BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

SAĞLIK HUKUKU A.B.D.

TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN MANEVİ TAZMİNAT

DOKTORA TEZİ

Yakup Gökhan DOĞRAMACI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

EKİM 2021

TÜRK HUKUKUNDA
TIBBİ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN
MANEVİ TAZMİNAT

Doktora Tezi

YAKUP GÖKHAN DOĞRAMACI

İzmir 2021

TÜRK HUKUKUNDA
TIBBİ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN
MANEVİ TAZMİNAT

Yakup Gökhan DOĞRAMACI

DOKTORA TEZİ

Sağlık Hukuku Doktora Programı
Sağlık Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. SERKAN ÇINARLI

İzmir
İzmir Bakırçay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Ekim 2021

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim dalında öğrenim görmekte olan Yakup Gökhan DOĞRAMACI'nın "TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN MANEVİ TAZMİNAT" başlıklı tezi 11/10/2021 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından değerlendirilerek "İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği"nin ilgili maddeleri uyarınca, Sağlık Hukuku Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri	**Unvanı Adı Soyadı**	**İmza**
Üye (Tez Danışmanı)	Prof. Dr. Serkan ÇINARLI	
Üye	Prof. Dr. Zehra Zerrin ERKOL	
Üye	Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Özlem CANBELDEK AKIN	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Dilara ELTİMUR	

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ UYGULAMADAN KAYNAKLANAN MANEVİ TAZMİNAT

Yakup Gökhan DOĞRAMACI

Sağlık Hukuku Anabilim Dalı
Sağlık Hukuku Doktora Programı
İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ekim 2021

Danışman: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

Günümüzde teknolojik ilerlemeler ve sağlık hizmetlerine erişim imkanının artmasıyla birlikte tıbbi uygulamaların nitelik ve niceliğinde önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Bu gelişmelere rağmen insan bedeninin doğası ve sınırlı yapısı gereği, tıbbi uygulamalar neticesinde istenmeyen sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bu istenmeyen sonuçlar, kusurdan bağımsız olabildiği gibi tıbbi standartlara uygun davranmama şeklindeki kusura bağlı da ortaya çıkabilmektedir. Kusura bağlı istenmeyen sonuçlar, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ihlal anlamına geldiğinden doğrudan hukukun koruma alanı içerisine girmektedir.

Hukukun koruması gereken en temel hak, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma hakkıdır. Nitekim bu hak başta Anayasa olmak üzere birçok uluslararası ve ulusal hukuk normları ile güvence altına alınmıştır. Kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki genel hakkı tanımlamaktadır.

Kişilik hakkında meydana gelen zararın tespiti, maddi ve manevi zarar üzerinden değerlendirilmektedir. Maddi zararın tespiti, klasik zarar kavramına dayalı, fark teorisi üzerinden değerlendirilmektedir. Bu sebeple maddi tazminat, somut olarak ispat edilebilir niteliği sebebiyle objektif olarak ölçülebilmektedir.

Manevi tazminatın ise ancak olayın özellikleri göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenebileceği kabul edilmektedir. Manevi tazminatın belirlenmesindeki "olayın özellikleri" ölçütü öğretide de savunulduğu üzere oldukça yetersiz ve belirsiz olmakla beraber, öğreti ve uygulama ile içeriği doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak manevi zarar, maddi zararın aksine somut nitelikte olmayıp, öğretide de tartışıldığı üzere

objektif ve subjektif teorilere göre ayrılabilmektedir. Manevi zarar, subjektif teoriye göre kişilik hakkı ihlal edilen kişinin duyduğu acı, elem ve ıstıraptan ibaretken objektif teoriye göre kişilik hakkı ihlal edilenin kişilik haklarında meydana gelen objektif eksilmedir. Bu durumlar, manevi zararın belirlenmesi, tespit ve ispatında çeşitli zorluklara yol açmaktadır. Bu zorluklar uygulamaya da yansıyarak, uygulamada belirsizlik, çelişki ve farklılıklar yaratmaktadır. Uygulamadaki bu farklılık ve belirsizlik neticesinde eşitlik ilkesi zedelenebilmektedir.

Çalışmamız kapsamında, konu hakkında kesinleşmiş yargı kararlarına ulaşılarak bu kararların yorumlanacak ve analitik olarak sentezlenecektir. Böylelikle kesinleşmiş yargı kararları derlenerek uygulamaya yönelik, örnek ve yol gösterici bir çalışma amaçlanmaktadır.

Manevi tazminat ile ilgili öğretideki çeşitli görüşler ve bu konuda çeşitli eserler bulunsa da yaptığımız araştırma sonucunda, tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunda doğrudan ve özel bir çalışma bulunmamaktadır. Öğreti ve uygulamada eksikliği görülen bu önemli konuyu inceleyip değerlendirerek, uygulamadaki zorlukları en aza indirgeme gayesi taşımaktayız.

Bu nedenlerle, daha önce öğretide özel olarak değerlendirilmeyen "**Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat**" konusunu doktora tezi kapsamında çalışmaya değer bulduk.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hukuku; Tıp hukuku; Hekim; Hasta; Hukukî sorumluluk; Tazminat.

ABSTRACT

NON-PECUNIARY COMPENSATION ARISING FROM MEDICAL PRACTICE IN TURKISH LAW

Yakup Gökhan DOĞRAMACI

Department of Health Law

Programme in Health Law Doctorate

İzmir Bakırçay University, Graduate Education Institute, October 2021

Supervisor: Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

Today, with technological advances and increased access to health services, there are significant developments in the quality and quantity of medical practices. Despite these developments, due to the nature and limited nature of the human body, undesirable results may occur as a result of medical applications. These undesirable results may be independent of the fault or may occur due to the fault of not acting under medical standards. Undesirable consequences due to fault are directly within the scope of the law, as they mean a violation of the person's life and body existence.

The most fundamental right to be protected by law is the right to protect one's life and bodily existence. This right is guaranteed by many international and national legal norms, especially the Constitution. Personal right defines the general right on the material and moral integrity of the person.

The determination of the damage to the personality is evaluated based on material and moral damage. The determination of pecuniary damage is evaluated through the difference theory based on the classical damage concept. For this reason, pecuniary damage can be measured objectively due to its concretely demonstrable nature.

It is accepted that moral compensation can only be determined by the judge, taking into account the characteristics of the event. Although the criterion of "characteristics of the event" in the determination of moral compensation is quite inadequate and uncertain as it is defended in the doctrine, it is tried to fill its content with doctrine and practice. However, non-pecuniary damage, unlike material damage, is not concrete and can be separated according to objective and subjective theories as discussed in the teaching. Moral damage, according to the subjective theory, consists of the pain, suffering, and

suffering of the person whose personal right is violated, while according to the objective theory, it is the objective decrease in the personal rights of the person whose personal rights are violated. These situations lead to various difficulties in the determination, detection, and proof of moral damage. These difficulties are also reflected in practice, creating uncertainty, contradictions, and differences in practice. As a result of this difference and uncertainty in practice, the principle of equality may be damaged.

Within the scope of our study, final judicial decisions on the subject will be reached, these decisions will be interpreted and analytically synthesized. Thus, by compiling finalized judicial decisions, an exemplary and guiding study is aimed for practice.

Although there are various opinions in the doctrine about moral compensation and various works on this subject, as a result of our research, there is no direct and specific study on moral compensation arising from medical practice. We aim to minimize the difficulties in practice by examining and evaluating this important issue, which is seen to be lacking in teaching and practice.

For these reasons, we found the subject of "Non-Pecuniary Compensation in Medical Practice", which was not specifically evaluated in the teaching, worthy of study within the scope of the doctoral thesis.

Keywords: Health law; Medical law; Physician; Patient; Legal liability; Compensation.

TEŞEKKÜR

Bugünlere gelmemi sağlayan annem Hatice DOĞRAMACI, rahmetli babam Yusuf DOĞRAMACI ve sevgili kardeşlerim Selçuk DOĞRAMACI ve Zahide HUZ'a,

Her zaman yanımda olan sevgili eşim Özge DOĞRAMACI'ya,

Tez danışmanlığımı devam ettirerek çalışmamı başarıyla tamamlamamı sağlayan ve beni cesaretlendiren kıymetli Hocam ve doktora babam Prof. Dr. Serkan ÇINARLI'ya,

Tezime başlamamda yol gösteren ve tez danışmanlığımı yürüten, her zaman desteğini hissettiren kıymetli Hocam ve doktora annem Prof. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ'e

Her konuda destek veren akıl Hocam ve üstadım Av. Arb. Ümit ERDEM'e,

Tezimin hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen Anayasa Mahkemesi Üyesi ve Başkan Vekili kıymetli yargıç Hasan Tahsin GÖKCAN'a,

Görüş ve önerileriyle ufkumu açan kıymetli üstad Çelik Ahmet ÇELİK'e

Şükran ve saygılarımı sunarım.

11/10/2021

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın İzmir Bakırçay Üniversitesi tarafından kullanılan "Turnitin" bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde "intihal içermediğini" beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukukî sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

Yakup Gökhan DOĞRAMACI

İÇİNDEKİLER

BAŞLIK SAYFASI i

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ii

ÖZET ii

ABSTRACT v

TEŞEKKÜR vii

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ viii

İÇİNDEKİLER ix

TABLOLAR DİZİNİ xxiii

KISALTMALAR xxiv

GİRİŞ 1

Amaç 3

Temel Sorular 3

Yöntem 4

Kısıtlılıklar 4

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMALAR

1. TIBBİ UYGULAMALARIN TANIMI 5

1.1. Tıbbi Uygulamaların Kapsamı 6

2. TIBBİ UYGULAMALARIN TARAFLARI 8

2.1. Genel Olarak Kişi 8

2.1.1. Kişiliğin Başlangıcı 9

2.1.2. Kişiliğin Sona Ermesi 12

2.1.3. Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti 13

2.1.3.1. Ergin Olmak *13*
2.1.3.2. Ayırt Etme Gücü *14*
2.1.3.3. Kısıtlı Olmamak *15*
2.1.4. Kişilik Hakkı **16**
2.1.4.1. Kişilik Hakkının Nitelikleri *17*
2.1.4.2. Korunan Kişisel Değerler *18*
2.2. Hasta **19**
2.2.1. Tanım **19**
2.2.2. Hasta Hakları **20**
2.2.2.1. Gelişimi *20*
2.2.2.2. İnsan Hakları ile İlişkisi *22*
2.2.2.3. Ülkemizde Hasta Hakları Mevzuatı *26*
a. Hasta Hakları Yönetmeliği *26*
b. Diğer Ulusal Düzenlemeler *27*
c. Biyotıp Sözleşmesi *28*
2.2.3. Hasta Yükümlülükleri **31**
2.3.4. Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Yakını **34**
2.3. Sağlık Meslek Mensupları **36**
2.3.1. Tanım **37**
2.3.2. Temel İlkeler **39**
2.3.3. Bazı Tıp Meslekleri **39**
2.3.3.1. Hekimlik *40*
2.3.3.2. Hemşirelik *41*
2.4. Sağlık Hizmet Sunucuları **42**
3. TIBBİ UYGULAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ **45**
3.1. Kamu Hukuku **45**
3.2. Özel Hukuk **46**
3.2.1. Sözleşme İlişkisi **47**
3.2.1.1. Vekalet Sözleşmesi *48*
3.2.1.2. Eser Sözleşmesi *50*
3.2.1.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesi *52*

3.2.1.4. Tüketici Hukuku *53*
3.2.2. Sözleşme Dışı Sorumluluk **55**
3.2.2.1. Vekaletsiz İş Görme *55*
3.2.2.2. Haksız Fiil *56*

4. TIBBİ UYGULAMALARDA SORUMLULUĞUN ŞARTLARI **57**

4.1. Tıbbi Uygulamaların Hukuka Uygunluğu **58**
4.1.1. Rıza **59**
4.1.1.1. Bilgilendirme (Aydınlatma) *60*
4.1.1.2. Usûl ve Kapsam *61*
4.1.1.3. Rızanın ve/veya Bilgilendirmenin Olmaması *64*
4.1.1.4. Şekil ve İspat Yükü *68*
4.1.2. Tıbbi Kurallar **70**
4.1.2.1. Yetki *71*
4.1.2.2. Bilimsel Veri ve Standartlar *71*
a. Sonuç Garantisi *73*
b. Endikasyon Sorunu *73*
4.1.2. Hukuka (veya Sözleşmeye) Aykırılık **74**

4.2. Kusur **76**
4.2.1. İdare Hukuku **77**
4.2.2. Özel Hukuk **80**
4.2.3. Tıbbi İhmal **81**

4.3. Nedensellik Bağı **82**

4.4. Zarar **87**

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR ve MANEVİ TAZMİNATA YAKLAŞIM

5. MANEVİ ZARAR **88**

5.1. Genel Olarak Zarar **88**

5.2. Özel Olarak Manevi Zarar **90**

5.3. Manevi Zarar Terminolojisi **92**

5.4. Mukayeseli Hukukta Manevi Zarar ve Tazminatı 92
5.4.1. Avrupa Konseyi 93
5.4.2. Kıta Avrupası Sözleşme Hukuku 94
5.4.2.1. Genel Olarak 94
5.4.2.2. Almanya 95
5.4.2.3. Avusturya 97
5.4.2.4. Bulgaristan 98
5.4.2.5. Fransa 99
5.4.2.6. Hollanda 100
5.4.2.7. İspanya 102
5.4.2.8. İsveç 103
5.4.2.9. İsviçre 104
5.4.2.10. İtalya 105
5.4.2.11. Portekiz 105
5.4.2.12. Polonya 107
5.4.2.13. Yunanistan 108
5.4.3. Anglo-Sakson Hukuku 109
5.4.3.1. Birleşik Krallık 109
5.4.3.2. Amerika Birleşik Devletleri 111
5.5. Mukayeseli Hukukun Değerlendirilmesi 112
6. MANEVİ ZARARI AÇIKLAYAN TEORİLER 113
6.1. Subjektif Teori 114
6.2. Objektif Teori 115
6.3. Karma Teori 118
6.4. Manevi Zarar Teorileri Açısından Değerlendirmemiz 119
7. MANEVİ TAZMİNATIN AMAÇ ve İŞLEVİ 124
8.1. Özel Hukuk Cezası 125
7.1.1. Ceza Görüşü 125
7.1.2. Önleme ve Caydırma Görüşü 126
7.2. Özel Hukuk Yaptırımı 128

7.2.1. Tatmin Görüşü 129
7.2.2. Denkleştirme Görüşü 130
7.2.3. Maddi Tazminatı Tamamlayıcı ve Düzeltici İşlev Görüşü 132
7.2.4. Telafi Görüşü 134
7.3. Manevi Tazminatın Amaç ve İşlevinin Değerlendirilmesi 134
8. MANEVİ TAZMİNATIN ÖZELLİKLERİ 138
8.1. Manevi Tazminatın Yasal Dayanakları 138
8.1.1. Adli Yargı ve İdari Yargı Kıyası 139
8.1.1.1. İnsan Zararlarında Birliğin Gerekliliği 139
8.1.1.2. Mevcut Durum 140
8.1.1.3. Zarar ile Sınırlılık 141
8.1.2. Genel Olarak Manevi Tazminat Davası 141
8.1.3. Manevi Tazminatla İlgili Özel Hükümler 142
8.1.3.1. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde (TBK m.56) 143
8.1.3.2. Kişilik Hakkının Zedelenmesi (TBK m.58) 144
8.2. Manevi Tazminatın Bütünlüğü 146
8.2.1. Manevi Tazminatın Kısmi Dava Konusu Olması 147
8.2.2. Manevi Tazminat ile Belirsiz Alacak ve Tespit Davaları 148
8.2.3. Manevi Tazminat Talebinde Dava Değerinin Arttırılması 150
8.3. Manevi Tazminatın İstisnai ve İkincil Nitelikte Olmaması 152

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

9. HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ 154
9.1. Hakkaniyet Çerçevesi 156
9.2. Manevi Zararın İspat ve Belirlenmesi 158
9.3. Hâkimin Subjektif Düşünce Yasağı 159
9.4. Zenginleşme Yasağı 160
9.5. Hâkimin Gerekçelendirme Yükümlülüğü 161

9.6. Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi 162

10. MANEVİ TAZMİNATIN SINIRLANDIRILMASI GEREKLİLİĞİ.... 164

10.1. Manevi Tazminatın Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi .. 164

10.2. Uygulama ve Öğretide Manevi Tazminatın Sınırlandırılması..... 166

11.3. Manevi Tazminatın Sınırlandırılması Konusundaki Önerimiz..... 167

11. MANEVİ ZARARIN OBJEKTİF AĞIRLIĞI 169

11.1. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Yasal Dayanağı..... 169

11.2. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Niteliği 171

11.3. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Kullanım Alanları 174

11.3.1. Kişilik Hakkının Zedelenmesi Hâlinde..... 174

12.3.1.1. Özel Hayat ve Mahremiyet 174

13.3.1.2. Bilgilendirme ve Rıza 178

13.3.1.3. Tıbbi Kayıtlar 179

11.3.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Hâlinde..... 182

11.3.2.1. Ruhsal Zarar Cetveli 183

11.3.2.2. Bedensel Zarar Cetvelleri 184

11.4 Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Hâli İçin Önerimiz..... 185

12. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE DİĞER HÂLLER... 191

12.1. Zarar Görenin Durumu..... 191

12.1.1. Zarar Görenin Rızası 191

12.1.2. Zarar Görenin Kusuru 192

12.1.3. Zarar Görenin Yaşı..... 197

12.1.4. Zarar Görenin Ekonomik Durumu 199

12.1.5. Zarar Görenin Sosyal Durumu 202

12.1.6. Zarar Görenin Mesleği 203

12.1.7. Zarar Görenin Bedensel Yatkınlığı 204

13.1.8. Zarar Görenin Sosyal Yaşam ve Özgürlüğünün Kısıtlanması . 205

12.1.9. Zarar Görenin Yakınlarıyla İlişkisi..... 206

12.2. Zarar Verenin Durumu 207

12.2.1. Zarar Verenin Kusurunun Etkisi 207
12.2.2. Zarar Verenin Ekonomik Durumu..... 209
12.2.3. Zarar Verenin Sigortası..... 209
12.3. Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Tıbbi Uygulamanın Niteliği.. 210
12.4. Paranın Satın Alma Gücü..... 212
12.5. Maddi Tazminata Hükmedilmesinin Manevi Tazminata Etkisi 213
12.6. Psikolojik Rahatsızlıklar..... 214
12.7. Estetik Zararlar..... 215
12.8. Manevi Tazminatın Denkleştirilmesi..... 216
13. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE YÖNTEM..... 216
13.1. Klasik Yöntem 217
13.2. Tarife Yöntemi..... 218
13.3. Emsal Kararlar ile Karşılaştırma Yöntemi 219
13.4. İki Aşamalı Yöntem..... 220
13.5. Türk Hukukunda Kullanılan Yöntem..... 221
13.6. Kullanılan Yöntemlerin Değerlendirilmesi ve Önerimiz..... 223
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SORUMLULUĞUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ
14. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ 226
14.1. Manevi Tazminatı Talep Hakkı 226
14.1.1. Talep Hakkının Niteliği..... 226
14.1.2. Talep Hakkının Devri 228
14.1.3. Talep Hakkının Mirasçılara Geçmesi..... 228
14.1.4. Talep Hakkının Haczi 232
14.2. Manevi Tazminatı Talep Edebilecekler 233
14.2.1. Zarar Gören..... 233
14.2.2. Zarar Görenin Yakınları 235

14.2.2.1. Yansıma Zarar Kavramı 236
14.2.2.2. Ağır Bedensel Zarar 237
14.2.2.3. Yakını Kavramı 240

14.3. Arabuluculuk ile Talep 242
14.3.1. Genel Olarak 242
14.3.2. Dava Şartı ve İhtiyarı Arabuluculuk 244
14.3.2.1. İdareye Açılan Davalar 244
14.3.2.2. Sigorta Kaynaklı Davalar 245
14.3.2.3. Tüketici Hukuku Kaynaklı Davalar 245

15. MANEVİ TAZMİNATTA GÖREVLİ MAHKEME 245

15.1. İdari Yargı Kolu 246

15.2. Adli Yargı Kolu 249

15.3. İnsan Zararlarında Özel Düzenleme İhtiyacı 250

16. DAVA AÇMA SÜRESİ 253

16.1. Sürenin Başlangıcı 255
16.1.1. Tazminat Yükümlüsünün Öğrenilmesi 256
16.1.2. Zararın Öğrenilmesi 257

16.2. Ceza Zamanaşımı Etkisi 261
16.2.1. Suç Teşkil Eden Fiil 262
16.2.2. Ceza Zamanaşımı Süresi Daha Uzun Olmalı 263
16.2.3. Ceza Zamanaşımı Etkisinden Kaynaklanan Sorunlar 264

17. MANEVİ TAZMİNATIN ŞEKLİ 266

17.1. Talep Edilen Şekil ve Hâkimin Takdir Yetkisi 266

17.2. Manevi Zararı Giderim Biçimi 267
17.2.1. Para ile Giderim 268
17.2.2. Diğer Giderimler 270

18. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENME ANI ve FAİZ 273

18.1. Manevi Tazminatın Belirlenme Anı 273

18.2. Manevi Tazminatta Faiz Uygulamaları 274
18.2.1 Faiz Başlangıcı 275
18.2.1.1. Genel Olarak 275
18.2.1.2. Yargı Kollarında Faiz Uygulamaları 275
18.2.2 Uygulanacak Faiz 278

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÖRNEK YARGI KARARLARININ İNCELENMESİ

19. ÖLÜMLE SONUÇLANAN İHLALLER 281
19.1. Ameliyat ve Takip Sürecine Bağlı Ölümler 281
Göz ameliyatı sırasında meydana gelen hipoksi 281
Goncagül Satı ve diğerleri, B. No: 2017/17800, 03.11.2020
A. Apandisit ameliyatı sonrası takip ve tedavide ihmal 282
Cavide Sevinç ve diğerleri, B. No: 2014/10703, 05.10.2017
Kalp krizinin teşhis edilememesi 284
Y.13.HD. 2019/485E, 2019/9453K, 07.10.2019
Hemoroid ameliyatı, Bilgilendirme için makul süre gerekliliği 285
Y.13.HD. 2016/7094E, 2019/3740K, 21.03.2019
Sistoskopi sırasında hatalı ilaç 286
D.15.D. 2017/414E, 2019/59K, 09.01.2019
Değerlendirmemiz 287
19.2. Küçük Ölümleri 288
Gebenin takibinde ihmal ve yenidoğanın ölümü 288
Kamile Can ve Kenan Can, B. No: 2014/14328, 26.10.2017
Küçüğün ölümüne sebep olmayan hizmet kusurları 290
DİDDK 2019/2059E, 2020/569K, 02.03.2020
Küçüğün düşmesi sonucu acil ameliyat 293
Y.13.HD. 2019/410E, 2020/2267K, 17.2.2020
Değerlendirmemiz 294

20. AĞIR BEDENSEL ZARARLAR..... 295

20.1. Gebelik ve Doğum ile İlgili Ağır Bedensel Zararlar 295

Ebe yardımlı doğumda brakial paralizi, hekimin geç değerlendirmesi.... 295

Özlem Korkut ve diğerleri, B. No: 2014/14571, 04.04.2018

Çocuğun engelli doğacağının tespit edilebilecek olması 297

İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 09.09.2015

Dış gebelik olarak değerlendirilen gebeliğin sonlandırılması 300

Y.13.HD. 2016/20094E, 2019/10401K, 23.10.2019

Hekim refakatsiz ebe ile epizyotomili doğum, Anal sfinkter yırtığı 301

D.15.D. 2013/9450E, 2018/8545K, 27.12.2018

Denklik belgesine sahip olmayan hekim, ölü doğum 303

Y.13.HD. 2015/41488E, 2018/4944K, 24.04.2018

Normal doğum sırasında vajen ve anüs yırtığı..... 305

Y.13.HD. 2016/19129E, 2018/2574K, 28.02.2018

İkiz gebelikte hatalı amniosentez, önlenebilir Down Sendromu..... 307

D.15.D. 2015/9826E, 2017/5596K, 17.10.2017

Değerlendirmemiz 309

20.2. Küçüklerde Bilgilendirme Eksikliğine Bağlı Ağır Bedensel Zarar . 310

Bilgilendirme eksikliği nedeniyle çocuğun görme engelli olması..... 310

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan, B. No: 2014/13327, 08.03.2018

Risk bilgilendirmesinde eksiklik, çocuğun yüzünde kalıcı hasar..... 313

Eliçe Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/5228, 20.03.2019

20.3. Küçüklerde Teşhis ve Tedaviye Bağlı Ağır Bedensel Zararlar..... 315

Eldeki sinir kesisine müdahale edilmemesi nedeniyle ameliyat..... 315

Mehmet Gürbüz ve diğerleri, B. No: 2015/9093, 08.05.2019

Tedavide dikkatsizlik, küçüğün ayak parmaklarının kesilmesi 317

Y.3.HD. 2020/3216E, 2020/4491K, 21.09.2020

Küçüğün kolunun kırılması, tedavi hatası sebebiyle kolun kesilmesi .. 318

Y.13.HD. 2018/3646E, 2019/11286K, 14.11.2019

28 haftalık prematüre doğum, her iki gözde görme kaybı 319

Y.13.HD. 2018/2851E, 2019/10482K, 24.10.2019

Bebeğin göz rahatsızlığına yönelik komplikasyon yönetimi..... 321

Y.13.HD. 2016/29361E, 2018/10305K, 06.11.2018

Fenilketonüri teşhisi gecikmesi 322

D.15.D. 2018/725E, 2018/5625K, 06.06.2018

Hatalı muayene sonucu küçüğün kızlık zarının yırtılması..... 324

Y.13.HD. 2015/34901E, 2018/6348K, 29.05.2018

Değerlendirmemiz 325

20.4. Komplikasyon Yönetiminde Hata..... 326

Yüzün sürekli değişikliği..... 326

Y.13.HD. 2016/29362E, 2018/10672K, 14.11.2018

20.5. Hatalı Teşhis, Tedavi ve Ameliyat 328

Karaciğer kisti patlamasına müdahale edilmemesi 328

Y.13. HD. 2018/4135E, 2020/3689K, 04.05.2020

Katarakt ameliyatında kusur 329

D.15.D. 2016/4725E, 2016/6330K, 21.12.2016

21. AĞIR OLMAYAN BEDENSEL ZARARLAR 330

21.1. Hatalı Teşhis ve Tedavi..... 330

Bedensel zararla nedensellik kurulamayan hatalı teşhis..... 330

Cihan Beyribey, B. No: 2014/19450, 26.12.2018

Keratakonus ameliyatı sonrası görme seviyesinde azalma..... 332

Y.13.HD. 2018/6488E, 2020/1085K, 03.02.2020

Prostat ameliyatı sonrası bacaklarda 3. derece yanık..... 333

Y.13.HD. 2016/28456E, 2019/11696K, 28.11.2019

Spinal anestezi sonrası bacaklarda yanık 334

Y.13.HD. 2017/8221E, 2019/9925K, 15.10.2019

Epidural anestezi sonrası bacaklarda yanık..... 335

Y.13. HD. 2017/9039E, 2018/1345K, 07.02.2018

Süt dişle birlikte sağlam dişin de çekilmesi..... 336

Y.15.HD. 2017/1532E, 2018/2978K, 10.07.2018

Sağ elde iki parmağın kopmasında tedavi hatası 337

D.15.D. 2015/7239E, 2016/221K, 25.01.2016

Değerlendirmemiz 339

21.2. Estetik Uygulamalar 340

Lipoliz işlemine bağlı yanık 340

Y.15.HD. 2018/3654E, 2018/3508K, 02.10.2018

Estetik diş tedavisi 341

Y.15.HD. 2018/3669E, 2018/3580K, 03.10.2018

Burun ve kulak deformitesine bağlı estetik ameliyatta kemik kırığı ... 342

Y.13.HD. 2016/6167E, 2018/2180K, 20.02.2018

Göğüs küçültme ameliyatı 343

Y.3.HD. 2015/17789E, 2017/2955K, 13.03.2017

Değerlendirmemiz 344

21.3. Üreme Sağlığı ve Doğum Kontrolü 345

Doğal yollardan üreme yeteneğinden yoksun kalma 345

Y.13.HD. 2020/1486E, 2020/3595K, 22.4.2020

Tüplerin bağlanması ve doğum 346

Y.13.HD. 2018/50E, 2019/10422K, 23.10.2019

Gebeliğin sonlandırılamaması 347

Y.13.HD. 2019/4400E, 2019/9924K, 15.10.2019

Değerlendirmemiz 349

21.4. Enjeksiyon Nöropatisi 349

Kol kırığı nedeniyle enjeksiyon, sağ ayak düşüklüğü 349

Y.13.HD. 2017/7236E, 2019/4241K, 28.03.2019

Enjeksiyon sonrası sol bacakta uzuv tatili 350

Y.13.HD. 2015/41656E, 2018/5125K, 26.04.2018

Hemoroid ağrısı sebebiyle acil serviste enjeksiyon 352

D.15.D. 2017/750E, 2018/2216K, 06.03.2018

Ameliyat sonrası enjeksiyon 353

D.15.D. 2016/103E, 2017/4145K, 22.06.2017

Değerlendirmemiz 354

21.5. Yanlış Cerrahi..... 355
Burun ameliyatı yerine safra kesesi ameliyatı..... 355
Y.13.HD. 2016/18785E, 2018/2572K, 28.12.2018
21.6. Yabancı Cisim Unutulması..... 356
Fıtık ameliyatında yabancı cisim unutulması..... 356
Y.3.HD. 2020/3289E, 2020/5633K, 08.10.2020
Ameliyatta küçüğün boğazında yabancı cisim..... 357
Y.13.HD. 2019/4358E, 2020/5451K, 29.6.2020
Sezaryende batında yabancı cisim unutulması..... 358
Y.13.HD. 2016/23291E, 2019/12636K, 16.12.2019
Ameliyatta kullanılan ipin hatalı seçimi..... 359
D.15.D. 2017/944E, 2018/2764K, 20.03.2018
Kalp ameliyatında gazlı bez unutulması..... 360
Y.13.HD. 2015/41679E, 2017/7400 K, 14.06.2017
Apandisit ameliyatında yabancı cisim unutulması..... 361
D.15.D. 2013/4386E, 2016/2236K, 31.03.2016
Küçüğün boğazında gazlı bez unutulması..... 362
D.15.D. 2013/4153E, 2016/3522 K, 15.05.2016
Ameliyatta gazlı bez unutulması..... 364
D.15.D. 2015/5823E, 2015/8715K, 10.12.2015
Doğum sırasında rahimde yabancı cisim unutulması..... 364
Y.13.HD. 2013/9235E, 2013/23014K, 26.09.2013
Safra kesesi ameliyatında yabancı cisim unutulması..... 365
D.10.D. 2005/6693E, 2007/5655K, 26.11.2007
Değerlendirmemiz..... 367
22. BEDENSEL OLMAYAN İHLALLER..... 368
22.1. Tıbbi Kayıtlar..... 368
Tıbbi dosyanın kaybedilmesi ve yargısal denetimin engellenmesi..... 368
Mehmet Emin Sarıgül, B. No: 2015/2281, 12.11.2019

22.2. Bilgilendirme Eksikliği..... 370
Epizyotomili doğumda bilgilendirme eksikliği..... 370
Y.13.HD. 2015/39261E, 2018/2607K, 28.02.2018
22.3. Mahremiyet İhlali..... 372
Cinsiyet değişikliği ameliyatı ile ilgili gazete röportajı..... 372
Y.13.HD. 2018/3927E, 2020/2422K, 19.02.2020
SONUÇ..... 374
KAYNAKLAR..... 401
ÖZGEÇMİŞ..... 421

TABLOLAR DİZİNİ

Tablo 1. Manevi Zararın Objektif Ağırlığı Formülasyonu 173
Tablo 2. Yaralanmalarda Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Çerçevesi..... 188
Tablo 3. Ölüm Hâlinde Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Belirlenmesi..... 190
Tablo 4. Yıllara Göre BAÜ 280
Tablo 5. Ölümle Sonuçlanan İhlaller ve Manevi Tazminat..... 287
Tablo 6. Küçük Ölümleriyle Sonuçlanan İhlaller ve Manevi Tazminat..... 294
Tablo 7. Doğum Olayı ile İlgili Ağır Bedensel Zararlar 309
Tablo 8. Küçüklerde Teşhis ve Tedaviye Bağlı Ağır Bedensel Zararlar..... 325
Tablo 9. Hatalı Teşhis ve Tedaviye Bağlı Bedensel Zararlar..... 339
Tablo 10. Estetik Uygulamalara Bağlı Bedensel Zararlar 344
Tablo 11. Üreme Sağlığı ve Doğum Kontrolüne Bağlı Bedensel Zararlar..... 349
Tablo 12. Enjeksiyon Nöropatisine Bağlı Bedensel Zararlar 354
Tablo 13. Adli Yargı Kararlarında Yabancı Cisim Unutulması 367
Tablo 14. İdari Yargı Kararlarında Yabancı Cisim Unutulması..... 367

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ACM	Asliye Ceza Mahkemesi
AHM	Asliye Hukuk Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATK	Adli Tıp Kurumu
ATİK	Adli Tıp İhtisas Kurulu
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAÜ	Brüt Asgari Ücret
BİM	Bölge İdare Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
Çev.	Çeviren
ÇHDS	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
D.	Danıştay
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DMK	Devlet Memurları Kanunu
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
E	Esas
Ed.	Editör
ET	Erişim Tarihi
HD	Hukuk Dairesi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği

InULR	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHAM	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İM	İdare Mahkemesi
K	Karar
KSVHY	Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik
KVKK	Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	Madde
MZOA	Manevi Zararın Objektif Ağırlığı
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODNK	Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun
ODNY	Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
PÜSBED	Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
RG	Resmî Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SHSHK	Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun
SHTK	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
ss.	Sayfalar
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TM	Tüketici Mahkemesi
TMK	Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

UHK	Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Y.	Yargıtay
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YSŞ	Yüksek Sağlık Şurası
ZMSS	Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

GİRİŞ

"Vita brevis, ars longa, occasio præceps, experientia fallax, judicium difficile. Oportet autem non modó se ipsum exhibere quæ oportet facientem, sed etiam aegrum, et praesentes, et externa."[1]

Hippocrates

Bilim, bir toplumun en önemli saydığı bilgileri belirli bir zaman dilimi içerisinde araştırarak inceler ve insanların bunları anlamalarını ve algılamalarını sağlar. Sanat ise bilgilerin, duygulara aktarılmasıdır.[2] Bilgileri duygulara aktaran sanatçı aynı zamanda edindiği bilgileri insanlar için somutlaştırarak kullanan kişidir. Bu nedenle hekim, insanın tam bir iyilik hâli olarak tanımlanan sağlığı korumak ve geliştirmek için edindiği bilgileri somutlaştırarak, mesleki ve vicdani kanaati çerçevesinde kullanan, insanın hem bedenine hem de ruhuna dokunabilen bir sanatçıdır. Hekimin sağlığı koruma ve geliştirme gibi bir ulvi amacı olsa da sanatını icrasının konusu doğrudan insan olduğundan, bu yoldaki mesleki yükümlülüğünün sorumluluğu oldukça ağırdır.

