayısıyla sözleşme müzakerelerine girişen tarafların genel ve soyut nitelikte bulunan davranış yükümlülüklerine aykırı davranışları haksız fiil hükümlerinin uygulanmalarını gerektirir.

²⁰⁸ GÜRPINAR, Damla; Sözleşme Dışı Yanlış Tedavide Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Hukuk Yayınları, İstanbul-2006, s. 139.

²⁰⁹ ADIGÜZEL, Sibel; “Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl:3 Sayı:9, s. 281-312, Nisan-2012, s.286.

²¹⁰ BAYGIN, Cem; “Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV,S:1-2, s.345 vd Erzincan-2000, http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf, s.347.

²¹¹ BAYGIN; s.347, YALMAN, Süleyman; Türk ve İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara-2006, s.50.

²¹² BAYGIN; s.347, YALMAN; s.50, ADIGÜZEL; s.286.

2.Sözleşme Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların uymakla yükümlü olduğu davranışlar, sözleşmeden ayrı davranışlar olarak düşünülemezler²¹³.Sözleşme öncesi yükümlülük ve davranışlar, müstakbel sözleşmeye dâhil olup, onunla birlikte bir bütün oluştururlar²¹⁴.Bu doğrultuda sözleşme öncesi görüşmeler ile kurulması planlanan sözleşme tek hukuki işlem oluşturduğundan, dürüst ve özenli davranma ve karşı tarafa zarar vermeme yükümlülüğünün ihlali, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali olarak nitelendirilip, sözleşme sorumluluğunu gündeme getirecektir²¹⁵.

3.Sözleşme Benzeri Bir Güven İlişkisinden Kaynaklandığını İleri Süren Görüş

Bu görüşü savunanlara göre, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, taraflar arasında güven benzeri bir ilişki doğar²¹⁶. Görüşülmeye başlanan ve yapılması planlanan sözleşme, daha sonra kurulsun da kurulmasın da ya da geçersiz olarak kurulsun dahi, tarafların dürüstlük kuralı doğrultusunda birbirini aydınlatması, koruma yükümlülüğü altına girmesine sebebiyet verir²¹⁷.Özellikle aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hasta tarafça bilinmesi gereken olguların mutlaka açıklanması gerekir. Hekimin bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, sözleşme öncesinde kurulan sözleşme benzeri güven ilişkisi ihlal edilmiş olacak ve hekimin *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu doğacaktır.

²¹³ BAYGIN; s.348,ADIGÜZEL; s.286.

²¹⁴ BAYGIN; s.349, ULUSAN, İlhan; “*Culpa İn Contrahendo Üstüne*”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan-1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982,s.305.

²¹⁵ YALMAN; s.51,ADIGÜZEL; s.286,BAYGIN; s.349.

²¹⁶ BAYGIN; s.353,ULUSAN; s.312.

²¹⁷ BAYGIN; s.353,ADIGÜZEL; s.287.

Nitekim Yargıtay kararlarında, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun sözleşme benzeri bir güven ilişkisinden kaynaklandığını, sözleşmelerin bir anda kurulup meydana gelmesinin mümkün olamayacağını, hayatın olağan akışına göre, sözleşme kurulmadan önce tarafların sözleşmenin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapacaklarını, görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulduğu ve bu ilişkinin TMK m.2'ye dayanan sözleşme benzeri bir güven ilişkisi olduğu açıkça ifade edilmiştir.²¹⁸.

4.Davranış Yükümlülüğünün İhlalinden Kaynaklandığını İleri Süren Görüş

Sözleşme ilişkisi, tarafları karşılıklı olarak bir şey yapma, yapmama, verme ya da vermeme şeklinde asli ya da tali edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokar²¹⁹. Asli edimler, sözleşmenin niteliğini belirleyici etkiye sahip, tarafların sözleşmeyi yapma gayelerini ortaya koyan edimlerdir²²⁰. Tali edimler ise, asli edimlerin varlığı ile ortaya çıkan, asli edimlerin kapsamını değiştiren, asli edimden farklı bir niteliğe sahip edimlerdir²²¹. Sözleşme ilişkisinde, asli ve tali yükümlülükler karşısında, sözleşmenin kurulsun da kurulmasın da, sözleşme görüşmelerine başlanılmasıyla birlikte ortaya çıkan, taraflar arasında doğan güven ilişkisinin sonucu olarak, dürüstlük kurallarına dayanan bazı davranış yükümlülükleri mevcuttur²²². Bu davranış yükümlülüklerine, "*koruma yükümlülükleri*" adı da verilmektedir²²³. İşte bu koruma yükümlülükleri, sözleşme görüşmeleri sırasında olan taraflara, karşı tarafı bilgilendirme, aydınlatma, karşı tarafının şahıs ya da mal varlığını koruma

²¹⁸ Yargıtay 19. H.D'nin 2004/4912 E. 2004/ 11803 K. sayılı ilamı, Yargıtay HGK.'nun 2010/13-593 E- 2010/623 K. ve 01.12.2010 Tarihli İlamı.

²¹⁹ **ADIGÜZEL**; s.288.

²²⁰ **BAYGIN**; s.354,**ULUSAN**; s.314.

²²¹ **ULUSAN**; s.314,**BAYGIN**; s.354,**ADIGÜZEL**; s.289.

²²² **ULUSAN**; s.314,**BAYGIN**; s.254.

²²³ **BAYGIN**; s.354.

yükümlülüğü altına solmaktadır²²⁴. Asli ve tali edimin kaynağı, edim iken; koruma yükümlülüğünün kaynağı; dürüstlük kuralları ve özellikle güven ilkesidir²²⁵.

5.Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu ne haksız fiil ne sözleşmeden kaynaklı bir sorumluluk olmayıp, temeli tamamen TMK m. 2.'ye dayanan, nev'i şahsına münhasır özellikleri bulunan bir sorumluluk türüdür²²⁶. Bu görüşü savunan kişiler, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun haksız fiil ve sözleşme sorumluluğuna benzeyen taraflarını dikkate alarak, tazminat alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından TBK m.146. ve yardımcı kişilerin davranışlarından doğan zararlardan kaynaklı sorumluluk bakımından TBK m. 116.'nın esas alınması gerektiğini ifade etmişlerdir²²⁷.

B.Culpa İn Contrahendo Sorumluluğunun Şartları

Yukarıda kusur sorumluluğuna ilişkin esaslar irdelenirken zarar, kusur, illiyet bağına değinilmiş olduğundan, burada tekrara mahal vermemek adına ayrıntıya girilmeden konular ifade edilecektir.

1.Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığından ve şahıs varlığında meydana gelen eksikliğe zarar denir²²⁸. Bundan dolayı haksız fiil faili, fiil ve eylemleriyle mağdurun

²²⁴ BAYGIN; s.354-355.

²²⁵ BAYGIN; s.355.

²²⁶ BAYGIN; s.352,YALMAN; s.52.

²²⁷ BAYGIN; s.253,ADIGÜZEL; s.287,YALMAN; s.53.

²²⁸ EREN; s.521.

şahıs varlığında ya da malvarlığında meydana getirdiği eksikliği gidermek, hukuka aykırı fiilden önceki mevcut duruma getirme borcu altında kalmaktadır. Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme iken, kişilik haklarına yönelik yapılan saldırılar sonucunda ortaya çıkan zarara ise manevi zarar denilmektedir. Sözleşme görüşmelerindeki her zarar, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunu doğurmaz. Zarar, sözleşme görüşmeleri dolayısıyla ortaya çıkmalıdır²²⁹.

2.Kusur

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya istenmemiş olsa bile ortaya çıkmaması için kişinin iradesini tam olarak kullanmamasıdır²³⁰.Hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği, dışlamak istediği davranış biçimlerine kusur denir²³¹. *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunda, sözleşme görüşmeleri ile başlayıp, sözleşmenin kurulması ya da kurulmamasına geçen evrede, tarafların kınanabilir davranışları kusur olarak nitelendirilebilir²³².

3.İllyet Bağı

İllyet bağı, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir. Hukuka aykırı fiil olmasaydı zararın meydana gelmeyeceğini ya da hukuka aykırı fiil sebebiyle zararın meydana geldiği olgusu illyet bağı ile ifade edilmektedir. Dolayısıyla, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğundan bahsedebilmek için sözleşme öncesi ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali ile meydana gelen zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin varlığına ihtiyaç vardır²³³.

²²⁹ YALMAN; s.101.

²³⁰ OĞUZMAN/ÖZ; s. 52.

²³¹ EREN; s. 569.

²³² YALMAN; s. 102.

²³³ YALMAN; s. 98-99.

4.Korunmaya Değer Güvenin İhlali

Güven, ancak korunmaya değer olduğu durumlarda hukuken önemli hale gelir ve *Culpa in Contrahendo* sorumluluğuna yol açar. Dolayısıyla, *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun diğer bir özel şartı, duyulan güvenin korunmaya değer olmasıdır²³⁴.

Korunmaya değer güvenin yasal dayanağı TMK m. 2.'dir. TMK m.2 hükmü, hukuken korunması gereken güvenin sınırını çizmiştir. Bu sınır, kişilerin haklarını kullandıkları ve borçlarını ifa ettikleri hukuki ilişkilerdir²³⁵. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, haklarını kullandıkları ve borçlarını ifa ettikleri hukuki ilişkilerin öncesinde, sözleşme görüşmelerini büyük bir ciddiyetle yürütmek, tarafların sözleşme yapma iradesinin ortaya çıkması için onları aydınlatmak, tavsiyelerde bulunurken özen yükümlülüğüne aykırı davranmamak, ifası imkânsız bir edimi taahhüt etmemek, muhtemel zararların doğmaması için gerekli yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde, taraflardan birinin korunmaya değer güveninin ihlali gündeme gelecek ve *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu doğacaktır.

Sonuç olarak, sağlığına kavuşma amacıyla sözleşme yapma niyetinde olan hastanın, hekim tarafından gerek sözleşmenin kurulması için gerekse hastanın kendi geleceğini tespit ve tayin etmesi için aydınlatılması gerekmektedir. Hekimler, insan hayatının ve sağlığının konusunu oluşturduğu bir teşhis ve tedavi sözleşmesi akdedilmeden önce, hastalarını, hastalıkla ilgili konulan tanı, yapılması zorunlu olan tedaviler ve alternatif tedaviler, hastalığın süreci, operasyonlar konusunda ortaya çıkması muhtemel komplikasyonlar, uygulanacak ilaç tedavisi hakkında bilgiler vererek aydınlatmak zorundadırlar. Bu aydınlatma yükümlülüğü, hekimlerin sözleşme görüşmeleriyle başlayan özen borcu olarak nitelendirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü, somut hastaya ilişkin gerçek veriler ortaya konularak yapılmalı ve aynı

²³⁴DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; *Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara-2007, file:///C:/Users/HP/Downloads/4513%20(2).pdf, s.208.

²³⁵DEMİRCİOĞLU; s.208.

zamanda sağlığına kavuşma imkânı olmayan hastaya sağlığına kavuşacağı noktasında boş, gereksiz, zaman kaybına yol açacak, umut vaat edici şekilde olmamalıdır. Yine hastanın aydınlatılması, ona tavsiye ve oğutler verilmesi hastanın maddi ve manevi zarara uğramasına neden olmamalıdır. Hastalıkla uzaktan yakından ilgili bulunmayan ilaçların kullanılmasının tavsiye edilmesi, hastanın şahıs ve malvarlığının korunmasının aksine bir tutum sergileyeceğinden, hekimin *Culpa in Contrahendo* sorumluluğundan bahsedilecektir. Sözleşme öncesinde özen sorumluluğuna bu şekilde aykırı davranan hekimin *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun doğacağı tartışmasıdır.

II. BÖLÜM

AYDINLATMANIN İÇERİĞİ

I. AYDINLATMA KAVRAMI

Vücut bütünlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik her türlü müdahale; kişilik hakkının ihlalidir. Ancak hekim tarafından yapılacak müdahale, hastanın vücut bütünlüğünü korumak ya da hastanın sağlığına kavuşmasına matuf olduğundan iki şartın gerçekleşmesi halinde, hekim tarafından yapılacak müdahale hukuka aykırı olmaktan çıkar²³⁶. Bu şartlar; hastanın rızasının bulunması ve müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin öngördüğü ilke ve kurallara uygun olarak yapılmasıdır²³⁷.

Tek başına rızanın varlığı, yapılan tıbbi müdahalenin hukuken geçerli olması için yeterli olmamakta; hastanın, hekim tarafından aydınlatılması ve yapılacak müdahalenin tehlike ve sonuçlarından ayrıntılı olarak bilgi sahibi edilmesinden sonra rıza gösterilmesine bağlıdır²³⁸. Zaten hastanın yeterince bilgi sahibi olmadan, yapılacak müdahaleye kendi serbest iradesiyle rıza göstermesi beklenemez²³⁹. Bu itibarla hastanın aydınlatılması, rızasının alınmasında bir önkoşul teşkil

²³⁶ **DURAL**, Mustafa; “*Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sh 249-258, İstanbul-2011, s.249.

²³⁷ **DURAL**; s.249.

²³⁸ **ÖZTÜRKLER**; S.70, **ÖZGÜL**; S.181, **YILMAZ**, Ş. Berfin Işık; “*Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı-98 Ocak, Şubat 2012, Sh: 389-411, s.393.

²³⁹ **BAYRAKTAR**; s.57.

etmektedir²⁴⁰. Hekim tarafından hastanın aydınlatılması, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi bakımından son derece önemlidir²⁴¹.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki iki temel üzerine kurulmuştur. Bunlardan ilki, teşhis ve tedavi sözleşmesinde bulunan güven unsurudur²⁴². Güven unsuru, gerek teşhis ve tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olmasından gerekse hastalarının yaşadıkları ıstıraplardan kurtulmak için bir hekimin bilgi ve tecrübesine inanmasından, bir nev'i kendilerine doktorlara emanet etmelerinden kaynaklanmaktadır²⁴³. Hekim ise kendisine duyulan bu güveni boşa çıkarmamak adına, mesleki bilgi ve tecrübesi doğrultusunda, tıbbi ilke ve kuralları göz önünde tutarak teşhisi sağlamak, en etkin ve akılcı yöntemi seçmek ve bunlar hakkında hastayı aydınlatarak, tedaviyi gerçekleştirmek istemektedir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temelini oturdğu diğer şey ise, hastanın kendi ve geleceği ile ilgili olarak tek karar mercii olmak istemesidir²⁴⁴. Yani, hekim kendisine verilen yetki doğrultusunda tıbbi müdahale takdirini kullanmakta; hasta da kendisi ve geleceği ile ilgili tek karar verici olarak kalmak istemektedir²⁴⁵. Hal böyle olunca; taraflar arasında açık bir menfaat çatışmasının olduğunu da söylemek yerinde olacaktır²⁴⁶. İşte bu çatışma, hekimin menfaatler dengesini sağlaması yani; hastanın aydınlatılması sureti ile sona erecektir²⁴⁷.