Günümüzde, teknolojik ilerlemeler ve sağlık hizmetlerine erişim imkanının artmasıyla birlikte tıbbi uygulamaların nitelik ve niceliğinde önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Ancak pek tabidir ki tıbbi uygulama kapsamındaki her bir dokunuşun, istenen veya istenmeyen birtakım etkileri de olabilecektir. Bu sebeple sanatın icrası sırasında, sorumluluğunun yükünün de farkında olarak, gereken dikkat ve özenin gösterilmesi gerekir. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, kusura bağlı istenmeyen sonuçlar, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ihlali anlamına geldiğinden doğrudan hukukun koruma alanı içerisine girmektedir.

Hukukun koruması gereken en temel hak, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma hakkıdır. Nitekim kişinin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki genel hakkı olarak tanımlanan kişilik hakkı, başta Anayasa olmak üzere birçok uluslararası ve ulusal hukuk normları ile güvence altına alınmıştır.

Bu dokunuşlar neticesinde ortaya çıkan istenmeyen etkilerden; objektif olarak ölçülebilen ve ispat edilebilen, somut nitelikteki maddi zararları tespit etmek nispeten

[1] 'Hayat kısa, sanat uzun, fırsat geçici, deneyim aldatıcı, yargı zor. Hekim yalnız kendisi için değil; hasta, hasta yakınları ve kendi etrafındaki dış koşullar için de uygun olanı yapmak zorundadır.' Hipokrat'ın Aforizmalar adı eserindeki giriş sözü. Elias, M. (1817). The Aphorisms of Hippocrates. Elias, M. (1817). The Aphorisms of Hippocrates. Collins & Co. s.28

[2] Tolstoy, L. N. (2009). Sanat Nedir? (M. Beyhan (Ed.); 2. Baskı). İş Bankası Kültür Yayınları. s.220.

kolaydır ancak subjektif unsurlar barındıran ve ölçülemeyen, soyut nitelikteki manevi zararı belirlemek ve tazmin etmek oldukça zordur. Diğer taraftan manevi zararın belirlenmesi ve tazmini, kişilik hakkının korunmasındaki en önemli hukukî araç olduğundan, çoğu kez maddi tazminat konularını da kapsayan, çok geniş hukukî bir koruma işlevine sahiptir. Bu sebepledir ki manevi zararın belirlenmesi ve tazmini meselesi, hukukun en kadim ve tartışmalı konularından biridir.

Manevi zararın belirlenmesi ve tazmini konusunda öğreti ve uygulamada çeşitli arayış ve çalışmalar neticesinde farklı teori ve çözüm önerileri olsa da ne yazık ki bir uzlaşıya varılamadığı görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 56 ile manevi tazminat kurumu düzenlenerek, manevi tazminatın olayın özellikleri göz önünde tutularak belirleneceği hükme bağlanmıştır. Manevi tazminatın belirlenmesindeki "olayın özellikleri" ölçütü, öğretide de savunulduğu üzere, oldukça yetersiz ve belirsiz olmakla beraber öğreti ve uygulama ile içeriği doldurulmaya çalışılmaktadır.

Manevi zararın belirlenmesi ve tazmini konusundaki uzlaşı eksikliği ve hükümdeki ölçütün belirsizliği, uygulamaya da yansıyarak, uygulamada belirsizlik, çelişki ve farklılıklar yaratmaktadır. Böylece başta eşitlik ilkesi olmak üzere kişinin dokunulmazlığı, manevi varlığı, özel hayat, mülkiyet, adil yargılanma hakkı gibi çeşitli temel anayasal haklar, zarar gören veya zarar veren açısından zedelenebilmektedir.

Manevi tazminat ile ilgili öğretide çeşitli görüş ve eserler bulunsa da Türk hukukunda doğrudan tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusuna özgü bir çalışmanın olmadığı görülmektedir. Halbuki bahsettiğimiz üzere tıbbi uygulamalar doğrudan kişinin beden ve ruh bütünlüğüne dokunan ve böylece kişinin manevi varlığı üzerine etki ederek kişilik hakkı üzerine etki eden önemli bir alandır. Konunun önemine rağmen öğretideki tartışmaları ele alan ve bu doğrultuda yargı uygulamalarının çözümlerini karşılaştırmalı olarak değerlendiren, kapsamlı bir çalışma olmayışı büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karşımıza çıkan diğer bir durum ise tıbbi uygulamaların kural ve standartlarının benzer olmasına ve gerek idare hukukunda gerekse özel hukukta manevi tazminatta aynı hükümlerin uygulanmasına rağmen tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunu idare hukuku ve özel hukukunu bir bütün hâlinde ele alan ve gerektiğinde kendi aralarındaki uygulama farklılıklarını da değerlendiren bir çalışmanın bulunmayışının da ayrı bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

Amaç

Çalışmamızla, öğreti ve uygulamada eksikliği görülerek tartışmaların devam ettiği bu önemli konuyu inceleyip değerlendirerek, öğreti ve uygulamadaki belirsizlikleri ve farklılıkları en aza indirgeme gayesi taşımaktayız. Bu nedenlerle, Türk hukukunda daha önce özel olarak çalışılmayan ve bir bütün olarak ele alınmayan tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunun, adli ve idari yargıda hukuk birliğinin sağlanabilmesi için, uygulama örnekleriyle birlikte değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Çalışmamızla ilgili kesinleşmiş örnek yargı kararlarının harmanlanması ve analitik sentezi ile bundan sonra verilecek kararlar için yol gösterici olacaktır. Böylelikle hem yargı uygulaması birliğini sağlamaya hem de uygulamaya yönelik, yol gösterici bir öğreti görüşü sunulmaya çalışılmıştır.

Temel Sorular

Çalışmamızın amaçları doğrultusunda, aşağıda sunduğumuz temel araştırma soruları belirlenmiş ve çalışmamızda bu sorulara yanıt aranmıştır. Böylelikle belirlenen bu temel soruların çözümü, çalışmamızın amacına ulaşmasına hizmet etmektedir.

1- Tıbbi uygulamaların; kapsamı nedir ve tarafları kimlerdir, hukuka uygunluğu ve hukukî niteliği nasıl belirlenir, sorumluluğun şartları nelerdir ve kusur değerlendirilmesi nasıl yapılır?

2- Manevi zararın; tanımı nedir, mukayeseli hukukta nasıl değerlendirilmektedir ve nasıl açıklanmaktadır? Manevi tazminatın; amaç ve işlevi nedir, özellikleri nelerdir?

3- Manevi tazminatın; belirlenmesi nasıl yapılmalıdır, etkili hâller nelerdir?

4- Yaşam hakkının eşitliği, manevi tazminat hükümlerinin genel niteliği ve tıbbi uygulamaların karşısında yargı kollarındaki manevi tazminat davalarında uygulama birliği getirilebilir mi?

5- Manevi tazminatın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin sınırları nedir? Tazminatın belirlenmesinde tıbbi uygulamalara özgü bir çerçeve belirlenebilir mi?

6- Manevi tazminat sorumluluğunun gerçekleştirilmesindeki durumlar nelerdir?

7- Tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat taleplerini yargı uygulaması nasıl değerlendirilmekte ve çözüme ulaşmaktadır?

Yöntem

Çalışmamız, tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunu Türk hukuku çerçevesinde araştıran bir hukuk tezidir. Bu sebeple çalışmamızın temel sorularını yanıtlamak üzere; uluslararası sözleşmeler, bildirgeler, ulusal mevzuat, basılı eserler, araştırma makaleleri, tezler, yargı kararları gibi yerli ve yabancı kaynakların incelenmesi ve değerlendirilmesi, çalışmamızın araştırma yöntemi olarak kullanılmıştır.

Çalışmamız kapsamında yerli ve yabancı eserler incelenerek değerlendirilmiş ve görüşümüz sunulmuştur. Çalışmamızın hayatın önemli bir parçası olan tıbbi uyguları konu alması nedeniyle tıbbi uygulamaya dair olgu örnekleri verilerek yargı kararlarına yansıyan somut olgular incelenmiştir.

Yargı kararları taramasında; yabancı mahkemeler ve Türk hukukundaki ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesi kararları dahil olmak üzere, yüzlerce karar taranmıştır. Bu kararlardan konuyla ilgili ve uygun görülenler, yeri geldiğinde değerlendirilmiştir.

Tıp hukukunun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, klasik hukuk öğretisindeki kamu hukuku ve özel hukuk ayrımından ayrılarak ve ayrımın da bilincinde olarak, çalışmamızda manevi tazminat konusu mümkün olduğunca birlikte ele alınmış ve farklılıklar yerinde değerlendirilmiştir.

Kısıtlılıklar

Türk hukuk öğretisinde gerek tıp hukuku gerekse manevi tazminat hakkında kıymetli eserler verilmiş olsa da tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusuna özgü çalışmanın yeterli olmaması çalışmamızın özgünlüğü yanı sıra esas alınabilecek temel kaynak ihtiyacını da beraberinde getirmektedir.

Diğer taraftan yargı kararlarına ne yazık ki belirli bir sistematik içerisinde ulaşılmamıştır. Kanımızca öğreti ve çalışmamızdaki en büyük kısıtlılık budur. Bunun öncelikli nedeni yargı kararlarının, yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi belirli bir kategori çerçevesinde yayımlanmamasıdır. Ayrıca; olay/zarar tarihi, tazminat talep tarihi, kusur değerlendirmesi ve ağırlığı, zararın nitelik ve niceliği, tazminata hükmedilen tarih, hükmedilen tazminat miktarı gibi manevi tazminatın değerlendirilmesinde büyük öneme sahip olan temel hususların bile temyiz mahkemesi kararlarının çoğunda bir arada bulunmamasıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMALAR

Günümüzde tıbbi uygulamalar, çok geniş ve çeşitli alanlara yayılmış olmakla beraber hukukî açıdan da üzerinde çalışılmakta olan hem bireysel hem de toplumsal boyutları bulunan, sosyal ve teknik nitelikte geniş bir bilimsel bir alan üzerine inşa edilmektedir. Çalışmamızın konusu tıbbi uygulamalardan kaynaklanan manevi tazminat olduğundan tıbbi uygulamalar ve ilişkili hukukî kavramları, öğreti tartışmalarına girmeden ancak yeri geldiğinde farklı görüşleri de sunarak, konumuz kapsamında değerlendirilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

1. TIBBİ UYGULAMALARIN TANIMI

Hasta Hakları Yönetmeliği[3] (HHY) m.4/g'de tıbbi müdahale; "*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*" olarak tanımlanmaktadır. Öğretide tıbbi müdahale kısaca, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleri olarak tanımlanmaktadır.[4] ÇAKMUT tıbbi müdahaleyi; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik kaynaklı hastalığı veya noksanlığını, teşhis veya tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı hâlde hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek, hastalıklardan korumak ya da nüfus planlaması amacına yönelik tıp mesleği icrasına yetkili kişiler tarafından, tıp bilimince genel kabul gören kural ve esaslara uygun gerçekleştirilen en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahaleye kadar uzanan her türlü faaliyet olarak tanımlamaktadır.[5] Tıbbi müdahaleye ilişkin bir diğer tanım ise; müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörülen amaçlara yönelik, tıp bilimince kabul görmüş kurallar ışığında, ilgilinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahale şeklindedir.[6]

[3] RG: 01.08.1998/23420.

[4] Ayan, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Kazancı. s.5.

[5] Çakmut, Ö. (Yenerer). (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. Legal. S.24.

[6] Kirkit, E. (2016). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu. Adalet. s.15.

Görüleceği üzere mevzuat ve öğretide tıbbi faaliyetler müdahale olarak yani girişim, el atma şeklindeki icrai davranış biçiminde tanımlanmaktadır. Halbuki tıbbi faaliyetler; sadece icrai hareketlerden değil, vücut bütünlüğüne doğrudan el atılmayan ve yürümekte olan aktif süreçte pasif kalma şeklindeki ihmali hareketlerden de oluşmaktadır ve sadece icrai değil ihmali hareketlerden de sorumluluk doğabilmektedir. Tıbbi müdahale; muayene, ameliyat, ilaç uygulaması gibi doğrudan girişimsel icrai hareketleri ifade ederken tıbbi uygulama ise; genel olarak kayıt tutma, müdahale öncesi bilgilendirme, rıza ile müdahale sonrası bakım, takip, yaşam tarzı önerileri, kontrol gibi uygulamaları da içine alan geniş bir kavramdır. Bu sebeple "tıbbi müdahale" kavramı yerine müdahale kavramını da içine alan ve yürütüm anlamına da gelen "tıbbi uygulama" kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.[7]

1.1. Tıbbi Uygulamaların Kapsamı

Tıbbi uygulamalar, teknoloji sayesinde gelişen ve genişleyen; organ ve doku naklinden insan üzerinde deney ve denemeye uzanan, estetik uygulamalar, ortez ve protez uygulamaları, kök hücre çalışmaları, klonlama, genetik çalışmalar, yapay döllenme, cinsiyet değişikliği, kastrasyon, sterilizasyon gibi teşhis ve tedaviye dair özel uygulamaları da barındıran geniş bir faaliyet alanı olarak tanımlamak gerekir.[8]

Rıza, tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartlarından biridir. Bu sebeple rıza ve buna işlemler de doğrudan vücut bütünlüğüne yöneldiğinden tıbbi uygulamalardan bağımsız düşünülemez ve tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilmelidir. Tıbbi uygulamalara dair kayıtların tutulması, bağımsız dava edilebilir bir yan yükümlülük olarak kabul edilse de özen yükümlülüğünün parçasıdır[9] ve en az ilaç ve tedaviler kadar[10] uygulamanın kendisine yaklaşır bir öneme sahiptir. Kayıtların gereği gibi tutulmaması tıbbi uygulamayı her zaman hatalı hâle getirmese bile kayıtların tutulmasındaki ihmalden kaynaklanan bir zarar varsa zararın tazmin edilmesi talep edilebilir.[11] Tıbbi uygulama

[7] Doğramacı, Y. G. (2015a). Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu. Tıp Hukuku Dergisi, 4(7), 101–137. S.108.

[8] Doğramacı, Y. G. (2016). Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi. Legal. ss.9-10.

[9] Söğüt, İ. S. (2013). Tıbbi Kayıtlar. Maltepe Üniversitesi HFD, 12(2), 63–86. s.66

[10] Kabirzadeh, S. ve Benjamin, M. (2005). The History of Medicine and Its Relationship with Medical Records. J Medical Ethics, 13(3), 199–202. s.199. Taşatan, C. (2017). Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar. On İki Levha. s.20.

[11] Taşatan, 2017, ss. 35–36.

kayıtları; kayıt tutma yükümlülüğü[12], ispat yükü ve mevzuatta özel olarak aranan şekil şartları sebepleriyle tıbbi uygulamanın kendisine dair ve kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

Hasta güvenliği uygulamalarının[13] amacı tıbbi uygulamalarda hastanın zarar görmesine yol açabilecek her türlü işlem ve süreçler hakkında alınacak gerekli tedbir ve iyileştirmeleri kapsadığından, bu uygulamalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan tıbbi uygulamayla ilişkisi olabilecek ancak bedensel bütünlüğüne yönelmeyen ve tıbbi standartlar doğrultusunda yürütülmeyen işlemleri tıbbi uygulama kapsamında değerlendirmek uygun olmayacaktır. Örneğin hastanede yatmakta olan hastanın hasımları tarafından öldürülmesinde[14] veya doktor kıyafeti giymiş kişinin pencereden girerek hastaya cinsel saldırıda bulunmasında[15] sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi söz konusu olabilse de genel güvenlik, tıbbi uygulamaların değil sağlık hizmetinin konusudur.

---

[12] Kayıt tutma yükümlülüğüne dair uluslararası ve ulusal belgeler olsa da en temel hüküm, 1928 tarih ve 1219 s. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.72'de yer almaktadır.

[13] Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik RG: 06.04.2011/27897.
m. 6 Hasta güvenliği uygulamaları:
"*Bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurumları;*
a) Hasta kimlik bilgilerinin tanımlanması ve doğrulanması,
b) Hastaya uygulanacak girişimsel işlemler için hastanın rızasının alınması,
c) Sağlık hizmeti sunumunda iletişim güvenliğinin sağlanması,
ç) İlaç güvenliğinin sağlanması,
d) Kan ve kan ürünlerinin transfüzyon güvenliğinin sağlanması,
e) Cerrahi güvenliğin sağlanması,
f) Hasta düşmelerinin önlenmesi,
g) Radyasyon güvenliğinin sağlanması,
ğ) Engelli hastalara yönelik düzenlemelerin yapılması,
hususlarında gerekli tedbirleri alır ve düzenlemeleri yapar."

[14] D.15.D. 2015/3425E, 2016/2318K, 05.04.2016;
"... maktül ... Jandarma Komutanlığına bağlı ekiplerce öldürülmekten son anda kurtarıldıktan sonra, darp edilmesi nedeniyle sevk edildiği ... Hastanesi'nde ilişkisi olduğu bayanın kocası ve başka bir akrabası tarafından bıçak ve silah kullanılmak suretiyle öldürüldüğü, bu yönüyle olayın hassasiyeti gözönünde bulundurularak kolluk kuvvetlerince adı geçen şahsın ilk olarak ilişkisi olduğu bayanın akrabalarının elinden kurtarıldıktan sonra sevk edildiği hastanede öldürülmemesi için gerekli güvenlik önleminin alınmadığının açık olduğu, bu yönüyle davalı nın hizmet kusurunun bulunduğu, ayrıca olayın gerçekleştiği ... Devlet Hastanesi'nde de, maktülün hasımlarının bıçakla ve silahla hastaneye girmesi ve olayın vehameti nedeniyle alınması gereken önlemlerin bu kurumca da alınmaması nedeniyle davalı nun da olayda hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varıldığından davacıların uğramış olduğu maddi ve manevi zararların ödenmesi gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü, kısmen reddi..."

[15] D.10.D. 1998/4977E, 2000/380K, 09.02.2000; Aktaran: Öztürk, M. (2004a). Sağlık Kuruluşları ve Hastane İşletmeciliği Açısından Hekim, Hasta ve Hastane İlişkilerinde Yargıtay ve Danıştay Kararları Üzerine Araştırmalar - Birinci Cilt. MTM Yayınevi. ss. 237–238.

Bu sebeplerle tıbbi uygulamaların ve dolayısıyla çalışmamızın kapsamı, genel olarak sağlık hizmetleri içerisinde değerlendirilse de ancak özel olarak tıbbi standartlar doğrultusunda doğrudan beden bütünlüğüne yönelen uygulamalar ile sınırlıdır.

2. TIBBİ UYGULAMALARIN TARAFLARI

Tıbbi uygulamaların temel öznesi insandır. Tıbbi uygulamalarda yer alan kişiler farklı taraflarda görünüyor olsa bile, tıbbi uygulamaların amacı olarak sağaltımı hedeflenen hasta ve buna aracı olan hizmet sunucusu kişilerin, tıbbi uygulamaların yürütülmesinde karşılıklı etkileşimi ve irade uyumu söz konusudur. Yürütümde yer alan kişilerin iradesinin aranması gerektiği genel kural olsa da bilincin kapalı olması, akıl sağlığının yerinde olmaması gibi ayırt etme gücünün yerinde olmadığı veya istisnai de olsa iradenin aranmadığı durumlar olabilmektedir. Bu gibi durumlarda tıbbi uygulamaya konu olan kişi, yani hasta, iradesini açıklamaya muktedir olmadığı için nesne hâline de gelebilmektedir. Bu nedenle tıbbi uygulamalarda hastanın, irade sahibi özne ve irade sahibi olmayan nesne olarak konumu değişebilse de her durumda tıbbi uygulama taraflarının amaçları kesişimi, kişinin özerkliğinin ve sağlığının korunmasıdır.

Manevi tazminat, kişinin korunmasındaki en önemli araçlardan biri olduğundan öncelikle tıbbi uygulamaya ve manevi tazminata konu olan kişi kavramının belirlenmesi gerekir.

2.1. Genel Olarak Kişi

Hukukî anlamda kişi, borç altına girebilen ve haklara sahip olabilen varlıklar olarak tanımlanmaktadır.[16] Günümüz çağdaş hukuk sistemlerinde, her insan kişi olarak kabul edilmektedir ve gerçek kişilerden de insan anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, insanın organik yapısının yer ve zaman karşısında sınırlı olması sebebiyle belirli niteliklere sahip ve belirli bir amaca yönelik, kendilerine kişilik tanınmış olan insan ve mal topluluklarına, tüzel kişi denilmektedir.[17] Sağlık hakkının temel öznesinin öncelikle insan olması[18] ve

[16] Dural, M. ve Öğüz, T. (2015). Kişiler Hukuku (16. Baskı). Filiz. s. 5. Oğuzman, K. M., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2015). Kişiler Hukuku (15. Baskı). Filiz. s. 2. Helvacı, S. (2016). Gerçek Kişiler (7. Baskı). Legal. s. 21.

[17] Dural, Öğüz; 2015, ss. 7–8. Helvacı, 2016, ss. 22–23.

[18] Tahmazoğlu Üzeltürk, S. (2012). Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı. Legal. s. 18.

tıbbi uygulamaların temel konusunun insanın beden ve ruh sağlığı olmasından dolayı, sorumluluk hâlleri dışında gerçek kişi yani insan üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

Gerçek kişilerin, doğuştan sahip olduğu ve kişiliğinden ayrılması mümkün olmayan, hak ehliyeti bulunmaktadır. Ancak insana sadece hak ehliyeti sahipliği vermek tek başına bir şey ifade etmez ve hak ehliyeti ile ilgili hukukî işlemler yapabilmesi için, işlem yapabilme ve borç altına girme (fiil) ehliyetini de tanımak gerekir.[19] Kişilik kavramı, kişiyi de içine alan ve hukukun korumaya değer bulduğu, kişinin tüm hukukî ve manevi nitelikteki varlıkları anlaşılmaktadır.[20] Buna göre kişi sadece hak ehliyetine sahip olan varlığı, kişilik ise hukukun koruduğu tüm değerler ile birlikte kişiyi tanımlamaktadır.[21]

2.1.1. Kişiliğin Başlangıcı

4721 s. Türk Medeni Kanunu[22] (TMK) m. 28'e göre; kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu an; hak ehliyeti ise sağ doğma şartına bağlanarak, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde edilir.

Çocuğun tam olarak doğması, anadan tamamen ayrılmasıdır. Bu nedenle tamamı olmasa da çocuğun vücudunun büyük kısmının çıkmış olması tam doğmayı ifade etmeyeceği gibi; tamamen ayrılmışsa, göbek bağının kesilmemiş olması, çocuğun vücudundaki şekil bozuklukları veya uzuv eksiklikleri, tam doğmuş kabul edilmeye engel değildir.[23] Hatta doğan çocuk insan biçiminde olmasa bile, günümüzdeki baskın görüş; insandan üreyen her yeni canlı insandır ve kişilik kazanır.[24] Bu sebeple hukukumuzda kişiliğin başlangıcı ve hak ehliyetinin kazanılması için doğan çocuğun yaşama yeteneğinin olması aranmamaktadır.[25] Çocuğun sağ olarak doğması ise, kısa bir süre için bile olsa anadan bağımsız yaşaması veya en azından yaşam belirtisi göstermesidir. Ancak sağ doğumun tespiti hukukun değil tıp biliminin konusudur.[26]

---

[19] Dural, Öğüz; 2015, s. 8.
[20] Dural, Öğüz; 2015, s. 9. Helvacı, 2016, s. 24.
[21] Dural, Öğüz; 2015, s. 9.
[22] RG: 08.12.2001/24607.
[23] Dural, Öğüz, 2015, ss. 17–19. Helvacı, 2016, ss. 27–28.
[24] Dural, Öğüz, 2015, ss. 19–20.
[25] Özsunay, E. (1977). Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (3. Baskı). İstanbul Üniversitesi Yayınları. s.17.
[26] Dural, Öğüz, 2015, ss. 17–18. Helvacı, 2016, ss. 28–29.
Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) ve FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics), 22 hafta ve daha büyük malforme olmayan ceninler için doğum tanımı yapmaktadır. FIGO Committee. (2015). Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology. FIGO. s. 153.

Doğmamış çocuğun yani ceninin varlığı, cinsel ilişki veya döllenme ile değil döllenmiş yumurtanın ana rahmine düşmesi ile başlar ve cenin, tam ve sağ doğarsa kişilik kazanır.[27] Ancak yapay döllenme alanındaki gelişmeler neticesinde, hak ehliyetinin başlangıcı için dış ortamdaki döllenme anının esas alınması gerektiği ve ana rahmine düşme anının döllenmenin tamamlanması ile tüpteki yaşamın başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır.[28] Bununla beraber TMK m.583 ile ileride doğacak kişin artmirasçı olabileceği düzenlendiğinden, henüz ana rahmine düşmemiş kişinin hukukî açıdan korunduğunu kabul etmek gerekir.[29]

TMK m.28'de "ana rahmi" lafzı oldukça açıktır ve TMK'nın yürürlüğe girdiği 2002 yılında yapay döllenme imkanları bulunmasına rağmen özellikle "ana rahmi" ifadesini kullanması sebebiyle, yasa koyucunun bu yöndeki iradesini esas almak gerekir ve hak ehliyetinin başlangıcı, döllenme değil, döllenmiş yumurtanın ana rahmine düştüğü an olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, döllenmiş yumurtanın in vitro dönemi, hak ehliyetinin başlangıcında ve buna bağlanan sonuçlar için esas alınmamalıdır.

Hak ehliyetinin başlangıcının tespiti, özellikle genetik tanı ve yapay döllenme imkanlarının gelişmesi karşısında önemli bir sorundur. Ceninin, doğumdan önce gerçekleşecek haksız fiil nedeniyle, tam ve sağ doğduktan sonra haksız fiil failinden tazminat isteyebileceği konusunda genel olarak sorun bulunmamaktadır.[30] Ancak hukuka aykırı fiil, yapay döllenme ile döllenmiş yumurtanın ana rahmine düşmesi arasındaki, in vitro dönemde gerçekleşti ise çocuğun, haksız fiilden gördüğü zararı kendi adına failden istemesi mümkün değildir. Çünkü bu in vitro dönemde, hukukun koruma alanına aldığı ve sonuç bağladığı hak ehliyeti henüz başlamamıştır. Ancak in vitro dönemde meydana gelen hukuka aykırılıktan dolayı, döllenmiş yumurtanın müşterek sahibi olan eşler, failden kendi adlarına tazminat isteyebilirler.

Öğretide, bir tarafta ceninin Anayasa'da sayılan haklara sahip olmaması için hukukî bir neden bulunmadığı[31] savunulsa da ceninin yaşam hakkı anlamında bir korumaya sahip

---

[27] İnan, A. N. (1968). Çocuk Hukuku. Ankara Üniversitesi. ss. 12-13. Köprülü, B. (1971). Medeni Hukuk Genel Prensipler (Kişinin Hukuku, Aile Hukuku). Fakülteler Matbaası. s. 178. Özsunay, 1977, s. 19. Balo, Y. S. (2013). Çocuk Koruma Hukuku. Seçkin. s. 36. Akyüz, E. (2013). Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (3. Baskı). Pegem. s. 94. Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016a). Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri. Tıp Hukuku Dergisi, 5(10), 69–114. s. 100.

[28] Aydın Ünver, T. (2011). Ceninin Hukuki Konumu. On İki levha. ss. 20–21.

[29] Özsunay, 1977, s. 23.

[30] Kurt, 2011 ss. 192–193. Aydın Ünver, 2011, s. 27. Dural, Öğüz, 2015, s. 22.

[31] Çoban, 2007, ss. 94, 108.

olmadığı görüşüne katılmaktayız.[32] TMK, 5237 s. Türk Ceza Kanunu[33] (TCK) ve 2827 s. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun[34] (NPHK) hükümlerine göre, doğmamış çocuğun hukuken korunduğu anlaşılmaktadır. Uygulamada Yargıtay'ın, cenin ölü olarak doğsa bile yapılan tıbbi müdahale ile kalp atışı ve solunumun gelmesi ile canlı olarak doğduğu ve kişilik kazandığı kabul edilmekte ve ancak cenine yönelik eylemlerin kişiye karşı gerçekleştirilmiş olarak kabul edildiği görülmektedir.[35] Ancak Yüksek Mahkemenin bu kararına katılmamaktayız. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bakımından, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Vo/Fransa ve Evans/Birleşik Krallık Kararları'nda, ceninin korunmaya değer bir varlık olduğunu fakat bu durumun cenini yaşam hakkına sahip bir kişi yapmayacağını belirtmektedir.[36]

[32] Sert, 2013 s.40.

[33] RG: 12.10.2004/25611.

[34] RG: 27.5.1983/18059.

[35] Y.12.CD 2018/2222E, 2020/411K, 13.02.2020;

"*…ambulansın da savrularak yolun sağında park halinde bulunan bir kamyona çarpması neticesi, ölümlü, yaralanmalı dava konusu olay meydana geldiği, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'ndan alınan … tarihli Rapor'da; "**Ölen …'ın karnındaki 9 aylık bebeğin intrauterin muayenesinde** ciddi yetersiz oksijenlenme (ciddi hipoksi) sonucu kalp atımlarının zayıflaması sonucu kalp atım hızının düştüğünün saptandığı, bunun üzerine acil sezaryen operasyonuna alındığı, **bebeğin sezaryen ile doğum sonrasında genel durumunun ileri derecede bozuk, yenidoğan reflekslerinin alınamadığı, hipotonik olduğu ve ışık refleksinin alınamadığı, spontan solunumu olmadığı, kalp tepe atımı alınamadığı**, bunun üzerine **resütasyon (canlandırma) işlemi uygulandığı**, bu işlem sonrası **kalp tepe atımı 100/dk. olduğu, mekanik vantilatör desteği ile yoğun bakım şartlarında takip ve tedavisine devam edildiği**, takiplerinin 13. gününde … Hastanesi'ne sevk edildiği, burada takiplerinin 3. gününde Eks olduğu" anlaşılmakla, Bebek …'ın tüm tıbbi bulguları Türk Medeni Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde; … **tarihinde sezaryen ile tam olarak doğduğu, doğum anında spontan solunumu ve kalp atımları olmamasına karşın, tıbbi müdahaleye bağlı spontan kalp atımlarının geri geldiği, solunum sisteminin ise mekanik vantilatör yardımıyla desteklendiği, buna göre Bebek …'ın canlı olarak doğduğu**, tıbbi kayıtlara göre meydana gelen trafik kazası haricinde, bebeğin ölümüne sebep olacak başka bir hastalığının olmadığı anlaşılmış olup, ölümün trafik kazasında annede meydana gelen pnömotoraks, travmatik SAK, dördüncü ventriküle açılan kanama ve diffüz aksonal injüriye bağlı bebekte ortaya çıkan intrauterin ağır beyin hipoksisi ve gelişen multiorgan yetmezliği sonucunda yapılan tıbbi müdahalelere rağmen … tarihinde öldüğü anlaşılmakla Tebliğname'de, **olayın meydana geldiği anda henüz doğmamış olan bebeğin ölümünden sanığın sorumlu olmadığına yönündeki bozma içeren görüşe iştirak edilmemiştir.**"*

Karşı Oy: "*Türk hukuk sisteminde kişiliğin tanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Bu tanıma göre; kişilik tam ve sağ doğumun başladığı andan itibaren kazanılmaktadır. Trafik kazası sırasında, anne karnında olan bebeğin Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca henüz kişilik kazanmadığı ortadadır.*"

[36] Vo/Fransa, 53924/00; Evans/Birleşik Krallık, 6339/05 (HUDOC, https://hudoc.echr.coe.int/ ET: 07.10.2021). . Kızılyel, 2014, s. 259. Gökcan, 2017ss. 79–80.

2.1.2. Kişiliğin Sona Ermesi

Ölüm, kişiliği sona erdirmektedir. Bu nedenle artık ölen bir kişinin hak kazanması veya borç altına girmesi mümkün değildir. Ölümle birlikte yeni hakların kazanılması söz konusu olmadığı gibi kişiye bağlı haklar sona erer ve diğer hakları mirasçılarına geçer.[37]

Biyolojik ölüm, hayati fonksiyonlara sahip dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin geri dönüşsüz olarak durmasıdır. Günümüzde ölüm kararı için kullanılan beyin ölümü ise tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşsüz biçimdeki kaybıdır.[38] Beyin ölümü kararı için kalp ve dolaşım sistemlerinin durması yeterli olmayıp merkezi sinir sisteminin yani beynin ölümünün geçekleşmesi gerekir.

Klinik olarak ölüm tanısını her hekim koyabilir.[39] Ayrıca 1593 s. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu[40] (UHK) m.216 'da tek bir hekimin ve hatta m.219'da ise hekim olmayan yerlerde, sağlık personeli bile olmayan jandarma karakol kumandanı veya köy muhtarlarının ölümün resmî tescili için dayanak olarak kullanılabilen, defin ruhsatını verilebileceği düzenlenmektedir. Nüfus sicilini düzenleyen 5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu[41] m.31'de de bu durum belirtilmektedir. Ancak ölüden organ ve doku alınabilmesi için ölümün tespiti, 2238 s. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun[42] (ODNK) m.11 ile düzenlenerek; biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından, kanıta dayalı tıp kuralları esas alınarak, oy birliği ile tespit edileceği belirtilmiştir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde[43] (ODNY) de beyin ölümü anlayışının belirlendiği görülmektedir.

Kişiliği sona erdiren diğer bir hâl de TMK m.32 ile düzenlenen gaipliktir. Gaiplik, ölüm karinesinden farklı olarak; ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kişinin, ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa bu ölüme bağlı hakları olanların başvurusu üzerine mahkeme tarafından verilebilen bir karardır. Tıbbi uygulamalar sırasında sadece ölüm değil gaiplik de meydana gelebilir.

[37] Dural, Öğüz, 2015, s. 23. Helvacı, 2016, ss. 31–32.

[38] Bayraktar, K. (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. Sermet. ss. 183–184. Dural, Öğüz, 2015, s. 23. Oğuzman vd., 2015, s. 19. Helvacı, 2016, ss. 31–32. Gökcan, 2017, s. 80.

[39] Kök, A. N. (2014). Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları. Seçkin. s. 160.

[40] RG: 06.05.1930/1489.

[41] RG: 29.4.2006/26153.

[42] RG: 03.06.1979/16655.

[43] RG: 01.02.2012/28191.

Örneğin sağlık kuruluşunda tedavi edilen bir akıl hastasının, organizasyon kusuru nedeniyle kaçması ve uzun zaman bulunamaması hâlinde gaiplik söz konusu olacaktır.

2.1.3. Hak Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti

Hak ehliyeti, kişinin fiillerine ve iradesine bağlı olmaksızın, salt insan olmasından dolayı kazanılan, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır.[44] Bu anlamı ile kişilik ile hak ehliyeti eş anlamlıdır.[45]

Hak ehliyetinden farklı olarak fiil ehliyeti ise, kişinin kendi fiilleriyle hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesidir. Fiil ehliyetinin şartları; ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır.

2.1.3.1. Ergin Olmak

Erginlik, on sekiz yaşını doldurma veya bu yaşa gelmeden önce kanunda belirtilen koşullarda evlenme ya da on beş yaşını dolduran küçüğün mahkeme kararı ile kazandığı olgunluktur.

Çocuk; Birleşmiş Milletler'in Çocuk Haklarına Dair Sözleşme[46] (ÇHDS) m.1 (çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç), 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu[47] (ÇKK) m.3/a ve TCK m.6/b hükümlerine göre on sekiz yaşını doldurmamış bireydir. Çocuk tanımı TMK'da yapılmamıştır ve bunun yerine genellikle küçük ve ergin kavramları kullanılmaktadır. TMK m.12 doğrultusunda on beş yaşını dolduran küçük ergin kılınabilirken, ÇKK'ya göre küçüğün ergin kabul edilmesi çocuk olmasını engellememektedir. Bu sebeple ÇKK açısından, on sekiz yaşını doldurmamış erginler hâlen çocuk olarak kabul edilmektedir.

Fiil ehliyeti için ergin olma şartı aranmaktaysa da tıbbi uygulamalarda, bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara, çocukların mümkün olduğunca katılımının sağlanması gerekir. Ancak tıbbi uygulamalarda öncelikle göz

[44] Helvacı, 2016, s. 43.
[45] Dural, Öğüz, 2015, s. 39.
[46] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20.10.1989 tarih ve 44/25 s. Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14.09.1990 tarihinde imzalamış ve 09.12.1994 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 4058 s. Onay Kanunu, RG: 11.12.1994/22138.
[47] RG: 15.07.2005/25876.

önünde bulundurulması gereken, kişinin çocuk veya ergin olup olmamasın ziyade ayırt etme gücünün varlığıdır.

2.1.3.2. Ayırt Etme Gücü

Ayırt etme gücü; kişinin akla uygun biçimde davranma, fiillerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğidir ve fiil ehliyetinin anahtarıdır.[48] Ayırt etme gücünün iki temel unsuru vardır: idrak ve irade. İdrak, kişinin hareketlerinin sebep ve sonuçlarını değerlendirebilme yeteneğiyken; irade, kişinin idrak ettiği hususları dış dünyada harekete dökebilme yeteneğidir.[49] Bu nedenle ayırt etme gücü fiil ehliyetinin anahtarıdır ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya erginler tam ehliyetsizdir.

Ayırt etme gücü, nisbi bir kavramdır ve her olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Karine olarak, ayırt etme gücünün var olduğu kabul edilse de[50] şüpheli durumlarda varlığının değerlendirilmesi, tıbbi bir konu olup hekim tarafından yapılmalıdır.[51] Ayrıca TMK m.13'te yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzer sebeplerin ayırt etme gücünü ortadan kaldırabileceği düzenlenmektedir.

Tıbbi uygulamalara rıza, nispi nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir haktır. Böylece istisnai olarak, kişi çeşitli sebeplerle rıza gösteremediğinde, kişinin korunmasız kalmaması için yasal temsilci aracılığıyla rıza aranmaktadır.[52] TMK m.16 ile ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kullanırken, yasal temsilcilerinin rızasının aranmayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu kabul edilen tıbbi uygulamalarda rıza ehliyetinin varlığı için temel şart, ergin olmak değil ayırt etme gücü varlığı olacaktır.[53] Yaş küçüklüğü ayırt etme gücünün yokluğuna sebep olabilse de yaş konusunda belirleyici bir sınır getirilmemiştir.[54] Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılarda ana kural onların ehliyetsiz olmalarıysa da TMK

[48] Dural, Öğüz, 2015, s. 57. Helvacı, 2016, s. 57.
[49] Dural, Öğüz, 2015, s. 57.
[50] Dural, Öğüz, 2015, ss. 60–61. Helvacı, 2016, ss. 58–61.
[51] Herring, J. (2006). Consent to Treatment. İçinde: Medical Law and Ethics (ss. 83–143). Oxford University Press. s. 89. Oktay Özdemir, S. (2016). Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler. Bahçeşehir Üniversitesi HFD, 11(145–146), 223–243.
[52] Yücel, Ö. (2018a). Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları. Seçkin. s. 39.
[53] Sert, G. (2004). Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde Hasta Hakları. Babil. s. 217. Gökcan, 2017, ss. 206–207.
[54] Dural, Öğüz, 2015, s. 58. Yedi yaşındaki çocuğun, kalem alırken ayırt etme gücü olduğu örneği verilmiştir.

m.16/1 "*Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*" hükmü ile ehliyetli oldukları alanlar düzenlediğinden, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında tam ehliyete sahiptirler.[55] Tıp etiği açısından da ayırt etme gücüne sahip küçükler, tıbbi uygulamaya yasal temsilcilerinin izni olmadan rıza gösterebilmelidirler.[56] Böylece kanımızca ayırt etme gücüne sahip küçük (olgun çocuk)[57] ve kısıtlılar, tıbbi uygulama gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kendi işlemleriyle borç altına girebilecek ve tıbbi uygulamaya onay verebileceklerdir.[58]

Ayırt etme gücüne sahip olmayanların, idrak ve iradeden yoksun olduklarından dolayı ne kendilerinin ne de yasal temsilcilerinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamayacakları kabul edilmektedir. Ancak kişinin ayırt etme gücünün olmaması, kişiliğinin zarar görmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu durum adil olmayan sonuçlar doğurabileceği için, kişiliğin korunması ve manevi tazminat davası açma gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları, ayırt etme gücüne sahip olmayanların yasal temsilcilerinin, temsil ettikleri bu kişiler adına kullanabilecekleri kabul edilmektedir.[59]

2.1.3.3. Kısıtlı Olmamak

Kısıtlama, ergin olan bir kişinin fiil ehliyetinin kaldırılması veya kısıtlanmasıdır.[60] TMK m.405'e göre; "*Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır*". Ancak sadece akıl hastalığı veya zayıflığı, kısıtlama için tek başına yeterli bir sebep olmayıp Kanun'da öngörülmüş diğer durumların ve resmî sağlık kurulu raporunun olması (TMK m.409) şarttır.[61] TMK m.406'ya göre ise "*Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa*

[55] Dural, Öğüz, 2015, s. 93.

[56] Duran, S., Sert, G. ve Görkey, Ş. (2008). Türk Hukuk Sisteminde Küçüklerin Aydınlatılmış Onam Vermesi ile İlgili Hükümlerin Tıp Etiği Açısından İncelenmesi. II. Ulusal Veteriner Hekimliği Tarihi ve Mesleki Etik Sempozyumu, 353–358. s. 357.

[57] Olgun çocuk ilkesi; tıbbi uygulama hakkında yeterli olgunluğa sahip küçüğün, ailenin izni veya bilgisi olmadan, tıbbi uygulamayı seçme, kabul etme veya reddetme hakkını kabul eden, meşru ve düzenleyici bir ilkedir. Ayrıntılı bilgi için: Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016a). Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri. Tıp Hukuku Dergisi, 5(10), 69–114. ss. 87–90. Doğramacı, Y. G. (2017a). Çocuğun Hakları: Tıbbi Müdahaleye Rıza. İstanbul Barosu Dergisi, Çocuk Hakları 23 Nisan Özel, 184–198. ss. 193–194.

[58] Doğramacı, Erkol, 2016a, s. 85.

[59] Dural, Öğüz, 2015, ss. 79–80. Oğuzman vd., 2015, ss. 78–79. Helvacı, 2016, s. 70.

[60] Dural, Öğüz, 2015, s. 57. Helvacı, 2016, s. 61.

[61] Dural, Öğüz, 2015, s. 63.

düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır". Kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanması, kişilik hakkının zarar görmeyeceği anlamına gelmemelidir.

2.1.4. Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşünsel faaliyeti, şeref ve onuru, resmi, gizliliği, saygınlığı gibi kişinin kişisel değerlerinin görünümü olup kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki tek bir haktır.[62] Gerçek kişi açısından hakkın konusunu, doğumdan ölümüne kadar, sadece var olması sebebiyle kişinin ayrılmaz biçimde sahip olduğu, hukuken korunan değerler oluşturmaktadır.[63] Kişilik hakkını ihlal eden her fiil hukuka uygunluk sebebi olmadıkça hukuka aykırıdır ve bu aykırılık, manevi tazminat için öngörülen hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için yeterli olup en hafif kusur dahi sorumluluğa sebep olur.[64] Diğer bir deyişle, manevi tazminat için kişilik hakkı ihlali gereklidir.[65]

Kişilik hakkının temelini, Anayasa m.12 "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."* amir hükmü oluşturmaktadır. TMK m.24 ve TBK m.58'de kişilik hakkı kavramına yer verilmiş ancak bu hakkın konusunu oluşturan değerler, kişilik hakkının gelişim hâlindeki ve genişleyici niteliği sebebiyle tek tek sayılmamaktadır.[66] Çünkü kişilik hakkının sınırlayıcı şekilde tek tek sayılması imkansız olduğu gibi içeriğinin bilinçli olarak boş bırakılması ile zamana ve yere göre değişen kişisel değerlerin tespiti öğreti ve içtihatlar doğrultusunda, hâkim takdirine bırakılmıştır.[67]

Manevi tazminat, özü, işlevi ve tarihsel kökeni gereği, soylu bir işlev üstlenerek kişilik hakkının bekçiliğini yapmakta; yani bedensel bütünlüğün, onurun, saygınlığın,

---

[62] Özsunay, 1977, ss. 152–153. Kılıçoğlu, A. (1990). Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik. İçinde: Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 103–110). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 105. Atlan, H. (2015). Manevi Zararı Tazmin Yolları. XII Levha. Helvacı, 2016, s. 101. Keskin, A. D. (2016). Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat. Yetkin. s. 162. Çelik, Ç. A. (2021c). Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk (3. Baskı). Seçkin. s. 324.

[63] Helvacı, 2016, s. 101.

[64] A. Kılıçoğlu, 1990, s. 108. Turan Başara, G. (2018). Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi. Turhan. s. 205.

[65] Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm (4. Bası). Vedat. s. 186.

[66] Ertaş, Ş. (1990). Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti. İçinde: Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (ss. 65–112). İstanbul Üniversitesi. s. 66. Erlüle, F. (2021). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (3. Bası). On İki Levha. s. 90.

[67] Dural, Öğüz, 2015, s. 101. Erlüle, 2021, s. 94.

özel yaşamın koruyucusu niteliğindedir[68] ve gerçek anlamda bir tazminat değildir[69]. Bu nedenle bedensel bütünlüğü de bünyesinde barındıran kişilik hakkının tutarlı ve güçlendirilmiş bir şekilde korunmasında manevi tazminatın özel bir yeri bulunmaktadır.[70] Hatta öyle ki manevi tazminatın, kişilik hakkının korunmasındaki en önemli araç olduğu kabul edilebilir.

2.1.4.1. Kişilik Hakkının Nitelikleri

Kişilik hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikteki haklardandır.[71] Kişi, hukuken korunan değerlerinin tanınmasını ve bu değerlere saygı gösterilmesini isteyebilir ve ayrıca bu değerlere hukuka aykırı şekilde müdahale edilmesini önleme yetkisine de sahiptir.[72]Bu sebeple kişilik hakkı mutlak haklardan biriyken kişilik hakkı ihlalinden doğan manevi tazminat talebi hakkı nisbi karakteri ile kişilik hakkından ayrılmaktadır.[73]

Kişilik hakkı, para ile ölçülemeyen şahıs varlığı haklarındandır.[74] Ancak bu durum şeref, beden bütünlüğü, hayat, sağlık, özel hayat gibi kişilik hakkı koruması altındaki değerlerin malvarlığı etkileri olmadığı anlamına da gelmez.[75]

Kişilik hakkı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır.[76] Ancak fotoğraf, manevi tazminat alacağı, isim hakkı gibi bazı kişisel değerlerin devredilmesinde veya vazgeçilmesinde sakınca yoktur.[77]

Kişilik hakkı, sadece sahibi olan kişiye, her türlü müdahaleden korunan ve hakimiyet yetkisi veren tekelci bir haktır.[78]

Kişilik hakkı kendiliğinden kazanılan ve ölümle sona eren, mirasçılara geçmeyen bir haktır.[79] Ölüm gerçekleştikten sonra kişilik sona erdiğinden ölenin cesedi ne ölenin

[68] Serozan, R. (1990a). Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım. İçinde: Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 67–101). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 71.

[69] Ertaş, 1990, s. 80.

[70] Uesseler, C. (2008). Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht. Westfälischen Wilhelms-Universität. s. 217.

[71] Hafızoğulları, Z. (1997). İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması. AÜHFD, 46(1), 1–40. Dural, Öğüz, 2015, s. 103. Helvacı, 2016, s. 105.

[72] Helvacı, 2016, s. 105.

[73] Genç Arıdemir, A. (2011). Manevi Tazminatın Takas Edilip Edilemeyeceği Sorunu. İÜHFM, 67(1–2), 81–95. s. 82.

[74] Hafızoğulları, 1997. Dural, Öğüz, 2015, s. 103. Helvacı, 2016, s. 105.

[75] Dural, Öğüz, 2015, s. 103. Helvacı, 2016, s. 105.

[76] Hafızoğulları, 1997. Dural, Öğüz, 2015, s. 104.

[77] Helvacı, 2016, ss. 105–106.

[78] Dural, Öğüz, 2015, s. 103. Helvacı, 2016, ss. 106–107.

[79] Hafızoğulları, 1997. Helvacı, 2016, s. 106.

kişiliğinin bir uzantısıdır ne de bir eşyadır. Ancak buna rağmen hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Ölenin yakınlarının ceset üzerindeki hakları onların kişilik hakkına dahildir.[80]

2.1.4.2. Korunan Kişisel Değerler

Kişilik hakkı kapsamında korunan değerler, tespiti olanaksız bir çeşitliliğe sahiptir. Ancak manevi tazminat talebi için kişilik hakkı koruması altındaki bir değerin ihlali gereklidir.[81] Kişiliğin korunmasına yönelik genel hükümler TMK m.23, 24, 25 ve TBK m.58 ile düzenlenmektedir. Tıbbi uygulamalardan kaynaklanan kişilik değerleri ihlallerinde bedensel bütünlüğün zedelenmesini özel olarak düzenleyen TBK m.56 karşımıza çıkmaktadır. Ancak TBK m.56'nın genel hükmü olarak kabul edilen TBK m.58 ve çerçeve hüküm olan TMK m.24'ün de göz önünde bulundurulması gerekir.[82]

Öğretide tıbbi uygulamalar ile ilişkili olabilecek temel değerlerin yaşam hakkı, sağlık hakkı, beden bütünlüğü hakkı gibi çeşitli kategorilere ayrıldığı görülmektedir.[83] Yargıtay ve Danıştay uygulamasında da kişilik hakkı, sadece fiziki değil ruhi bütünlüğü de kapsamaktadır.[84] Bu sebeple tıbbi uygulamalar doğası gereği doğrudan beden bütünlüğüne yönelik olduğundan, hukuka aykırı oldukları takdirde temas ettikleri her noktada korunan kişisel değerlerin de ihlali söz konusu olacaktır. Ayrıca tıbbi uygulamalar içerisindeki hasta hakları da özel olarak korunan kişisel değerler kapsamındadır. Bu sebeple tıbbi uygulamalar da kişisel değerler gibi geniş bir yelpazeye sahip olduğundan ve tıbbi uygulamalar ile kişisel değerler kombinasyonlarının belirlenmesi imkanı bulunmadığından, hangi tıbbi uygulamanın hangi kişisel değere etki etkisi somut olaya göre belirlenmelidir.

[80] Dural, Öğüz, 2015, ss. 28–29. Helvacı, 2016, s. 137.
[81] Atlan, 2015, ss. 20–21.
[82] Erlüle, 2021, s. 101.
[83] Dural, Öğüz, 2015, s. 104vd. Helvacı, 2016, s. 107vd. Atlan, 2015, s. 21vd. Keskin, 2016, s. 174 vd. Erlüle, 2021, s. 108vd.
[84] Çağlayan, R. (2016). İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 225–268). TBB. s. 238.

2.2. Hasta

2.2.1. Tanım

Çalışmamızın konusu tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat olduğundan öncelikle tıbbi uygulamanın öznesi (nesnesi) ve dolayısıyla doğrudan zarar gören kişi olan hasta kavramını incelemek gerekir.

Tıbbi uygulamaların temel öznesi, HHY m.4/b ile sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse şeklinde tanımlanan, hastadır. Bu tanım öğretide de eleştirildiği üzere, hasta yakınlarını da içine alacak kadar oldukça geniştir.[85] Halbuki HHY'de hasta yakınlarına da refakat etme, bilgilendirilme, güvenlik gibi sağlık hizmetinden faydalanabileceği birtakım haklar tanımlanmaktadır.[86]

Diğer taraftan hasta; Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından "*hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse*"; DSÖ tarafından ise, sağlık ve iyilik hâlinde olmayan kimse olarak tanımlanmakta, yani tıbbi yardıma ihtiyaç duyan kimse olarak kabul edilmektedir.[87] Ancak sadece beden ve ruh sağlığı bozukluğu dışında sünnet, kürtaj, estetik müdahale, organ bağışlama, aşılama, takip ve koruyucu sağlık hizmeti gibi toplumsal, kültürel ve/veya bireysel sebeplerle de tıbbi hizmete başvuran kişiler hasta olarak tanımlanmaktadır.[88]

Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı sadece tıbbi gereklilikleri değil hasta yakınlarını, nüfus planlaması, estetik, organ nakli, sünnet gibi çok çeşitli bireysel ve/veya sosyal unsuru kapsayan geniş bir kavramdır. Ayrıca sağlık problemi olmaksızın adli sebeplerle gelen, sadece sağlığın bozulması değil korunması amacıyla hareket eden[89] ve

---

[85] Petek, H. (2013). Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması. DEÜHFD, 15(Prof. Dr. M. Polat SOYER'e Armağan), 969–1017. s. 977. Yardım, İ. (2016). Tüketici Olarak Hasta Hakları. Adalet. s. 7. Doğramacı, 2016, ss. 17–18.

[86] Doğramacı, 2016, s. 18.

[87] Yavuz İpekyüz, F. (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. Vedat. s. 20. Demir, M. (2008b). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. AÜHFD, 57(3), 225–252. s. 234. Demir, M. (2018). Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku. Yetkin. s. 75. Günday, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Seçkin.ünday, 2012. s. 3. Hatırnaz Erol, G. (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları (3. Baskı). Seçkin. s. 87.

[88] Özay, M. (2006). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Seçkin. s. 20. Arıncı, A. ve Usta, S. (2017). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi. Turkish Journal of Plastic Surgery, 25(2), 84–93. s. 84. Badur, E. (2017). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller. Seçkin. s. 31.

[89] Gümüş Umucu, K. (2019). Türkiye'de Hasta Haklarının Evrimi. Beykent Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 7.

tıbbi amaçlı seyahat eden "sağlık seyyahları"nın [90] da öncelikle hasta olarak değerlendirilmesi gereklidir. Bu sebeplerle hasta kavramının; hasta yakınları dışarıda tutularak "*kendi sağlığı konusunda sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*" olarak tanımlanması uygun olacaktır.[91]

2.2.2. Hasta Hakları

Hasta hakları, hukuk düzeni tarafından korunan insan haklarının sağlık alanındaki yansıması olarak tanımlanırken [92] uygulamada bazen hekim yükümlülüğü bazen de hekimin koruduğu etik değerler olarak karşımıza çıkabilmektedir. Hasta haklarının insan hakları içerisindeki bu yakın niteliği nedeniyle kişilik hakkı ile de yakından ilişkilidir ve bu nedenle hasta haklarının da kişilik hakkının bir parçası, bir devamı olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Hasta, tıbbi uygulamanın kendisi kadar, tıbbi uygulamayla bağlantılı haklarının ihlalinden de zarar görebilir. Bu sebeple zararın etki ve belirlenmesi için hasta haklarının da değerlendirilmesi gerekir.

2.2.2.1. Gelişimi

Tarihin eski dönemlerinden, İkinci Dünya Savaşı sonrası bireyin özerkliğinin ön plana çıktığı postmodernizme kadar[93] gerektiğinde hastasının yararı için onun adına karar veren hekim otoritesindeki tıp alanında, paternalist bir anlayış hakimdir. Bu anlayışa göre, geçmişten günümüze tıp etik ve deontolojisine damgasını vuran Hipokrat Yemini'nde "*primum non nocere*" yani "*önce zarar verme*" ve hasta mahremiyeti gibi hasta menfaatinin korunduğu temel kurallar belirlenmiştir. Paternalist anlayışın hüküm sürdüğü kadim zamanlarda bile hekimler, normlarla kendi otoritelerini sınırlandırmış ve henüz "hasta hakkı" kavramı ortaya çıkmamasına rağmen temel insan haklarının uzantısı biçimindeki hasta haklarını gözetmişlerdir.[94]

---

[90] Gönenç, F. İ. (2006). Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm. MÜHF-HAD, 22(3), 1173–1184. ss. 1174–1175.

[91] Doğramacı, 2016, s. 19.

[92] Sert, G. (2018). Hasta Hakları. İçinde: Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 125–153). Seçkin. s. 125.

[93] Saad, T. C. (2018). The history of autonomy in medicine from antiquity to principlism. Medicine, Health Care and Philosophy, 21(1), 125–137. s. 131.

[94] Doğramacı, Y. G. (2017b). Sağlık Uygulama Tebliğinin Hekim ve Hasta Haklarına Etkisi. İçinde: C. Doğan ve B. Özpınar Gümrükçüoğlu (Ed.), VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015 Ankara (ss. 193–213). Ankara Barosu Yayınları. s. 195.

Hasta haklarına ilişkin olduğu bilinen ilk belge, 1973 yılında Amerikan Hastaneleri Birliği tarafından yayınlanan Hasta Hakları Bildirgesi'dir.[95] Hasta haklarının, paternalist anlayışın hüküm sürdüğü eski çağlardan günümüze kadar hekimler tarafından korunmuş ve gözetilmiş olduğu görülmektedir.[96] Sağlık hizmeti sadece hukuk kurallarıyla belirlenemediğinden hekimler kendi görev ve sorumluluklarına ilişkin, kendisini ilgilendiren ve kendisinin etkin olmasını gerektiren evrensel kurallar belirlemişlerdir.[97] Hasta haklarının ilk defa hekimler tarafından ortaya konulması, korunması ve gözetilmesinin temel sebebi, hekim ve hastanın temel menfaatlerinin çatışmaması ve aksine sağlığın korunması ortak amacı için birleşen hekim ve hastanın paydaş olarak birlikte hareket etme ihtiyacıdır. Hekimin esas mesleki amacı, gereken en iyi sağlık hizmetini sağlamak iken hastanın da amacı en iyi sağlık hizmetini alabilmektedir. Bu sebeple esasında hekim ve hasta açısından ortak amaç, gereken sağlık hizmetinin en iyi şekilde sağlanması ve haklarının korunmasıdır. Hekim ve hastaların sağlık hizmetlerinde sağlanmasındaki hak taleplerini birbirlerine karşı değil, sağlık hizmetlerinin esas olarak planlayıcısı, yürütücüsü ve sorumlusu olan Devlet'e karşı ileri sürmeleri gerekir. Bu ortak amaç doğrultusunda, güçlü görünen tarafın, paydaşı olduğu zayıf tarafın hakları için mücadele etmesi son derece doğaldır. Neticede hekim ve hasta hakları, birbiriyle çatışmayan ve büyük ölçüde örtüşen haklardır.[98]

Türk hekimlik tarihinde de hasta haklarının her zaman önemsendiğine ve saygı duyulduğuna dair kanıtlar vardır. Osmanlı Şer'i mahkeme sicillerine göre 15-16. yüzyıllardan itibaren Türk tıp uygulamalarında, senetler ile rıza alınmasının çok yaygın olduğu bilinmektedir.[99] Cumhuriyet Dönemi ile birlikte 1928 yılında, henüz harf inkılabı bile yapılmadığından Osmanlıca olarak kaleme alınan, ilk çıkan temel kanunlarımızdan olan 1219 s. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun[100]'da (TŞSTİDK)

[95] Sert, G. (2019). Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları (2. baskı). Seçkin. s. 36, dn.10.