Dolayısıyla hastanın aydınlatılması, hasta açısından hem bir hak; hekim açısından da bir yükümlülüktür²⁴⁸. Bu yükümlülük hukuken gerekli olduğu gibi

²⁴⁰ AŞÇIOĞLU; s.27.

²⁴¹ YILMAZ; s.393.

²⁴² BAŞPINAR(Aydınlatma); s.195.

²⁴³ ÇAKMUT, Özlem Yenerer; "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul-2007; s.9 (Aydınlatma).

²⁴⁴ HAKERİ; s.104, YILMAZ; s.393, OZANOĞLU; s.64, ÖZGÜL; s.181.

²⁴⁵ HAKERİ; s.104.

²⁴⁶ OZANOĞLU; s.64, ÖZDEMİR(Makale); s.347.

²⁴⁷ HAKERİ; s.104.

²⁴⁸ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.194: "Hekimin bu konudaki, görevi bir yüküm olarak kabul edilir ve bu da hekim tarafından ihlal edildiği takdirde sadece belirli hakları ortadan kaldırma imkânı ortadan

ahlaken ve tıbben de gereklidir²⁴⁹. Bu yükümlülüğün ihlal edilerek gerçekleştirilen her tıbbi müdahale, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkını elinden alarak, hekime adeta keyfi davranma hakkı bahşedecek ve bu durumda hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır²⁵⁰.

Aydınlatma yükümlülüğü kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için, “*aydınlatma*” ve “*aydınlatılma*” kavramlarının tanımlanması gerekmektedir.

Aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle (planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, aciliyeti, yan tesirleri, yapılmasının zaruryeti, müdahale sırasında ortaya çıkması muhtemel tehlikeler ve bu tehlikelerin nasıl bertaraf edileceği, müdahalenin yapılmaması durumunda hastanın karşılaşması muhtemel tehlikeler) hastanın teşhis konusunda şüpheye yer kalmayacak şekilde bilgilendirilmesi ve uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin üzerinde serbestçe düşünüp karar verecek duruma getirilmesidir²⁵¹.

KICALIOĞLU'na göre aydınlatma, hastaya hastalığıyla ilgili ayrıntılı bilgi verilmesidir²⁵².

kalkmaktadır. buna karşılık aynı hususun yükümlülük olduğu savunulduğunda, ihlal eden hâkim tazminat müeyyidesi ile karşı karşıya kalır.”, **AKYILDIZ**, Sunay; “*Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*” III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara- Sh:12-27, Ankara-2010, s. 19, **KAYA**(Kişilik); s.58.

²⁴⁹ **DURAL**; s.253.

²⁵⁰ **ÇAKMUT**(Aydınlatma); s.11, **ŞENOCAK**; s.44-45.

²⁵¹ **AYAN**; s.71, **ÖZSUNAY**; s.32, **ÇİLİNGİROĞLU**, s.59, **ŞENOCAK**; s.44, **İPEKYÜZ**; s.77, **DOĞAN**, Cahit; “Hastanın Aydınlatılması Ve Rızasının Alınması”, KKTC Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu 2-3 Mart 2009, Sh: 111-219, Ankara-2010, s.125, **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi- Ankara 2004, s.97 (Teşhis ve Tedavi) **BORAN**, Bedia; “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım Ankara, Ankara-2007, s.97, **KAYA**(Kişilik); S.58, **ÇAKMUT**(Aydınlatma); s.10.

²⁵² **KICALIOĞLU**, Mustafa; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara-2011, s.98.

EROL'a göre ise aydınlatma, sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir²⁵³. Ancak bu tanım, aydınlatma yükümlülüğü sanki sözleşmenin kurulmasıyla ortaya çıkan ve yalnızca sözleşmenin mevcudiyeti halinde ortaya çıkan bir yükümlülükmüş gibi gösterilmesi bakımından eleştiriye açıktır. Zira hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü hastanın sözleşme kurma iradesinin oluşmasında önemli rol oynayan ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından önce de var olan bir yükümlülük olduğu daha önce ifade edilmişti. Aksi halin kabulü sözleşme öncesi sorumluluk (Culpa in Contrahendo) ilkelerini kabul etmemek anlamına gelir ki; bu durum sözgelimi, hekimin ihtisas alanına girmeyen bir konuda kendisine başvuran hastaya gerekli teşhis ya da tedaviyi yapabilecekmiş izlenimi vermesi, sağlık durumu ile ilgili hastaya yanıltıcı bilgi verilmesi ya da herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek hastanın oyalaması gibi durumlarda hekimin sorumlu olmayacağı anlamına gelir. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünü yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olarak kabul etmek, hekim ile hasta arasında sözleşmenin mevcut olmaması durumunda; hastanın, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekimden haksız fiil ya da vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak tazminat alma hakkını elinden alan, böylece hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun bulunmadığı ve dolayısıyla hekimin sorumsuzluğunu ilan etmesi gibi bir durum ortaya çıkartır.

Aydınlatılma ise, "kişiyeye tıbbi girişim öncesi hastalığına ait tıbbi bulgular ile konulan tanı, uygulanacak tedavi türü, tedavinin başarı şansı, tedavi sonrası ile ilgili sorunlar ve varsa alternatif tedaviler, tıbbi girişimin boyutu ve sınırları, tedavinin muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçları, neden olabileceği komplikasyonları, geciktirilmesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında yeterli ölçüde anlaşılabilir bir dille bilgi verilmesi durumudur. Karar verilmesi yeterliliği ise; kişinin bu bilgileri kavrayabilmesi değerlendirebilmesi ve sağlıklı sonuçlara

²⁵³**EROL**, Gültezer Hatırnaz; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara-2009, s.60.

varabilme kabiliyetine sahip olması, serbest iradesi ile kendi yaşamı hakkında en doğru ve uygun kararı verebilmesi olarak tanımlanmaktadır."²⁵⁴

II. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÖNEMİ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisini güçlendirmesi ve hastanın tıbbi müdahaleyi kabul ya da reddetmesi yönünde karar verebilmesi ve aynı zamanda sözleşmeyi kurma iradesinin ortaya çıkması bakımından önemlidir²⁵⁵. Hastanın aydınlatılması, hekim ile hasta arasındaki iletişimin kuvvetlenmesi sonucunu doğuracağı aşikârdır. *"Aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getiren hekim, tıbbi müdahale için hastasının da rızasını alacak ve tedavi öngörülen sonucu doğurmadığında hekimin meslek hatası ya da yardımcı çalışanlarının hatası yoksa yanlış ilaç ya da alet kullanılmamışsa hekimin sorumluluğu da doğmayabilecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi de hekimin, zarar doğması halinde gerekli özeni göstermediği ve bilgi vermede ihmali davranışı olduğu gerekçesiyle hastasına karşı sorumluluğunu doğurabilecektir.*"²⁵⁶

Aydınlatma, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında, hekim tarafından bilgilendirilmesi ve müdahalenin yapılıp yapılmaması konusunda serbestçe karar verebilecek duruma gelmesidir²⁵⁷.

²⁵⁴ TÜZÜN, Birgül/ ELMAZ, İmdat/ AKKAY, Erdem: "Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam" III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Biyoetik Yayınları, Ankara 1993, s.189-190.

²⁵⁵ ÖZANOĞLU; s.64.

²⁵⁶ ÖZEL, Çağlar/ BÜYÜKTANIR, Burcu G. Özcan; "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; Yıl: 2007 Cilt: 10 Sayı: 1, <http://www.saglikidaresidergisi.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.Pdf>, s.57.

²⁵⁷ AYAN; s.81.

Bunun yanı sıra aydınlatma yükümlülüğünün hem hasta hem de doktor bakımından çift yönlü etkilerinin olduğunu söylemek mümkündür. Günümüz dünyasında, tanımlanamayan virüsler, biyolojik yapısı gelişmiş ve değişmiş bakteriler, insan hayatında olumsuz etkilere yol açmaktadır. Sözelimi, bir insanın sıradan bir gribal enfeksiyonu dahi üzerinden atıp eski sağlığına kavuşması, haftalar hatta bazen aylar sürmektedir. İşte bu noktadan hareketle, yeni ortaya çıkan virüsler ve sebep olduğu hastalıklar bakımından, hekimin hastayı aydınlatması için kendisini geliştirmesi ve yeni hastalıkların bulgularının neler olduğu ve tedavi çeşitlerini ortaya koyması için titiz bir çalışma yapmalarını gerektirmektedir. Zira teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekim, hastaya ait bir işi görmektedir. Bu itibarla hastalığa teşhis koyma ve yeni hastalıkların teşhis ve tedavisinden haberleri olma bakımından ihtisas sahibi hekimlerin önemi daha da artmış ve daha kalifiye hekimlerin görev yapmasına sebep olmuştur. Bu ihtisas sahibi hekimler sayesinde “*aydınlatılmış onam*” değil; “*aydınlanmış onam*”; günümüz tıp etiğinin temelini oluşturmaya başlamıştır.

Ulusal mevzuatın yanında aydınlatılmış onam, neredeyse temel hak ve hürriyet sayılacak duruma gelerek, uluslararası sözleşmelerin konusu olmaya başlamıştır. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi’nde aydınlatılmış onam çok açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi m. 5.’e göre:

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

Görüldüğü üzere, ilk fıkrada hastanın “onamı” ikinci fıkrada ise “aydınlatılmış onamı” na vurgu yapılmıştır.

Biyotip Sözleşmesi m. 10 ’a göre:

“1.Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2.Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.”

Kanun metninde açıkça görüldüğü gibi “bilgi alma hakkı” açıkça düzenlenmiştir.

İnsan hayatının, yaşam hakkının bütün değer ve haklardan üstün olduğu, şüphe götürmez bir gerçektir. Bu gerçeklere, ulusal düzenlemeler ve uluslararası sözleşmelerde yer verilmiş olması, ülkelerin ve siyasi rejimlerin bu hakkı en üstte tuttuğunu ve kutsal saydığını ortaya koymaktadır.

III. AYDINLATMA TÜRLERİ

Hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Hastanın, yapılacak tıbbi müdahaleye olumlu ya da olumsuz bir karar verebilmesi için meydana gelebilecek risklere ilişkin ve hastalığın iyileşmesi için tedaviye yönelik olarak aydınlatılması gerekmektedir. Bununla birlikte hekim, yapılacak tıbbi müdahalenin ekonomik külfetleri konusunda hastasını aydınlatmak zorunda olduğu gibi aynı zamanda bir takım özel durumlara ilişkin aydınlatma yükümlülüğü altındadır.

A. Tedavi Aydınlatması (Güvenlik Aydınlatması)

Tedavi aydınlatması, hastanın rızasını alma amacına yönelik bir aydınlatma değildir²⁵⁸. Tedavi aydınlatması, hekimin özen borcu kapsamında ortaya çıkan bir aydınlatma türü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵⁹. Bu tür aydınlatmada hekim hastasını tıbbi müdahalenin gerekli olup olmadığı noktasında bilgilendirir ve tedavinin başarıya ulaşma ihtimali veya hastanın sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli ve doğru²⁶⁰ davranış şekillerine uyulmasını ister²⁶¹. Hekimin bu tür aydınlatmadaki kastı, hastasını korumak, vereceği tavsiyelerle hastasını yönlendirerek en iyi tedaviyi gerçekleştirmeye çalışmak ve ortaya çıkacak komplikasyonlara önlemeye çalışmaktadır²⁶². Hekim bu tür aydınlatmada, hastasını koruyacak yaşam biçimini, hastalığına uyan diyet türünü, ilaç verirken kullanılmasındaki sıklık miktarı ve dozunu, ortaya çıkaracağı yan etkileri anlatmak zorundadır²⁶³. Kullanılacak ilacın yan etkileri hakkında yapılacak aydınlatmanın boyutu, ilgili ilacın tehlikesiyle doğru orantılıdır. Şayet ilacın birçok yan etkisinin bulunması durumunda aydınlatma da o denli geniş olacak ve hekim tarafından ilacın yan etkilerini göstermesi durumunda uygulanacak tedbirler konusunda da hastanın aydınlatılması gerekecektir²⁶⁴.

Aydınlatma yükümlülüğü, hastanın teşhis ve tedaviyi reddetmesi durumunda daha yoğunlaşacaktır²⁶⁵. Zira hekim tedavinin yapılmaması yahut zamanında yapılmaması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar ve riskler konusunda hastayı aydınlatarak ilgili müdahalenin yapılması konusunda hastasını ikna etmeye çalışmalıdır²⁶⁶. Hekimin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi, tazminat yükümlüsü olması

²⁵⁸ HAKERİ; s.109.

²⁵⁹ ÖZGÜL; s.188.

²⁶⁰ OZANOĞLU; s.68.

²⁶¹ HAKERİ; s.109,ÖZDEMİR(Makale);s.356.

²⁶² HAKERİ; s.110, ÖZGÜL; s.189, ŞENOCAK; s.46.

²⁶³ HAKERİ; s.110.

²⁶⁴ ÖZDEMİR(Makale); s.358.

²⁶⁵ ŞENOCAK; s.47.

²⁶⁶ ŞENOCAK; s.47.

sonucunu doğuracaktır. Tedavinin yapılmasına ilişkin olarak hasta, aydınlatılmış olmasına rağmen, hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda yapacak bir şey yoktur²⁶⁷. Burada önemli olan hekimin, üzerine düşen bütün yükümlülüğü yerine getirip, hastayı yeteri kadar aydınlatılmasıdır.

Bunun yanı sıra hastanın hekimden tıbben kabul edilmesi mümkün olmayan taleplerde bulunması durumunda, hekim onu aydınlatmak ve bu taleplerden vazgeçmesini sağlamak zorundadır²⁶⁸.

1. Teşhise Yönelik Aydınlatma

Teşhise yönelik aydınlatma ile az sonra inceleyeceğimiz otonomi aydınlatmasının kapsamında bulunan teşhis aydınlatması aynı şeyleri ifade etmemektedir. Teşhise yönelik aydınlatma, teşhis amacıyla yapılacak müdahalelerden önce hastanın aydınlatılması demektir²⁶⁹.

Tek başına tedavi değeri olmayan teşhise yönelik müdahalelerde hastanın aydınlatılması konusundaki kıstaslar daha sıkı olup; yapılan müdahale mutlak gerekli değil ise hekim en küçük bir ihtimal dâhilinde olan komplikasyonlar hakkında bile hastayı aydınlatmakla yükümlü olacaktır²⁷⁰. Buna karşılık tedavi değeri olan, hastanın acısını dindirme amacı olan ve aynı zamanda teşhis amacı bulunan müdahalelerde, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, tedavi müdahalesinde mevcut olan aydınlatma yükümlülüğüne göre belirlenir²⁷¹.

Teşhis aydınlatmasında ise, hasta tıbbi bulgu konusunda aydınlatılır²⁷².

²⁶⁷ HAKERİ; s.111.

²⁶⁸ HAKERİ; s.111.

²⁶⁹ HAKERİ; s.111.