[96] Doğramacı, 2016, s. 13.

[97] Sütlaş, M. (2000). Hasta ve Hasta Yakını Hakları. Çiviyazıları. s. 64.

[98] Doğramacı, Y. G. (2017b). Sağlık Uygulama Tebliğinin Hekim ve Hasta Haklarına Etkisi. İçinde: C. Doğan ve B. Özpınar Gümrükçüoğlu (Ed.), VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015 Ankara (ss. 193–213). Ankara Barosu Yayınları. s. 195.

[99] Aktaş, E. Ö. (2012). Sağlık Hukuku; Hekimleri ve Diğer Sağlık Çalışanlarını Koruyor Mu? İçinde: G. Çetin ve A. Kaya (Ed.), Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78 (ss. 44–54). İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi. s. 45. Acıduman, A. (2012). Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi. İçinde: C. Doğan (Ed.), IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011 (ss. 39–53). Ankara Barosu Yayınları. s. 41.

[100] RG: 14.04.1928/863.

m.70'de hasta hakları ile doğrudan ilişkili rıza[101] gibi düzenlemeler ve hasta haklarına ilişkin hükümler mevzuatımızda yer almaya başlamıştır. Ancak ülkemizde hasta haklarına dair ilk özel düzenleme HHY'dir. HHY, 1998 yılında yayımlansa da ilgili idari teşkilat yapısının düzenlenmesi ile uygulamada yer bulması, 2005 yılında çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği Uygulama Yönergesi ile olmuştur.

Hâl böyleyken ne yazık ki hekim ve hasta, hastalık karşısında yan yana olan değil tanı ve tedavi sürecinde karşı karşıya gelen taraflar hâline gelmeye başlamış ve bu süreçte birbiri aleyhine ve kendi lehlerine kanıt toplamaya çalışan, tümüyle başka bir amaç için yapılandırılmış bir yapıyı kullanmaya başlamışlardır.[102]

2.2.2.2. İnsan Hakları ile İlişkisi

2. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarındaki gelişmeler sağlık alanına da yansıyarak, hasta hakları özel hâliyle ortaya çıkmaya başlamıştır.[103] Hasta hakları, hasta olarak tanımlanan, tıbbi hizmet almayı talep eden kişilerin, teşhis ve tedavi sürecindeki haklarını ifade etmektedir.[104] Bu haklar, sağlık hizmetinin öneminin fark edilmesi ile birlikte bir insan hakkı olarak, sağlık hakkının ortaya çıkması ile gündeme gelen ve sürekli gelişen bir haklar manzumesidir.[105] Bu nedenle hasta hakları, sağlık alanındaki insan hakları olarak da tanımlanmaktadır.[106]

Hasta haklarına dayanak oluşturan sağlık hakkının hem kolektif hem de bireysel rolü vardır, bu hâliyle hem kamu sağlığının hem de bireyin sağlığının korunması gerekir.[107] 1982 Anayasası'nda sağlık hakkı, pozitif ve negatif yönlerinin bulunmasıyla beraber Jellinek'in ikinci kuşak pozitif statü hakları arasında sayılmaktadır. 1982 Anayasası'nda sağlık hakkının her ne kadar pozitif haklar statüsündeki 56. madde ile tanımlandığı görülse de negatif haklar statüsündeki, kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığını koruyan temel norm niteliğindeki 17. maddesiyle bütünleşik bir ilişki içerisindedir. Anayasanın 56. maddesi ile yaşam hakkı konusunda Devlete pozitif

[101] Aksi görüş: SERT, m.70'te düzenlenen rıza almayı hasta hakkı olarak değil hekim yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir. Sert, 2018, s. 129.

[102] Oğuz, N. Y. (2008). Tıp Etiği Açısından Tazminat Kavramı ve Bir Değer Olarak Bağışlama. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 27–31. s. 227.

[103] Sert, 2018, s. 125.

[104] Gökcan, 2017, s. 143. Sert, 2018, s. 125.

[105] Gökcan, 2017, s. 143.

[106] Üçışık, H. F. (2012). Sağlık Hukuku (3. Baskı). Ötüken. s. 18.

[107] Boyar, O. (2009). Sağlık Hakkı. İçinde: Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler (ss. 275–292). Roche. s. 292.

görevler yüklenmekte iken çatı norm niteliğindeki 17. madde ile bireylerin başta yaşam hakkı olmak üzere korunması, dokunulmaması gereken haklar düzenlenmiştir. Tüm bu bulguların ışığında sağlık hakkı, negatif statüdeki yaşam hakkı ile ağırlıklı olarak pozitif unsurları barındıran ve yaşama hakkını kapsayan bir hak olarak görülmelidir.[108]

Hasta hakları temel olarak, hastanın değerlerine saygı gösterme, hastayı koruma ve hastayı tıbbi kararlara dahil etme şeklinde üç ana kategoriye dayandırılabilir.[109] Aynı zamanda sağlık hakkı temelinde gelişen hasta hakları, sadece yaşam veya sağlık hakkı değil bilgiye erişim, eğitim, sosyal güvenlik, özel hayatın gizliliği gibi birçok hak kategorisi ile ilişkilendirilebilecek niteliktedir.[110]

AİHS ve Ek Protokollerde sağlık hizmeti ve hasta haklarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmadığından, İHAM bazı kararlarında geleneksel bir yaklaşımla, sağlık hakkı ilgili başvuruların konu bakımından AİHS güvencesinden yararlanamayacakları sonucuna varsa da sağlık hakkı ve ilgili hakların korunmasında mahkemenin geniş bir içtihat külliyatının[111] bulunduğu da görülmektedir.[112] İçtihatlarda görüldüğü üzere kişinin beden bütünlüğün korunması, AİHS m.2 ile düzenlenen yaşam hakkı ve m.8 ile düzenlenen özel hayata saygı hakkının koruma alanlarının kesişiminde yer almaktadır.[113]

İHAM'a göre özel hayat, kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içerdiğinden, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik, kişinin iradesine karşı yapılan tıbbi müdahaleler[114], kürtaj[115], sözleşme ilişkisi içerisindeki tıbbi uygulamalar[116] ve kişisel verilerin gizliliği[117] AİHS m. 8 ile düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında

---

[108] Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 17. Doğramacı, 2016, s. 8.

[109] Giritlioğlu, H. (2008). Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü. İçinde: Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 (ss. 19–26). Ankara Barosu Yayınları. s. 20.

[110] Sever, D. Ç. (2018b). Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması. İçinde: Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 73–102). Seçkin. s. 74.

[111] Sağlıkla ilgili bu içtihatlar genel olarak; genel sağlık, çevreyle ilgili davalar, cezaevlerinde açlık grevleri, engelli bireyler, ruh sağlığı, tutuklama ve ruh sağlığı ile tutuklu/hükümlülerin sağlık hakları olarak örneklendirilebilir. European Court of Human Rights, Press resources, Factsheets, https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=, (Erişim) 27.08.2021.

[112] Karakul, S. (2016). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I. İstanbul Medipol Üniversitesi HFD, 3(2), 169–206. s. 203.

İHAM, özellikle kamu kurumlarının gözetim ve sorumluluğu altında bulunan bireylerin sağlık ve tedavi hizmetlerinden yeterince yararlanamaması ve sağlık personelinin sorumluluğunu; yaşam hakkı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile bu haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında incelemektedir. Karakul, 2016, ss. 175–177.

[113] Yüzer Eltimur, D. (2019). AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri. On İki Levha. s. 348.

[114] Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, A. F. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (5. Baskı). Turhan. ss. 334–335. Karakul, 2016, s. 183. Yüzer Eltimur, 2019, s.21.

[115] Yüzer Eltimur, 2019, s.21.

[116] Ertan, İ. M. (2012). Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı. Legal. s. 150.

[117] Karakul, 2016, s. 190.

değerlendirilmektedir.[118] Bu sebeple özel hayat hakkı, sağlık hakkı ve özellikle de hasta hakları ile çok yakın ilgilidir.[119]

Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarında, kastın söz konusu olmadığı tıbbi uygulama hatalarını tıbbi ihmal olarak tanımlamaktadır. Tıbbi ihmalden kaynaklanan hak ihlali iddialarını genel olarak Anayasa m.17/1 ile düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı kapsamında değerlendirmekle beraber bu hakkın AİHS m.8 ile düzenlenen özel hayata saygı hakkına karşılık geldiğini kabul etmektedir.[120] Ancak tıbbi ihmal ile ilgili bazı AYM kararlarında[121], AYM üyesi GÖKCAN'ın özel hayat hakkı ve kapsamı konusundaki farklı gerekçesi dikkat çekicidir.

Anayasa m.17/1 amir hükmü ile düzenlenen yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı GÖKCAN'a göre; genel ve temel yapıda olup, bütün temel hakların bu haktan doğduğu ve türediği söylenebilir. [122] Diğer taraftan AİHS'in, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün ile nam, şöhret gibi manevi varlıklarını da AİHS m.8 ile düzenlenen özel hayata saygı kapsamında değerlendirdiği, kişinin bedeni ve ruhunun kişinin en mahrem yeri olduğu gerekçesiyle özel hayat içerisinde kaldığı ve doğal olarak özel yaşama ve gizliliğine saygı hakkının parçası olduğunu, aynı değerlendirmenin Anayasa m.20 ile düzenlenen özel hayata saygı ve gizliliğe dokunulamayacağı yönünden de yapılması gerektiği, kişinin özerkliği ve kendi kaderini belirleme hakkının da özel hayattan ayrılmaz nitelikte olduğu, tıbbi uygulamaların fiziki ve ruhsal boyutunun da özel hayatın mahiyetini etkilediğini, sonuç olarak Anayasa m.20 ile özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkının fiziksel ve ruhsal bütünlük ile kişinin kendisini geliştirme hakkına yönelik müdahaleleri de kapsadığı ve Anayasa m.17'nin sadece özel hayatı değil tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenleyen genel bir hak olması sebebiyle tıbbi ihmal sebebiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği görüşünü savunmaktadır.

GÖKCAN'ın bu görüşüne genel olarak katılmakla beraber tıbbi uygulama hatası iddialarının yargısal çözümünde Anayasa m.17'nin temel alınması, m.20 ile düzenlenen

---

[118] Çağıran, M. E. (2011). Uluslararası Alanda İnsan Hakları (2. Baskı). Barış. s. 236. Yüzer Eltimur, 2019, s. 21.

[119] Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 232.

[120] Örnek AYM Kararları: Melahat Sönmez, 2013/7528, 09.09.2015. Hilmi Düzgüner, 2014/79690, 11.05.2017, §49. Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan, 2014/13327, 08.03.2018, §39 (AYM Kararlar Bilgi Bankası, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, ET: 07.10.2021).

[121] İlgili Kararlar: Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan, 2014/13327, 08.03.2018. Hamdullah Aktaş ve Diğerleri, 2015/10945, 19.07.2018. Fındık Kılıçaslan, 2015/97, 11.10.2018.

[122] Gökcan, H. T. (2018). Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması. İçinde: Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları. Seçkin. s. 178.

özel hayata saygı hakkının kullanılmasını kısıtlamakta, tabiri caiz ise ve neredeyse kullanım alanını kadük bırakmaktadır. Halbuki yukarıda açıkladığımız İHAM kararlarında da görüleceği üzere, tıbbi ihmal konusunun özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi sadece tıbbi müdahalenin doğrudan etkisi değil, dolaylı manevi etkileri ve kişisel sağlık verileri gibi, tıbbi uygulamalarla bütünleşik yapıda bulunan diğer hakların da daha özel ve manevi bütünlüğü korumada daha güçlü ve geniş bir korumaya sahip tek bir normla korunması sağlanacaktır. Nitekim kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğü konusunda AİHS m.8 daha geniş bir koruma sağlamaktadır.[123] Ayrıca tıbbi uygulamadan kaynaklanan iddiaların yargısal çözümünde AY m.20 ile düzenlenen özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucu İHAM ile AYM arasında içtihat birliği sağlanacak ve AYM kararlarına karşı İHAM'a başvurulduğunda olaya farklı norm çerçevelerinden bakılmasından kaynaklanabilecek dilemma engellenmiş olacaktır.

AYM'nin insan hakları ihlallerini değerlendirici bir üst yargı organı olması dışında kararlarında belirtmiş olduğu ilkelerin, uygulama ve öğretiye yol göstericiliği dikkate değerdir. Bu sebeple tıbbi ihmalden kaynaklanan hak ihlallerinde, AYM'nin kararlarında açıkladığı ilkelerin de gözetilmesi gerekir. AYM, "*ilke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukukî sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur*" şeklindeki ilkesini birçok kararında kullanmakta ve uygulamaktadır.[124] Tıbbi ihmal nedenli hak ihlallerinde izlenmesi gereken temel yolun ceza değil tazminat talebi olduğu konusunda yerleşik bir içtihat oluşmuştur. Bu nedenle manevi tazminat, tıbbi ihmalden kaynaklanan hak ihlali iddiaları konusunda ayrı bir önem kazanmaktadır.

AYM bu ilkesel kuralı, İHAM'ın Türkiye ile ilgili vermiş olduğu kararlara atfederek iktisap etmiştir. İHAM İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca v. Türkiye (46156/11, 21.5.2013) Kararı; rahim ameliyatı sırasında istenmeden meydana gelen ve geç fark edilen mesane yırtığı ilgili olup AİHS m.8 kapsamında değerlendirilmiştir. İHAM Kararında, tıbbi ihmallerde ceza hukuku yolunu kapsam dışında bırakmadığını ancak Türk hukuk sisteminde ilke olarak, tıbbi ihmal nedeniyle başvuranlar için kullanılacak uygun hukuk yolunun, hukuk ve/veya idari dava yolunun olduğuna kanaat

[123] Yüzer Eltimur, 2019, s. 22.

[124] İlke ilk defa Nail Artuç (2013/2839, 03.04.2014, §38) başvurusu kararında bu şekilde ifade edilmiş ve aynı şekilde 07.10.2021 tarihine kadar 51 kararda daha kullanılmıştır.

getirdiğini açıklamaktadır. [125] Bununla birlikte İHAM Erdinç Kurt ve diğerleri[126] kararına göre; Devletin, özel ve kamu hastanelerinin hastalarının fiziksel bütünlüğünü koruması için uygun tedbirleri almaya zorlayan bir mevzuatı uygulamaya koyma pozitif yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, devletin tıbbi ihmal mağdurlarına gerektiği takdirde, bedensel hasarları için tazminat elde etmelerini sağlayacak bir prosedür sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır.[127]

Görüleceği üzere, (kastın söz konusu olmadığı taksirden kaynaklanan) tıbbi ihmallerde gerek İHAM gerekse AYM; konuyu özel hayata saygı ile bağdaştırmış ve tüketilmesi gereken, etkin hukukî yolun tazminat veya disiplin yolu olduğunu kabul etmektedirler. Bu nedenle tıbbi ihmal nedenli hak ihlallerinde izlenmesi gereken temel yol tazminat talebi olduğu konusunda yerleşik bir içtihat oluştuğundan, tıbbi ihmalden kaynaklanan hak ihlali iddiaları konusunda manevi tazminat konusu ayrı bir önem kazanmaktadır. Manevi tazminat, maddi tazminattan bağımsız ayrı bir zarar kalemi olduğundan, sadece manevi tazminat talebi halinde de temel yol izlenmiş olacaktır.

Ayrıca dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da İHAM, tazminat veya disiplin yolunun, telafi edebilecek nitelikte olduğunu belirterek tazminatların telafi fonksiyonuna işaret etmektedir.

2.2.2.3. Ülkemizde Hasta Hakları Mevzuatı

a. Hasta Hakları Yönetmeliği

1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin uygulaması, 2003 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından başlatılan Sağlıkta Dönüşüm Programı ve 2005 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği Uygulama Yönergesi ile ivme kazanmıştır. Uygulama Yönergesi ile hasta hakları doğrudan düzenlenmese de herkesin hasta haklarından faydalanabilmesi, hak ihlallerinden korunabilmesi ve gerektiğinde

[125] "*Tıbbi ihmalin özel alanında, etkili bir yargı sistemi oluşturmak için 2. maddede yer alan pozitif yükümlülük, her davada, ceza hukuku yolunun sağlanmasını zorunlu kılmaz. Örnek olarak, hukuk sistemi, ilgili doktorların herhangi bir mesuliyetinin saptanmasına ve uygun bir telafinin yapılmasına olanak sağlayan, tek başına veya ceza mahkemelerinde bir hukuk yoluyla bağlantılı olarak, asliye hukuk/idare mahkemelerinde ve/veya disiplin cezalarıyla mağdurlara bir hukuk yolu sağlarsa, yükümlülük yerine getirilmiş olur (bkz. Calvelli ve Ciglio v. İtalya [BD], no. 32967/96, §§ 51 ve 54, AİHM 2002-I, ve Vo v. Fransa [BD], no. 53924/00, § 90, AİHM 2004-VIII).*" Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2013.

[126] Erdinç Kurt ve diğerleri v. Türkiye (B. No: 50772/11, 06.09.2017), §53.

[127] Yüzer Eltimur, 2019, s. 348.

hukukî korunma yollarını fiilen kullanabilmesi için; hasta hakları uygulamalarının planlanması, değerlendirilmesi, uygulanması ve denetlenmesini sağlayan idari organizasyon yapısı kurulmuştur.

Yönetmelik dokuz bölümden oluşmakla birlikte; ilk bölümde amaç, kapsam, dayanak, tanımlar belirtilmiş ve sağlık hizmetlerinin sunulmasında uyulması gereken ilkeler düzenlenmiştir. İlkelerde ilk olarak DSÖ'nün bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlanan sağlıklı yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu ve hizmetin her safhasında göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmaktadır. Diğer ilkelerde ise Anayasa'da tanımlanan; yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, rıza, ayrımcılık yasağı ve özel hayat ile aile hayatının gizliliği gibi temel insan haklarına işaret edilmektedir.

Diğer bölümler; sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, tıbbi müdahalede hastanın rızası, hasta haklarının korunması, sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı, tıbbi araştırmalar ve diğer haklar şeklinde altı farklı başlık altında tanımlanmıştır. Bu başlıklar altında şekil, geçerlilik, kapsam, formlar gibi hakların esas ve usûlüne dair çeşitli hususlara da yer verilmiştir.[128]

b. Diğer Ulusal Düzenlemeler

Cumhuriyetin ilk yılları ile sağlık alanında tedbirler alınmaya çalışılmış ve düzenlemeler yapılmıştır. Bu dönemde çıkarılan ve hâlen yürürlükte bulunan bazı yasal düzenlemeler şunlardır:[129]

- 1219 s. TŞSTİDK: Genel olarak tıp meslek mensuplarının yetki ve sorumlulukları düzenlenmektedir. Ayrıca m.70'te tıbbi müdahale için rıza alma zorunluluğu ve şekil şartı düzenlenmektedir.
- 1593 s. UHK: Sağlık sorunlarıyla mücadele için çıkarılmıştır. Devlete, herkesin sağlıklı yaşaması ve sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için kamu ödevi yüklemektedir.

[128] Bu hakların değerlendirilmesi farklı bir çalışma konusu olup çalışmamızın sınırlarını aşacağından burada ayrıntıya girilmeyecek, çalışmamızda yeri geldiğinde ele alınacaktır. Ancak rıza konusu, tıbbi uygulamaların hukuka uygunluğu başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

[129] Sert, 2019, ss. 91–103.

- 224 s. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun[130] (SHSHK): Sağlık hizmetlerinin sosyal adalete uygun şekilde programlanması sağlanmıştır.
- 2238s.ODNK: Organ ve doku nakline ilişkin olarak m.6'da rıza ve m.7'de bilgilendirmeye ilişkin özel hükümler bulunmaktadır.
- Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi[131] (TDN): Hekimlerin uymakla yükümlü oldukları mesleki kurallar belirlenmiştir ve temel hasta haklarını sağlayıcı hükümler bulundurmaktadır. TDN m.2 ile insan sağlığının korunması, insanın kişiliğine ve yaşamına saygı, hekimlerin temel görevi olarak belirlenmiştir. Özellikle 4. ve 17. maddelerinde özel hayata saygı kapsamında değerlendirilebilecek şekilde, hekime sorumluluk yüklemiştir. 14. maddesinde hastanın hastalığı hakkında bilgilendirilmesi ve m.19'da hastanın kendisi ile ilgili bilgilere ulaşabilmesi düzenlenmektedir.
- 1982 Anayasası'nda yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkıyla birlikte vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı amir hüküm olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası döneminde yürürlüğe giren 3359 s. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu[132] (SHTK) ve 2827 s. NPHK ve 663 s. KHK[133], hasta hakları ile ilişkili hükümlerin yer aldığı diğer yasal düzenlemelerdir.

c. Biyotıp Sözleşmesi

Uluslararası düzeyde hasta hakları ile ilişkili, biyoetik meseleleri insan hakları çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı[134] ve tarafı olduğumuz en temel düzenleme, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Anayasa m.90(5) doğrultusunda usûlüne uygun şekilde yürürlüğe girmiştir.[135]

20. yy. 'da insan hakları alanında ortaya çıkan gelişmeler, insanı birey olarak ön plana çıkarmış ve küreselleşme süreci içerisinde insan hakları, uluslararası metinlerle

[130] RG: 12.01.1961/10705.
[131] RG: 19.02.1960/10436.
[132] RG: 15.5.1987/19461.
[133] Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun hükmünde Kararname, RG: 02.11.2011/ 28103 Mükerrer.
[134] Gürbüz, N. (2014). Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru. XII Levha. s. 28.
[135] Sözleşme, Türkiye tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmıştır. TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuştur ve Sözleşme, 02.07.2004 tarihinde onaylanarak 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İçeriği nedeniyle Biyoetik Sözleşmesi, imzalandığı yer sebebiyle Oviedo Sözleşmesi gibi isimlerle anılsa da biz adından dolayı Biyotıp Sözleşmesi olarak anmayı tercih ediyoruz.

güvence altına alınmışlardır. Bu süreç içerisinde de tıp ve biyoloji bilimleri, kendi içerisinde gelişmeye ve genişlemeye devam etmiş, teknoloji ve tekniklerin gelişimi ile uygulamada özel sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, insan haklarının, doğrudan ve dolaylı ilişkide bulunduğu, tıp ve biyoloji bilimlerine de yansıması kaçınılmazdır. Bireyin özerkliğinin ön plana çıkması ile biyotıp etiğinde de değişimler yaşanmıştır. Ayrıca özellikle gen teknolojisindeki gelişmeler ile, insanı insan yapan temel değerler de sorgulanmaya başlanmış ve insan onuru, korunmaya değer ayrı bir kavram olarak önem kazanmıştır. Böylece Biyotıp Sözleşmesi, biyotıp üzerinden insan onuru ile temel haklarının standardize edilmesi ve bu konudaki evrensel standartların somutlaştırılması amacıyla oluşturulmuştur. Biyotıp Sözleşmesi, tıbbi uygulama ve insan haklarına dair kanun niteliğinde uluslararası sözleşme olduğundan özel bir inceleme konusudur. Ancak önemi gereği Sözleşmenin özelliklerini ve içeriğini kısaca açıklamak uygun olacaktır:[136]

• ***Sözleşmenin Özellikleri:***

- Bağlayıcı Oluşu: Sözleşmenin en önemli özelliği, biyotıp alanındaki çok sayıda devlet tarafından onaylanan ilk bağlayıcı belge oluşudur.[137]
- Biyoetiğe Kapsamlı Yaklaşım: Sadece biyoetiğe dair alanları değil, genel olarak insan onuru ve temel hakları da güvence altına almaktadır.[138]
- Çerçeve Nitelik: Sözleşmenin çerçeve nitelikte olması benimsenmiştir.[139]

[136] Katoğlu, T. (2006). Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. AÜHFD, 55(1), 157–193. Andorno, R. (2005). The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law. Journal of International Biotechnology Law, 2(4), 133–143. Kıvılcım Forsman, Z. (2000). Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi. TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, 21–22, 95–107. Kriari-Catranis, I. (2002). The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to the Application of Biology and Medicine. Eubios Journal of Asian and International Bioethics, 12(3), 90–94.

[137] Sözleşme, usulüne uygun yürürlüğe girmiş olduğundan, doğrudan iç hukukumuzun bir parçasıdır ve hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan, kanunlarla ihtilaf halinde Sözleşme hükümlerinin esas alınması gerekir. Bu nedenle Sözleşmeyi, biyotıp alanına özgü, en temel kanun olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

[138] İnsan hakları ve biyotıp alanlarını birleştiren, ilk geniş yaklaşımlı ve özgün nitelikteki sözleşmedir. Ayrıca birçok uluslararası belgenin aksine insana ait tüm biyoetik alanları kapsaması amaçlanmaktadır.

[139] İlerleyen yıllarda konuya özgü ek protokollerle geliştirilebilmesi amacıyla, geniş ve genel ilkeler çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu sebeple ötenazi, kürtaj gibi hassas ve karmaşık biyoetik ikilemlere ayrıntılı çözüm bulunması amaçlanmamış aksine insan hakları ve insan onurunu ihlal edebilecek en riskli uygulamaları önleme ve genel çerçeveyi belirleme amacı taşımaktadır.

- Asgari Ortak Standartlar: Sözleşme, asgari ortak standartları belirleyerek biyotıp faaliyetlerine ilişkin temel normları birleştirme amacı taşımaktadır.[140]
- Ulusal Düzeyde Uygulanması: Sözleşmenin 1. maddesi 2. paragrafında, tarafların sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesi için kendi iç hukuklarında gerekli düzenlemeyi yapacakları belirtilmiştir.[141]
- Ulusal Yargı Koruması: Sözleşme m. 23 ile tarafların, hakların ve ilkelerin hukuka aykırı şekilde ihlalinin önlenmesi veya durdurulması için, uygun yargı korumasını en kısa sürede sağlamaları gerektiği düzenlemiştir.[142]

• Sözleşmenin İçeriği: [143]

- İnsan Onuru, Önceliği ve Eşitliği: İnsan onuru kavramı, Sözleşme'nin açık ve vurgulanan temelini oluşturmaktadır.[144]
- Rıza: Sözleşmenin 2. Bölümü (m.5-9), muvafakat yani rıza ile ilgilidir. Bu hükümler, biyoetik alanda bilinen ve kabul edilen kuralları somutlaştırmak için oluşturulmuştur.[145]

[140] Sözleşme asgariyi sınırları belirleyerek korumayı geniş tutmasa da insan konusunda, en uygun koruma sağlanmaya çalışılmıştır.

[141] Ortak standartlar Sözleşme ile belirlenirken, uygulamaları ve m.25'e göre ceza yaptırımları taraf devletler tarafından belirlenecektir. Sözleşme 'de doğrudan uygulama kabiliyeti bulunan birçok hüküm vardır. Hukukumuzda açıkça ve özel olarak Sözleşme'nin bazı hükümlerine ilişkin yaptırım belirlenmemiş olsa bile, bu sefer ilgili tıbbi müdahalenin ya da çalışmanın yürütülmesi bakımından emredici özelliğe sahip bu hükümlerin ihlalinin genel hükümlerle karşılanması, örneğin tazminat sorumluluğuna yol açması mümkündür.

[142] Sözleşmenin ihlali durumunda öncelikle ulusal yargı karar verecektir. Böylelikle yıllar içerisinde ulusal yargı organları, Sözleşme'nin ulusal uygulanması ile ilgili konularda kendi içtihatlarını geliştireceklerdir.

[143] Sözleşme, başlangıç kısmı ve on dört bölüm ile 38 maddeden oluşmaktadır. İlk dört madde, "Genel Hükümler" başlıklı Bölüm 1'i oluşturmaktadır. 2-7. bölümler biyotıp konularına ilişkin özel düzenlemeleri, 8-14. bölümler uygulama normlarını içermektedir.

[144] Sözleşme'nin başlığında, başlangıç bölümünde ve konu ve amacını tanımlayan 1. maddesinde insan onuru vurgulanmaktadır. Bu haliyle insan onuru, Sözleşme ile tanımlanan tüm ilke ve hakları genel olarak kapsayan bir üst kavramdır. Sözleşme'nin 2. maddesinde tanımlanan insanın üstünlüğü, insanın ekonomik verimlilik ya da bilimsel ilerleme gibi hiçbir neden için araçsallaştırılamayacağı anlamına gelmektedir. Sağlık hizmetlerine adil erişimi düzenleyen 3. madde de insan onurunun uzantısı niteliğindedir. İnsanların sadece adil bir şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanılması sağlanmamış ayrıca uygun tedbirlerin alınması gerektiği belirtilerek, devletlerin pozitif yükümlülükleri tanımlanmıştır

[145] Böylece tıbbi tedavi sadece hasta, müdahalenin amacı, doğası, riskleri ve sonuçları hakkında aydınlatıldıktan sonra ve özgürce buna rıza göstermesi halinde yapılabilir. Bu ilke, toplama kamplarındaki mahkumlar üzerinde araştırma yapılması üzerine oluşturulan 1947 tarihli Nurnberg İlkeleri'nden köken almaktadır. Bundan sonra aydınlatılmış onam, Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi'ne ele alınmıştır. Ancak bu düzenlemeler sadece insan üzerindeki biyotıp araştırmaları ile sınırlı iken Sözleşme, tüm tıbbi uygulamaları kapsamaktadır. Bu sebeple, tıbbi uygulamalarda aydınlatılmış onam ilk defa uluslararası bağlayıcı bir belge ile güvence altına alınmıştır.

- Özel Yaşam ve Bilgilendirilme Hakkı[146]
- İnsan Genomunun Korunması: Genetik çalışmalar, ancak sağlık ya da tedavi amacıyla hastanın ya da ilgilinin rızası ile yürütülebilir.[147]
- Bilimsel Araştırmalar: Bilimsel araştırmalar, Sözleşme'nin 5. Bölümü'nde düzenlenmiştir. Kural olarak, biyotıp alanındaki bilimsel araştırmalar, Sözleşme ve insan haklarını koruyucu diğer hukuksal düzenlemeler çerçevesinde özgürce gerçekleştirilir.[148]
- Tüpte (in vitro) Embriyo Üzerinde Araştırma[149]
- Nakil Amacıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınması: Yaşayan kimselerden nakil amaçlarıyla organ ve doku alınmasına ilişkin temel ilkeler, 19 ve 20. maddelerde düzenlenmiştir.[150]

2.2.3. Hasta Yükümlülükleri

Sağlık hizmetleri, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan ve sağlık hizmeti sunan, her iki tarafın da güven ilişkisi ve iş birliğine dayalı bir alandır. Bu sebeple her iki tarafın da

[146] Sözleşme'nin 10. maddesinde sağlığa ilişkin kişisel verilerin korunması ve kişilerin sağlıklarına ilişkin verileri öğrenme hakkına yer verilmiştir. 10. maddenin 2. fıkrasında herkesin, kendi sağlığı ile ilgili bilgileri öğrenme hakkı düzenlendikten sonra bireylerin, bilgilendirilmeme isteklerinin de gözetilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır.

[147] Sözleşmesi'nin m.13 ile gelecek nesillerin genetik yapısının geri döndürülemez biçimde dönüşmesine, bozulmasına yol açacak müdahaleler yasaklanmaktadır. Tedavi amaçlı genom değiştirilmesi, altsoy genomunda değişiklik yapılmaması şartına bağlanmıştır. Bir hastalığın tamamen yok edilmesi amaçlansa dahi insan türünün özelliklerinin korunması, etik ve insan hakları bakımından temel değer olarak anlaşılmaktadır.

[148] İnsanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılması, insanlar üzerindeki araştırmaya alternatif olabilecek aynı düzeyde başka bir yöntemin bulunmaması, araştırma ile sağlanacak yararın ilgili kişinin aldığı riskle doğru orantılı olması şartıyla, araştırma projesinin yetkili mercilerce yapılan bağımsız değerlendirme sonucu kabul edilmiş olması ve ilgili kişinin hakları ve hukuki korunması ile ilgili aydınlatılma yapıldıktan sonra vereceği yazılı rıza ile mümkündür. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere esas amaç, bilimsel araştırmaların engellenmesi değil aksine, bilimsel araştırmaların belirlenen çerçeve İçindeki serbestliği ve daha da önemlisi araştırma içerisindeki insanın korunmasıdır.

[149] Sözleşme, tüpteki embriyolar ile ilgili bilimsel araştırmaları yasaklamamıştır. 18. madde ile bu tür araştırmalar konusunda devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Ancak araştırmaya izin verilmesi halinde, embriyoyu koruyucu tedbirlerin kanunla düzenlenmesi şart koşulmuştur. Sözleşme'de bu konuya ilişkin tek yasaklayıcı düzenleme, üzerinde araştırma yapmak üzere insan embriyosunun oluşturulması yasağıdır.

[150] 19. maddede, yaşayan kimselerden organ ya da doku alınabilmesi için bunun bir anlamda son çare olması gerekmektedir. Ölmüş kimseden organ ya da doku naklinin mümkün bulunmadığı ya da benzer etkinlikte bir başka tedavi yöntemi olmadığı durumlarda, yaşayan kimseden organ ya da doku nakline olanak tanınmaktadır.

20. maddede ise rıza yeteneği bulunmayanlardan organ ya da doku alınamaması kural olarak kabul edilmekle birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında bunun istisnası ve bu istisnaya ilişkin koşullara yer verilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti istisnai de olsa özellikle küçüklerden organ alınmasını mutlak anlamda yasakladığından bu maddeye çekince koymuştur. Sözleşme'nin 21. ve 22. maddelerinde insan vücudundan alınmış parçalara ilişkin ticari kazanç yasağı ve bu parçalar üzerinde tasarruf usulü düzenlenmektedir.

yükümlülükleri bulunmaktadır.[151] Hastanın genel olarak; tıbbi uygulamalarda iş birliği yapma, iş birliğinin bir parçası olarak hekim tavsiyelerine uyma, rızası sınırları içerisinde muayene ve müdahale gibi işlemlere pasif olarak katlanma, anamnez sırasında alerji, ameliyat, hastalık geçmişi, ilaç kullanımı gibi tıbbi özel durumlarını bildirme, ücret ödeme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır.[152]

Hastanın kendi üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hastanın kusuru olarak değerlendirilebilir. Hastanın kendi kusurundan yine kendisi zarar göreceğinden doğrudan bir yaptırıma tabi tutulması uygun da değildir. Bu kusurun etkisi, tedavi sürecinin sekteye uğramasından dolayı meydana gelecek zarar ile hekimin sorumluluğu arasındaki nedensellik bağı üzerine olacaktır. Hastanın yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi teknik anlamda bir kusur değildir çünkü burada zarar, başkasında değil hastanın kendisinde oluşmaktadır.[153] Bu sebeple hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi hasta açısından tazminat sorumluluğuna yol açamayacağı gibi hekim de bunların yerine getirilmesini talep edemez. [154] Hastanın kendi kusurlu davranışı, zararın tam olarak tazmin edilmesine engel olur. [155] Zarar veren ile birlikte hastanın yükümlülüklere uymaması zararın doğmasına neden olmuş ve hastanın bu davranışı nedensellik bağını kesecek ağırlıkta ise zarar verenin tazminat sorumluluğu doğmaz ancak bu ağırlıkta değilse tazminattan indirim sebebi olacaktır.[156] Hastanın davranışı ortaya çıkmış olan zararı arttıracak nitelikteyse önlem alarak engelleyebileceği zararların tazminini isteyememelidir.[157] Hekimin yanlış tedavi önerdiğini ispatla yükümlü olan da hastadır.[158]

Özel hukuk ilişkisi içerisinde hasta, hekimin uyarılarına rağmen yükümlülüklerini meydana getirmez ise hekim hastayı başka bir hekime devredebilir. Kamu hizmeti

---

[151] İstanbul BAM, 19. HD 2017/3010E, 2018/381K, 05.03.2018;
"... hasta ile hekim arasında kurulan bu tedavi sözleşmesi, her iki taraf da birtakım yükümlülükler yüklediğini, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre hastanın yükümlülüklerinin; " Hastalıkla ilgili belirti veya bulguları bildirme yükümlülüğü, muayene, teşhis ve tedavi yöntemlerine katlanma yükümlülüğü, hekimin tavsiyelerine uyma yükümlüğü olduğunu…"

[152] Doğan, C. (2016). Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri. Erciyes Üniversitesi HFD, 11(2), 49–81. ss. 60–74.

[153] Yerdelen, E. (2016). Hastanın Kusurunun Hekim Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru-Müterafik Kusur). İçinde: H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), I. Uluslararası Katılımlı ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Bodrum, 3-4 Eylül 2015 (ss. 93–108). Legal. s. 97.

[154] Güney Tunalı, I. (2020). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Seçkin. s. 199.

[155] Baysal, B. (2012). Zarar Görenin Kusuru. XII Levha. s. 38.

[156] Baysal, 2012, s. 36. Güney Tunalı, 2020, s. 199.

[157] Baysal, 2012, s. 40.

[158] Hakeri, H. (2021a). Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler (23. Baskı). Seçkin. s. 662.

ilişkisinde ise hekim doğrudan bırakamaz ancak idareden hastanın başka bir hekime devredilmesini talep edebilir.[159]

1993 yılında Amerikan Tabipler Birliği, hastaların mümkün olan en iyi bakım ve sağlık hizmetleri hedefleri sağlanabilmesi için hasta yükümlülüklerini belirlemiştir.[160] Ancak bu yükümlülükler yaptırıma tabi kurallardan ziyade öneri niteliğindedir.[161] Hastanın yükümlülükleri hep ileri sürülse de hastanın sorumluluk alamayacağı korkusuyla uygulanmamaktadır. Halbuki tedavi sürecine hastalar da dahil olmalı ve sorumluluk almak isteyip istemedikleri de belirlenmelidir.[162]

Alman Hukuku'nda hastanın kusuru "*Hatalı Tıbbi Müdahalede Müterafik Kusur*" başlığı altında altı maddede incelenmektedir. Bunlar:[163]

- Tedavi ve kontrol amaçlı tavsiyelere uymama,
- Üreticinin prospektüste belirttiği uyarı ve açıklamaları dikkate almama,
- Hastanın yapması gereken araştırmayı ihmal etmesi veya yetersiz yapması,
- Uygulanmaması gereken bir tedavinin hasta talebi ile yapılması,
- Hekimin bilgilendirmesinde müşterek kusur,
- Zararı hafifletme külfetinin ihmal edilmesi.

Ülkemizde hekim yükümlülükleri genel olarak mevzuat ve öğretide belirlenmişken hastanın uyması gereken kurallar özel olarak ilk defa 2014 yılında HHY m.42/A ile mevzuata girmiştir. HHY m.42/A:

"*Hasta sağlık hizmeti alırken aşağıdaki kurallara uyar:*

a) Başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranır ve katılımcı bir yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder.

b) Yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa hâlen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak verir.

c) Hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmeli ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunur.

ç) Randevu tarih ve saatine uyar ve değişiklikleri ilgili yere bildirir.

d) İlgili mevzuata göre öncelik tanınan hastalar ile diğer hastaların ve personelin haklarına saygı gösterir.

---

[159] C. Doğan, 2016, s. 75.

[160] American Medical Association, Code of Medical Ethics Opinion 1.1.4, https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/patient-responsibilities, ET (Erişim Tarihi): 07.10.2021.

[161] Kelley, M. (2005). Limits on Patient Responsibility. Journal of Medicine and Philosophy, 30(2), 189–206. s. 190.

[162] Schuldzinski, W. (2012). Können Patienten ihre Verantwortung wahrnehmen? Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, 106(3), 213–216. s. 215.

[163] Yerdelen, 2016, s. 102.

e) Personele sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz.[164]
f) Haklarının ihlal edildiğini düşündüğünde veya sorun yaşadığında (Değişik İbare: RG-23/12/2016-29927) hasta hakları birimine başvurur."

2.3.4. Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Yakını

Tıbbi uygulamalarda, bireyin kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde bilgilendirme ve rızanın doğrudan muhatabı, yeterliğe sahip olan hastanın kendisidir. Yeterliğe sahip hasta bu hakkı doğrudan kendi kullanabileceği gibi örneğin başka birisinin bilgilendirilmesini de isteyebilir. Ancak hastanın yeterliğe sahip olmaması, rızanın alınamaması veya bilincin kapalı olması gibi hâllerde HHY m.24(7) doğrultusunda, hasta yakınının veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi gerekir.[165]

HHY m.24(7)'deki "*mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir*" şeklindeki düzenlemeye bakılacak olursa, hastanın kanuni temsilcisi yerine hasta yakınına öncelik verildiği düşünülebilir. Ancak kanundan kaynaklanan görev ve yetki gereği, kanuni temsilcinin kararı yeter ve geçerlidir. Kanuni temsilcinin bulunduğu hâlde hasta yakınının yetkisinden bahsedilemez. Hastanın kanuni temsilcisinin kim konusunda genel olarak sorun bulunmayıp, veli, vasi veya yasal vekili hastanın kanuni temsilcisi olarak kabul edilmektedir. Kanuni temsilcinin yetki ve sorumluluğu da farklı bir tartışmadır. Örneğin KSVHY m.8'e göre veliler çocuklarının tıbbi verilerine doğrudan ulaşabilirken, m.10'a göre hastanın avukatları sadece vekaletnamede özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılmasına ilişkin açık rızayı gösteren özel bir hüküm bulunması hâlinde ulaşabilmektedir. Ancak çalışmamızla ilgili esas sorun kanuni temsilcilerin yetkisinden ziyade, daha sonra inceleyeceğimiz, manevi

[164] Hastanın saldırıda bulunmaması gerektiğinin yükümlülük olarak düzenlenmesi kesinlikle kabul edilemez. Zaten suç olan bu eylemin hasta yükümlülüğü olarak burada anılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak bu düzenleme ülkemizde sağlık çalışanına yönelik şiddetin vahim bir hal aldığını göstermekte, idare, hastaya şiddet uygulamamasını, sorun yaşadığında hasta hakları birimine başvurması gerektiği belirtmektedir.

[165] AYM, Fındık Kılıçaslan, 2015/9, 11.10.2018, §51 (AYM, Kararlar Bilgi Bankası);
"*Bireysel başvuru dosyasına yansıyan bilgilerden başvurucunun ameliyat olmadan önce birçok kez ilgili doktorlar tarafından muayene edildiği ve hastanın bilgilendirildiğine dair aydınlatma ve onay formlarının başvurucunun eşi ve kızı tarafından imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık ameliyatlara girmeden önce bilincinin kapalı veya karar veremeyecek bir durumda olması yahut ameliyatının acilen yapılması gerektiği gibi bir durumdan da söz edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla neden başvurucu yerine yakınlarının bu formları imzaladığı hususu ilgili doktorlar ve hastane tarafından açıklanmamıştır.*"

tazminata takdir edilebilecek olan zarar görenin veya ölenin yakınları kavramı ile karşılaştırılabilecek, hasta yakınının kim olduğu noktasındadır.[166]

Yönetmelikte görüleceği üzere, hasta yakını kanuni temsilciden farklı ancak kanuni temsilciyi de kapsayan belirsiz ve geniş bir alanı işaret etmektedir. Bu belirsizliğin bir eksiklik veya boşluk olmadığı, esneklik sağlayan bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir.[167] Yeterliğe sahip olmayan hasta için kanuni temsilci belirlenmesi ve kanuni temsilcinin kararına göre tıbbi uygulamanın yürütülmesi gerekirken, Yönetmelik ile bu yetkinin tanımsız ve belirsiz bir kişiye verilmesi hukuka uygun değildir. Ayrıca düzenlemenin kanun düzeyinde yapılması gerekirken Yönetmelik ile yapılması, hasta olan bireyin; vücut dokunulmazlığı hakkı, özel hayata saygı hakkı gibi Anayasal temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebep olacaktır ve Anayasa m.13'te düzenlenen temel hak ve hürriyetleri sınırlama kriterlerini karşılamamaktadır. Bu sebeple hastanın sağlık durumu hakkında doğrudan bilgilendirme yapılabilen hasta yakını ile ilgili düzenlemenin kanun düzeyinde yapılması şarttır.

Avusturya Medeni Kanunu (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB) m.268(2)'e göre bireyin kanuni temsilciye ihtiyacı bulunduğunda, kanunda düzenlenen sıraya göre kişinin yakınları kendiliğinden kanuni temsilci olmaktadır. Türk öğretisinde de 2238 s. ODNHK m.14 hükmünün kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır.[168] Kıyasen uygulama pratik bir çözüm gibi görülebilse de Kanun'un bu düzenlemeyi, sadece ve belirli durumlarda ölülerden organ ve doku naklinde izin için yaptığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple ölülerden organ ve doku nakli için yapılan bu özel düzenlemenin, genel ve yaşayan bireyler için kıyasen uygulanması kanımızca uygun değildir.

Diğer taraftan uygulamada, hasta yakınının belirsizliği konusu sağlık personeli açısından da zorluk teşkil etmektedir. Hasta yakınının mevzuatla açıkça belirlenmemesine karşın sağlık personelinin de doğrudan hasta yakınını belirleme görev,

[166] Bkz. "15.2.2.3. Yakını Kavramı"
[167] Gülel, İ. (2018). Tıbbi Müdahaleye Rıza. Seçkin. s. 150.
[168] Hakeri, 2021a, s. 344.

yetki ve imkanı bulunmamaktadır.[169] Bu sebeple arkadaşı, çalışanı[170] veya hastayı getiren kişi bile hasta yakını olarak görülebilmektedir. Bu durum yanlış kişinin hasta yakını olarak kabul edilmesine, hastanın hak ihlaline, sağlık personelinin yasal sorumluluğuna ve tarafların zarar görmesine neden olabilecek ciddi bir belirsizliktir.[171]

Görüleceği üzere "hasta yakını" kavramı oldukça belirsiz ve içi doldurulması gereken bir kavramdır. Hastayı sağlık merkezine getiren iş arkadaşı bile hasta yakını olarak hak sahibi kabul edilebilirken, daha sonra inceleyeceğimiz manevi tazminata konu "zarar görenin veya ölenin yakını" kavramı için, öğreti ve uygulamada [172] kabul edildiği üzere, en azından duygusal bir bağ aranmaktadır.[173] Bu sebeplerle hasta yakını ve "zarar görenin veya ölenin yakını" kavramı oldukça farklıdır.

2.3. Sağlık Meslek Mensupları

Tıbbi uygulamalarda görev alan sağlık meslek mensuplarının mesleki görev ve yükümlülüklerine aykırılıkları, tazminat sorumluluğuna sebep olabileceğinden, tıbbi uygulamaların paydaşı olan sağlık meslek mensuplarının ayrıca incelenmesi gerekir.

---

[169] AYM, Burak Bayburt ve Zeynep Bayburt, 2015/12057, 22.01.2019, §9 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

"*2/1/2015 tarihinde Y.B.nin tamamen bilinci yerinde olarak tedaviyi reddetmesi, yoğun bakım hemşiresini darp etmesi ve saldırgan davranışlarının aşırı biçimde devam etmesi üzerine Y.B., hasta yakınlarının da rızası ile her iki kol ve bacağından kol ve bacak bağlarıyla, ayrıca gövdesinden çarşafla bağlanarak sakinleştirici ilaçlar yapılmak suretiyle yatağa sabitlenmiş bir şekilde yoğun bakımdan Nöroloji Servisine çıkarılmıştır*."

Başvurucular ölenin eşi ve babasıdır. Ancak başvuruya konu olayda hasta yakınlarının kim olduğu tartışılmadığı gibi hasta yakınlarının rızalarının bilinci yerinde olan hastanın yerine neden ikame edildiği de tartışılmamıştır. Bu tartışmanın yapılmaması da uygulamada hasta yakınına hukuka aykırı şekilde, haddinden fazla verilen yetkinin kanıksandığına işaret etmektedir.

[170] Yücel, Ö. (2018b). Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler. İçinde: Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 23–46). Seçkin. s. 27.

[171] Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2018). Hasta "Yakını" Kimdir? İçinde: İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 793–796). Seçkin. s. 794.

[172] Y.4.HD. 2018/1960E, 2019/6280K, 24.12.2019;

"*TBK'nın 56/2. maddesinde, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının uğradıkları zararlar düzenlenmiştir. Bu gibi kimselerin, yakınlarına duygusal bağları açısından, bir yakının bedensel bütünlüğünün ihlalinde, doğrudan doğruya kendi kişilik hakkı açısından saldırıya uğradığı ve bu nedenle manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmiştir.*

Bir kimsenin cismani zarara maruz kalması durumunda onun (ana, baba, eşler, kardeş, nişanlı gibi) yakınlarından birinin aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa, onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (56. maddenin) koruma alanı İçinde bulunduklarının ve hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin ve manevi tazminat talep edebileceklerinin kabulü gerekir."

[173] Sulu, M. (2016). Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat. MÜHF-HAD, 22(3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), 2737–2756. s. 2744. Erlüle, 2021, s. 333.

2.3.1. Tanım

Sağlık meslek mensupları ile ilgili yasa hükmü [174] ve idari düzenlemeler [175] içerisinde doğrudan veya dolaylı çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır.

En yeni ve özel kanuni norm olan 663 s. KHK m.23 hükmüne dayandırılarak çıkarılan Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliği[176] m.4/f ile sağlık meslek mensupları; *"Hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, optisyen ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını*" ifade etmektedir. Tanım, örnekleyici değil belirli ve sınırlı -*numerus clausus*- şekilde yapılmıştır.

657 s. Devlet Memurları Kanunu[177] (DMK) m.36/3'te sağlık hizmetleri sınıfı, bu alanda mesleki eğitim alarak çalışan kişiler olarak, (hayvan sağlığı da dahil olmak üzere) örneklendirilerek sağlık kavramına uygun olarak geniş biçimde belirlenmiştir. 224 s. SHSHK m.2'de sağlık personeli tanımlanmıştır. Buna göre *"Sağlık personeli, sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye ve mukavele ile istihdam edilen ve bu sahada mesleki eğitim görerek yetişmiş olanlardır. Bu hizmet sahasında çalışan ve yüksek eğitim yapmamış olanlar yardımcı sağlık personelidir."* Bu norma uygun olarak sağlık meslek liselerinden mezun olanlara yönelik 1219 s. Kanun Ek m.13'e yapılan hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı meslekleri eklemeleri [178] ile ayrım belirginleşmiştir. Böylelikle

---

[174] Örneğin TCK m.280/2 maddesi şu şekildedir: *"Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır."* maddede *"ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler"* denilerek tanım geniş tutulmuştur. Buna uygun olarak madde gerekçesinde de sağlık mesleği mensuplarının madde metnindekilerle sınırlı olmadığı vurgulanmıştır.

[175] HHY m.4/c *"Personel"* ve Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik (RG: 06.04.2011/27897) m.4/b "*Çalışan*" tanımları "sağlık meslekleri mensupları" ifadesini açıklamaktan ziyade kullanmaktadır. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (RG: 03.07.2015/29405) m.4/h *"Sağlık Mesleği Mensupları"* tanımı ise oldukça dardır.

[176] RG: 14.12.2012/28497.

[177] RG: 23.7.1965/12056.

[178] 6514 s. Kanun'un (RG: 18.01.2014/28886) iptaline yönelik AYM'de açılan iptal davası: 2014/61E, 2014/166K, 07.11.2014, RG: 19.6.2015/29391;

"*Dava konusu ibarelerle ise, 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sağlık meslek liselerinin hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı haricindeki programlarına öğrenci kaydedilmeyeceği öngörülmektedir. Zira hemşirelik meslek mensuplarının üniversitelerin hemşirelik lisans programlarından karşılanabilecek yeterlikte olması nedeniyle bu liselerin bundan sonra sadece hemşire yardımcılığı ve ebe yardımcılığı eğitimi vermeleri öngörülmektedir. Ancak bu tarihe kadar kaydı yapılmış olan öğrenciler eğitimlerini kayıtları yapılan programlarda tamamlayabilecek ve bitirdikleri programların meslek unvanını kullanabileceklerdir.*

Dava konusu kurallarla, sağlık meslek liselerinin hemşire yetiştirmesi süreci sona ermekte olup bu liselerde bundan sonra hemşire ve ebelere destek olmak üzere hemşire yardımcısı ve ebe yardımcısı şeklinde ara eleman yetiştirilmesi öngörülmektedir. Zira sağlık meslek liselerinin sağlık hizmeti sunumunda hemşire ile ebelere destek olacak ihtiyaç duyulan ara elemanların karşılanabileceği en uygun kurumlar

yükseköğrenim yapmayan sağlık personelinin yardımcı sağlık personeli olarak tanımlanması gerekir.

HHY m.4/c'ye göre sağlık personeli *"... sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri"* ifade eder. Buna göre sağlık hizmeti sunumunda görev ve yetki alan herkesi sağlık personeli olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda hekim, hemşire gibi sağlık meslekleri mensuplarının yanı sıra temizlik elemanı[179], biyolog ve tanı, tedavide kullanılan programların yazılımcısına kadar sağlık hizmeti sunumunda görev alan birçok meslek mensubu, sağlık personeli sayılacaktır. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ile yakından ilişkili hasta haklarının içerisinde güvenlik hakkı bulunduğundan, güvenlik personelini de bu tanım doğrultusunda sağlık personeli olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Sağlık personeli için ayırt edici nokta, sağlık meslek mensubu olmasa bile sağlık hizmeti yürütülmesinde sorumlu olarak görev almaktır.

Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliği m.2 ile, yönetmeliğin tüm sağlık meslek mensuplarını kapsayacağı belirtilmesine rağmen içerisinde yer alan sağlık meslek mensupları tanımı ile sağlık hizmetleri yelpazesi içerisinde dar bir alan işaret edilmektedir. Tanımlamadaki kişilerin, insan fiziki ve ruhsal beden bütünlüğü üzerinde doğrudan tıbbi etkide bulunabilecek kişiler olduğu hem yeni hem özel bir yasal düzenleme içerisinde bulunmaları nedeniyle ve de tıbbın sağlığın alt dalı olduğu göz önüne alındığında Yönetmelikte dar olarak ifade edilen bu kişilerin, tıp meslek mensupları olarak tanımlanmaları uygun görünmektedir.[180]

---

olduğu açıktır. Söz konusu liselerden mezun olan hemşire yardımcısı ve ebe yardımcısı şeklindeki ara elemanlar, hemşire ve ebe nezaretinde yardımcı olarak çalışacak ve hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesine, beslenme programının uygulanmasına, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olmak ve refakat etmekle görevli olacaklardır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunan kurumlarda sağlık alanında eğitim almış nitelikli ara insan gücü ihtiyacını karşılamaya yönelik olan dava konusu kuralların kişilerin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir." şeklinde karar vermiştir.

[179] Savaş, H. (2007). Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. Seçkin. s. 29.

[180] Doğramacı, 2016, ss. 16-17.

2.3.2. Temel İlkeler

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik[181] (Görev Yönetmeliği) m.5 ile sağlık meslek mensupları ve sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları için temel ilkeler düzenlenmektedir.[182] Temel ilkelerin ilkinde, sağlık hizmeti sunumunda ekip çalışması ve multidisipliner yaklaşımın önemi vurgulanmaktadır. Böylece sağlık hizmetinin sunumunun bir bütün olduğu, ekip hâlinde çalışmanın gerekliliği ve sağlık çalışanlarının birbirinin bütünleyicisi ve tamamlayıcısı olduğu açıkça ifade edilmektedir. Diğer taraftan tıp mesleklerinin ekip içerisindeki görevleri yanında kendi özerk görevlerini göz ardı etmemek gerekir. Tıp meslek mensubu, ekip içerisinde çalışma ilkesinin uzantısı olarak kendi mesleki bilgisi dahilinde birlikte hizmet sunduğu diğer meslek gruplarının hareketlerine karşı dikkatli olmalı, normalden sapma fark ettiğinde ilgili kişileri uyarmalı, zarar vereceğini öngördüğü durumlarda gerekirse verilen talimatı yerine getirmemelidir.[183] Aksi hâlde kendi mesleki bilgi ve tecrübesi çerçevesinde hasta yararına gerekli önlemi alma konusunda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olabilecektir.[184]

2.3.3. Bazı Tıp Meslekleri

Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliği m.4/f tanımı doğrultusunda onlarca farklı tıp mesleği bulunmaktadır. Bu mesleklerin hepsini tek tek açıklamak yerine hastalıklarla ilgili doğrudan teşhis ve tedavi yetkilisi hekimlik ile müstakil kanun ile düzenlenen hemşirelik mesleklerini açıklamayı uygun buluyoruz. Diğer tıp meslekleri ile ilgili olarak Görev Yönetmeliği Ekleri'nde ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

[181] RG: 22.05.2020/29007. Bundan böyle "Görev Yönetmeliği" olarak adlandırılacaktır.

[182] Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. Orion. s. 85.

[183] Doğramacı, 2016, ss. 22-23.

[184] Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016b). Hemşirelerin Hasta Savunuculuğu Görevi Olgu Örneği. İçinde: H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Bodrum, 3-4 Eylül 2015 (ss. 827–830). Legal. s. 828.

2.3.3.1. Hekimlik

1219 s. Kanun'un ilk maddesinde hekimlik icra etme ve hasta tedavi etmenin her çeşidi öncelikle tıp fakültesi diploması sahip olma koşuluna bağlanmıştır. Kanun'un 8. maddesinde kanunda belirtilen şartlara sahip olan hekimlerin her türlü hastalığı tedavi edebileceği ancak tıpta sürekli uzman olmak ve uzmanlık unvanı kullanabilmek için uzmanlık belgesine sahip olunması şartı aranmıştır.[185] Öğretide, kanunlarda özel olarak uzman hekimin yapması gerektiği belirtilen hâller dışında[186] hekimlerin her türlü tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebileceği savunulmuştur.[187]

Kural olarak, kanunlarda belirtilen hâller dışında, hekimliğin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması mümkün değildir. Görev Yönetmeliği'nde de Kanundaki düzenlemeye uygun olarak, tabip ve uzman tabiplerin görevleri ayrım yapılmaksızın düzenlenmiştir. Ancak hekimin, özel uzmanlık dalına ayrılmış bir alanda tıbbi müdahalede bulunurken, uzmanlık alanının gereği olan bilgi ve imkanlara da sahip olması gerekir.[188] Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık belirlenmesi, eğitimi ve içeriği ile ilgili görüş bildirmesi için 663 s. KHK m.22 ile Tıpta Uzmanlık Kurulu oluşturulmuştur. Kurul tarafından oluşturulan uzmanlık dallarının çekirdek müfredatı ile Kurul kararları, yol gösterici ve idari açıdan bağlayıcı niteliktedir.

Hekimlik, görev sınırları net olarak çizilmeyen tek sağlık mesleğidir. Hekimler genel olarak teşhis, tedavi, rehabilite edici ve önleyici tıbbi uygulamaların temel yetkilisidir ve diğer sağlık personeli üzerinde planlama, denetleme ve değerlendirme gibi dikey iş birliği içerisinde çeşitli yükümlülükleri söz konusudur. Bu hâliyle tıbbi uygulamaları piramide benzetecek olursak, hekimlerin yetki genişliği ve denetleme,

---

[185] Tıpta uzmanlık, 2547 s. Yükseköğretim Kanunu m.3/t(3)'de "*Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülen ve tıp doktorlarına belirli alanlarda özel yetenek ve yetki sağlamayı amaçlayan bir yükseköğretim*" olarak tanımlanmış ve 1219 s. Kanun'da 43 ana dal ve 45 yan dal uzmanlığı belirlenmiştir.

[186] 1219 s. K. m.23. maddesinde büyük ameliyatların mutlaka bir uzman hekim ile yapılması gerektiği,

3591 s. K. m.2. maddesinde kanunda belirtilen alanlarda uzmanın gerektiği,

992 s. K. 1. maddesinde kanunda belirtilen alanlarda uzmanın gerektiği,

2238 s. K. 11. maddesinde "Ölüm Halinin Tespiti" başlığı altında bu değerlendirmeyi sayılı uzmanların birlikte yapabileceği,

2827 s. K. 5. maddesinde on haftayı geçen gebeliğin tahliye endikasyonunu uzmanın koyabileceği düzenlenmiştir.

[187] Hakeri, 2021a, s. 264. Gökcan, 2017, s. 88.

[188] Y.4. HD. 990/5104E, K.991/429K, 06.05.1991 Aktaran: Hancı, İ. H. (2002). Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. Seçkin. ss. 88–89.

değerlendirme gibi yükümlülükleri nedeniyle bu piramidin en üstünde yer aldığını kabul etmek uygun olacaktır.[189]

Diş hekimliği hem bilim hem de sanat olarak tanımlanarak tıbbın özel bir dalı olduğu kabul edilse de, özel niteliği öncelikle 1219 s. Kanun m.29 vd. hükümlerinde özel olarak düzenlenmesinden ileri gelmektedir. Diğer taraftan TDN'de tabip ve diş tabipleri birlikte anıldıklarından mesleki açıdan aynı sorumluluklara sahiptirler.