²⁷⁰ ÖZSUNAY; s.39, HAKERİ; s.111.

²⁷¹ HAKERİ; s.112.

²⁷² HAKERİ; s.112, İPEKYÜZ; s.77.

Hastanın ayrıntılı ve kapsamlı tıbbi tedbirler alınması gereken bir bulgu hakkında bilgilendirilmemesi, ağır tedavi kusuru yani, mesleki kusur olarak değerlendirilmektedir²⁷³.

2.Kullanılan ve Kullanılacak İlaçlar Konusunda Aydınlatma

Bu aydınlatma kapsamında, hastanın alınacak ilaçlar, dozları ve yan etkileri konusunda aydınlatılması gerekmektedir²⁷⁴. Burada bahsedilen aydınlatma yükümlülüğü, hekimin ilacı bizzat hasta üzerinde uyguladığı durumları kapsamakta olup; ilacın reçeteye yazılıp da hastanın kullanmasını tavsiye edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise, aydınlatma yükümlülüğü, hekim ile ilacı üreten²⁷⁵ ve satan eczacı arasında paylaşılmaktadır. Bu noktada hekimin ilacın doğrudan etkileri, ortaya çıkan yan etkileri ile ağır tehlikeleri konusunda hastayı anlatma yükümlülüğü ortaya çıkmakla birlikte, hekimin ilacın kutusundaki ve prospektüsündeki bilgilere atıf yapabileceğini belirtmekte fayda vardır²⁷⁶.

Bunun yanı sıra, hekim, tedavinin istenilen sonuçlarını ortaya koyması bakımından hastaya kullanılmasını tavsiye ettiği ilaçları tespit ederken, hastanın daha önce düzenli olarak kullandığı yahut halen kullanmaya devam ettiği ya da hastanın alerjisinin olduğu ilaçları tespit etmekle de yükümlüdür.

3.Araç Kullanma Konusunda Aydınlatma

Geleneksel veya yeni tıbbi müdahale ve yöntemlerin uygulanması sonucunda araç kullanmak hasta için tehlike teşkil ediyorsa hekim, hastasını bu konuda

²⁷³ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.198.

²⁷⁴ HAKERİ; s.112.

²⁷⁵ ÖZGÜL; s.191.

²⁷⁶ HAKERİ; s.113.

aydınlatmakla yükümlüdür. Aksi takdirde hekim, aydınlatma yükümlülüğü ve dolayısıyla özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacaktır²⁷⁷.

Doğrudan hekim tarafından tatbik edilen yâda kullanılması tavsiye edilen ilaçlar kullanıldıktan sonra veya lokal anestezi den sonra hastanın araç kullanma yeteneğinde azalma söz konusu olacak ise, hekimin hastasını bu konuda aydınlatması ve uyarması gerekmektedir²⁷⁸.

B. Karar Aydınlatması (Otonomi Aydınlatması)

Bu tür aydınlatma “*otonomi*”²⁷⁹ ya da “*kendi geleceğini belirleme aydınlatması*”²⁸⁰ olarak da ifade edilmektedir. Karar aydınlatması, hastanın serbest iradesiyle sorumluluğu kendisine ait olacak şekilde karar vermesinin sağlanmasıdır. Bu aydınlatma türüne göre, hasta yalnızca tıbbi müdahalede ortaya çıkacak riskler konusunda değil, teşhis ve tedavi süreci hakkında da aydınlatılmalıdır²⁸¹. Bu aydınlatma sonucunda hasta, hastalığının ne olduğu ve buna karşı nasıl önlemler alabileceğini bilerek, başına nelerin gelebileceğine vakıf olacaktır²⁸². Ancak tıbbi müdahalenin gidişatı hakkında her ince ayrıntı konusunda hastanın aydınlatılması gerekmez²⁸³. Bu sebeple karar aydınlatması, birtakım alt kategorilere ayrılır.

²⁷⁷ ÖZTÜRKLER; s.257.

²⁷⁸ ÖZGÜL; s. 192.

²⁷⁹ ÖZGÜL; s.192.

²⁸⁰ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.198.

²⁸¹ HAKERİ; s.116.

²⁸² ÖZDEMİR(Makale); s.353.

²⁸³ ŞENOCAK; s.52, İPEKYÜZ; s.79.

1. Teşhis Aydınlatması

Teşhis aydınlatması, hastanın, hekim tarafından yapılan tetkikler sonucunda hangi hastalığa duçar olduğu konusunda bilgilendirilmesidir. Burada hekim, elde ettiği bulgular sonucunda vardığı teşhisi hastaya bildirmelidir²⁸⁴.

Hekim kural olarak ağır, ölümcül nitelikte olan hastalığını dahi hastaya bildirmekle yükümlüdür²⁸⁵. Ancak hastanın tam anlamıyla ve doğru olarak aydınlatılması psikolojik olarak baskı altına girecek olmasına sebebiyet verip, zaten var olan bir riskin daha da artmasına vesile olacak ise, hekim teşhis aydınlatmasından vazgeçebilir²⁸⁶. Ancak bu durum hastanın hastalığın ciddiyeti konusunda aydınlatılmasına engel değildir. Hekim teşhis konusunda emin değil ise nihai teşhise ulaşmaya kadar, kanaatini hastaya bildirmemeli; hastanın gereksiz endişe etmesine mahal verilmemelidir²⁸⁷.

2. Süreç Aydınlatması

Tedavi sürecini ifade eden bu aydınlatmada, hasta tıbbi müdahale öncesi, sonrası ve gelişimi hakkında, kısaca yapılacak tedavinin tüm seyri hakkında bilgilendirilmekte, tedavinin türü, kapsamı ve nasıl devam edeceği konularında aydınlatılmaktadır²⁸⁸. Bu itibarla, bu aydınlatma sayesinde hasta, tedaviye rıza gösterirse ya da göstermezse, bu sürecin sonunda hangi durumda olacağı hakkında net bir bilgiye sahip olacaktır. Hekim tedavinin tüm sürecini ve en ince ayrıntılarını hastasına bildirmekle yükümlü olmayıp; müdahalenin ana hatlarını bildirmesi yeterli

²⁸⁴ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.198, HAKERİ; s.117, ÖZSUNAY; s.41, İPEKYÜZ; s.77, AYAN; s.72.

²⁸⁵ HAKERİ; s.117, ÖZGÜL; s.193.

²⁸⁶ HAKERİ; s.117.

²⁸⁷ DOĞAN; s.139, İPEKYÜZ; s.79, HAKERİ; s.118.

²⁸⁸ HAKERİ; s.118, İPEKYÜZ; s.78, BAŞPINAR(Aydınlatma); s.198.

olacaktır²⁸⁹.Hekim tarafından, tıbbi müdahale sürecinin aşamaları ve sonuçları hastaya özenle açıklansa da, son karar hastaya ait olacaktır. Bu iradenin en sağlıklı şekilde oluşabilmesi de, hekimin aydınlatma şekli, tarzı ve kapsamı ile son derece bağlantılıdır.

3.Alternatif Tıbbi Yöntemler Konusunda Aydınlatma

Bu aydınlatma türünde esas olan, hastanın diğer alternatif tıbbi yöntemler ve tedavi metotları konusunda aydınlatılmasıdır. Hastanın aydınlatılması ve dolayısıyla bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak cereyan etmesi için gerekli olan rızasının alınması için alternatif tıbbi yöntemlerin açıkça anlatılması ve karar verme yetkisinin hastaya bırakılması gerekir. Bu noktada hasta, kendi durumunda belirli bir tedavi yönteminin son çare olduğu değil; başka tedavi yöntemlerinin de alternatif teşkil edeceğini idrak etmelidir²⁹⁰. Burada alternatif tedaviden kastedilen ise, klasik bir tedavinin mi, yoksa ameliyatın mı, ilaç mı yoksa ışın tedavisinin mi söz konusu olduğudur²⁹¹.

Bunun yanı sıra, alternatif olma ihtimali olan ancak daha pilot(deneme) aşamasında olan bir tedavi yönteminin ise hastaya bildirilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla alternatiflerin bildirilmesinden anlaşılması gereken, geniş ölçüde ve yerleşmiş şekilde uygulanan yöntemler hakkında hastanın aydınlatılmasıdır²⁹².

4.Müdahale Yapılmamasının Sonuçları Konusunda Aydınlatma

Hasta tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatıldıktan sonra, müdahaleyi kabul edip etmeme konusunda serbesttir. Bu noktada hekime düşen en önemli yükümlülük,

²⁸⁹ ÖZDEMİR(Makale); s.354.

²⁹⁰ HAKERİ; s.120.

²⁹¹ HAKERİ; s.120.

²⁹² HAKERİ; s.121.

şayet tıbbi müdahalenin yapılmaması halinde hastanın duçar olacağı durumun kendisine açıkça anlatılmasıdır. Burada hekim, hastanın müdahaleyi reddetmesi durumunda ortaya çıkması muhtemel diğer hastalıklara da değinmek zorundadır.

Yargıtay konu ile ilgili kararında, kesik yaranın tedavisi için kendisine başvuran hastayı tedavi etmeyi üstlenen bir doktorun; nerede ve hangi ortamda oluştuğu bilinmeyen bu kesik yara nedeniyle tetanoz mikrobu almış olabileceğini, bu halde hasta sağlığının ve giderek yaşamının çok ciddi bir şekilde tehlikeye atılmış olduğunu bilmesinin mesleğinin gereği olduğu, bu nedenle doktorun tetanoz aşısının yapılmamasının ağır ve tehlikeli sonuçları hakkında, hastasını uyarmak, onu bilgilendirmekle yükümlü olduğu ve doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılmasını değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya varsa yakınlarına anlatması gerektiği açıkça ifade etmiştir.²⁹³

C. Risk Aydınlatması(Riziko Aydınlatması)

Hekim tıbbi müdahale için, meslek kuralları, tıbbi kurallar ve teknik gelişmelere uygun olarak, bu konuda bilinen yahut bilinmesi gerekli tüm etkiler konusunda hastasını aydınlatmalıdır²⁹⁴. Risk aydınlatması, tıbbi müdahalenin hatasız ve hukuka uygun olarak yapılmasına rağmen, hekim müdahalesi sonucunda meydana gelebilecek daimi veya geçici yan etkiler konusunda hastaya bilgi aktarılmasıdır²⁹⁵. Tıbbi müdahale sonrasında ortaya çıkması muhtemel ve önlenmesi konusunda tıp biliminin kesin garanti vermediği sonuçlar da risk aydınlatmasının kapsamına girer²⁹⁶.

²⁹³Yargıtay 13. H.D 2000/8582 E.- 2000/10298 K. 01.01.2000 Tarihli İlamı.

²⁹⁴ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.199, ÖZSUNAY; s.41, ÇİLİNGİROĞLU; s.60.

²⁹⁵BAŞPINAR(Aydınlatma); s.199, HAKERİ; s.122, ÖZDEMİR(Makale); s.355, OZANOĞLU; s.67, İPEKYÜZ; s.78-79.

²⁹⁶ HAKERİ; s.122.

Hekimin risk aydınlatmasındaki ölçütü, uygulanacak tıbbi müdahalenin taşıdığı riskin büyüklüğüdür. Zira uygulanacak tıbbi tedavinin riski ne kadar büyükse aydınlatmanın kapsamı da o denli geniş olmalıdır²⁹⁷. Hekim müdahalenin doğrudan tehlikeleri dışında, müdahalenin sonucu olarak ortaya çıkabilecek rizikolar konusunda da hastayı aydınlatmalıdır. Hasta yalnız müdahale sırasında ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların oranları konusunda değil; kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında karar vermesi bakımından önem arz eden bütün rizikolar konusunda aydınlatılmalıdır²⁹⁸. Yapılacak müdahalenin diğer organlara ve üçüncü kişilere tesiri konusunda da hastanın aydınlatılması gereklidir²⁹⁹. Hekim gerçekleşme ihtimali son derece düşük risklere de işaret etmeli; ancak bunlar üzerinde derinlemesine bir aydınlatma yükümlülüğü altına sokulmamalıdır³⁰⁰. Ancak estetik operasyonlarda, en küçük riskler konusunda bile hastalar aydınlatılmalı, tıbbi müdahalenin başarısız olması ihtimalinde mevcut olacak durum fotoğraf ya da diğer araçlar ile hastaya aktarılmalıdır³⁰¹. Bunun yanı sıra tıp biliminde henüz bilinmeyen bir riskin hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olmadığını belirtmek gerekir³⁰².

Yargıtay'ın hastanın yüz kırışıklarının giderilmesi için hekim tarafından enjekte edilen dolgu malzemesinin hastanın vücudunda meydana getireceği muhtemel komplikasyonlarının hastaya bildirilmediğinden ve bu konuda aydınlatılmış rızasına başvurulmadığından bahisle doktorun sorumlu olduğu açıkça ifade edilmiştir³⁰³.

Müdahale sırasında tıbbi bir hatanın meydana gelmesi ihtimalinde ortaya çıkabilecek neticelerin hastaya bildirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu durum aydınlatma yükümlülüğünün amacına aykırı düşecektir. Zira riziko aydınlatmasında

²⁹⁷ **OZANOĞLU**; s.68.

²⁹⁸ **HAKERİ**; s.123.

²⁹⁹ **HAKERİ**; s.123.

³⁰⁰ **HAKERİ**; s.123-124.

³⁰¹ **BAYRAKTAR**; s.127, **ÖZAY**, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2006, s.63.

³⁰² **ÖZGÜL**; s.200.

³⁰³ Yargıtay 13. H.D 2008/ 4519 E.- 2008/ 10750 K. ve 18.09.2008 Tarihli Kararı.

amaç, tıbbi kurallara uygun olarak yapılan bir tıbbi müdahale neticesinde meydana gelebilecek risklerin hastaya aktarılmasıdır³⁰⁴.

Hekim risklerin abartılmaması gerektiğine ilişkin bilgileri, hastasına aktarmalıdır. Sözgelimi, “*yapılacak tıbbi müdahalede varsa da daha önce böyle bir komplikasyonla karşılaşmadım.*” ya da “*daha önce hiç bu ihtimalin ortaya çıktığını görmedim*” şeklinde riskler yumuşatılıp, hastanın rahatlayacağı hale getirilmelidir³⁰⁵. Burada şu hususa da değinmek gerekir; hekim tarafından ciddi riskler sanki sıradan bir riskmiş gibi nitelendirilmeden, muhtemel ya da hayati tehlike içeren riskler uygun bir dil ya da üslup ile hastanın sosyal durumu da göz önüne alınarak hastaya aktarılmalıdır. Ancak **HAKERİ**, yapılacak tıbbi müdahalede ortaya çıkacak ölüm risklerin hastaya bildirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir³⁰⁶. **DOĞAN** ise; yapılacak tıbbi müdahale sırasında hastanın ölme ya da sakat kalma ihtimali varsa bunların hastaya bildirilmesi gerektiği ifade etmiştir³⁰⁷. Gerçekten de, hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin başarıya ulaşmasında, hastanın ruhsal durumu fevkalade önem arz ettiğinden ve dolayısıyla hastanın psikolojik ve fiziki gücü, hastalığın sona erip, tedavinin olumlu seyretmesinde etken bir unsurdur. Dolayısıyla, yapılacak tıbbi müdahalenin ölüm ile sona ermesi ihtimali son derece düşük ya da istisna teşkil edecek ise hastanın bu konuda aydınlatılması zorunlu değildir³⁰⁸.

Peki, risk aydınlatmasının sınırı nedir? Sınırın belirlenmesinde, hekimin, uygulayacağı tıbbi müdahalenin geleneksel ve yerleşmiş yöntemlerin tercih edilmesi yahut bundan uzaklaşılacak olmasına göre değişkenlik göstermektedir. Şayet hekim, geleneksel ve yerleşmiş yöntemleri uygulayarak tıbbi müdahaleyi nihayete erdirecek ise, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmakta; şayet yeni ve alternatif tıbbi yöntemlerin tercih edilmesi durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün

³⁰⁴ **HAKERİ**; s.124.

³⁰⁵ **HAKERİ**; s.126.

³⁰⁶ **HAKERİ**; s.124.

³⁰⁷ **DOĞAN**; s.142.

³⁰⁸ **ÖZDEMİR**(Makale); s.356.

kapsamı genişlemektedir³⁰⁹. Burada hekime düşen en önemli vazife, bütün alternatif müdahaleler ve yerleşmiş yöntemlerin doğrudan hastaya aktarılması, bunların hasta bakımından ortaya çıkaracak avantaj ve dezavantajları konusunda hastanın aydınlatılıp, kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında karar vermesinin sağlanmasıdır³¹⁰.

D. Masraflar, Ekonomik Külfet ve Zorunluluklar Konusunda Aydınlatma

Hekim, tıbbi müdahalenin hastaya maddi olarak maliyeti ve bunun sigorta tarafından karşılanıp karşılanmadığını konusunda hastayı aydınlatmalıdır³¹¹. Hekimin alternatif tıbbi tedavi ve müdahalelerinin maliyetinin ne olacağı konusunda da hastayı aydınlatması gereklidir. Zira bu durum da hastanın karar vermesinin önemli etkenlerinden bir tanesidir. Özellikle hasta bakımından maliyetinin son derece yüksek olduğu estetik operasyonlar hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir.

Ancak bu durum sanki hekimi mali danışmanmış gibi nitelendirecek boyuta getirilmemeli, abartılmamalıdır³¹².

E. Özel Durumlarda Aydınlatma

Hekim, hataları, tecrübeleri, varsa bulaşıcı hastalığı, aynı müdahalenin daha uygun ve daha güzel şartlarda yapılabileceği ve hastanın hastalığı için uzman hekimin görüşünü isteyebileceği konularında hastasını aydınlatmak zorundadır.

³⁰⁹ HAKERİ; s.124-125.

³¹⁰ HAKERİ; s.125.

³¹¹ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.199.

³¹² HAKERİ; s.132.

1. Hekim Hatası

Özel aydınlatmanın türlerinden birisini oluşturan hekim hatası, iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hekimin mevcut hasta üzerindeki hatalı müdahaleleri, ikincisi ise hekimin daha önceki hastalarına yapmış olduğu müdahalelerden edindiği tecrübelerdir. Ancak, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına kendi hatalarının eklenmesi, aydınlatma yükümlülüğünün genel içeriği ve Medeni Hukukun genel mantığıyla örtüşmemektedir³¹³.

Hekim, daha önceki tecrübelerine dayanan hatalı müdahalelerini hastaya bildirme yükümlülüğü altında değildir³¹⁴.

Hekimin, hasta üzerindeki hatalı müdahaleleri hastasına bildirme yükümlülüğü yoktur. Zira hatalı müdahale, hekimin cezai sorumluluğunu ortaya çıkaracağından kişinin kendisini suçlayıcı maddi vakıayı ve delilleri ortaya koyması Anayasa ve TMK mantığıyla çelişmektedir. TMK m. 6'ya göre herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığı ispat ile mükellef olduğundan, tıbbi müdahale sırasında hekimin hatası olduğunu ispat külfeti hastanın üzerindedir. Bunun yanı sıra Anayasa m.38. f IV: *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* denilmektedir. Bunun yanı sıra, tıbbi müdahale sırasında hata yapıldığı noktasında şüphe olmayan durumlarda, hekimin yan yükümlülük olarak bu durumu hastasına bildirilme yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığını ifade eden yazarlarda bulunmaktadır³¹⁵. Ancak yukarıda da açık ve ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin yalnızca sözleşmeden kaynaklanmadığından anılan durumun tarafımızca kabul edilmediğini ve hekimin böyle bir yükümlülük altında bırakılmaması gerektiğini ifade etmekte fayda görüyoruz.

³¹³ OZANOĞLU; s.69.

³¹⁴ HAKERİ; s.130.

³¹⁵ HAKERİ; s.130.

2. Hekimin Tecrübesi

Hekimin tecrübesi konusunda, hastasını aydınlatma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte; hasta tarafından bu konuda bilgi verilmesi istenirse, hekim hastasına tecrübeleri konusunda doğru bilgileri nakletmek zorundadır³¹⁶.

Bununla birlikte, estetik operasyonlarda; hekimin tecrübesi konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir. Bu itibarla hekim, estetik cerrahi konusunda tecrübeli olduğunu, fotoğraf ya da diğer vasıtalarla ortaya koymak durumundadır. Zaten estetik amaçlı operasyonlarda, hekim tecrübesi, hastanın sözleşme akdetme iradesinin ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamaktadır.

3. Kalite Aydınlatması

Kalite aydınlatması ile kastedilen hekimin, hastayı aynı tıbbi müdahalenin daha iyi koşullarda ve daha kaliteli bir yerde yapılabileceği konusunda aydınlatmasıdır³¹⁷. Hekimin, kendisine şifa bulmak amacıyla gelen hastaya, bu müdahalenin başka bir hastanede yapılması halinde daha iyi ortamda ve daha az risk barındırarak yapılabileceğini söyleme yükümlülüğü yoktur. Ancak hastanın sağlığına kavuşmak istemesi, daha üstün bir hak olduğundan, hekimin bu duruma işaret etmesi gerekmektedir³¹⁸.

4. Hekimin Hastalığı

Hekimin kendisinin hasta olması ve bu hastalığının bulaşıcı nitelikte olması durumunda, hastasına bu durumu bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde aydınlatma yükümlülüğünün ihlalden söz edilecektir. Sözelimi, hapşırma,

³¹⁶ HAKERİ; s.132.

³¹⁷ HAKERİ; s.133.

³¹⁸ HAKERİ; s.133.

öksürme, ter ya da tükürük yoluyla bulaşan Hepatit ya da Aids gibi hastalıkların hastaya bildirilmesi gereklidir.

5. Konsültasyon Aydınlatması (Mütahassısaya Yönlendirme)

Hastaların özgür iradeleri doğrultusunda, istediği, bilgi birikimine ve tecrübesine güvendiği hekimlerin teşhis ve tedavisini talep etme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

Nitekim HHY m. 9'a göre.:

“Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır.”

Yukarıdaki madde hükmü doğrultusunda, hastaların bir başka hekim tarafından tetkik edilmesini isteme hakkı vardır. Ancak burada şu soru akla gelebilmektedir: hekimler nadir görülen bir hastalık durumunda hastayı başka bir doktora yönlendirebilirler mi? Bu soruya verilecek cevap "evet" olacaktır. Zira hekimlik mesleği rekabet gerektirmeyen, mesleki dayanışma içerisinde hastalığa şifa bulma amacını taşıyan, bu doğrultuda diğer hekimlerle görüş alışverişi ve tecrübelerden istifade gerektiren, insan hakları ve hastanın sağlığının en ön planda olduğu bir meslek ve bir sanattır. Daha önce nadir görülen ve bir hekim tarafından bu nadir durumun ihtisas haline dönüşmesi söz konusu ise hastanın, bu hekime yönlendirilmesi ya da en azından bu hekimin bilgi ve tecrübelerinden istifade etmesi gerekmektedir. Nitekim Türkiye bu konuda acı tecrübeler yaşamıştır. Sözelimi, Antalya Akdeniz Üniversitesi'nde 21 Ocak 2012 tarihinde cerrah Ömer Özkan dünyada ilk başarılı yüz naklini gerçekleştirmiştir. Daha sonra edinilen bilgilere göre, kişisel hırslar sebebiyle kendisini cerrah Ömer Özkan'ı rakip olarak gören Hacettepe Üniversitesi'nde görevli Serdar Nasır, aynı anda çift bacak ve çift kol nakletmek

istemmiş ancak yapılan operasyon başarıya ulaşamayarak 27.02.2012 tarihinde Şevket Çavdar'ın ölümüyle sonuçlanmıştır.³¹⁹

Bu acı tecrübe, hekimlik mesleğinin kişisel hırslara alet edilmesi halinde nedenli büyük ve kötü sonuçlar ortaya çıkaracağını, bu hırs ve rekabetin etkilerini sadece şifasını arama niyetinde olan masum üçüncü kişiler üzerinde gösterdiği düşünülürse, konsültasyon aydınlatmasının günümüzde hekimin yükümlülüğü olarak kabul etmenin mantıksal zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

³¹⁹ Bilgi: [http://www.Sabah.Com.Tr/Gundem/2012/02/28/Cifte-Nakil-Husranla-Bitti\(E.T:14.11.2014\).](http://www.Sabah.Com.Tr/Gundem/2012/02/28/Cifte-Nakil-Husranla-Bitti(E.T:14.11.2014).)

III. BÖLÜM

AYDINLATMANIN İCRASI VE SINIRLARI

I. AYDINLATMANIN İCRASI

Teşhis ve tedavi sözleşmeleri, hekim ile hasta ya da hastanın temsilcisi arasında kurulan sözleşme olması dolayısıyla aydınlatmanın kural olarak hekim tarafından hastaya yönelik olarak ve müdahaleye başlanmadan yapılmış olması gerekir. Aydınlatma herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın yapılabilir ancak ispat kolaylığı bakımından yazılı olmasından fayda bulunmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişleyip daraldığı ve hatta tamamen ortadan kalktığı hallerde mevcuttur.

A.Aydınlatmanın Alacaklısı

II. Bölümde de ayrıntılarıyla izah edildiği üzere belirli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla rıza, hukuka uygunluk sebeplerinden birisidir.

Aydınlatılacak kişi, şayet ayırt etme gücüne sahip ise bizzat hastanın kendisi aydınlatılmalıdır³²⁰. HHY m. 18.'e göre : “*Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi*

³²⁰ HAKERİ; s.133, ÖZGÜL; s.204, ÇİLİNGİROĞLU; s.70, İPEKYÜZ; s.84.

halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.”..

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar açısından ise, müdahalenin önemi, yararı ve zararları konusunda hem küçük ve kısıtlının, hem de onların kanunî temsilcilerinin aydınlatılması gerekir³²¹. Kanuni temsilcinin müdahale anında bulunmaması halinde rıza aranmayacağından, zaruret hali nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilir³²².

HHY m. 24'e göre:

“Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

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.”

Tam ehliyetsizler bakımından ise, aydınlatılacak kişi, hastanın kanuni temsilcisidir³²³. Ancak ayırtım gücünün geçici olarak kaybı ve acil müdahale gereken hallerde aydınlatma gerekemeyebilir³²⁴. Hastanın, rıza yeteneğinin bulunmaması veya şuurunun kapalı olması durumunda, hastanın yakınları aydınlatılabilir.

Bunun yanı sıra hastanın rızasının alınmadığı, 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

³²¹ **AYAN**; s.82, **OZANOĞLU**; s.72.

³²² **AYAN**; s.83.

³²³ **OZANOĞLU**; s.72.

³²⁴ **AYAN**; s.83.

tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu 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.(HHY 24/7)

B. Aydınlatmanın Yükümlüsü

Aydınlatma yükümü, kişilik hakkının bir sonucu olduğu kadar, hekimlik sözleşmesinden doğan akdi bir yükümdür³²⁵. Bundan ötürü, aydınlatma yükümü, kural olarak, tedaviyi üstlenen hekim tarafından yerine getirilir³²⁶. Hekimin, bu görevi bizzat yerine getirmesi veya hemşire ya da bir başka sağlık personeline bırakmaması gerekir³²⁷. Ancak, hasta, farklı uzman hekimler tarafından birlikte tedavi ediliyor ise, her hekimin kendi alanı ile ilgili aydınlatmayı ayrı ayrı yapması gerekir³²⁸. Hekimin aydınlatma yükümünü bizzat yerine getirmemesi ve bunu bir başka hekim ya da sağlık personeline bırakması durumunda, meslektaşının bu aydınlatmayı gereği gibi yerine getirmiş olduğundan emin olması gerekir³²⁹. Hastanın karar vermesinin güç olduğu operasyonlarda, bizzat operasyonu yürütecek hekimin; anestezi uygulanacak hallerde anestezi uzman hekimin anesteziye ilişkin hastayı aydınlatması gerekir³³⁰. Bunun yanında hemşirelerin kural olarak aydınlatma yükümlülüğü olmamasına rağmen; kan alma, tansiyon ölçme gibi teamül gereği hemşirelerin görev alanına bırakılmış konularda hemşirelerin de aydınlatma

³²⁵ **AYAN**; s.81.

³²⁶ **ÖZSUNAY**; s.49, **AŞÇIOĞLU**; s.39, **AYAN**; s.81, **ŞENOCAK**; s.58, **OZANOĞLU**; s.72, **HAKERİ**; s.129.

³²⁷ **OZANOĞLU**; s.72, **YILMAZ**; s.402, **HANCI**(Malpraktis);,s.79.

³²⁸ **AŞÇIOĞLU**; s.39, **OZANOĞLU**; s.72, **UYGUR**; s.170.

³²⁹ **HAKERİ**; s.134-135.

³³⁰ **HAKERİ**; s.135.

yükümlülüğü vardır³³¹. Bunun yanı sıra hekim tarafından tedavinin devamı ve tamamlanması için hastaya kullanılan ilaçların, tüketim ve kullanım şekilleri ve ilaçların yan etkileri noktalarında da hastalar aydınlatılmalıdır³³². Hasta, herhangi bir nedenle tedaviyi ya da ilacı reddedebilir, tedaviden ya da ilacı kullanmaktan vazgeçebilir, ilacın değiştirilmesini isteyebilir³³³. Dolayısıyla, aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından, bizzat tedaviyi üstlenen hekim sorumlu olacaktır³³⁴.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü bir başka kişiye bırakmış ve bıraktığı kişinin, hastayı yanlış ya da eksik olarak aydınlatması dolayısıyla bir zarar meydana gelmiş ise, hekim ile aydınlatma yükümlülüğü kendilerine bırakılan kişiler meydana gelen zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.