2.3.3.2. Hemşirelik

Hemşirelik mesleği, bir mesleğe müstakil olarak çıkarılan tek kanun olan, 6283 s. Hemşirelik Kanunu[190] ile düzenlenmektedir. Buna göre diplomaları Sağlık Bakanlığı'nca tescil edilmek şartıyla ilgili lisans bölümlerinden mezun olanlar "hemşire", lisansüstü eğitimleri tamamlayanlar "uzman hemşire" olarak çalışabilirler.

Hemşirelik Kanunu'na dayalı olarak çıkarılan Hemşirelik Yönetmeliği[191] m.5'e göre hemşirelik hizmetleri birey, aile ve topluma yöneliktir ve iş birliği içinde yürütülürler.[192] Belki de bu sebeple, hemşireler sağlık hizmeti sunumunda, ekibin hasta ile en fazla yüz yüze çalışan meslek grubudurlar.[193]

Hemşirelik hizmetinin kapsamının oldukça geniş olduğu ve sorumluluk sınırlarının açıkça belirtilmediği savunulmaktadır.[194] 2007 yılında 5634 s. Kanun ile Hemşirelik Kanunu'nda yapılan değişiklik, hemşirenin görev ve sınırları bir ölçüde netleştirmeye çalışmış ancak uygulamadaki sorunları çözecek ölçüde başarı sağlanamamıştır.[195] Daha sonra Hemşirelik Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle çalışılan birim, servis, ünite ve alanlara göre hemşirelerin görev, yetki ve sorumlulukları ayrıntılı bir biçimde, ayrı ayrı düzenlenmiştir.[196] Böylelikle sağlık meslekleri içerisinde en ayrıntılı görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenen grup hemşirelik mesleği olmuştur. Hemşirelik mesleğindeki

[189] Doğramacı, 2016, s. 26.
[190] RG: 02.03.1954/8647.
[191] RG: 08.03.2010/27515.
[192] Kalabalık, H. (2011). Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu. İçinde: III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 332–405). Ankara Barosu Yayınları. s. 334.
[193] Oflaz, F. (2011). Hemşirelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları. İçinde: III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 406–415). Ankara Barosu Yayınları. s. 406.
[194] Oflaz, 2011, s. 411.
[195] Deryal, Y. (2011). Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu. İçinde: III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 416–439). Ankara Barosu Yayınları. s. 419.
[196] Aykın, C. ve Çınarlı, S. (2016). Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu. Seçkin. s. 68.

bu kazuistik düzenleme, uzmanlaşmayı sağlamakla beraber, somut olaya göre hareket etme imkanını kısıtlayarak, hemşirelik mesleğini daha teknik bir iş hâline getirmiştir.[197]

2.4. Sağlık Hizmet Sunucuları

Sağlık hizmetleri, Anayasa m.56 amir hükmü ile düzenlenmektedir. Hüküm, sağlık hakkını hem temel bir hak olarak hem de bir ödev olarak tanımlamıştır.[198] Anayasaya göre Devletin öncelikle sağlık hizmetini planlama, düzenleme ve denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet hizmet sunumunu, bizzat veya kendi denetim ve gözetimi altında özel sektör vasıtasıyla yerine getirebilir. 3359 s. SHTK m.3 ile ülke genelindeki sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, kamu ve özel sağlık kurumlarından yararlanılacağı belirtilmektedir

Kamu hizmeti, idarenin doğrudan yürüttüğü veya özel kişilerce ancak idarenin denetim ve gözetimi altında yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Özel sağlık kuruluşları tarafından yürütülen sağlık hizmetleri kamu hizmeti olarak değerlendirilseler de bunların, idarenin doğrudan yürüttüğü kamu hizmeti olmadığı, "*virtüel kamu hizmeti*" yani idarenin denetim ve gözetim altında yürütülen kamu hizmeti olduğu görüşü savunulmaktadır.[199] Diğer bir görüş ise özel kişilerce yürütülen sağlık hizmetinin asıl

---

[197] Doğramacı, 2016, s. 29.

[198] AYM 2016/181E, 2018/111K, 20.12.2018 §108 (AYM Kararlar Bilgi Bankası)*;*

"Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Devlet, herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almalıdır. Sosyal devlet olma niteliğinin gereği olarak devlet, kişilerin gerekli ve en uygun sağlık hizmeti almalarını sağlamakla yükümlüdür." "Anayasa'da sağlık hizmetleri bir kamu hizmeti olarak düzenlenmekle birlikte, bu hizmetlerin sunulması devletin tekeline verilmemiş, devletin denetimine tabi olmak kaydıyla özel kesim tarafından da sağlık hizmeti sunulmasına olanak tanınmıştır."

AYM 2011/150E, 2013/30K, 14.2.2013 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

"*Buna göre, idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürmeleri olanaklıdır. Anayasa'nın 47. maddesinde, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir.*"

[199] Kaplan, G. (2004). İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Gelişmeler. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 1(19), 173–199. Bayındır, M. S. (2007). Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, 11(1), 551–589. s. 562. Ersöz, A. K. (2012). Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu. XII Levha. s. 32. Çakır, H. M. (2015). Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi. XII Levha. s. 91.

sahibinin bizzat idare olduğu, bu hizmetin ruhsat usûlüyle özel kişiye gördürüldüğü savunulmaktadır.[200]

Görüleceği üzere, sağlık hizmetinin genel olarak kamusal nitelikte olduğu ve özel kişilerce sunulsa bile idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. İdare tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu, idare hukuku esaslarına göre değerlendirilmektedir. Ancak özel kişilerce sunulan sağlık hizmetlerinde, idarenin sorumluluğunun kapsamı tartışmalıdır. Özel kişilerce sunulan sağlık hizmetinde idarenin sorumluluğunun kapsamına dair öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

GÜRAN[201], serbest meslek veya özel sağlık kuruluşlarında yürütülmesinden kaynaklanan hukukî sorunlarda Devlet'in sorumluluğu olmadığını ancak ruhsatlandırma, denetim, gözetim ve yaptırım gibi kolluk faaliyetleri çerçevesinde kendi görevini yerine getirme sorumluluğu olduğunu belirtmektedir. İdarenin zarardan sorumluluğu özel kişi ile müteselsil veya müşterek değil, kendi sorumluluk payı kadardır. Çünkü idare ile özel kişi arasında bir bütünlük bulunmayıp, aksine birbirinden ayırt edilebilen, farklı faaliyet sorumlulukları mevcuttur.[202] Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre ruhsat usûlüyle özel sağlık kişilerince yürütülen sağlık hizmetinde meydana gelen zarar doğuran olayla ilgili idarenin gözetim ve denetim eksikliği varsa idare, aksi takdirde özel sağlık kuruluşu sorumludur.[203] ÇINARLI[204], EVREN[205] ÇATAK IRIZ[206] ve SEVER[207] de benzer şekilde, hizmetin özel kişiler eliyle görülmesinin idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını belirtmektedir. Ancak ÇATAK IRIZ ve SEVER burada ikili bir ayrım yapıp, salt hekimlik faaliyetlerinden idarenin sorumlu olmadığını ve ancak idarenin asli görevlerinden kolluk faaliyetleri sebebiyle özel kişi ile birlikte

[200] Çınarlı, S. (2016). İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması. TıpHD, 5(10), 207–227.

[201] Güran, S. (1983). Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu. Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982, 77–87. s. 77.

[202] Güran, 1983, s. 78.

[203] Bayındır, 2007, s.304. Çakır, 2015, s. 304.

[204] Çınarlı, 2016, s. 218.

[205] Evren, Ç. C. (2011). Hizmet Kusuru - Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 95, 175–196. s. 181.

[206] Çatak Irız, B. (2011). Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu. Adalet. s. 14.

[207] Sever, D. Ç. (2018a). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu. İçinde: Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 265–279). Seçkin. s. 274.

sorumlu olabileceğini kabul etmektedir.[208] AŞÇIOĞLU[209] ve AVCI[210], sağlık hizmetlerinin özel kişilerce görüldüğü hâllerde idarenin tıbbi uygulamadan değil ama denetim ve gözetim sorumluluğu gereği, mevzuattan kaynaklanan eksik ve noksanlıklarda idarenin özel hukuk kişisi ile birlikte sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır. YÜZBAŞIOĞLU[211] özel kişilerce görülen sağlık hizmetinin tümünden idarenin sorumlu tutulmasını hem idareyi ağır bir tazminat yükü altında bırakacağını hem de idareyi özel kişinin sigortacısı durumuna getireceğini belirterek eleştirmekte ve idarenin sorumluluğunu sadece tıbbi hizmetin kendisinden yani personel, malzeme ve organizasyon kusurunda idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. ERSÖZ[212] ise, idarenin denetim görevinin genel kolluk yetkisinden geniş olduğunu belirtmekte ve hizmetin esas sahibinin idare olduğunu kabul etmektedir. Ancak özel hukuk ilişkisi içerisindeki hizmetlerde idarenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını ancak hizmet satın alınması veya hizmetin anlaşma ile özel kişilerden alınması hâlinde idarenin sorumluluğunun devam ettiğini belirtmektedir.

Öğreti ve uygulamada kamu hizmeti olarak tanımlanan sağlık hizmetlerinin esas sorumlusu Anayasa m.56 sebebiyle Devlet'tir. Tıbbi uygulamalar, ister kamu ister özel kişilerce görülsün, doğrudan kolluk vazifesi nedeniyle Devlet'in denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. İHAM, AİHS m.2 ile Devlet'e, özel ya da kamu hastanelerinde hastaların yaşamını ve vücut bütünlüğünü koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin uygulamaya konulması yönünde pozitif yükümlülük getirdiğini belirtmektedir. Bu pozitif yükümlülük, hastaları tıbbi uygulamalardan kaynaklanabilecek ağır sonuçlarından mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır.[213]

Her ne kadar özel kişilerce tarafından görülen sağlık hizmetlerinde Devlet'in sorumluluğu bulunmaktaysa da özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkisi ilişki genel olarak

[208] Sever, D. Ç. (2013). Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık. Ankara Üniversitesi. s. 385.

[209] Aşçıoğlu, Ç. (1993). Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar Doktorların Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki). Tekışık. s. 116.

[210] Avcı, M. (2012). Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu. Ankara Barosu Dergisi, 1, 105–140. s. 128.

[211] Yüzbaşıoğlu, C. (2020). İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk. XII Levha. s. 122.

[212] Ersöz, 2012, ss. 34–36.

[213] Erdinç Kurt ve diğerleri v. Türkiye (Başvuru No: 50772/11, 06.09.2017), §53.

TBK m.1 ile düzenlenen serbest iradeye bağlıdır ve Devlet bu ilişkinin doğrudan tarafı değildir. Ayrıca sağlık hizmetinde Devlet'in genel bir sorumluluğu olsa da sözleşme ilişkisi çerçevesinde yürütülen, estetik uygulamalar gibi tıbbi gerekliliği olmayan, her tıbbi uygulamadan doğrudan idarenin sorumlu olduğunu söylemek doğru değildir. Bu ilişki ve sorumluluğun özel hukuk kurallarına göre belirlenmesi gerekir.

Nitekim özel sağlık kuruluşlarının da personel, fiziki ve teknik düzenlemeleri kurma, iç işleyiş ve çalışma esaslarını gösteren yönergeler oluşturma, hastane enfeksiyonuna karşı önlem alma, hastanın bilgilendirilmesi, hastanın teşhis ve tedavisi ile bakım hizmetlerini sağlama, tıbbi dokümantasyon ve arşivi kurma gibi organizasyona ilişkin doğrudan yükümleri söz konusudur.[214] Ancak özel hukuk kişisinin organizasyon, personel, malzeme, kalite gibi idari mevzuatla belirlenen ve denetlenebilir standart eksiklerinden doğan kusurlarda, idarenin de asli görevlerinden olan denetimden kaynaklanan kusuru bulunduğu için, meydana gelen zarardan dolayı idare de özel kişiyle birlikte sorumlu olmalıdır.

3. TIBBİ UYGULAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tıbbi uygulamalar kamu ve/veya özel hukuk kişilerince yürütülmektedir. Tıbbi uygulamalar, aynı yetkiye sahip ve aynı tıbbi standartlar çerçevesinde yürütülse de hukukî niteliği, yürüten kişinin tabi olduğu hukukî statü kurallarına göre belirlenmektedir. Bu bağlamda; kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen idari eylem niteliğindeki tıbbi uygulamalar kamu hukuku kapsamında, özel hukuk kişilerince yürütülenler özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak tıbbi uygulamalar ister kamu ister özel kişilerce yürütülsün tıbbi ihmalden kaynaklanan zarar ve tazminatın belirlenmesinde TBK'nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir.[215]

3.1. Kamu Hukuku

Kamu tüzel kişiliğine bağlı sağlık kurum ve kuruluşları tarafından kamu hizmeti sunulduğu ve hizmet sunan idare ile hizmetten yararlanan kişilerle arasında kamu hukuku

[214] M. Demir, 2018, s. 254.

[215] Gözler, K. ve Kaplan, G. (2011). İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir Mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler). Terazi Hukuk Dergisi, 6(63), 36–41. s. 36.

kurallarına tabi bir ilişki olduğu açıktır. Bu sebeple kamu tüzel kişilerinden alınan sağlık hizmetinde, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez.[216]

İdare tarafından sunulan tedavi, estetik gibi tüm tıbbi uygulamalar, ayrıma tabi tutulmaksızın kamu hizmeti olarak kabul edilmekte ve kusur, hizmet kusuru açısından değerlendirilmektedir. Anayasa m.129/5 gereği, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan zararların giderilmesi için ancak idare aleyhine tazminat davası açılabileceğinden, idare tarafından sunulan tıbbi uygulamadan kaynaklanan zarar, idare hukuku ilkelerine göre değerlendirilerek, idari yargıda dava konusu olacaktır.[217]

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerce yürütülen tıbbi uygulamalarda hekim, hemşire gibi ilgili meslek mensupları mesleklerini icra ederken hastalara hizmeti şahsen, kendi adlarına değil, bağlı oldukları kurumların birer ajanı olarak verirler. Buradaki hasta ve meslek mensubu arasındaki ilişkiyi aslında kurum ve hasta arasındaki ilişki şeklinde belirlenirken hastanın uğradığı zararların birincil ve son yargı kararları ışığında tek sorumlusu, kamu hizmetlerinin "anonim" karakteri icabı, "idare" olmaktadır. Bu sebeple hizmet kusuru işleyen idare, hastanın uğradığı bütün zararları tazmin etmekle yükümlüdür.[218]

3.2. Özel Hukuk

Özel hukukta, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorumluğun hukukî niteliği iki temel ayrımda incelenebilir; arada sözleşme ilişkisinin olduğu durumlar ile arada sözleşme ilişkisinin olmadığı, vekaletsiz iş görme ve haksız fiil sorumluluğu. Sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğu farklı standartlara dayanmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık dikkate alınır ve zarar görenin korunup korunmayacağı ve hangi koşullarda korunacağı kanun ile belirlenir. Buna karşılık sözleşme hukukunda, borçlunun kusurlu olduğu kabul edilir.[219]

Fransız hukukunda hekimlerin sorumluluğu 1936 yılına kadar sadece haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmış ve 1936 yılından sonra sözleşme sorumluluğu kabul

[216] Zeytin, 2012, s. 109.
[217] Çınarlı, 2013, ss. 135–136. Gökcan, 2017, s. 1120.
[218] Çınarlı, 2013, s. 183.
[219] Bundesampt für Justiz. (2004). Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. s. 90.

edilmiş olsa [220] da Türk hukukunda böyle farklı bir değerlendirme söz konusu olmamıştır.[221] Bu sebeple manevi tazminat sorumluluğu sadece haksız fiil sonucunda değil, sözleşmeye dayalı edimlerin gereği gibi yerine getirilmemesinden de kaynaklanabilir.[222]

Diğer taraftan manevi tazminat, sözleşme görüşmeleri sırasındaki sözleşme öncesi sorumluluk "*culpa in contrahendo*" için de söz konusu olabilir.[223] Bu hukukî ilişki, sözleşme benzeri istisnai nitelikte borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Sözleşme kurma amacıyla görüşme ilişkisine girilmesi nedeniyle sözleşme kurulmasa bile, taraflar arasında dürüstlük ilkesi gereği bir görüşme kusuru nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilecektir. Örneğin başka bir şehirde oturan hastanın, hastalığı ile ilgili bilgi vererek randevu oluşturması hâlinde hekimin seyahatin süresi ve niteliği hakkında da bilgilendirme yapması gerekir.[224]

3.2.1. Sözleşme İlişkisi

Tıbbi uygulamalar genel olarak sözleşme ilişkisi dayalıdır. Sözleşme ilişkisinin kurulmasındaki temel unsur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır. Bu durumda, tıbbi uygulamaya hastanın rızasının arandığı ve rızasının olduğu hâllerde sözleşme ilişkisi kurulmaktadır.[225] Sözleşmeye aykırı bir davranış, örneğin hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı, sözleşmenin tarafı olan hastanın ölümüne veya başka bir türlü zarar görmesine sebep olabilir. Bu durumda, hekim ile hasta arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunmaktadır ve zarara neden olan davranış aynı zamanda sözleşmeye aykırı davranıştır.[226] Her ne kadar sözleşmeye aykırılık hâllerinde manevi tazminat kurumu özel olarak düzenlenmese de, TBK m.114/2 ile sözleşmeye aykırılık

[220] Bayraktar, 1972, s. 34.

[221] Reisoğlu, S. (1983). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu. İçinde: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 1–18). Fakülteler Matbaası. s. 12.

[222] Gürkan, M. (2013). Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi. İstanbul Barosu Dergisi, 87(6), 93–110. s. 93.

[223] Ayan, 1991, s. 49. Kara, İ. (2016). Tüketici Hukuku ve Ticaret Hukukunda Bedensel Zararlar Nedeni İle Tazminat Davaları ve Uygulamaları. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 115–131). TBB. s. 119.

[224] M. Demir, 2018, s. 222.

[225] Reisoğlu, 1983, s. 3.

[226] Genç Arıdemir, A. (2008a). Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat. XII Levha. s. 263.

hâlinde haksız fiil hükümlerinin uygulanacağına dair düzenlemenin manevi tazminat için de geçerli olduğu tereddütsüz kabul edilmektedir.[227]

TBK m.4/2 hükmü doğrultusunda sözleşme ilişkisi; telefon, bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlarla, iletişim sırasında yapıldıysa sözleşme hazır olanlar arasında yapılmış sayılacaktır. Bu sonuçla, sözleşme kurulması için hasta ile hekim veya sağlık hizmet sunucusu arasında fiziki temas zorunlu olmayıp, teletıp veya mobil tıp gibi uzaktan tıbbi uygulamalar ile de sözleşme kurulabilir.

Mevzuatımızda, tıbbi uygulamaları konu alan özel bir sözleşme tipi tanımlanmamaktadır. Bu sebeple tıbbi uygulamaların hukukî niteliği konusu öğretide tartışmalıdır.[228] Öğretide, tıbbi uygulamaları kendine özgü "*sui generis*" bir sözleşme olarak kabul edenler olduğu gibi mevzuatta özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi tutan görüşler yer almaktadır.[229] Bir diğer tarafta ise; tedavi (hekimlik) sözleşmesi[230], hekimlik sözleşmesi[231], teşhis ve tedaviyi ayrı edim olarak kabul eden sözleşmeler[232] gibi farklı önerilerin olduğu da görülmektedir.

Ancak ne yazık ki tıbbi uygulamaların sözleşmesel niteliği konusundaki tartışmalar hâlen devam etmekle beraber öğretideki öneriler de yeterli ve uygun değildir. Günümüzde tıbbi uygulamalar; estetik müdahaleler, cinsiyet değişikliği, rahim tahliyesi gibi sadece tedavi amacına yönelmemekte ve serbest çalışan tek bir hekimin ve üstesinden gelemeyeceği kadar karmaşık ve farklı uzmanlıkları gerektiren, teknoloji ve emek yoğunluklu işlemlerdir. Bu sebeplerle hem yıllardan beri öğretide süre gelen tartışmalara son verilmesi hem de tıbbi ihmal iddialarının önemi gözetilerek, tıbbi uygulamaya konu alan sözleşme tip(ler)inin mevzuatta özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.[233]

3.2.1.1. Vekalet Sözleşmesi

Tıbbi uygulamalarda; sonuç garantisi bulunmayıp ve hizmet akdinin aksine bir süre için hastanın emri altına girilmeyip sadece bir iş görme borcu üstlenilmekte olduğundan ve ayrıca hekim nispi bağımsızlık çerçevesinde hareket ederek, hasta ve hekim arasında

[227] İnceoğlu, M. M. (2008). Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri. BATIDER, 24(4), 77–121. s. 77.
[228] Bayraktar, 1972, ss. 35–36.
[229] Ayan, 1991, s. 51.
[230] Ayan, 1991, s. 51.
[231] Yavuz İpekyüz, 2006, s. 16.
[232] H. Özdemir, 2004, s. 51. M. Demir, 2018, ss. 121–122.
[233] Doğramacı, 2020a, s. 677.

ilişki güven ilişkisi temeline dayalı olduğundan[234] hasta ile hekim veya sağlık hizmet sunucusu arasındaki hukukî ilişki, öğreti[235] ve uygulamada[236] genel olarak vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Tıbbi uygulamalar; tıbbi standartlara, sıkı mesleki ve kamu hukukuna ilişkin kurallara tabi olduğundan her zaman irade serbestliği söz konusu değildir ve yeri geldiğinde katlanma yükümlülüğünü de barındırmaktadır. Ayrıca genel olarak hastalık gibi durumlar ani edimli ortaya çıkmaktadır ve sözleşme tarafı olmayan, hasta dışındaki kişilere karşı sorumluluklar da söz konusu olabilmektedir. Bu özellikleri sebebiyle tıbbi uygulamalar saf bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmamakla beraber, TBK m.502/2, niteliğine uygun düştüğü ölçüde Kanun'da düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiği hükmü doğrultusunda, tıbbi uygulamalar için de uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

---

[234] Yavuz İpekyüz, 2006, ss. 69–71.

[235] Belgesay, 1953, ss. 75–77. Tandoğan, H. (1977). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II (2. Baskı). İstanbul Üniversitesi Yayınları. s. 150. Kaneti, S. (1983). Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü. İçinde: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 61–75). Fakülteler Matbaası. s. 61. Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2018). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (18. Baskı). Turhan. s. 596. Yavuz, C. (2012). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (10. Baskı). Beta. s. 534. Reisoğlu, 1983, ss. 12–13. Aşçıoğlu, 1982, s. 37. Ayan, 1991, ss. 53–56. Aşçıoğlu, 1993, ss. 19–20. Şenocak, 1998, ss. 24–26. H. Özdemir, 2004, s. 81. Yavuz İpekyüz, 2006, s. 64. Özdemir, H. (2017). Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Yetkin. ss. 93–94. Gökcan, 2017, s. 977. Yılmaz, B. (2017). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Adalet. s. 43. Güney Tunalı, 2020, s. 113. Şengül, R. (2020). Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu. Aristo. s. 21. Er, A., Topaç, Ö. ve Kaygusuz, S. (2021). Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk. Adalet. s. 580. Hakeri, 2021b, s. 964.

[236] Y.13.HD. 2013/24241E, 2013/23878K, 01.10.2013;

"Davacı, 18/04/2011 tarihinde nefes alma probleminin çözümü ve ***estetik ameliyat için davalı hastaneye gittiğini ve diğer davalı doktora muayene olduğunu ve davalının ameliyat sonrasında estetik açıdan ve nefes alma konusunda kendisine garanti verdiğini*** *ve davalı hastanede diğer davalı doktora ameliyat olduğunu, ameliyat bedeli olarak toplam 5.088,00.-TL ödeme yaptığını, ameliyat sonucu rahat nefes alamadığı gibi ameliyat nedeni ile yüzünde sabit eser kaldığını belirterek fazlaya dair haklan saklı kalmak üzere 2.000,00.-TL maddi tazminat, ödenen ameliyat ücretinin iadesinin ve 50.000,00.-TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsilini istemiştir.*

Davacılar, yanlış tedavi sonucu organ kaybına neden olunduğunu belirterek maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmışlardır. Mahkemece, tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik karar verilmiş ise de; B.K.'nun 502. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır (Öğreti ve uygulamaya örnek olarak: Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, sayfa: 176 ve devamı; dairemizin 04.03.1994 gün ve 1994/8557-2138 sayılı kararı ve aynı doğrultudaki birçok başka karar.).

*Somut olayda****, davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir****."*

Diş hekiminin tedavi amacı bulunmaksızın sadece dolgu, protez imalatı gibi ortopedi hekiminin takma kol veya bacak imalatı da eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık tedavi ve protez işlemleri bir arada borçlanıldığında asıl edim tedavi olacağından yine vekalet hükümleri uygulanmalıdır.[237] Diş yapımı, yapma organların yerine konması, estetik ameliyatlar gibi bazı durumlarda hekimin sonucu taahhüt etmesi mümkünse de bu taahhüt sözleşme tipini değiştirmemektedir ve bütün bu fiiller tedavi amacına yönelik olduğundan vekalet hükümleri uygulanmalıdır.[238] Protezin imal edilmesi eser sözleşmesine tabi iken, protezin hastaya uygulanması tıbbi tedavinin bir parçası olduğu için vekalet sözleşmesine tabidir.[239]

3.2.1.2. Eser Sözleşmesi

Yüklenicinin belirli bir sonucu meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmesinin konusu, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesidir.[240] Eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran farkların başında; vekalet sözleşmesinde netice taahhüt edilmezken eser sözleşmesinde netice taahhüt edilmektedir.[241] Bu yüzden dikkat ve özen yükümlülüğünden ziyade doğrudan sonuç odaklıdır.

Genel olarak tıbbi uygulamalar için hasta ve hekim arasında vekalet sözleşmesi kabul edilse de estetik uygulamalar için öğretide farklı görüşler sunulmuştur. Yargıtay ise, hukukî ilişkinin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir.[242] Estetik ameliyatlarda belirli bir fiziksel görünüm yolunda garanti verilmişse bu hukukî ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın, neticenin tam olarak öngörülemediği ve belli bir sonuç garanti edilmeden yapılan estetik uygulamalar, vekalet sözleşmesi kapsamında kabul edilmelidir.[243]

[237] Ayan, 1991, ss. 55–56. Petek, 2006, s. 189. Özay, 2006, s. 43.
[238] Aşçıoğlu, 1982, ss. 33–37. Aşçıoğlu, 1993, ss. 16–20.
[239] Sarıal, E. (1986). Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler. Kazancı. s. 43.
[240] Yavuz, 2012, s. 436.
[241] Tandoğan, 1977, s. 26. Zevkliler, Gökyayla, 2018, s. 599. Aşçıoğlu, 1993, s. 18.
[242] Memiş, 2016, s. 175.
[243] Özay, 2006, ss. 47–48. Gökcan, 2017, ss. 475–476.

Hekimin, diş yapması, yapay organları yerine koyması ve estetik uygulamalarda neticeyi taahhüt etmiş sayılır ve eser sözleşmesi hükümleri söz konusudur.[244] Estetik tedaviler haricinde hekim hastasına karşı iyileştirme borcu altına girmez. Diş hekiminin kanal tedavisi değil de takma diş yapması, cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla vücut üzerindeki müdahalesi, eser sözleşmesinin konusu olur.[245]

Estetik cerrahın, ortaya bir sonuç koyması gerekmektedir. Meydana getirilen sonuç, tıp bilimi ve standartları çerçevesinde başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa, hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığına bakılmaksızın, eser olarak kabul edilir. Estetik cerrahın mesleki tecrübesi ve başarısı dışındaki sebeplerle, tıbbi müdahale sonucunda ortaya bir eser çıkmaması hâlinde, estetik cerrahın sonuç ortaya koyma amacıyla ameliyata giriştiğinden hareket edilerek, ilişkinin yine eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.[246] Yargıtay, istenilen sonucun gerçekleşmesi mümkün değilse yüklenicinin bu konuda uyarma yükümlülüğü bulunduğuna işaret etmektedir.[247]

---

[244] Belgesay, 1953, s. 77.

[245] Yavuz İpekyüz, 2006, ss. 61, 64.

[246] Petek, 2006, s. 192.

[247] Y.3.HD. 2015/10634E, 2016/6585K, 26.04.2016;

*"Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkili davacının davalıya ait **sağlık ve estetik merkezinde, yüzündeki tüyler için lazerli iğneli epilasyon** yaptırdığını, son epilasyon seansından sonra müvekkilinin üst dudak bölgesinde lekeler ve çukurluklar oluştuğunu, bu durumun davalının mesleki kusurundan kaynaklandığını belirterek, yapılan epilasyon giderleri karşılığı 3.000 TL maddi tazminat ile yaşanan manevi sıkıntılar karşılığı 20.000 TL manevi tazminatın, son epilasyon tarihi olan 28.04.2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Dava; estetik amaçlı lazer uygulamasından meydana geldiği iddia olunan zararın tazmini için açılan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin, TBK'nın 470 (BK. m. 355) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır.

Davacı taraf iş-eser sahibi; davalı taraf ise yüklenicidir.

Eser sözleşmesinde, işin uzmanı sayılan yüklenici, yapımını yüklendiği işi, özen borcu gereği olarak fen ve sanat kurallarına, sözleşme hükümlerine, kendisine duyulan güvene ve beklenen amaca uygun şekilde yapmakla ödevlidir.

Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli özelliklerinden birisi sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Zira; eser sözleşmesinde bir eserin yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf yani yüklenici, işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınmasıdır.

Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da birkaçının bulunmaması halinde ayıplı ifa edildiğinin kabulü gerekir.

Eser sözleşmesinde, yüklenici belli bir sonucu (eser) taahhüt ettiğinden sonuç gerçekleşirse, yüklenici borcunu ifa etmiş sayılır. Buna göre davalı yüklenici, davacı iş sahibinin zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmişse; somut durumun gerektirdiği tedbirleri noksansız biçimde almışsa,

Eser sözleşmesi ancak, protez, dolgu gibi salt inorganik yapıların imalinde söz konusu olabilir. Bunların yerleştirilmesi yine vekalet sözleşmesine konu olmalıdır. Estetik uygulamalarda, kişinin sağlığında doğrudan bir olumsuzluk ve dolayısıyla tıbbi bir gereklilik bulunmadığından, bilgilendirmenin kapsamı ve istenmeyen sonucun sebep olduğu manevi zarar konusunda daha dikkatli olunması gerekir. Bu sebeple sadece muhtemel komplikasyon bilgilendirmesi yeterli olmayıp öngörülebilen tüm komplikasyonlar hakkında bilgilendirme ve arzu edilen sonuç mümkün değilse bu doğrultuda uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır.[248]

3.2.1.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Günümüzde tıbbi uygulamalar genel olarak; tek başına, bağımsız çalışan hekimin muayenehanesinden çıkıp geniş uzman ve teknolojik imkanlara sahip hastane ortamına taşınmaktadır. Bu sebeple bağımsız çalışan hekimin sorumluluğunu açıklamaya çalışan vekalet ve eser sözleşmeleri, hastane ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır.

Öğretide "hastaneye kabul sözleşmesi" olarak tanımlanan hasta ve hastane arasındaki sözleşme ilişkisi sadece tıbbi teşhis ve tedaviyi değil, barındırma ve yeme-içme gibi diğer edimleri de kapsaması sebebiyle; barındırma, kira, otelcilik, iaşe, satım sözleşmesi gibi unsurları bünyesinde taşıdığından karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir.[249]

Hastane; belirleyeceği hekim ile hastanın tıbbi tedavisini sağlayarak bakım, barınma ve beslenme gibi hastane bakımı şeklindeki bütün yükümlülükleri taahhüt ediyorsa, hasta ve hastane arasında "*tam hastaneye kabul sözleşmesi*" bulunur.[250] Sadece hasta ve hastane arasında sözleşme ilişkisinin olduğu ve hastanın tedavi eden hekimi bizzat seçmediği "*hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi*"nde,

---

uygun tedaviyi belirleyip uygulamışsa, uygulanan tedavide nadirde olsa görülebilecek olumsuz sonuçlara dair davacıyı aydınlatıp uyarmış ve davacının bu hususta rızasını almışsa, eserini iş sahibi davacının ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmişse ücrete hak kazanır.

*Eğer **eserin iş sahibinin istediği şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değilse**, davalı yüklenicinin bu konuda öncelikle iş sahibini **uyarma yükümlülüğü** bulunmaktadır. Uyarının yapıldığı davalı iş sahibi tarafından ispatlanmalıdır.*

Bu bağlamda davalı yüklenicinin uygulama öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında iş sahibini bilgilendirmesi bir zorunluluktur."

[248] Doğramacı, 2018, s. 291.

[249] Ayan, 1991, s. 140. M. Demir, 2018, s. 127.

[250] Ayan, 1991, s. 134.

hastane çalışanı olarak tedaviyi üstlenen hekim, TBK m. 116 hükmü doğrultusunda yardımcı kişidir. Bu durumda zarar gören; sözleşmeye dayalı olarak TBK m. 116 uyarınca zararın tazminini hastaneden talep edebileceği gibi, TBK m. 49 vd. hükümleri doğrultusunda haksız fiilden kaynaklanan zararını hekimden talep edebilir.[251] Çünkü, tam hastaneye kabul sözleşmesinde hekim ve hasta arasında bir sözleşme bulunmayıp hekimin sorumluluğu sadece haksız fiil sorumluluğuna dayandırılabilir.

Ancak hasta, hastane yanında hastane hekimi ile de ayrı bir tedavi sözleşme ilişkisi kurduysa bu ilişki "*hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda, özel hastanede çalışan ve tedavi sözleşmesine dahil olan hekim ile özel hastane, hasta tarafının uğradığı zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludur.[252]

Eğer hasta; hastane ile barındırma, yeme ve bakım gibi hizmetler için ayrı, hekim ile tedavi hizmetleri için ayrı sözleşmeler yaptıysa bu durumda "*bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi*"nden söz edilir. Bu sözleşmede tipinde hasta ile hastane ve hasta ile hekim arasında iki ayrı sözleşme bulunur ve hekim hastanenin ifa yardımcısı değildir.[253]

Hastaneye kabul sözleşmesinde ulaşılmak istenen esas amaç tıbbi uygulama olduğundan, yatırma, yedirme ve içirme gibi diğer faaliyetler bu amaca hizmet eden tali edimlerdir. Bu nedenle hastaneye kabul sözleşmesinde, asıl edimi oluşturan tıbbi uygulamaların vekalet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesi, diğer edimler için de tipik sözleşme hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerekir.[254]

3.2.1.4. Tüketici Hukuku

Son gelişmelerle tazminat hukukuna, ekonomik ve sosyal açıdan güçsüzü, özel olarak da tüketiciyi ve işçiyi koruyan bir sosyal anlayış egemen olmaktadır. [255] Endüstrileşen toplumda güçsüz olarak kabul edilen tüketicinin korunması, her geçen gün daha da önem kazanmaktadır.[256] Tüketicilerin korunması ve gerekli tedbirlerin alınması sorumluluğu ilk defa 1982 Anayasası m.172 ile Devlet'e yüklenmiş ve Avrupa Birliği

[251] Ayan, 1991, ss. 135–136.
[252] Ayan, 1991, ss. 136–137.
[253] Ayan, 1991, ss. 137–138.
[254] Ayan, 1991, s. 143. Gökcan, 2017, s. 1025. H. Özdemir, 2017, s. 101. Şengül, 2020, s. 39.
[255] Serozan, 1990a, s. 73.
[256] Akçaal, Uyumaz, 2013, s. 242.

(AB) uyum süreci kapsamında 1995 yılında 4077 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), AB İlerleme Raporları'nda 4077 s. Kanun yetersiz görüldüğünden, AB normlarına uyum sağlamak üzere, 2014 yılında 6502 s. TKHK yürürlüğe girmiştir.[257]

Hastanın, tüketici konumunu 6502 s. TKHK hükümlerine göre karşılaştırmak gerekir:[258]

- TKHK m.3/k ile tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Hasta, ticari veya mesleki amaçla değil sadece kendi sağlığı için hareket ettiğinden bu kriter karşılanmaktadır.
- TKHK m.3/d ile hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturmaktadır. Mal sağlama amacı taşımayan tıbbi uygulamalar, hizmet faaliyeti tanımına uymaktadır.
- TKHK m.3/l ile tüketici işlemi; ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlem olarak tanımlanmaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere, tıbbi uygulamalar için söz konusu sözleşme tipleri, tüketici işleminde tadadi olarak sayılan sözleşme ilişkileri içerisindedir.

Yasadaki tanımlamalar doğrultusunda öğretideki baskın görüş, hastayı tüketici olarak kabul etmektedir.[259] Ancak tüketici hukukundaki seçimlik hakların insan doğasına uymadığı,[260] sağlık hizmetlerinin kamusal niteliğinin pazar ekonomisine dayalı olan

[257] Akçaal, M. ve Uyumaz, A. (2013). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme. İnönü Üniversitesi HFD 4(2), 241–276. ss. 65–66. Doğramacı, Erkol, 2019a, s. 118.

Mehaz düzenleme olan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi başlangıç kısmında sağlık profesyonellerinin sorumluluğunun 2005/36/EC ile tanımlandığı ve m.3'te ise sağlık hizmetlerinin özel olarak 2011/24/EU ile düzenlendiği gerekçe olarak gösterilerek sağlık hizmetleri, Tüketici Hakları Direktifi'nin istisna alanlarından biri olarak düzenlenmiştir. Ancak bu istisnaya rağmen 6502 s. Kanun'da herhangi bir istisnai alan tanımlanmamıştır. Doğramacı, Erkol, 2019a, ss. 119–120.

[258] Doğramacı, Erkol, 2019a, s. 119.

[259] Petek, 2013, s. 977. Özmumcu, S. (2015). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış. DEÜHFD, 16(Özel Sayı 2014), 831–871. s. 860. Akipek Öcal, Ş. (2015). Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması. İçinde: H. Tokbaş ve F. Üçışık (Ed.), 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (ss. 284–299). Bilge. ss. 298–299. Doğramacı, Y. G. (2015b). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Hekim ve Hasta İlişkisinin Değerlendirilmesi. İçinde: İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi Gaziantep 23-25 Nisan 2015. Seçkin. s. 399. Yardım, 2016, s. 148. Doğramacı, Erkol, 2019a, s. 119.

[260] Çelik, Ç. A. (2015). Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir. İçinde: H. Tokbaş ve F. Üçışık (Ed.), 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (ss. 300–315). Bilge. ss. 309–310. Akipek Öcal, 2015, s. 299.

tüketici hukukuna uygun olmadığı,[261] hastanın bedeninden kaynaklanan önemli etkilere tüketici hukukunda karşılık bulabilmenin imkansız olması[262] gibi sebeplerle bu kabulün uygun olmadığı görüşleri de savunulmaktadır.[263]

Hastanın hukuki olarak tüketici statüsünde olduğunu kabul ettiğimizde uzaktan tıbbi uygulamalar, TKHK doğrultusunda özel bir hukukî sözleşme niteliği kazanmaktadır. Uzaktan tıbbi uygulamaların, mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde TKHK m.47 "İş yeri dışında kurulan sözleşmeler" veya m.48 "Mesafeli sözleşmeler" kapsamında değerlendirilmesi gerekir.[264]

Tüketici işlemi niteliğinde sayılan ayıplı hizmetler dışında, diğer tüketici işlemlerinden kaynaklanan zararlar nedeni ile manevi tazminat talep edilebilir. Tüketici işleminden kaynaklanan zararlardan dolayı manevi tazminat talep edilemeyeceğine yönelik düşüncenin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Tüketici olarak kabul edilen hasta, tüketici işlemi kapsamındaki tıbbi uygulamadan kaynaklanan zarar nedeniyle maddi tazminat yanında manevi tazminat da talep edilebilir. [265] Hatta tüketici işlemlerinde tüketici, karşı taraf olan hizmet sağlayıcısına göre daha zayıf konumda bulunduğundan, hükmedilecek manevi tazminatın, tüketicinin bu nedenle uğradığı manevi zararın etkisini azaltacak bir düzeyde olması gerekir.

3.2.2. Sözleşme Dışı Sorumluluk

3.2.2.1. Vekaletsiz İş Görme

Özellikle zorunluluk hâllerinde ortaya çıkan, hastanın iradesine dayanmaksızın ancak onun menfaatine yapılan uygulamalar vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin bilinci kapalı hastaya yapılan acil tıbbi müdahale veya ameliyat öncesi öngörülmediğinden gerekli bilgilendirmenin yapılamadığı bir hâlin ameliyat sırasında ortaya çıkması ve ameliyatın genişletilmesi zorunluluğu ile yapılan tıbbi müdahaleler bu kapsamda değerlendirilmektedir.[266]

---

[261] Çelik, 2015, s. 313.

[262] Kök, A. N. (2015). Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı? Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5(5), 605–616. s. 613.

[263] Doğramacı, Erkol, 2019a, ss. 119–120.

[264] Doğramacı, 2020a, s. 661.

[265] İ. Kara, 2016, s. 117.

[266] Sarıal, 1986, ss. 46–47. Ayan, 1991, s. 61..

TBK m.572/1 doğrultusunda hekimin, vekalet sözleşmesindeki gibi dikkat ve özen yükümlülüğünden sorumlu olduğu kabul edilmektedir.[267] TBK m.572/2 doğrultusunda ise hekim, hastasının reddettiğini bildiği bir tedaviyi bilerek uygularsa meydana gelen tüm zararlardan sorumlu olacaktır. Ancak hastanın isteği hukuka ve ahlaka aykırı ise bu hüküm uygulanmayacaktır.[268]

Hastanın isteği, hayati öneme sahip tedaviyi ret konusunda da sorun olarak ortaya çıkabilir. Örneğin Yehova Şahidi hastanın kan naklini reddetmesi hukuka ve ahlaka aykırı mıdır? Hastanın tedaviyi ret hakkı, kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında değerlendirilen, pozitif hukukumuzda ve uluslararası etik bildirgelerle kabul edilen, dokunulamaz nitelikteki temel hak ve özgürlüklerdendir. Hastanın tedaviyi reddi, sonuç olarak kişiyi ölüme götürebilecek olduğundan pasif ötenaziyi de kapsayabilecek nitelikte olması sebebiyle birbiriyle karıştırılan[269] ancak yine de ondan ayrı olarak ele alınması gereken bir haktır. Çünkü pasif ötenazinin amacı hasta ve/veya hekim açısından ölüm neticesine ilişkinse de tedaviyi ret hakkı sadece hastanın kararı ve hekimin de buna uymakla yükümlü olduğu ve her zaman ölüm neticesini hedeflemeyen bir haktır.[270] Bu sebeple hastanın tedaviyi ret hakkı, hukuka ve ahlaka aykırı olarak kabul edilmemelidir.

3.2.2.2. Haksız Fiil

Tıbbi uygulama, sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşmediyse ve vekaletsiz iş görme hükümleri de uygulanamıyorsa artık haksız fiil söz konusudur.[271] Fakat tıbbi uygulama sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşse bile özen yükümlülüğüne, tıbbi ve mesleki kurallara aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılık anlamına geleceğinden, sözleşme dışı sorumluluk da söz konusu olabilir ve bu durumda sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışabilir.[272]

Diğer taraftan hastanın ölümü veya ağır bedensel zararı nedeniyle yakınlarının açacağı tazminat davalarında sorumluluğun kaynağı doğrudan haksız fiildir.[273]

---

[267] Ayan, 1991, s. 114. Gökcan, 2017, s. 1001.

[268] Ayan, 1991, s. 115. Gökcan, 2017, s. 1001.

[269] Tacir, H. (2017). Hastanın Kendi Geleceğini belirleme Hakkı. İçinde: H. Tacir ve A. Altunkaş (Ed.), III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu (ss. 45–58). Seçkin. s. 45.

[270] Doğramacı, Erkol, 2016a, s. 80.

[271] Ayan, 1991, s. 148. Çınarlı, 2013, s. 157. Şengül, 2020, s. 24.

[272] Ayan, 1991, s. 117. Aşçıoğlu, 1982, s. 65. Aşçıoğlu, 1993, s. 69. Gökcan, 2017, s. 1002. Şengül, 2020, s. 25. Hakeri, 2021b, s. 968.

[273] Aşçıoğlu, 1982, s. 65. Gökcan, 2017, s. 1002.

Haksız fiil sorumluluğundan bahsedilebilmesi için hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında nedensellik bağının olması gerekir. Bu doğrultuda; haksız fiil sorumluluğunun yasal sonucu olarak, genellikle maddi ve manevi tazminata hükmedilmektedir.[274] TBK m.114/2 gereği, bu şartlar sözleşmeye aykırılık için de kıyasen uygulanır.

4. TIBBİ UYGULAMALARDA SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Manevi zarar ve tazminatın belirlenmesi için öncelikle manevi tazminat sorumluluğunun doğması gerekir.[275] Tıbbi uygulamalar ister kamu tüzel kişilikleri isterse özel hukuk kişilerince icra edilsin, genel olarak hukuka uygunluğu için aynı şartlar gerekmektedir. Yani icra eden kişiden bağımsız olarak tıbbi uygulamalar aynı yasal, mesleki ve tıbbi kurallara göre yürütülmektedir. Bu sebeple tıbbi uygulamalara göre kamu ya da özel hukuk ayrımı yapılmaksızın genel olarak bir arada değerlendirilebilir. Diğer taraftan tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorumluluk için hem kamu hukukunda hem de özel hukukta, haksız fiil kuralları geçerlidir.[276]

Ancak tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan beden gücü kayıpları, trafik kazaları, iş kazaları, kasten ve taksirle yaralama suçu gibi diğer yaralama eylemlerinden farklıdır. Bu gibi haksız fiil ve hukuka aykırı eylemlerde zarar gören kişi beklemediği, istemediği, önceden tahmin edemeyeceği ani bir kaza veya saldırıya maruz kalmaktayken tıbbi uygulamalara genel olarak rıza çerçevesinde dahil olmaktadır.[277]

Manevi tazminat konusunda idare hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığından özel hukukta yer alan bu kurum, tam yargı davalarında da kullanılmaktadır.[278] Ayrıca tıbbi uygulama ister kamu ister özel sağlık kuruluşunda gerçekleştirilsin dikkat ve özen yükümlülüğü zorunludur.[279]

Bu sebeplerle gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk açısından tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorumluluğun şartlarını, tıbbi uygulamaların bütünlüğü açısından aynı başlıklar altında değerlendirmeyi uygun buluyoruz.

[274] Bundesampt für Justiz, 2004, s. 93.
[275] Antalya, 2017a, s. 172.
[276] Antalya, 2017a, s. 3.
[277] Çelik, Ç. A. (2021a). Bedensel Zararlar (2. Baskı). Seçkin. s. 299.
[278] Çınarlı, 2013, s. 180.
[279] Aşçıoğlu, 1982, s. 107.

4.1. Tıbbi Uygulamaların Hukuka Uygunluğu

"*Doktor için **şifa hakkı** kabul edilemez.*"

BELGESAY

Tıbbi uygulamalar esasında kişilik hakkının ihlali ile kasten yaralama olarak kabul edilmekte ve ancak belirli koşulların birlikte varlığı hâlinde hukuka uygun sayılmaktadırlar. Ceza hukuku açısından tıbbi müdahaleler, doğaları gereği hukuka aykırı ve ceza hukuku açısından tipe uygun eylemlerdir.[280] Ancak özünde hukuka aykırı olan hekim uygulamalarının güttüğü amaç göz önüne alındığında tıp mesleğinin yapılabilmesi, dolayısıyla hukuka uygun sayılabilmesi ve zarar kastıyla hareket edenlerden ayrılabilmesi için[281] belirli şartların birlikte yerine getirilmesi aranmaktadır. TMK m.24/2 ile hukuka uygunluk sebepleri; kişilik hakkı ihlal edilenin saldırıya rıza göstermesi, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ile kanunun verdiği yetki olarak gösterilmektedir.

Tıbbi uygulamaların hukuka uygunluğunu hakkın icrası kavramına dayandıran görüşler bulunmaktadır.[282] Hatta öyle ki DÖNMEZER/ ERMAN, tıbbi gerekliliği olmayan estetik müdahaleleri de hakkın icrası çerçevesinde değerlendirmektedir.[283] BELGESAY, hakkın icrası olarak kabul edilebilecek hekimin şifa hakkını kabul etmemektedir.[284] GÖKCAN ise hakkın icrası ve hastanın rızası şeklinde iki hukuka uygunluk nedeninin birlikte aranması gerektiğini savunmaktadır.[285] HELVACI, kişinin sağlığına kavuşmak için rıza göstermesini hukuka uyguluk sebebi olarak kabul etmektedir.[286] Bizim de katıldığımız EREN'e göre; üstün amaç ve düşünce çerçevesinde, TMK m. 23 ile korunan kişilik hakkından vazgeçilmedikçe ve bu hakkı zedelemedikçe zarar görenin rızasının hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmelidir.[287] Ancak hiçbir hukuka uygunluk sebebi bilgilendirme zorunluluğunu ortadan kaldırmaya yeterli değildir.[288]

---

[280] Erman, B. (2013). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Seçkin. s.47 Hakeri, 2021a, s. 259.

[281] Belgesay, M. R. (1953). Tıbbi Mesuliyet. M. Sıralar. ss. 59–60.

[282] Dönmezer, S. ve Erman, S. (1971). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt:II (5. Bası). Fakülteler Matbaası. ss. 60–63. Erem, F. (1971). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler. Sevinç Matbaası. s. 11. Bayraktar, 1972, s. 96.

[283] Dönmezer, Erman, 1971, s. 63.

[284] Belgesay, 1953, s. 62.

[285] Gökcan, 2017, s. 188.

[286] Helvacı, 2016, s. 112.

[287] Eren, F. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı). Yetkin. ss. 603–604.

[288] Kirkit, 2016, s. 114.

Diğer taraftan Anayasa m.17 ile Biyotıp Sözleşmesi m.5 gereği, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ancak ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza göstermesi ile yapılabilir. Biyotıp Sözleşmesi'nin normlar hiyerarşisinde üst bir norm olması ve rıza konusunu açıkça düzenlenmesi nedeniyle tıbbi uygulamaların hukuka uygunluğu için rızanın gerekliliği konusunda tartışmaya yer bulunmamaktadır. Bu sebeple tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk sebebi olarak öğretide hangi görüş kabul edilirse edilsin, ilgilinin rızası en temel ve en önemli şarttır.

Tıbbi uygulamaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için, hukuk düzeni tarafından korunan kişiye özgü subjektif ve objektif nitelikteki iki temel kriteri sağlaması gerekir:

A. Rıza (subjektif)

B. Tıbbi kurallar (objektif)

4.1.1. Rıza

Eski çağlardan bu yana tıbbi uygulamalarda etkin olan paternalist anlayışa göre hekimin, hastası için en iyi şeyi bildiği ve en iyiyi uyguladığı kabul edilirdi. Günümüzde özerklik kapsamında, kendi vücut bütünlüğü üzerinde karar verici olan hastanın kendisidir. Hastanın rızası doğrultusunda hekim hastaya dokunur, muayene eder ve tedavi düzenler.[289] Hastanın kendi tıbbi durumu hakkında bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme ile hastanın tıbbi uygulamaya rızasının alınması gerekliliği, en temel tıp hukuku kurallarındadır.[290] İHAM, kişinin rızası hilafına yapılan tıbbi uygulamaları, kişinin özel hayatı ve beden bütünlüğüne müdahale olarak kabul etmektedir.[291]

Söz konusu olan, kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan belirli bir tıbbi uygulama ise asıl belirleyici olan, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yani rızasıdır.[292] Tıbbi uygulamalarda temel ilke kişinin özerkliğidir. Özerklik, kişinin bedenine ve sağlığına yapılacak müdahaleleri, kendi değer ve önceliklerine göre tayin hakkına sahip olması demektir. Bu sebeple tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartlarından biri hastanın rızasıdır.[293] Hastanın, ne için rıza gösterdiğini bilmesi hâlinde rızası geçerli olacaktır.

[289] Fremgen, B. F. (2006). Medical Law and Ethics (2. Baskı). Prentice Hall. s. 108.

[290] Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019b). Tıbbi Uygulama Hatası Tazminatında Yeni Dönem: Tüketici Hukuku ve Mahkemeleri. İçinde: Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 117–123). Türkiye Klinikleri. s. 164.

[291] Yüzer Eltimur, 2019, ss. 21-22.

[292] Erman, 2013, s. 77. M. Demir, 2018, s. 99.

[293] Dönmezer, S. (1998). Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı). Beta. ss. 35–36.

Hukuka aykırı bir tıbbi uygulamaya gösterilen rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak ancak tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilebilecektir.[294] Hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunulduğunda, rıza alınmaması şeklinde yükümlülüğe aykırı kusurlu davranış nedeniyle, meydana gelen zarardan sorumluluk doğacaktır.[295] Bu durumun istisnalarından biri olan varsayılan rıza; hastanın rızasının alınmadığı ancak hastanın yararına ve objektif ölçütlere göre hastanın rızasının varsayılabildiği hâlleri kapsamaktadır.[296] Varsayılan rızanın hukukî niteliği öğretide tartışılsa da üzerinde kabul edilen husus, hukuka uygunluk sebebi olmasıdır.[297]

Diğer taraftan kişinin rızasının aranmadığı ve hatta kamu gücü kullanılarak kişinin rızası hilafına, beden muayenesi, bulaşıcı hastalıklara yönelik tedbirler gibi yasa doğrultusunda yürütülen tıbbi uygulamalar da söz konusu olabilmektedir. Kamu gücü doğrultusunda kişinin rızası aranmadan yapılan bedene yönelik girişimler tıbbi standartlar doğrultusunda yapılsa da bunları, kişinin rızasına bağlı tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirmek uygun olmayacaktır. Bu gibi uygulamalarda kişinin serbest iradesi her zaman için söz konusu olmayıp, yasa hükmü kişinin rızasına ikame edilmekte ve kişinin katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.[298] Ayrıca bu müdahalelere dayanak yasa hükmü hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Örneğin ceza yargılaması kapsamında beden muayenesine katlanma yükümlülüğü bulunan kişinin bu eylem nedeniyle doğrudan manevi zarara uğradığı kabul edilmeyecektir.

4.1.1.1. Bilgilendirme (Aydınlatma)

Pozitif hukukumuzda bilgilendirme ve rıza kavramlarına sistematik olarak baktığımızda, iki ayrı kavram şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar. Bilgilendirme, hekimin mesleki etik ve hukukî yükümlülüğünün ağrı bastığı bir kavramken rıza, hastanın tasarrufundaki temel bir haktır. Ayrıca bilgilendirme ve rızanın gerek kapsamı gerek değerlendirilmesi farklı usûl ve kurallara tabidir. Bilgilendirmenin kapsamı ağırlıkla tıp bilimine dair bir konu olup rızanın usûl ve denetimi hukukî bir meseledir.

[294] Oğuzman, Öz, 2020, s. 23. Güney Tunalı, 2020, s. 233.

[295] Işık Özcan, F. (2008). Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 135.

[296] Hakeri, 2021a, s. 502.

[297] Erman, 2013, s. 149. Gökcan, 2017, ss. 243–244. Helvacı, 2016, s. 113. Yücel, 2018a, s. 120.

[298] Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019a). Beden Muayenesinde Çocuğun Rızası: Olgun Çocuk İlkesi. İçinde: Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 124–134). Türkiye Klinikleri. s. 129.

Bilgilendirmenin rızanın bir ön koşulu olduğuna ve gerekliliğine dair bir şüphe bulunmamaktadır. Anayasa ile düzenlenen yaşam hakkı ve rızanın, kişinin kendisi hakkında karar verme hakkını da içerdiği kabul edilirse "hekimin aydınlatma ödevi" ile "hastanın aydınlatılmış rızasına" ilişkin sorunların çözümü de kolaylaşacaktır.[299] Bu sebeple hekimin bilgilendirme görevi ve hastanın rızası, birbiri içine geçmiş da olsa, esasında iki farklı kavramdır.

Bilgilendirme, hastanın anlayıp anlamadığına bakılmaksızın tek taraflı bilgi verilmesiyken bilgilendirmede amaç, bilgilendirme sonucunda hastanın durumu anlayarak karar vermesini sağlamaktır.[300] Eksik ve yetersiz bilgilendirme sonrası rıza verilmiş olsa dahi verilen rıza müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.[301] Tıp meslek ve kurallarının hekimlerce bilinip hastalarca bilinmediği kabul edildiğinden, hekim hastasının makul bir ölçüde bilgilenmesini sağlamakla yükümlüdür.[302] Hastanın bilgilendirmeyi anladığını ve uygulamaya rıza gösterdiğini değerlendirmesi gereken de hekimdir.[303] Bu nedenle hekimin tek taraflı bilgilendirme yapması yeterli olmayıp hastanın da bu bilgileri anlama ve değerlendirme yeterliğine sahip olması ve aydınlanmış bir iradeyle uygulamaya rıza göstermesi gerekmektedir.

4.1.1.2. Usûl ve Kapsam

Bilgilendirmenin usûlü genel olarak HHY m.18 ile düzenlenmektedir. Buna göre bilgilendirme; tereddüt ve şüpheye yer verilmeden mümkün olduğunca sade şekilde, uygulamayı yapacak kişi tarafından, kural olarak hastanın kendisine[304] veya varsa yasal temsilcisine, hastanın sosyal ve kültürel seviyesine uygun ve anlayabileceği şekilde,

[299] Özsunay, E. (1983). Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları. İçinde: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 31–59). Fakülteler Matbaası. s. 35.

[300] Doğan, C. (2010). Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne /KKTC, 111–219. s. 126.

[301] Antalya, O. G. (2017a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II. Legal. ss. 69-70.

[302] Aşçıoğlu, Ç. (1982). Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Olgaç. s. 41.

[303] Fremgen, 2006, s. 108.

[304] Y.13.HD.2016/26894E, 2018/8072K, 18.09.2018;

"... tıbbi uygulamalar için bilgilendirme onam formunun davacı yerine neden yakını tarafından imzalandığının açıklaması yapılmayarak bu durum mahkemece ve bilirkişiler tarafından değerlendirilmemiştir. Bahsedilen bu formlar, davacıya yapılan ameliyatın niteliği konusunda davacıya gerekli bilginin verildiğini gösterir nitelikte değildir."

yazılı rıza alınmış olsa bile sözlü bilgilendirme yaparak[305], hastaya karar vermesi için makul bir süre tanınarak ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılmalıdır.[306] Hastanın karar vermesi için tanınması gerekli makul süre, tıbbi uygulamanın mahiyetine göre değişmekle beraber örneğin büyük cerrahi müdahaleler gibi hayati tehlikeye sebep olabilecek ancak acil olmayan müdahalelerde bilgilendirme, en azından müdahale ile aynı gün olmamalıdır. Kanımızca müdahale gerekliliği hasta tarafına açıklandığı zaman usûlüne uygun bilgilendirme de yapılmalıdır.

Bilgilendirme esasen; hastanın özerkliğini koruyucu müdahale bilgilendirmesi, tedavi sürecine yönelik bilgilendirme ve ekonomik bilgilendirme olmak üzere üç ana başlıkta ele alınmaktadır.[307] Mevzuatta bilgilendirmenin kapsamı HHY m.15 ile düzenlenmektedir. Hukuka uygun rızanın varlığından söz edilebilmesi için hastanın kendisine uygulanacak tıbbi uygulamaları, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usûlleri, tedavinin kabul edilmemesi hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları konusunda hastanın bilgilendirilmiş olması gerekir.[308]

Yargıtay, burun ameliyatı sırasında iğne ucunun kırılarak burun içinde kaldığı ve aranmasına rağmen bulunamadığı olayda, sadece risklerin değil meydana gelen istenmeyen sonuç hakkında da bilgilendirme yapılması gerektiğini belirterek bildirim yapılmaması sebebiyle manevi tazminata hükmetmiştir.[309] Diğer taraftan bilgilendirme kapsamı dışında yapılan tıbbi uygulamalar için de örneğin, başka bir amaçla alınan kanda

---

[305] Y.13.HD. 2017/8664E, 2019/6410 K, 12.05.2019;

"*...davacılardan ...'in geçireceği operasyonlarla ilgili "Ameliyatlar ve Girişimsel İşlemler İçin Bilgilendirilmiş Onam Formu" na imzasının alındığı, anılan formda olası risk ve komplikasyonların açıklandığı ve hastanın da bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgelerde önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Her ne kadar mahkemece, davacının 2006 yılı Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun biçimde onayının alındığı,* ***yapılacak ameliyatların hasta onam belgesine kısaltılarak yazıldığı ancak davacının bunu anlayıp acil operasyon da olmak üzere onay verdiği****, dosya kapsamına göre, tıbbi konuda tedavisini yürüten doktorlara ve hastaneye kolaylıkla ulaşabildiği, yapılan tıbbi müdahale sonrası oluşan durumda davalı tarafa yüklenecek kusur bulunmadığı, benimsenmiş ise de, dosyaya kazandırılan 25.02.2017 tarihli bilirkişi heyeti raporunda da açıklandığı gibi, aydınlatılmış onam formunda yapılan cerrahi girişime ait spesifik herhangi bir tıbbi bilgi bulunmadığı, hasta hakları yönetmeliğine ve etik ilkelere göre hastaya* ***yeterince sözlü bilgi verilip verilmediği*** *konusunda da ispatın olmadığı gözlemlenmiştir*."

[306] Doğramacı, Erkol, 2019b, s. 165.

[307] M. Demir, 2018, s. 173.