C. Aydınlatmanın Şekli

Türk Hukuku'nda aydınlatmanın şeklinin nasıl olacağını düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır³³⁵. Dolayısıyla hekim tarafından hastanın aydınlatılması herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp; sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir³³⁶. Ancak ileride yaşanması muhtemel hukuki uyumsuzlukların

³³¹ **HAKERİ**; s.135.

³³² **DOĞAN**; s.153, **ÖZEL**, Çağlar/ **BÜYÜKTANIR**, Burcu G. Özcan; “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; Cilt 66, Sayı 2 (2008); 327-344, File:///C:/Users/HP/Downloads/10511-24065-1-SM%20(1).Pdf, s.332.

³³³ **ÖZEL/BÜYÜKTANIR**(İlaç); s.333.

³³⁴ **UYGUR**; s.170.

³³⁵ **BAŞPINAR**(Aydınlatma); s.202: “Böyle bir davranışta isabet vardır. çünkü daha öncede ifade edildiği üzere hekim ile hasta arasındaki ilişki genel olarak iş görme edimini ihtiva eden diğer sözleşmelere göre, güven ilişkisinin en yoğun olduğu vekalet sözleşmesine dayanır. Bu sebeple aydınlatma ile ilgili olarak özel bir şekil şartının aranmaması işin mahiyetine uygun düşmektedir.”

³³⁶ **OZANOĞLU**; s.72, **HAKERİ**; s.139: "Aydınlatmanın şekli hususunu uygulama hekime bırakmıştır. Buna göre hekimin hastasına müdahale konusunda doğru bir tasavvuru nasıl oluşturacağı konusunda hukuksal bir şekil belirlenemez. Somut olayda sorumluluk anlayışı içinde yapacağı konuşmasını hekimin kendisi şekillendirebilir.” **ÇAKMUT**; (Aydınlatılmış Onam), s. 21.

çözümünde ispat kolaylığı sağlaması açısından aydınlatmanın yazılı olması kolaylık sağlar³³⁷. Doktrinde bazı yazarlar rızanın yazılı olması gerektiğine ilişkin hükümler, aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucuna götürmeyeceğini ifade etmişlerdir³³⁸. Ancak bu tespit eleştiriye açıktır. Zira HHY m. 28 f.I.'de: “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir*” denilerek rıza için özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Çünkü aydınlatmanın hekim tarafından yazılı belge ile ispatlanması hekimin sorumluluğunun sonucunu etkileyebilir³³⁹.

Bunun yanı sıra aydınlatma kişisel olmalıdır³⁴⁰. Bu nedenle matbu formlarla hastanın aydınlatılması yalnızca prosedüre yönelik işlemler olduğundan, hastanın özellikle müdahaleyi yapacak hekim tarafından aydınlatılması gerekir. Hekim bu konuşmada hastanın korkularını üzerinde durarak onları yenmesinde yardımcı olmalı, beklentilerini öğrenip; bunları mümkün ölçüde karşılamayı hedef edinmelidir³⁴¹.

Hekim hastanın kültür, eğitim düzeyi, yaşı, sosyal durumunu göz önüne alarak, tıp terimlerinden uzak ve hastanın anlayabileceği bir dil ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeli, hastanın anlatılanları anladığından emin olmalıdır³⁴².

D. Aydınlatma Yükümlülüğünün Zamanı

Aydınlatmadan sonra, hastanın rızası alınarak tıbbi müdahale yapılmaya başlanacağından; müdahaleye başlanmadan önce hastanın aydınlatılması

³³⁷ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.202, ÖZEL/BÜYÜKTANIR(Aydınlatılmış Rıza); s.60-61.

³³⁸ ÖZGÜL; s.216, ÖZSUNAY; s.53,İPEKYÜZ; s.86.

³³⁹ BAŞPINAR(Aydınlatma); s.202.

³⁴⁰ HAKERİ; s.140,BAYRAKTAR; s.129.

³⁴¹ HAKERİ; s.140.

³⁴² ÇAKMUT(Aydınlatılmış Onam); s.21, HANCI(Malpraktis); s.81.

gerekmektedir³⁴³. Zira hasta, onamdan her zaman dönebilme hakkına sahip olduğuna göre; tıbbi müdahaleye başlanmadan, düşünmesine imkân veren makul bir süre hastaya tanınmak kaydıyla aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. *Ozanoğlu'na* göre; aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiğinin tayini için somut olayın özelliklerine, yapılacak tıbbi müdahalenin ağırlığına, gerekliliğine bakılması gereklidir. Bu itibarla acil durumlar dışında aydınlatmanın, hastanın konuyu değerlendirebilmesi, ailesi ve yakınları ile istişare edebilmesine³⁴⁴ imkân verecek zamanda ve tabi ki müdahaleden önce yapılması gerekir³⁴⁵. Bu durum hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamına girdiğinden, hasta biran önce karar vermek zorunda olduğu baskısını üzerinde hissetmemelidir.

II. AYDINLATMANIN KAPSAMI

Türk Hukukunda aydınlatmanın kapsamını belirleyen herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, ülkenin sosyo-kültürel yapısı en önemli ölçüttür³⁴⁶.

TDN m.14.'de hastanın aydınlatılması hususuna işaret edilmiştir. “*Tabip ve dış tabibi, hastaların vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*”

³⁴³ YILMAZ; s.405.

³⁴⁴ KICALIOĞLU; s.111.

³⁴⁵ OZANOĞLU; s.73.

³⁴⁶ OZANOĞLU; s.70, AYAN; s.75, BAYRAKTAR; s.128.

HHY m. 31.'de yine hastanın aydınlatılmasına işaret edilmiştir: “ *Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.* ”

TTB Meslek Etik Kurallarının “*Aydınlatılmış Onam*” başlıklı m.26. ‘ya göre 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 konularında aydınlatır.”

Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde iki ölçüt kıstas alınabilir. Bunlardan ilki, hastanın kendisidir. Hekimin takdirine bırakılarak genel bir kural koymaktan ziyade, hastanın kişiliğine, beklentilerine, hekimi anlayabilme kabiliyetine, kültür ve eğitim seviyesine bakılarak hastanın aydınlatma yükümlülüğünün sınırını oluşturulmalıdır³⁴⁷. Aydınlatma kapsamının sınırını ortaya koyan ölçütlerden ikincisi ise, aydınlatmanın kapsamını belirleyecek müdahalenin ağırlığı yahut hafifliği; kat’i surette gerekliliği yahut gerekli olmayışı olacaktır³⁴⁸. “*Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları*” başlığı altında bu husus irdeleneceğinden burada tekrara mahal verilmemiştir.

A. Aydınlatma Yükümlülüğünün Sınırları

Aydınlatma yükümlülüğü aşağıdaki sebeplerin varlığı halinde daralabilir ya da genişleyebilir.

³⁴⁷ HAKERİ; s.138.

³⁴⁸ HAKERİ; s.138.

1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daralması

Aydınlatma yükümünün kapsamı, tıbbi müdahalenin ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilmekte ve daralabilmektedir. Bunların başında, müdahalenin acil ve zaruri olduğu haller gelir³⁴⁹. Diğer yandan, yapılacak olan müdahalenin tehlikesi ve yan etkileri çok az ise, hastanın dar kapsamlı ve kısaca hatta *“sadece değinilerek”*³⁵⁰ aydınlatılması bile yeterli olacaktır³⁵¹. *“Gerçeğin tüm yönleri ile anlatılmasının hastanın psikolojik açıdan zarar görmesine sebep olabileceği durumlarda, aydınlatma daha dar kapsamda yapılabilecektir.”*³⁵²

2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlemesi

Rizikonun ağırlaşması, müdahalenin ciddiyet ve aciliyeti aydınlatmanın kapsamının genişlemesine sebebiyet vermektedir. Risk ne kadar ağır ise aydınlatma da o kadar geniş ve ayrıntılı olacaktır³⁵³. Tıbbi müdahalenin, acil olmadığı durumlarda, tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan tıbbî müdahalelerde (sözgelimi midede arızı ağrılar yüzünden safra kesesinin alınması tavsiyesi) ve estetik amaç taşıyan müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir³⁵⁴. Özellikle, riziko aydınlatmasının kapsamı geniş tutulmalı ve hastaya nadir görülebilecek riskler dahi açıklanmalıdır³⁵⁵. Aynı şekilde kişinin hayatında ağır sonuçları doğurması muhtemel cinsiyet değişikliği, doku, organ aktarmaları ile kısırlaştırma gibi önemli müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı daha da genişleyecektir³⁵⁶. **HAKERİ**'ye göre bu gibi ağır sonuçların meydana gelmesi muhtemel müdahaleler yapılmadan önce hastanın psiko-sosyal olarak da iyice

³⁴⁹ ŞENOCAK; s.53, AYAN; s.78, YILMAZ; s. 400.

³⁵⁰ HAKERİ; s.138.

³⁵¹ ÇİLİNGİROĞLU; s.66, AYAN; s.78.

³⁵² UYGUR; s.160.

³⁵³ HAKERİ; s.138.

³⁵⁴ ÇİLİNGİROĞLU; s.65, AYAN; s.76, OZANOĞLU; s.70.

³⁵⁵ ŞENOCAK; s.51.

³⁵⁶ AYAN; s.77, OZANOĞLU; s.70, ÇİLİNGİROĞLU; s.66.

aydınlatılması gerekir³⁵⁷. Bu durum, Fransız hukukunda, estetik müdahaleler için hekimin “*kuvvetlendirilmiş aydınlatma borcu*” olarak ifade edilmektedir³⁵⁸. Türk hukukunda da estetik ameliyatlara için hekimin aydınlatma yükümlülüğü daha geniş olup; gerçekleşme ihtimali az olan komplikasyonların bile açıklanması savunulmaktadır³⁵⁹.

B. Aydınlatmanın Mümkün Olmadığı Haller

Hastanın bilincinin kapalı olması durumunda aydınlatılmasının mümkün olmaması ve kanuni temsilcisine de ulaşamıyorsa yahut aydınlatma gerekliliği müdahale esnasında doğmuş ise; hekim, hastanın makul surette aydınlatılması halinde yapılacak müdahaleye rıza göstereceği kanaatinde ise, varsayılan rıza ve zorunluluk haline istinaden, hastaya müdahalede bulunabilir³⁶⁰. Yeter ki hekim, yanlış teşhis veya eksik operasyon sebebiyle bu duruma bizzat sebebiyet vermemiş olsun³⁶¹.

Hastanın sınırlı uyuşturma ile vücudunun opere edilecek muhtelif yerlerinin uyuşturulması durumu söz konusu ise; hekimin, hastanın farazi ya da varsayılan rızasına dayanarak müdahalede bulunması hukuka aykırı olur. Zira böyle bir durumda hastanın bilinci açıktır ve dolayısıyla aydınlatılmasında ve rızasının alınmasında herhangi bir problem yoktur³⁶².

³⁵⁷ HAKERİ; s.139.

³⁵⁸ ÖZAY; s.62.

³⁵⁹ ÖZSUNAY; s.39, BAYRAKTAR; s.127, ÇİLİNGİROĞLU; s.65.

³⁶⁰ BAYRAKTAR; s.41; ÖZGÜL; s.221, ÖZSUNAY; s.44, HAKERİ; s.142.

³⁶¹ HAKERİ; s.142.

³⁶² HAKERİ; s.143.

Ayrıca savaş, toplu kazalar, doğal afet gibi birtakım istisnai durumlarda ivedilik hali söz konusu olduğundan ve her dakikanın insan hayatı için büyük önem arz ettiği bu gibi durumlarda da aydınlatma yükümlülüğünden söz edilmeyecektir³⁶³.

C. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Haller

Bazı hallerde hekimini hastayı aydınlatma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu halleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

1.Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hasta kendisine yapılacak tıbbi müdahale hakkında gerek kendisinin gerekse yakınlarının bilgi sahibi olmasını istememesi durumunda, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır³⁶⁴. Vazgeçme hakkı, hastanın hekime duyduğu güvenden ötürü tam bir teslimiyet duyduğunun göstergesi olabileceği gibi³⁶⁵ tıbbi müdahale yahut teşhisten ortaya çıkacak gerçeklerle yüzleşmemek amacıyla da ortaya çıkabilir.

Hastaya bu hak HHY ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunun m.10 f.II. tarafından tanınmıştır. Nitekim;

HHY m. 20.'ye göre:

“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

³⁶³ HANCI(Malpraktis); s.74.

³⁶⁴ HAKERİ; s.143, ÖZSUNAY; s.44, ŞENOCAK; s.57, BORAN; s.100.

³⁶⁵ HAKERİ; s.143, UYGUR; s.162.

olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 27.'de ise :

“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.”

Biyotıp Sözleşmesi m.10 f. II hükmüne göre:

“Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.”

Tüm bu düzenlemeler karşısında TMK'nın m.23 f. II hükmüne göre: “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi ancak bu vazgeçmenin hukuka ya da ahlaka aykırı olmadığı hallerde geçerlidir³⁶⁶.

Bunun yanında hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesini ortaya koyan iradesinin örtülü olmaması; bu vazgeçmenin açık olması gerekir³⁶⁷. Ayrıca hastanın aydınlatılma hakkından ortaya koyduğu açık irade beyanıyla vazgeçtiğini ispat hekime düşmektedir³⁶⁸.

Hastanın kendisine yapılacak bütün tıbbi müdahaleler için aydınlatılma hakkından vazgeçmesi mümkün değildir³⁶⁹. Zira hastanın aydınlatılması, tıbbi

³⁶⁶ HAKERİ; s.144, ŞENOCAK; s.58.

³⁶⁷ HAKERİ; s.144, ÖZGÜL; s.222.

³⁶⁸ İPEKYÜZ; s.88.

³⁶⁹ ÖZGÜL; s.222, ÇİLİNGİROĞLU; s.302.

müdahaleye hastanın vereceği rızanın önkoşulu olup, hastanın kendi geleceği ile ilgili karar vermesi, yaşam hakkı, maddi ve manevi vücut bütünlüğünü üzerindeki tek belirleyici olma amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla hastanın kendi vücudu üzerinde yapılacak tüm tıbbi müdahalelere razı olduğu ve aydınlatılmak istemediğini içeren sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır³⁷⁰. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yanı sıra, aydınlatma hakkından genel olarak vazgeçmesi temel ve hak ve hürriyetlerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması olarak nitelendirilir³⁷¹. Aydınlatılma hakkından vazgeçilmesi hak ve fiil ehliyetinden de kısmen vazgeçme anlamına geldiği için TMK m. 23 hükmüne göre geçerli değildir. Hastanın özgür irade beyanına dayanmayan her vazgeçme hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir³⁷².

Tıbbi müdahalede yer alan olağan işlemler için tek tek rıza alınmış olması aranmayacağından tıbbi müdahalenin olağan olarak nitelendirilecek işlemleri özel bir risk barındırmıyorsa, hastanın ayrıca aydınlatılmasına gerek yoktur. Nitekim, HHY m. 31: “Hastanın uygulanacak tıbbî müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar” demektedir. Böylece, asıl tıbbî müdahale konusunda hasta bilgilendirildikten sonra, bu tıbbî müdahale kapsamında yer alan, olağan olarak yapılması gereken ve hasta açısından özel bir risk oluşturmayan işlemler açısından hastanın bilgilendirilmesine ve dolayısıyla ayrıca rızasına başvurulmasına ve aydınlatılmasına gerek yoktur³⁷³.

2. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hastanın, daha önce bir başka hekim tarafından aydınlatılmış olması yahut hastaya daha önce hekimin aydı müdahaleyi uygulamış olması durumunda, hastanın önceden bilgisinin olduğu varsayılır ve bu durumda hastanın, hekim tarafından

³⁷⁰ ÖZGÜL; s.222.

³⁷¹ ÖZGÜL; s.222.

³⁷² İPEKYÜZ; s.88,BORAN; s.101.

³⁷³ HAKERİ; s.163.

aydınlatılmasına gerek duyulmamaktadır³⁷⁴. Ayrıca hastanın bu bilgiyi nasıl elde ettiğinin hiçbir önemi yoktur. Bu bilginin, broşürlerden, kitaplardan, hastanın daha önceki hastalıklarındaki tecrübesinden, internet ortamından öğrenilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Yeter ki, hekimin hastanın aydınlatılmasına ihtiyacı olmaması konusunda herhangi bir şüphesi olmasın³⁷⁵.

Hastanın kendisinin hekim ya da hemşire olması durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ihtiyaç duyulmamaktadır³⁷⁶. İfade etmek gerekir ki hasta olan hekimin, müdahaleyi yapacak hekim tarafından aydınlatılmaması zorunluluğunun doğması için, hasta olan hekimin ihtisas alanı dairesinde kendisine müdahale yapılması gerekir. Sözelimi dış hekim olan bir hastanın, kalp ameliyatına girdiğinde, müdahaleyi yapacak hekim tarafından aydınlatılması gerektiği kuşkusuzdur.

3. Aydınlatmanın Hastada Olumsuz Tesir Bırakması

Şüphesiz ki insanlar hayatları ve sağlıkları hakkında olumsuz giden bir şeyler gördüklerinde panik ve korkuya kapılırlar. Hastaların, uzman doktorlara bir nevi sığınması, hastaların onların bilgi ve tecrübelerinden istifade etmek istemeleri ve hastanın hastalıkla mücadele konusunda hekim tarafından inandırılmaları ve desteklenmeleri gibi sebeplere dayanmaktadır. Bu itibarla hekimler, hastalığına şifa arayan hastaları ümitsizliğe düşürmemek, onları hayata yeniden bağlamak için, hastayı aydınlatma yükümlülüğünü uygun bir dil ve üslup ile yerine getirmelidir. Bunun için hekimin, hastayı yakından tanınması, onun psikolojik durumunu, beklentilerini çok iyi bilmesi, doğrudan ve pürüzsüz bir iletişim içinde olması gerekir.

³⁷⁴ ÖZGÜL; s.224, BORAN; s.102, AYAN; s.79,ÇİLİNGİROĞLU; s.68.

³⁷⁵ HAKERİ; s.145.

³⁷⁶ ÖZSUNAY; s.45, ŞENOCAK; s.57,UYGUR; s.168.

HHY m. 19:

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

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

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

Hastanın kendisinin ve çeşitli tahlillerinin tetkik edilip teşhisin ortaya koyulmasıyla birlikte hastanın mevcut durumunun son derece ümitsiz olması ya da yapılan tıbbi müdahalenin sonucu ne kadar tehlikeli olursa olsun, hekimin kat'i surette, en ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi ve hastanın aydınlatılmasını beklemek hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi, en nihayetinde insan olan hekimin fitratı ve psikolojisi üzerinde olumsuz tesirler ortaya çıkarabilir. Böyle bir durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğünden muaf tutulması son derece isabetli bir tercih olacaktır. Bunun yanında, teşhis ve tedaviden sonra ortaya çıkacak durum, hastayı ne kadar büyük bir buhrana sürükleyecek ise, aydınlatmaya olan ihtiyaç da o oranda azalacaktır³⁷⁷. Bu sebepten ötürü, hekim tarafından ortaya konan teşhisin hastaya bildirilmesi ve uygulanacak ya da uygulanmış tedavi sonucunda ortaya çıkacak mevcut durumun, hastada büyük acı ve manevi yıkıma sebebiyet vermesi ihtimalinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi noktasında takdir hakkı tanınmalıdır³⁷⁸. Dolayısıyla böyle bir durum ile karşılaşan hekim, aydınlatma yükümlülüğünü hiç yerine getirmeyebileceği gibi, sınırlı olarak da

³⁷⁷ ÖZGÜL; s.225.

³⁷⁸ ÖZSUNAY; s.47,ŞENOCAK; s.55,ÖZTÜRKLER; s.74.

yerine getirebilir. Uygulamada kanser hastalarına, hastanın hekim ile işbirliği yaparak³⁷⁹ hastalığı atlattırmasının sağlanması, manevi yıkıma uğramaması için; hekimlerce aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirmedikleri görülmektedir.

Başlangıçta, hekimin yukarıda anılan sebeplerle aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ya da sınırlı olarak yerine getirmesi durumunda hekimin takdir yetkisinin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıyla çatışma içinde olduğu düşünülebilir. Ancak bu takdir yetkisinin kullanılması hem hasta hem de hekim bakımından çift yönlü olumlu etki yaratacaktır. Hasta bakımından moral bulma ve hastalıkla mücadele ruhunu kazanma olarak nitelendirilebileceğimiz bu etki; hekim bakımından rahat ve stressiz ortamda sadece görevlerine odaklanma etkisini doğuracaktır. Zira her hastanın güçlü bir psikolojiye sahip olmadığı, gerçeklerle baş edebilecek irade ve dirayetin her hastada eşdeğer olmadığı, her hastanın kendisiyle ilgili acı gerçekleri bilmesinin yerinde olmadığı izahtan varestedir. Bunun yanında, hekimlerin de profesyonel olmalarının yanında insani duygulara sahip olduğunu unutmadan, onları bu kadar zor bir yükümlülük altına sokmanın anlamsız olduğu da bir köşeye bırakılmamalıdır.

4.Acil Durumlar

Tıbbi müdahalenin yapılmasının geciktirilmesinde, hastanın ölmesi yahut sağlığının ağır bir zarara uğramasından endişe edilmesi durumunda, hastanın aydınlatılmasına ve rızasının alınmasına gerek duyulmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir³⁸⁰. Bu durumlarda göz önünde bulundurulacak olan, hastanın varsayılan, farazi iradesidir³⁸¹. Farazi irade ise; “*hasta müdahalenin risk ve tehlikelerine bilseydi dahi rıza verirdi*” düşüncesine dayanır³⁸². Hastanın hayatta

³⁷⁹ UYGUR; s.165.

³⁸⁰ ÖZGÜL; s.227,ŞENOCAK; s.57.

³⁸¹ ŞENOCAK; s.57.

³⁸² ÖZTÜRKLER; s.75.

kalması hiçbir hak ile yarışamayacağından, tıbbi müdahalenin aydınlatmaya gerek kalmaksızın yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

HHY m. 24 f. VII.hükmüne göre :

”Hastanın rızasının alınmadığı 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 hükmün kıyasen aydınlatma yükümlülüğüne uygulanması gerektiğini ifade etmek gerekir³⁸³.

5. Hastanın Aydınlatılmasının Anlamsız Hale Gelmesi

Aydınlatma zorunluluğunun bulunmadığı son hal ise, hastanın aydınlatılmasının anlamını yitirmiş olmasıdır. Doğaldır ki, artık hiçbir tıbbi müdahalenin cevap vermediği ve artık ölümü gerçekleşmek üzere olan bir hastanın sırf ağrılarını hafifletmek amacına matuf tıbbi müdahalelerin yapılması için hastanın rızasına gerek duyulmamaktadır³⁸⁴.

III. AYDINLATMANIN İSPATI

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı konusunda Türk Hukuku’nda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Hastanın vücuduna yapılacak her türlü müdahalenin hukuka aykırı olduğu ve dolayısıyla yapılan müdahalenin hastanın rızası ile yapıldığı, hastanın yapılan tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğine ilişkin iddiayı ispat hekime düşmektedir. TMK m.24 gereğince kişinin müdahaleye rızası bulunmadığı karinesinden yola çıkılarak, ispat yükünün ters çevrildiğini söylemek mümkündür³⁸⁵.

³⁸³ HAKERİ; s.148.

³⁸⁴ HAKERİ; s.148.

³⁸⁵ OZANOĞLU; s.75.

Çıkması muhtemel bir nizada, yargılama aşamasında hukuka uygunluk sebebinin iddia olarak ortaya atacak ve bundan istifade edecek kişinin hekim olması, bu konuya ilişkin belgeler hekimin elinde olduğundan, rızanın ve dolayısıyla aydınlatmanın ispatı hekime düşecektir³⁸⁶. Bununla birlikte, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın zayıf ve korunmasız durumda bulunması sebebiyle de hekimin ispat yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Ancak sözleşmenin ihlal edildiği ve zararlar- hekimin fiili arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat ise hastaya düşmektedir³⁸⁷. Ayrıca hastanın aydınlatıldığı her türlü delille ispatlanabilir³⁸⁸.

³⁸⁶ HAKERİ; s.154, AYAN; s.86.

³⁸⁷ OZANOĞLU; s.75, ŞENOCAK; s.88.

³⁸⁸ KAYA(Sorumluluk); s.67.

IV. BÖLÜM

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ

Yukarıda açık ve ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun ortamda cereyan etmesi için hastanın rızasının alınması; hastanın rızasının alınması için, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile hasta hekim tarafından yeterince bilgilendirilmemiş ise, eksik ve yanıltıcı bilgilendirme yapılmış ise, hastanın tıbbi müdahaleye verdiği rıza geçerliliğini kaybedecektir³⁸⁹.

Konumuz genel itibariyle özel hukuk anlamında aydınlatma yükümlülüğü olmasına rağmen, aydınlatma yükümlülüğünün TCK bakımından da yaptırımlarının olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinde kusurun ağırlığı ve ortaya çıkan sonuca göre; kasten veya taksirle adam öldürme ya da yaralama suçlarından hekimin cezalandırılması mümkün olabilecektir. Hekimin, cezai sorumluluğunun doğması için, hastanın aydınlatılması yapılmış olsa idi yâda tam ve eksiksiz aydınlatılmış olsa idi, hastanın iradesinin farklı yönde sonuç doğuracağına ortaya konması ve ispatlanması gerekir³⁹⁰.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü tamamen yok etmesi ya da zarar vermesi halinde bu zararın tazmini yükümlülüğü ortaya çıkar³⁹¹.

³⁸⁹ TACİR, Hamide; Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul-2011, s.184.

³⁹⁰ TACİR; s.184.

³⁹¹ AYAN; s.121, AŞÇIOĞLU; s.100, KAYA(Sorumluluk); s.69.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali bazen hastanın yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğü gibi kişilik değerlerinde istenmediği değişikliklere, bu değişiklikler ise kişinin malvarlığı veya kişisel değerlerinde bir eksilmeye neden olur³⁹². Bu kapsamda, kişinin malvarlığında meydana gelen zararlar maddi zarar; kişinin para ile ölçülemeyen şahıs varlığına ilişkin zararlar ise manevi zararlar kapsamında mütalaa edilirler. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, hastanın rızası ortadan kalkacağından ve dolayısıyla hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınacağından; yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı gelecek ve kişilik hakkı ihlal edilmiş olan hastanın vücut bütünlüğüne el atıldığından ve hasta buna katlanmak zorunda bırakıldığından dolayı, hastanın maddi ve manevi zararı söz konusu olacaktır³⁹³. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, gerek haksız fiil gerekse teşhis ve tedavi sözleşmesine aykırılık sebebiyle, tazminat davaları açılabilecektir.

I. MADDİ TAZMİNAT DAVASI

Tıp biliminin, ahlak ve hukuk düzeninin onaylamadığı bir hekim davranışı nedeniyle hastanın ölmesi ya da geçici ve/veya sürekli iş görememe (çalışma gücü kaybı) durumunda kalması halinde meydana gelen zararlar, maddi zarar kalemi içerisinde değerlendirilirler³⁹⁴. Burada hekimin sorumluluğundan bahsedebilmek için, ortaya çıkan zararın, hekimin kusurlu, hukuka aykırı veya sözleşmeye aykırı eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde olması gerekir.

³⁹² AŞÇIOĞLU; s. 99.

³⁹³ AŞÇIOĞLU; s.100, KAYA(Sorumluluk); s.69-70.

³⁹⁴SAVAŞ, Nuriye; "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Makaleleri, Sh.: 157-179, İstanbul Barosu Yayınları-2012; s.162.

A.Hastanın Ölümü Halinde Maddi Tazminat

Hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması ve yapılan tıbbi müdahalenin rızası hilafına yapılmış olması neticesinde hastanın ölmesi durumunda uğranılan zararlar TBK m.53'de belirtilmiştir. İlgili maddeye göre:

"Ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

Hastanın ölümü halinde, ölenin gömülmesi için yapılan giderler(yıkama, mezar kazma, mezar taşı ve etrafının yapılması, cenaze nakil ücreti, dini gereklerden ortaya çıkan merasimler) cenaze gideri olarak değerlendirilip, bunların tazmini talep edilebilir³⁹⁵.

Ölüm olayı hemen gerçekleşmedi ise, hasta tarafından yapılan tedavi giderleri ve çalışma gücünün sürekli ve/veya geçici kaybından ötürü ortaya çıkan zararlarında talep edilebilmesi mümkündür. Cismani zarara uğrayan kimsenin, işinden geri kalması, çalışmamış olması, iş görme ve para kazanma yeteneğinde ciddi bir azalma nedeniyle malvarlığında ortaya çıkan zararlara "iş göremezlik" adı verilmektedir³⁹⁶. Zarar görenin, davadan ya da dava açılıp da hüküm verilmeden önce tam olarak iyileşmesi halinde geçici iş göremezlik söz konusu olur³⁹⁷. Çalışma gücünün geçici olarak kaybında, hastanın beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle eski sağlığına

³⁹⁵ AŞÇIOĞLU; s.101.

³⁹⁶ UÇAKHAN, Sema Güleç; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 7. Baskı, Ankara-2014; s.249.

³⁹⁷ UÇAKHAN; s.250.

kavuşup da fiilen çalışacak hale geleceği süre yönünden kazanç kaybı söz konusu olur³⁹⁸. Bir kişinin cismani bütünlüğünün ihlali sonucu, fiziki, psiko-sosyal potansiyellerin ortadan kaldırılması ve bu durumun kişide sürekli bir sakatlığa sebep olması durumunda sürekli iş göremezlik durumu söz konusu olur³⁹⁹. Çalışma gücünün sürekli olarak kaybında hastanın maddi zararının hesaplanması birden fazla kümülatif şart barındırır. Zira maddi zararın hesabında, hastanın yaşı, mesleği, gelir durumu, varsa kusur ve müterafik kusuru gibi birtakım unsurlar göz önüne alınır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi ve yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması sonucunda hastanın ölmesi halinde, ölen hastanın maddi desteğini alan kişilerin destekten yoksun kalma tazminat almaları mümkündür. Bu davada, hastanın desteğini alanlar davacı; hekim ise davalı konumunda yer alır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için, bu talepte bulunan kişinin yalnızca ölen kişinin mirasçısı olmasına gerek yoktur. Bu itibarla ölen hasta ile destekten yoksun kaldığını iddia eden kimse arasında sürekli, eylemli ve düzenli bir desteklik ilişkisi bulunması gerekmektedir. Ayrıca, gelecekte bu destekten yararlanması gerekirken bu destekten yoksun kalan cenin dahi bu davalarda davacı olabilmektedir⁴⁰⁰.

Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında, destekten yoksun kalma tazminatının, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasına ilişkin olduğunu, ancak bu tazminatı talep edebilmek için ölenle destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığının gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰¹

³⁹⁸ **KAYA**(Sorumluluk); s.71.

³⁹⁹ **UÇAKHAN**; s.270-271.

⁴⁰⁰ **SAVAŞ**; s.162.

⁴⁰¹ Yargıtay HGK. 2012/17-215 E.-2012/413 K. ve 27.06.2012 tarihli ilamı, Yargıtay HGK. 21.04.1982 gün, 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı kararı.

Yargıtay'ın bir başka kararında ise, destekten yoksunluk tazminatının, ölüm nedeniyle ortaya çıkan, miras hukukundan bağımsız, yansıma yoluyla uğranılan maddi zararın tazmini amacını güden talep olduğunu belirtmiştir⁴⁰².

Destekten yoksun kalma zararının dava açılmadan önce net şekilde bilinmesi mümkün değildir. Zira yoksun kalanın uğradığı zararın miktarının tayininde, onun ölüden sağladığı nakdi veya aynı yardımların değeri, bizzat yardım edenin bugünkü ve ilerideki kazanç imkanları, dul kalan kadının yeniden evlenme ihtimali gibi birtakım kümülatif faktörlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

B.Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Maddi Tazminat

Yapılan tıbbi müdahalede hastanın aydınlatılmaması, rızasının alınmamasına bağlı olarak hukuka aykırı olarak icra edilen tıbbi müdahalenin sonucunda hastanın sağlığı bozulmuş olabilir. Bu durumda talep edilecek kalemler TBK m. 54. hükmünde ihdas edilmiştir. Nitekim:

"Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

- 1. Tedavi giderleri.*
- 2. Kazanç kaybı.*
- 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*
- 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."*

Bu madde kapsamında yapılacak tedavi giderleri, hastanın eski sağlığına kavuşmak için yaptırdığı muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ameliyat ve gerekli

⁴⁰² Yargıtay 17. H.D 2013/7997 E.-2014/7340 K. ve 08.05.2014 tarihli ilamı.

görülmesi halinde estetik ameliyat, ilaç giderleri, bakıcı giderleri, ulaşım giderleri gibi tüm giderleri kapsamaktadır⁴⁰³.

Bu madde kapsamında ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpları irdelemekte fayda görüyoruz. Özellikle kişilerin dış görünüşlerinin bozulması, çirkinleşme, özgüvenin yitirilmesine ve dolayısıyla ekonomik yönden kişinin gelişimine engel teşkil etmektedir⁴⁰⁴. Sözelimi, bir kadının saçının bir daha çıkmayacak olması, yüz çizgilerinin bozulması, çirkinleşmesi evlenme şansını ve dolayısıyla kendisine destek bulma şansını azaltacaktır⁴⁰⁵. Bunun yanı sıra, çirkin yada sakat kimselerin çalışma kuvvetlerinden istifade edip, sağlıklı kişilerle rekabet etmeleri çok güçtür⁴⁰⁶. Kaldı ki; iş piyasasında kötürüm birisinin yerine sağlıklı birisinin tercih edilmesi olağandır. İşte bu noktadan hareketle, hekim tarafından gerçekleştirilen operasyon nedeniyle bedensel bütünlüğü yada sağlığı bozulan, ezcümle haksız fiil sonucu çalışma güçlerinde azalma olan kişilerin ekonomik geleceğinin sarsıldığından yola çıkarak olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak- hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekir⁴⁰⁷.

II. MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

Manevi zarar, bir kişinin para ile ölçülmesi mümkün olmayan, şahıs varlığında ortaya çıkan zararlardır.

Teşhis ve tedavi sözleşmesi kapsamında, tıbbi müdahale sebebiyle zarar gören hastanın yaşam standardında, hayattan zevk alma ve sevinçlerinde azalma olması

⁴⁰³ AŞÇIOĞLU; s. 100.

⁴⁰⁴ UÇAKHAN; s. 291.

⁴⁰⁵ UÇAKHAN; s.291-292.

⁴⁰⁶ UÇAKHAN; s.292.

⁴⁰⁷ UÇAKHAN; s.292.

durumunda manevi zararın varlığından söz edilir⁴⁰⁸. Bu bağlamda hastada, elem, acı ve derin üzüntü nedeniyle bir zarar vardır.

Yargıtay kararlarına göre, manevi tazminat bir cezalandırma amacı gütmeyeceğinden, zarara uğrayan kişide huzur duygusunun oluşarak, ruhi azapların bertaraf edilmesi yeterlidir⁴⁰⁹.

A.Hastanın Ölümü Halinde Manevi Tazminat

Hastanın aydınlatılmaması yada yeteri kadar aydınlatılmaması ve dolayısıyla rızasının alınmaması sonucunda, hekimin kusurlu davranışına istinaden ölen hastanın yakınları manevi tazminat talep edebilirler⁴¹⁰.

TBK m.56. f. II.'de "*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" açıkça belirtildiği üzere, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle yakının kaybeden kişi/kişiler yaşadıkları acı, elem ve üzüntü için manevi tazminat talep edebilirler.

818 S. BK'da bu konu m. 47.'de düzenlenmiş ve kanun metninde manevi tazminatın alacaklısının yalnızca "ölünün ailesi" olduğu ifade edilmiş idi. 818 S. BK zamanında doktrinde bu konuda aile kavramının geniş tutulması gerektiği ifade edilmiş olmasına rağmen; 6098 S. TBK m. 56 ile bu tartışma sona ermiş ve manevi tazminat alacaklısının yalnızca aile fertleri değil; ölenin yakınlarının olacağı ifade edilmiştir.

⁴⁰⁸ ÖZTÜRKLER; s.117.

⁴⁰⁹ Yargıtay 11. H.D 2005/13266 E.-2007/4677 K. ve 20.03.2007 tarihli ilamı.

⁴¹⁰ SAVAŞ; s.165.

B.Hastanın Cismani Zarara Uğraması Halinde Manevi Tazminat

TBK m.56 f. 1'e göre: *"Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir."*

İlgili kanun maddesi yorumlandığında da görüleceği üzere, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle hastanın cismani zarara uğraması halinde, manevi tazminat alacaklı yalnızca hastanın kendisidir. Bu noktadan hareketle, hekimin kusuru sebebiyle yakını cismani zarara uğrayan kişi/kişiler bu madde hükmüne dayanarak tazminat talep edemeyecekler; TBK m.58. hükmüne istinaden manevi tazminat talep edebileceklerdir.

Nitekim TBK m.58.'e göre:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir."

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

Yargıtay kişinin bizzat kendisinin değil de yakınlarının ağır yaralanması gibi durumlarında duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü ile TBK m. 58(BK 49) hükmüne istinaden uygun bir tazminat verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴¹¹

⁴¹¹ Yargıtay 4. H.D 2007/2243 E.- 2007/12329 K. ve 16.10.2007 tarihli ilamı.

III.MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açılması muhtemel maddi ve manevi tazminat istemli davalara uygulanacak zamanaşımı süresinin tespitinde; istemin sebebinin haksız fiil ya da sözleşmeye dayalı olması durumları değişiklik gösterecektir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin haksız fiile dayalı olması halinde maddi ve manevi tazminat davalarına haksız fiile ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. TBK m.72. mucibince: *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."*

Hekimin sorumluluğu ve dolayısıyla tazminat davası sözleşmeye dayanıyorsa zamanaşımı süresini bu sözleşmenin niteliğine göre tayin etmek gerekir⁴¹². Yukarıda da açıkça ifade ettiğimiz üzere genel kural olarak teşhis ve tedavi sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliği taşır. Bu doğrultuda TBK m. 147. doğrultusunda, açılacak davalarda zamanaşımı kural olarak beş yıldır.

Yukarıda da izah edildiği üzere, birtakım teşhis ve tedavi sözleşmeleri (estetik amaçlı) eser sözleşmesi niteliği taşır. Bu doğrultuda açılacak davalar, hekimin yükümlülüğünü ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda on, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

⁴¹² KAYA(Sorumluluk); s.76.

SONUÇ

Yapılan her tıbbi müdahale insanın yaşam hakkı ve bedensel bütünlüğü için büyük riskler teşkil etmekte ve anılan hakları fevkalade ön plana çıkarmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yapılan bu müdahalenin yetkin ve uzman hekimler tarafından, tıp mesleğinin öngördüğü kural ve ilkeler doğrultusunda icra edilmesi ve en nihayetinde hastanın aydınlatılarak rızasının alınması gerekir. Bu itibarla belirtmek gerekir ki, hastanın kendi bedeni üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleye rızasının alınmasının önkoşulu hastanın aydınlatılmasıdır.

Aydınlatma, hastanın hastalığıyla ilgili olarak tam bir bilgi sahibi olması ve kendi geleceği ile ilgili olarak karar verebilme yetisine sahip olabilmesini ifade eder.

Hekim tarafından hastanın aydınlatılmasının ilk yasal dayanağı 1982 Anayasası'dır. Nitekim Anayasa m.17. f. I'de : "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" ve m.56. f. I'de ise : "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" düzenlemeleriyle hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi için, hekimler tarafından aydınlatılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte hastanın aydınlatılma yükümlülüğü, Anayasa yanında birtakım ulusal ve uluslararası mevzuata derç edilen düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Nitekim, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne derç edilen hükümlerle hastanın aydınlatılma yükümlülüğüne işaret edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hastanın aydınlatılması yükümlülüğü, yalnızca Anayasa ya da ulusal veya uluslararası mevzuata derç edilen hükümlerden kaynaklanmamaktadır. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hasta ile hekim arasındaki mevcut sözleşmeden kaynaklanabilir. Hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği kural olarak vekâlet sözleşmesidir. Ancak zorunlu olmayan ve özellikle estetik amaçlı müdahaleler, diş protezi takma, saç ekimi ilişkin sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğine sahip olduğunu belirtmek gerekir. Hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin fevkalade ön planda olması, hekimlik mesleğinin ihtisas gerektirmesi nedeni ile hekimin sadakat ve özen yükümlülükleri altında olduğu ve özen yükümlülüğünün gereği olarak hastanın aydınlatılması gerektiğini ifade etmekte fayda vardır.

Hekim ile hasta arasında teşhis ve tedavi sözleşmesi mevcut olmamasına rağmen hekim, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve sözleşme öncesi görüşmelere (culpa in contrahendo) dayalı olarak aydınlatma yükümlülüğü altındadır.

Mevzuat tarafından kendisine “*yap*” şeklinde emredilen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hekimin kusurlu davranışına sebebiyet verdiğinden, bu kusurlu davranışın diğer unsurların da mevcudiyeti halinde haksız fiil olarak nitelendirileceğini söylemek mümkündür. Bu kusurlu hukuka aykırı davranışın hasta veya yakınları nezdinde bir zarara yol açması ve zararlar aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi arasında illiyet bağının mevcudiyeti halinde hekim, kusur sorumluluğuna dayalı olarak zararı tazmin etme borcu altındadır. Kusur sorumluluğuna ilişkin tazmin yükümlülüğü altına girmek istemeyen hekimin aydınlatma yükümlülüğü yerine getirmek zorunda olduğunu söylemek mümkündür. Zira hekimin özen borcu yalnızca sözleşmeden değil, hekimlik mesleğinin ihtisasından ve bu mesleğin karakteristik özelliklerinden kaynaklanmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğü, kural olarak, tedaviyi üstlenen hekim tarafından yerine getirilmelidir. Hekimin, bu görevi bizzat yerine getirmesi veya hemşire ya da bir başka sağlık personeline bırakmaması gerekir. Özellikle hastanın karar

vermesinin son derece güç olduğu olgu ve operasyonlarda aydınlatma yükümlülüğünü doğrudan hekim yerine getirmelidir. Uygulamada, son derece yoğun mesaisi olan hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken hemşire, hasta bakıcı, laborant ve asistan gibi ifa yardımcılarını kullandıkları görülmekte ve bilinmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü bizzat yerine getirmemesi ve bunu bir başka hekim ya da yukarıda belirtilen diğer sağlık personeline bırakması durumunda, meslektaşının bu aydınlatmayı gereği gibi yerine getirmiş olduğundan emin olması gerekir. Bu itibarla hekimin yardımcılarının aydınlatma yükümlülüğünü, hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olmasından, bizzat tedaviyi üstlenen hekim kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacaktır.

Hekimler, insan hayatının ve sağlığının konusunu oluşturduğu bir teşhis ve tedavi sözleşmesi akdedilmeden önce, hastalarını, hastalıkla ilgili konulan tanı, yapılması zorunlu olan tedaviler ve alternatif tedaviler, hastalığın süreci, operasyonlar konusunda ortaya çıkması muhtemel komplikasyonlar, uygulanacak ilaç tedavisi hakkında bilgiler vererek aydınlatmak zorundadırlar. Bu aydınlatma yükümlülüğü, hekimlerin sözleşme görüşmeleriyle başlayan özen borcu olarak nitelendirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü, somut hastaya ilişkin gerçek veriler ortaya konularak yapılmalı ve aynı zamanda sağlığına kavuşma imkânı olmayan hastaya sağlığına kavuşacağı noktasında boş, gereksiz, zaman kaybına yol açacak, umut vaat edici şekilde olmamalıdır. Yine hastanın aydınlatılması, ona tavsiye ve öğütler verilmesi hastanın maddi ve manevi zarara uğramasına neden olmamalıdır. Hastalıkla uzaktan yakından ilgili bulunmayan ilaçların kullanılmasının tavsiye edilmesi, hastanın şahıs ve malvarlığının korunmasının aksine bir tutum sergileyeceğinden, hekimin Culpa in Contrahendo sorumluluğundan bahsedilecektir. Sözleşme öncesinde özen sorumluluğuna bu şekilde aykırı davranan hekimin Culpa in Contrahendo sorumluluğunun doğacağı tartışmasızdır.

Hekim, hastalığıyla ilgili konulan tanıları, hastanın eski sağlığına kavuşmak için önünde seçenek olarak bulunan alternatif yöntemleri, hastalık sürecinin olumlu ya da olumsuz olarak nasıl ilerleyeceği ve bunları sağlamak ya da engellemek için yapılması gerekli davranış biçimlerini, operasyonun yapılıp yapılmamasının

sonuçları, operasyon sırasında ortaya çıkması muhtemel komplikasyonları, hastanın eski sağlığına kavuşmak için alerjik ve yan etkisi olmayan hangi ilaçları, hangi doz ve aralıklarla kullanılacağı ve en nihayetinde bu işlemlerin hastaya ekonomik külfetleri konularında hastasını aydınlatmak zorundadır.

Bununla birlikte birtakım özel aydınlatma türleri de mevcuttur. Hekimin, daha kaliteli bir ortamda hastanın eski sağlığına kavuşması ihtimalinde, daha önceki tecrübeleri konusunda, bulaşıcı hastalığının bulunması halinde ve daha fazla teknik bilgi ve tecrübe gerektiren bir operasyonun gerekmesi durumunda özel aydınlatma yükümlülüğü altında olduğunu söylemek gerekir.

Bilindiği üzere hastanın aydınlatılması ve aydınlatılmış rızasının alınması şahsına sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu itibarla, aydınlatılacak kişi, şayet ayırt etme gücüne sahip ise bizzat hastanın kendisidir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar açısından ise, rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olması dolayısıyla müdahalenin önemi, yararı ve zararları konusunda hem küçük ve kısıtlının, hem de onların kanunî temsilcilerinin aydınlatılması gerekir. Kanuni temsilcinin müdahale anında bulunmaması halinde rıza aranmayacağından, zaruret hali nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünden vazgeçilebilir.

Tam ehliyetsizler bakımından ise, aydınlatılacak kişi, hastanın kanuni temsilcisidir. Ancak ayırtım gücünün geçici olarak kaybı ve acil müdahale gereken hallerde aydınlatma gerekemeyebilir. Hastanın, rıza yeteneğinin bulunmaması veya şuurunun kapalı olması durumunda, hastanın yakınları aydınlatılabilir.

Ancak hastanın rızasının alınmadığı, 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 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.

Aydınlatma yükümlülüğü altında bulunan kişi ise, tedaviyi üstlenen hekimdir. Hekim mümkün mertebe aydınlatma yükümlülüğünü kendisi yerine getirmelidir. Kendisi tarafından değil de yardımcı kişileri veya çalıştırdığı kişilerin aracılığıyla bu yükümlülük yerine getiriliyor ise, hekim hastanın usule uygun olarak aydınlatılıp aydınlatılmadığını tetkik etmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün bizzat hekim tarafından değil de; yardımcı kişiler ya da bir başka hekim tarafından yerine getirilmesi ve bu aydınlatma sonucunda hastanın bir zarara uğraması durumunda hekimin bizzat kendisi ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getiren kişiler meydana gelen zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

Hasta, tıbbi müdahale öncesinde hekim tarafından herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın aydınlatılabilir. Ancak ileride yaşanması muhtemel hukuki uyuşmazlıkların çözümünde ispat kolaylığı sağlaması açısından aydınlatmanın yazılı olması hekime kolaylık sağlayacaktır.

Aydınlatma yükümünün kapsamı, tıbbi müdahalenin ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilmekte ve daralabilmektedir. Bunların başında, müdahalenin acil ve zaruri olduğu haller gelir. Diğer yandan, yapılacak olan müdahalenin tehlikesi ve yan etkileri çok az ise, hastanın dar kapsamlı ve kısaca aydınlatılması bile yeterli olacaktır.

Rizikonun ağırlaşması, müdahalenin ciddiyet ve aciliyeti aydınlatmanın kapsamının genişlemesine sebebiyet vermektedir. Risk ne kadar ağır ise aydınlatma da o kadar geniş ve ayrıntılı olacaktır. Tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan tıbbî müdahalelerde (sözgelimi midede arızı ağrılar yüzünden safra kesesinin alınması tavsiyesi) ve estetik amaç taşıyan müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir. Özellikle, riziko aydınlatmasının kapsamı geniş tutulmalı ve hastaya nadir görülebilecek riskler dahi açıklanmalıdır. Aynı

şekilde kişinin hayatında ağır sonuçları doğurması muhtemel cinsiyet değişikliği, doku, organ aktarmaları ile kısırlaştırma gibi önemli müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı daha da genişleyecektir.

Hastanın aydınlatma hakkından vazgeçmesi durumunda, hastanın bilgisinin bulunması durumunda, hastanın hastalığını öğrenmesi halinde psikolojik ve fizyolojik yönden olumsuz olarak etkileneceği ihtimalinde, acil durumlar ile artık hiçbir tıbbi müdahalenin cevap vermediği ve artık ölümü gerçekleşmek üzere olan bir hastanın sırf ağrılarını hafifletmek amacına matuf tıbbi müdahalenin yapılması için hastanın rızasına ve dolayısıyla aydınlatılmasına gerek duyulmamaktadır.

Hastanın bilincinin kapalı olması durumunda aydınlatılmasının mümkün olmaması ve kanuni temsilcisine de ulaşamaması yahut aydınlatma gerekliliği müdahale esnasında doğmuş ise; hekim, hastanın makul surette aydınlatılması halinde yapılacak müdahaleye rıza göstereceği kanaatinde ise, varsayılan rıza ve zorunluluk haline istinaden, hastaya müdahalede bulunabilir. Bu durum hastanın aydınlatılmasının mümkün olmadığı hal olarak nitelendirilir.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, sözleşmeye dayansın ya da dayanmasın, hekimin tıbbi müdahale öncesinde hastayı aydınlatmaması ve dolayısıyla aydınlatılmış rızasını almaması yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirip, hekimin cezai, idari ve etik sorumluluğunu doğurmakla birlikte hukuki sorumluluğunun doğmasına ve bu bağlamda maddi ve manevi tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmasına yol açacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın ölümüne neden olmuş ise; ölen kişinin cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar maddi tazminat davasının konusunu oluşturacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hastanın ölümüne sebep olmamakla birlikte, bedensel bütünlüğünün ihlaline sebep olmuş ise, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar maddi tazminat davasının konusunu oluşturacaktır.

Hastanın ölmesi ya da bedensel bütünlüğünün ihlal edilmiş olması kişilerde tarifi imkânsız manevi acı, elem ve kedere yol açacağı kuşkusuz olduğundan, hekimin manevi tazminat davasına muhatap olacağı da ortadadır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin haksız fiile dayalı olması halinde maddi ve manevi tazminat davalarına haksız fiile ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanacak ve tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak, tazminat talebine konu olay ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza zamanaşımı uygulanacaktır.

Hekimin sorumluluğu ve dolayısıyla tazminat davası sözleşmeye dayanıyorsa zamanaşımı süresini bu sözleşmenin niteliğine göre tayin etmek gerekir. Kural olarak teşhis ve tedavi sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığından, bu doğrultuda açılacak davalarda zamanaşımı kural olarak beş yıldır.

Estetik amaçlı teşhis ve tedavi sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliği taşıdığından bu doğrultuda açılacak davalar, hekimin yükümlülüğünü ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda on, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACIDUMAN**, Ahmet; “*Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi*”, s: 39-53, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011.
- ADIGÜZEL**, Sibel; “*Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl:3 Sayı:9, s. 281-312, Nisan-2012.
- AKARTEPE**, Alparslan; “*Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XVI Sayı:1-2, S:159-190,Erzincan-2012.
- AKYILDIZ**, Sunay; “*Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*” III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010 Ankara- s:12-27, Ankara-2010.
- ARAL**, Fahrettin; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-7. Baskı*, Ankara-2007.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10.Baskı, Ankara-2014.
- AŞCIOĞLU**, Çetin; *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara-1993.
- ATABEK**, Reşat/ **SEZEN**, Merih; “*Hekimin Mesuliyeti*” İstanbul Barosu Dergisi Sayı:2 s.135-149,İstanbul-1954.
- AYAN**, Mehmet; *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara- 1991.
- BAŞBUĞ**, Aydın; “*Hekimin Yükümlülükleri ve Hukuki Sorumluluğu*”,KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, s:127-148, Ankara-2011.
- BAŞPINAR**, Veysel; “*Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, s:191-215, İstanbul-2007, (Aydınlatma).
- BAŞPINAR**, Veysel; *Vekilin Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu- 2.Basım*, Ankara-2004 (Özen).
- BAYGIN**, Cem; “*Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S:1-2, s.345 vd, http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_18.pdf.

BAYINDIR, Savaş; “*Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu*” Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan s: 551-590, Ankara-2009.

BAYRAKTAR, Köksal; “*Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 17 Kasım 2006 Tarihli Sempozyumu, s: 96-104, İstanbul-2007.

BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972 .

BIGGS, Hazel; “*Hekimin Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku-Sağlık Hukuku Kurultayı, s: 53-65, 1-3 Kasım 2007 Ankara.

BORAN, Bedia; “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım Ankara, Ankara-2007.

BULUT, Gamze; Diş hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara-2013.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer; “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklı Hukuki Sorumluluk Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Bildiriler, Mersin Barosu, Mersin-2009(Aydınlatılmış Onam).

ÇAKMUT, Özlem Yenerer; “*Tıbbi Müdahalede Bulunacak Hekimin Ceza Hukuku Açısından Sorumluluğu*”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2003, Sayı-2, S: 313-326(Sorumluluk).

ÇAKMUT, Özlem Yenerer; “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul-2007(Aydınlatma).

ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi- İstanbul-2003(Ceza).

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt; Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul-1993.

DEMİR, Mehmet; “*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*” Ankara Barosu AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, s.153-160, Ankara 2008, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara-2007, file:///C:/Users/HP/Downloads/4513%20(2).pdf.

- DOĞAN**, Cahit; *“Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”*, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu 2-3 Mart 2009, s: 111-219, Ankara-2010.
- DURAL**, Mustafa; *“Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, s 249-258, İstanbul-2011.
- ER**, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara-2008.
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara-2014.
- EROL**, Gültezer Hatırnaz; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara-2009.
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin; Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 8. Baskı- Ankara-2014.
- GÖKYAYLA**, K. Emre; Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifası Sebebiyile Sona Ermesi, Ankara-2007.
- GÜRPINAR**, Damla; Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Hukuk Yayınları, İstanbul-2006.
- HAKERİ**, Hakan; Tıp Hukuku Temel Bilgiler, 2.Basım, Ankara-2009.
- HANCI**, İ. Hamit; Malpraktis Tıbbi Gelişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara-2006(Malpraktis).
- HANCI**, İ.Hamit; Hekimin Yasal Sorumlulukları-Tıbbi Hukuk, İzmir-1995(Hekim).
- İPEKYÜZ**, Filiz Yavuz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul-2006.
- KAYA**, Mine; *“Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s: 45-82 2012, Sayı-8(Kişilik).
- KAYA**, Mine; *“Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s:45-82, Sayı:100, Mayıs-Haziran 2012, (Sorumluluk).
- KICALIOĞLU**, Mustafa; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara-2011.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara-2012.
- KURT**, Ekrem; *“Hekimlik Sözleşmeleri”*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, s:59-75, İstanbul-2011.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 10. Baskı, İstanbul-2013.

ORAL, Tuğçe; “*Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü*” Ankara Barosu Dergisi, s: 185-212, Yıl: 2011,Sayı-2.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; “*Hekimin Hastaları Aydınlatma Yükümlülüğü*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 55- 77, 2003, Cilt: 52, Sayı:3.

ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-2006.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa; “*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s:347-379 Aralık 2008 Cilt-10 Sayı-3,4(Makale).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi- Ankara 2004 (Teşhis ve Tedavi).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “*Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XV, Sayı:1-2, S:177-229 Erzincan-2011(Diş Hekimi).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa; “*Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:105,S:263-290Ankara-2013(Hastane).

ÖZEL, Çağlar/ **BÜYÜKTANIR**, Burcu G. Özcan; “*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; Yıl: 2007 Cilt: 10 Sayı: 1, <http://www.saglikidaresidergisi.hacettepe.edu.tr/Makale/101.3.pdf> (Aydınlatılmış Rıza).

ÖZEL, Çağlar/ **BÜYÜKTANIR**, Burcu G. Özcan; “*Akılca İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası; Cilt 66, Sayı 2 (2008); 327-344, file:///C:/Users/HP/Downloads/10511-24065-1-SM%20(1).pdf (İlaç).

ÖZGÜL, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul-2010.

- ÖZKAYA**, Eraslan; Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması,3. Baskı, Ankara-2013.
- ÖZSUNAY**, Ergun; “*Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, Ankara, 1982.
- ÖZTÜRKLER**, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara-2003.
- SAVAŞ**, Nuriye; “*Hekimin Tazminat Sorumluluğu*”, Sağlık Hukuku Makaleleri, Sh. 157-179, İstanbul Barosu Yayınları-2012.
- ŞENOCAK**, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998.
- TACİR**, Hamide; Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul-2011.
- TANDOĞAN**, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 3.Baskı, Ankara 1987.
- TEKBEN**, Tuğçe; “*Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s: 859-906, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan Özel Sayısı, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl:2011.
- TÜRKMEN**, Ali; Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Samsun- 2013.
- TÜZÜN**, Birgül/ **ELMAZ**, İmdat/ **AKKAY**, Erdem: “*Çocuklara Yönelik Tıbbi Girişimlerde Etik Bir Sorun: Onam*” III. Tıbbi Etik Sempozyumu Bildirileri, Biyoetik Yayınları, Ankara 1993.
- UÇAKHAN**, Sema Güleç; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 7. Baskı, Ankara-2014.
- ULUSAN**, İlhan; “*Culpa İn Contrahendo Üstüne*”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan-1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ULUSLU**, Çağrı Şükrü; “*Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*”, İstanbul Barosu Dergisi, s: 273-285Yıl: 2013, Cilt: 87, Sayı 6.
- UYGUR**, Atiye; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara-2009, file:///C:/Users/HP/Downloads/6073.pdf.
- ÜNDER**, Yıldız Ertuğ; “*Asistan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*”, Sağlık Hukuku Makaleleri, s:35-49, İstanbul Barosu Yayınları-2012.

ÜNVER, Yener; “*Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Bir Kararı*”, Terazi Hukuk Dergisi, s:164-166, Cilt: 9, Sayı:93, ,Mayıs 2014.

YALMAN, Süleyman; Türk ve İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara-2006.

YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul-2007(Borçlar Özel).

YAVUZ, Cevdet; “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:14, Sayı:4 Yıl:2008, S:29-61,İstanbul (Kusursuz Sorumluluk).

YILMAZ, Battal; Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara-2010.

YILMAZ, Ş. Berfin Işık; “*Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s: 389-411, Sayı:98, Ocak, Şubat 2012.

www.sabah.com.tr,<http://www.Sabah.Com.Tr/Gundem/2012/02/28/Cifte-Nakil-Husranla-Bitti> (E.T:14.11.2014).

Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı.

Türk Tabipler Birliği Meslek Etik Kuralları
: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:14.11.2014).