[308] AYM Kararı, Fındık Kılıçaslan, 2015/97, 11.10.2018, §50 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

[309] Y.13.HD. 2000/8590E, 2000/9569K, 06.11.2000; Aktaran: Öztürk, M. (2004b). Sağlık Kuruluşları ve Hastane İşletmeciliği Açısından Hekim, Hasta ve Hastane İlişkilerinde Yargıtay ve Danıştay Kararları Üzerine Araştırmalar - İkinci Cilt. MTM Yayınevi. ss. 251–252.

hastanın bilgisi olmadan HIV tetkiki yapılması hâlinde, kişilik hakkının ihlali sebebiyle manevi tazminat söz konusu olabilir.[310]

Tedavinin muhtemel etkileri, muhtemel riskleri gibi konular kapsam içerisinde kabul edilse de "muhtemel" ifadesi ile ölüm olasılığından, basit yan etkilere kadar geniş bir aralıkta bulunan ve farklı oranlara sahip riskler hakkında, hangi sınırlarda bilgilendirme yapılması gerektiği öğretide tartışılmıştır.[311]

Bilgilendirmenin kapsamı konusunda AYM Mehmet Çolakoğlu Kararı [312] incelenmeye değerdir. Karara konu açık kalp ameliyatı sonrası emboli (pıhtı) oluşması ve retinal arter oklüzyonu (gözü besleyen damarın tıkanması) sonucu görme kaybı yaşanması olayında, Adli Tıp Kurumu'nun istenmeyen sonucu komplikasyon olarak değerlendirdiği ancak AYM, sonucun komplikasyon olarak değerlendirilebileceğini kabul etse de rıza formunda görme kaybına ilişkin bir bilgilendirme yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

1998-2013 yılları arasında A.B.D.'de toplam 5.872.833 kalp ameliyatının incelenmesi ile yapılan çalışmada açık kalp ameliyatına bağlı retinal arter oklüzyonunun görülme oranı 10.000'de 7,77'dir.[313] Yani %0,1'den çok daha düşük bir risktir. Diğer taraftan tek gözde meydana gelen görme kaybı, ameliyat olma veyahut olmama hâlindeki ölme riski karşısında daha hafif bir zarardır.

AYM Kararına göre, binde birden bile düşük, oldukça nadir görülen riskler hakkında bile bilgilendirme yapmak gereklidir ki görülme oranı oldukça düşük, nadir olan bir komplikasyon, muhtemel komplikasyon kapsamında değerlendiremez. Ancak İHAM, bypass ameliyatı sonrası görme kaybının yaşandığı benzer Şerif Gecekuşu/Türkiye kararında, ameliyat ardından görülen optik nöropati komplikasyonuna çok nadir rastlandığı ve öngörülebilir olmadığı sonucuna vararak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. [314] Bu nedenle çok düşük oranda, nadir görülebilecek komplikasyonlar muhtemel komplikasyon olarak değerlendirilmemeli ve komplikasyonların muhtemel veya nadir olup olmadığı teknik bir konu olduğundan,

[310] Hakeri, 2021a, s. 457.
[311] Bayraktar, 1972, ss. 126–128. Işık Özcan, 2008, s. 109.
[312] AYM Kararı, Mehmet Çolakoğlu, 2014/15355, 21.02.2018 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).
[313] Calway, T., Rubin, D. S., Moss, H. E., Joslin, C. E., Beckmann, K. ve Roth, S. (2017). Perioperative Retinal Artery Occlusion Risk Factors in Cardiac Surgery from the United States National Inpatient Sample 1998-2013. Ophthalmology, 124, 189–196. s. 191.
[314] Şerif Gecekuşu v. Türkiye (B. No: 28870/05, 25.05.2010)

bilirkişinin komplikasyon hakkında, muhtemel olduğu veya nadir görülebildiği konusunda açıklama yapması gerekir.

4.1.1.3. Rızanın ve/veya Bilgilendirmenin Olmaması

Tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartlarından biri rıza olduğundan, mevzuatta belirtilen hâller dışında rıza olmaksızın yapılan uygulamalar kişilik hakkını ihlal ettiği gibi genel olarak suç kapsamındadır. Hekimin, sorumluluğunun doğması için, hastanın tam ve eksiksiz aydınlatılmış olsaydı bile hastanın iradesinin farklı yönde sonuç doğuracağının belirleme ve ispatı gerekmektedir. [315] Rızanın olmaması hâli, öldürme/yaralama, görevi kötüye kullanma gibi genel suçlar kapsamında değerlendirilebileceği gibi çocuk düşürtme, kısırlaştırma, insan üzerinde deney, organ veya doku ticareti suçlarında rızanın olmaması özel olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, esas aranmakta olan bilgilendirmeden ziyade rızanın kendisidir. Ancak rıza, bilgilendirmeye binaen elde edildiğinden bilgilendirmedeki eksiklik de rızanın sakatlığı veya yokluğu gibi değerlendirilmektedir. Nitekim AYM kararlarında[316] görüldüğü üzere, bilgilendirme ve rıza konusundaki ihlal kararları rızanın olmaması değil bilgilendirmedeki eksiklik sebebiyledir. Bu sebeple bilgilendirmedeki eksikliğin, doğrudan rızanın yokluğu olarak değerlendirilmesini hukuka uygun görmemekteyiz. Bilgilendirmedeki eksikliğin, rızanın yokluğuna değil geçersizlik sonucuna yol açtığı kanaatindeyiz.

Ancak usûlüne uygun bilgilendirilme yapılmadan icra edilen tıbbi uygulamalar, söz konusu kişinin yaşam ve sağlığına hukuka aykırı bir şekilde müdahale niteliğinde olduğundan ve kişilik hakkı doğrudan ihlal edileceğinden, bu durumda manevi zararın varlığı tartışılmamalıdır. [317] Danıştay da konuyla ilgili kararında; bilgilendirme eksikliğinin müdahaleyi hukuka aykırı hâle getirmediğini kabul ederek, tıbbi müdahalede bir kusur olmadığından meydana gelen zararla ilgili maddi tazminata gerek olmadığı fakat bilgilendirmedeki eksiklik nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini

[315] Tacir, H. (2011). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı. On İki Levha. s. 184. Yılmaz, A. (2015). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. Çankaya Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 113.

[316] AYM Kararları (AYM Kararlar Bilgi Bankası): Mehmet Çolakoğlu, 2014/15355, 21.02.2018; Ümmühani Yılmaz, 2016/5104, 16.1.2020; Arif Koca ve Zübeyde Koca, 2015/8483, 15.1.2020; Fındık Kılıçaslan, 2015/97, 11.10.2018.

[317] Aşçıoğlu, 1993, s. 42. C. Doğan, 2010, s. 207. Antalya, O. G. (2017b). Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. Legal. s. 143. Hakeri, 2021a, s. 378. Erlüle, 2021, s. 220.

belirtmektedir. [318] Alman hukukunda da bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle geçerli rıza olamadığından, bedensel zarar olmasa bile kusuru dolayısıyla tazminatla sorumlu olacağı belirtilmektedir.[319]

A.B.D. hukukunda, 1905 tarihli Mohr – Williams davası [320] hekimlerin bilgilendirme yükümlülüğünün tartışıldığı en eski ve örnek davadır. Dava, sağ kulağa rıza gösterilmesine rağmen tedavi gerektiren sol kulağa müdahale edilmesine ilişkindir ve mahkeme sol kulağa yönelik rıza olmadığından ihlal kararı vermiştir.[321]

---

[318] D.15.D. 2016/2055E, 2018/8407K, 20.12.2018;

"*Dava konusu olayda, İdare Mahkemesi'nce yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda dosyaya sunulan Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu'nun... tarih ve ... sayılı kararında; "hastada mevcut yaygın sellülit ve abse nedeniyle uzun sayılabilecek bir süreçte uygulanan tıbbi tedaviyle birlikte çok sayıda cerrahi drenaj işlemi yapılmış olduğu,* ***yapılan tedavi ve cerrahi girişimlerin tıp kurallarına uygun olduğu****, perianal ve perirektal abselerin cerrahi tedaviler sonrasında tekrarlayabileceği, davacıda gelişen perianal fistül ve anal sfinkter yetmezliğinin gösterilecek dikkat ve özene rağmen ortaya çıkabilen ve kusur izafe edilemeyen bir komplikasyon olarak değerlendirildiği, sağlık görevlilerine* ***tıbben atfı kabil ihmal ya da kusur tespit edilmediği****, ...Üniversitesi Hastanesi evrakı içinde bilgilendirilmiş onam formuna rastlanmadığı, bu hususun mahkemesince hukuken değerlendirilmesinin uygun olacağı" görüşlerine yer verilmiştir.*

Bilgilendirilmiş onam formunun dosyada bulunmadığının Adli Tıp Raporu ile tespit edilmesi üzerine, davalı idare tarafından davacıya uygulanan tıbbi müdahaleye ilişkin ***"bilgilendirilmiş hasta onayı formu" dosyaya sunulmuş ise de****; söz konusu form incelendiğinde, formda yalnızca davacının ad, soyad ve imzasının yer aldığı, bilgilendirmeyi yapan/yapması gereken sağlık personelinin kimlik bilgileri ile imzası ve tarih bilgilerinin eksik olduğu, bununla birlikte davacıya imzalatılan onay formunun tüm cerrahi müdahaleler için hazırlanmış matbu bir form olduğu, söz konusu formda davacıya uygulanacak tıbbi işlemlerin neler olduğu, bunların faydaları ile muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında yeterli açıklamaların bulunmadığı, nitekim söz konusu formda yer alan ve ameliyat sonrası gelişmesi beklenebilecek komplikasyonlar arasında davacıda ortaya çıkan gaz ve gaita tutamama şikayetinin yer almadığı, yine davacıya uygulanan cerrahi girişimlere özgü olarak verilecek/verilmesi gereken bilgiler için formda ayrılan kısımların boş bırakıldığı, bu haliyle davacının kendisine* ***uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığının kabul edilemeyeceği*** *anlaşılmıştır.*

Adli Tıp Raporunda, ameliyat sonrası davacıda gelişen şikayetlerin gösterilecek dikkat ve özene rağmen ortaya çıkabilecek ve kusur izafe edilemeyen bir komplikasyonu olarak değerlendirildiği, sağlık görevlilerine ***tıbben atfı kabil ihmal yada kusur tespit edilemediğinin bildirilmesi karşısında idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte****; yapılan ameliyattan önce uygulanacak cerrahi işlemler ile bu işlemlerin riskleri ve gelişebilecek komplikasyonları hakkında yeterince aydınlatılmamış olduğu, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca* ***davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olduğundan, mahkemece sunulan sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmemiş olması nedeniyle davacının duyduğu acı ve ızdırabın ağırlığını ortaya koyacak biçimde manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken****, bu isteminin reddi yönünde karar verilmesinde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*"

[319] Schmidt-Recla, A. ve Noack, J. (2012). Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu. İçinde: H. Hakeri ve H. Rosenau (Ed.), VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (ss. 73–82). Adalet. s. 80.

[320] Mohr v. Williams, 104 N.W.12, Minn. 1905.

[321] Fremgen, 2006, s. 110. Kaya, M. (2012). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 100, 45–82. s. 61. "*Davaya konu olan olayda, davacı hasta sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyaç olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini*

Bizim de katıldığımız üzere ZEYTİN; bilgilendirme ve rızanın hiç olmadığı durumda bedensel bir zarar meydana gelmese bile normatif manevi zararın varlığı ve manevi tazminat sorumluluğu kabul edilebileceğini savunmaktadır. Ancak rızanın olduğu ama bilgilendirmenin eksik olduğu hâllerde; hastada somut bir zarar olmayıp sağlığına kavuşmuşsa tazminat sorumluluğunun olmayacaktır. Aksi takdirde sırf kişilik hakkının ihlalinin doğrudan manevi zarar olarak kabul edilmesi ve sorumluluğa hükmetmek, sorumluluk hâllerinin aşırı genişletilmesine neden olacaktır.[322]

Konuyla ilgili olabilecek diğer bir Yargıtay kararında, hastanın rızasının alındığı ancak komplikasyon bilgilendirmesinin eksik olduğu, hastadan çıkarılan kitlenin patolojik incelemesinin de yapılmamış olmasının tıbbi uygulama açısından eksiklik olduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir.[323] Karar kanımızca yerindedir. Çünkü hasta, kitlenin mahiyetini öğrenememe konusunda bir zarar yaşamıştır. Hastanın bedeninde somut bir zarar ortaya çıkmasa da ve hatta patolojik inceleme normal çıkacak bile olsaydı da hastanın kendisiyle ilgili sağlık durumu hakkında eksik bilgilendirilmesi tek başına zarar olarak kabul edilmelidir. Burada zarar, sadece icrai bir hareketle değil bu olaydaki gibi ihmali olarak da meydana gelebilir. Örneğin aile hekiminin kendisine kayıtlı hastalarla ilgili kanser taraması izlem ve takip yapma ve bu doğrultuda bilgilendirme görevi bulunmaktadır. Bilgilendirmenin gereği gibi yapılmaması sebebiyle hastanın hedef grupta olmasına rağmen tarama yapılmaması ve hastada daha sonra kanser çıkması hâlinde erken teşhis imkanının ortadan kalmış olması sebebiyle tazminat gündeme gelebilecektir.

Hemoroid için yapılan müdahale sırasında hastanın kalbinin durması ve vefat etmesiyle ilgili bir olayda, müdahalenin kendisi ile ilgili olmasa da hastanın bilgilendirmesinde hata bulunduğundan tazminata hükmedilmiştir. Kararda bilgilendirmeyi yapmayan hekimin yanında, gerekli tedbirleri alarak usûlüne uygun bilgilendirme yapılmasını sağlama konusunda organizasyon yükümlülüğü bulunan hastanenin de kusuru olduğu kabul edilmiştir.[324]

---

ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme sol kulak ameliyatı konusunda hasta aydınlatılmadığından ve rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir."

[322] Zeytin, Z. (2012). Hasta - Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. İçinde: H. Hakeri ve H. Rosenau (Ed.), VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (ss. 1–36). Adalet. ss. 31–32.

[323] Aktaran: Kara, M., Hızal, A. ve Arslan Hızal, S. (2009). Aydınlatılmış Onam. İzmir Tabip Odası. s. 42.

[324] Y.13. HD. 2016/7094E, 2019/3740K, 21.03.2019;

Tartışılması gereken diğer bir husus ise salt bilgilendirme eksikliği sebebiyle ihlal edilen hak ve normun belirlenmesi sorunudur. TMK m.25 ile kişilik hakkına saldırı karşısında manevi tazminat davası açılabileceği belirtilse de şartları düzenlenmemiştir. TBK'da bedensel bütünlüğün zedelenmesinden kaynaklanan manevi tazminat (m.56) ile maddi niteliği bulunmayan kişisel değerlere yönelik saldırılardan kaynaklanan tazminat (m.58) farklı şekilde düzenlenmiştir. Bilgilendirme ve rızada kusur, sağlık kaybı ile ölüm veya bedensel bütünlüğün zedelenmesine yol açarak, maddi nitelikteki kişisel değerler saldırıya uğradığından, manevi tazminatın özel olarak düzenlediği TBK m.56 kapsamında değerlendirilmelidir.[325]

Sonuç olarak hastanın rızasının alınmadan tıbbi müdahalede bulunulmasının gerek ceza gerekse hukukî sorumluluğa yol açacağı izahtan varestedir. Rıza mevcutken bilgilendirmenin hatalı olması ve bu hatayla ilgili bir zarar meydana gelmesi durumunda da sorumluluk doğacaktır. Ancak rıza mevcutken bilgilendirmenin hatalı, eksik olduğu hâllerde, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırılık söz konusu olsa da, herhangi bir zarar doğmaması hâlinde sorumluluğa gidilmesi doğru olmayacaktır. Aksi takdirde zarar olmaksızın, sadece hukuka aykırılığın sorumluluk doğurması hukuka uygun değildir.

"*Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında Mahkemece, davalı doktorun bir kusuru bulunmadığı, ancak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından aydınlatma şartının yerine getirilmediği, bu eksikliğin hastane yönetiminin organizasyon kusurundan ya da tıbbi müdahaleyi yapan hekimin hastane yönetimince istenilen gereklilikleri yerine getirmemesinden kaynaklanabileceği, tıbbi bilirkişi raporlarında tıbbi müdahalede bir hata olmadığının işaret edilmesinin bu açıdan tazminat sorumluluğunu engellemekle birlikte aydınlatma eksikliği nedeniyle tazminat yükümlülüğünü engellemediği gerekçesi ile davalı doktor hakkındaki davanın reddine, davalı hastane hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hastane yönetiminin hastaların aydınlatılması ve rızasına ilişkin olarak gerekli kurallara uyması konusunda hekimleri bilgilendirmesi gerektiği, bunun yapılmamasının organizasyon hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu takdirde hekimin değil hastanenin tazminat sorumluluğu bulunduğu, somut olayda da hastanenin matbu formlar ile aydınlatma sistemi kurduğunun anlaşılması nedeni ile sorumluluğun hastanede olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Ne var ki; yukarıdaki açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Dosya kapsamından aydınlatmanın makul bir süre önce yapılmadığı, hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmediği, Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşılmakta olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, aydınlatıcı onam yükümlülüğünün yerine getirilmesinden hekim ve hastanenin birlikte sorumlu olduğu kabul edilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*"

[325] Eren, 2015, s. 789. Dural, Öğüz, 2015, s. 158. Kaya, 2012, s. 73. Demir, R. (2020). Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlinden Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası. Yeditepe Üniversitesi HFD, 17(1), 27–59.

4.1.1.4. Şekil ve İspat Yükü

Kural olarak rıza, şekle tabi değildir. Rızanın şekli açık veya örtülü[326] olabilir. Ancak HHY m.26 ile düzenlendiği üzere, mevzuatta yazılı olması öngörülen durumlar[327] ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi uygulamalar için rıza formunun hazırlanması gereklidir. Bu sebeple mevzuatımızda genel olarak yazılı rızanın kriterleri net değildir.[328]

HHY'de belirtilen, uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahalelerle ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Özünde tıbbi uygulamaların doğası gereği, insanın vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale edildiğinden ve istenmeyen zararlara sebep olabildiğinden her tıbbi müdahalenin uyuşmazlığa mahal vermesi muhtemeldir. Nitekim tıbbi uygulamalarda şifa garantisi verilemeyeceği kabul edildiği gibi TDN m.13 hükmü doğrultusunda şifa verilememesi de deontolojik açıdan kınanamaz. Bu sebeple her türlü tıbbi uygulamaya ilişkin rıza formu hazırlanmasında bir beis bulunmamaktaysa da asıl sorun, (mevzuatta yazılı şartının özel olarak aranmadığı) her tıbbi uygulama için bilgilendirme ve rıza formu hazırlanıp hazırlanmayacağı noktasındadır. Rızanın yazılı olması için, uyuşmazlığa konu olabilecek tıbbi uygulamaların, uygulama yapılmadan öncesinden belirlenmesi önemlidir.

1219 s. TŞSTİD Kanun m.70 ile büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı alınmaması hâlinde idari para cezası öngörülmüştür.[329] Yani rızanın yazılı olmaması rızanın varlığını ortadan kaldırmamış ancak idari yaptırıma tabi kılınmıştır. Bu nedenle m.70 doğrultusunda rızanın yazılı olması gerekliliği, m.72 ile düzenlenen hekimin kayıt tutma yükümlülüğü ile değerlendirildiğinde, geçerlilik şartı değil ispat aracıdır.

---

[326] Örtülü rızaya dair en eski yargı kararlarından biri O'Brien v. Cunard S.S. Co., 28N.E. 266, Mass. 1891. Mahkeme hastanın aşı için kolunu uzatmış olmasını örtülü rıza olarak kabul etmiştir. Fremgen, 2006, s. 111.

[327] 1219 s. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 2238 s. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun, 2827 s. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, 5237 s. Türk Ceza Kanunu, Hasta Hakları Yönetmeliği (m.25 tedaviyi reddin de yazılı olması gerekir), Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ilgili maddeleri ve bunlara bağlı diğer ilgili mevzuattır.

[328] Otlu, U. (2020). Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi. İçinde: E. N. Yılmaz ve D. Özcengiz (Ed.), Bilgilendirilmiş Rıza (ss. 119–134). Yetkin. s. 124.

[329] Işık Özcan, 2008, s. 126. Rızanın alınmaması suç olarak değerlendirilmiştir. Çünkü eserin hazırlandığı tarihte rızanın alınmaması para cezasını gerektiren özel bir suç olarak tanımlanıyorken 5728 s. K. (RG: 08.02.2008/26781) m.38 ile suç kapsamından çıkarılmış, hükme aykırılık idari para cezasına çevrilmiştir.

İspat kelime anlamıyla; tanık ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtlama[330] ve bir hususun doğru veya yanlış olduğunu kanıtlama faaliyetidir. Yargılamada ispat ise, özellikle medeni usûl hukukunda, hâkimi ikna etme çabalarıdır.[331] İspat yükü, maddi hukuk temelli usûl hukuku kurumu olduğundan öncelikle maddi hukuk normlarına göre hukukî ilişkinin tespiti önemlidir.

Tıbbi uygulamalarda sorumluluk genel olarak sözleşme ilişkisine, haksız fiile veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilmektedir. Sözleşme ilişkisinde, talepte bulunan kişi borç bağlantısının doğduğunu ispat yükünü taşımakla birlikte, borçlunun herhangi bir kusurunu ispat zorunda değildir, aksine ispat yükü borçlu taraftadır ve borçlu tarafın kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.[332]

Yargı uygulamada da bilgilendirmenin ispat yükünün davalı hekim ve hastanede olduğu kabul edilmektedir.[333] AYM, erkeğin yumurtalıklarından sperm alınması ile ilgili bir olayda, her bir tıbbi işlem ve tedavi yönünden hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının bulunduğunu ispat yükünün hekim ya da hastanede olduğunu belirterek, ameliyatla ilgili bilgilendirmeye dair rıza içeren bir belgenin bulunmamasını, ameliyata özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde rıza verdiğini gösteremeyeceğini belirtmiş ve kişilik hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.[334] Bu sebeple bilgilendirilmeme iddiası karşısında

---

[330] TDK, Güncel Türkçe Sözlük.

[331] Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). İsbat Yükü (2. Baskı). Kazancı. s. 2.

[332] Umar, Yılmaz, 1980, ss. 263–264. Ayan, 1991, s. 87. Gökcan, 2017, s. 233. Demir, M. (2008a). Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları. İçinde: Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 (ss. 153–160). Ankara Barosu Yayınları. s. 159.

[333] Y.13.HD. 2016/23372E, 2019/12469K, 12.12.2019;

"***Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir.***

Somut olayda, dosyaya kazandırılan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 02.12.2015 tarihli raporunda 'Dava konusu olayda kişiye gluteal bölgeden intramüsküler enjeksiyon yapıldığının anlaşıldığı, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan ... personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği' yönünde görüş bildirilmiştir.

... Ne var ki; ortaya çıkan hasarın komplikasyon olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Mahkemece, davacıların yapılan enjektör öncesi, enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ve davacıların bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına ilişkin aydınlatılmış onam düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılarak, ***aydınlatılmış onamın alındığına dair ispat külfetinin davalı üzerinde olduğu da gözetilerek****, ...* "

[334] Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015;

"§70. Bu durumda somut olayda başvurucu ve eşinin 12/4/2004 tarihinde IVF-ET ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarından bahsedildiği ayrıca kadın açısından yapılacak işlemler ve

AYM'nin rıza ile ilgili belgeleri ispat aracı olarak değil geçerlilik açısından değerlendirdiği görülmektedir.

Haksız fiil ve vekaletsiz iş görmede ise ispat yükü zarar gören taraftadır. Bu sebeple; zarar gören, zarar veren tarafın kusurunun olduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak haksız fiil açısından, hastanın rızası hukuka uygunluk sebebi olduğundan, hekimin hukuka uygunluk sebebi olan rızayı ispat etmesi gerekir.[335] Aksi yönde, hastanın bilincinin açık olmaması gibi bilgilendirme yükümlülüğünün olmadığı durumlarda da bu yükümlülüğün ortada olmadığını ispat yükü de hekime aittir.[336]

4.1.2. Tıbbi Kurallar

Tıbbi uygulamaların hukuka uygun olabilmesi için uygulamanın, yetkiye sahip tıp meslek personeli tarafından tıbbi standartlara uygun şekilde icra edilmesi gerekmektedir. Hem tıp meslek personelinin yetkisi hem de tıbbi standartlar, mevzuat ve tıp bilimi tarafından objektif olarak belirlenmektedir. Kişinin klinik durumuna göre farklı tıbbi yaklaşımlarda bulunulması subjektifliği akla getirse bile nihayetinde bu farklı yaklaşımlar, kabul edilen bilimsel tıbbi veriler çerçevesinde objektif bir şekilde gerçekleştirilmektedir.

Yetki ve tıbbi standartlar, tıbbi uygulamanın hukuka uygunluğu konusunda birbirinden ayrı unsurlar olarak değerlendirilmektedir.[337] Ancak yetki sahibi kişinin tıbbi standartlar doğrultusunda hareket etmesi, hem yasal hem mesleki hem de özen yükümlülüğü gereği olduğundan; yetki ve tıbbi standartlar, birbirinden bağımsız

---

gelişebilecek risklerin belirtildiği görülmüştür. Ancak anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama bulunmamaktadır. ***Hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğuna kuşku bulunmayıp*** *başvurucunun, Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında* ***aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin adı geçen Mahkeme dosyasına sunulmadığı*** *anlaşılmıştır. ...* ***Dolayısıyla başvurucunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemez.***

§71. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, ***geçirdiği Mikro TESE ameliyatının tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği anlaşıldığından*** *Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*

[335] Fischer, G. (2006). Die Ärztliche Aufklärungspflicht Im Deutschen Zivilrecht. Yeditepe Üniversitesi HFD, III(2/ Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), 17–29. s. 28.

[336] Otlu, 2020, s. 128.

[337] Hakeri, 2021a, s. 260.

olmayan, birbirleriyle iç içe geçmiş ve tıbbi kurallar başlığı altında değerlendirilmesi gereken kavramlardır.

4.1.2.1. Yetki

Tıbbi uygulamalar doğrudan beden ve ruh bütünlüğüne yani temel haklara yönelik girişimler olduğundan ancak kanunla tanımlanmış yetkili kişilerce, hukukî, mesleki ve tıbbi kurallara göre icra edilebilirler. Bu sebeple yetkili kişilerce icra edilmesi de tıbbi standartlar kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca tıbbi tedavilerin, standartlar dahilinde ve menfaat temini amacına yönelik olmasa bile diploması olmayan kişilerce icra edilmesi, 1219 s. K. m.25 ile suç olarak düzenlenmiştir.

Tıp meslek mensuplarının yetki ve koşulları genel olarak 1219 s. Kanun ile Hemşirelik Kanunu'nda ve ilgili mevzuatında açıkça düzenlenmektedir. Tıp meslek mensuplarının yetki ve görevlerini daha önce "Tıp Meslek Mensupları" başlığı altında değerlendirdiğimizden ayrıca tekrar bahsetmeye gerek bulunmamaktadır.

4.1.2.2. Bilimsel Veri ve Standartlar

Tıbbi uygulama, yetkili kişi tarafından yerine getirilse bile tıp bilimi ve mesleğinin verilerine ve standartlarına uygun olması gerekir.[338] Mesleki gereklilik ve standartlar tek tek belirlenmiş olmayıp günümüzde tıbbi uygulamalarda gelişme ve genişleme gözlenmektedir. Bu sebeple tıbbi standart ifadesi olaylara ve tehlikelere uyum sağlayan, dinamik bir süreci ifade etmektedir. Kılavuzlar tıbbi standartlara göre belirlenebilse de bunlar kesin ve nihai değildir.[339] Biyotıp Sözleşmesi m. 4 ve TDN m.13(1)'de, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun icra edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Yargıtay, tıbbi standardı "*hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.*" şeklinde tanımlamaktadır.[340] Danıştay'a göre; "*tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi*

[338] Bayraktar, 1972, s. 147. Ayan, 1991, s. 12. Gökcan, 2017, s. 197. Hakeri, 2021a, s. 548.
[339] Hakeri, H. (2021b). Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler (23. Baskı). Seçkin. s. 1002.
[340] Y.15.HD. 2019/2716E, 2019/3692K, 30.09.2019.

(endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır".[341] Tıbbi uygulamaların standartlara uygunluğu, kusurun belirlenmesinde kritik bir öneme sahiptir ve tıbbi standartlara uygun hareket edilmemesi özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir.[342]

İnsan kaynakları ve ekonomik olanaklar tıbbi standartları sınırlayabilmektedir. Örneğin hastanenin yatak kapasitesi[343], yoğun bakım yatak sayısı, ventilatör yetersizliği, ilgili hekim yetersizliği gibi standartları sağlanamaması hâlinde organizasyon kusuru ile organizasyonun kurulması ve denetlenmesinde idarenin sorumluluğu değerlendirilmelidir. Tıbbi standartları idarenin de belirlediği veya yön verdiği görülebilmektedir. Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen, COVID 19 rehberi, triyaj uygulamaları, yönetmelik ve bağlı mevzuatla çeşitli durumlara yönelik oluşturulan uygulama kılavuzları[344] ve Sağlık Uygulama Tebliği idarenin belirlediği tıbbi standartlara örnektir. Kabul edilen kılavuzlara ve kılavuzda belirtilen tıp kurallarına uymamak, Danıştay içtihatlarına göre hizmet kusurunu oluşturmaktadır.[345] İdarenin standartlarının güncel tıp bilimine uygun olmaması hâlinde de idarenin belirlediği standartlara uygun hareket eden hekimin değil idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Tıbbi standartlar, özel ve teknik bilgi gerektiren bir konu olduğundan yargılamada bilirkişi görüşüne başvurulmaktadır.

Günümüz tıbbında gelişmekte ve uygulanmakta olan mobil ve teletıp gibi, fiziksel temas imkanının olmadığı uzaktan tıbbi uygulamalar konusuna hukuk cevaz verebilse de bu uygulamaların tıbbi standartları konusunda ciddi eksiklikler bulunmaktadır. [346] Örneğin fizik muayene, tanı ve teşhisin temel kuralıyken fizik muayene olmaksızın yapılan uzaktan tıp uygulamalarının standart çerçevesi belirli değildir. Bu sebeple ilk etapta bilimsel çerçeve belirlenene kadar idarenin temel standartları belirlemesi gerekir.

---

[341] D.15.D. 2015/6119E, 2015/5733K, 08.10.2015.

Benzer şekilde Yargıtay'a göre tıbbi standartlar; "*hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır*." Y.15.HD. 2019/2716E, 2019/3692K, 30.09.2019.

[342] Hakeri, 2021b, s. 1003.

[343] Uygur, A. B. (2019). Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi. TBB Dergisi, 144, 355–381. s. 364.

[344] Örneğin; Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ, Ek. 2 Hastane Öncesi Acil Tıbbi Yardım ve Bakım Akış Şemaları RG: 26.03.2009/2718. Tebliğde ayrıca tıbbi danışma ve acil ilaç kullanımında hekim desteği gibi konularda teletıp uygulamaları da yer almaktadır.

[345] D.15.D. 2015/2524E, 2016/293K, 28.01.2016. D.15.D. 2015/2459E, 2016/604K, 04.2.2016.

[346] Doğramacı, Y. G. (2020a). Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 657–710. s. 671.

Tıbbi standartlar konusunda, çalışmamızla ilgili bazı hususların açıklanması gerekmektedir.

a. Sonuç Garantisi

İnsan vücudu tam olarak keşfedilememiş, her durum için farklı tepkiler verebilen ve değişkenlik gösterebilen, organik, dinamik ve canlı bir organizmadır. Bu sebeple her bireyi kendi içerisinde özel olarak değerlendirmek gerekir. İnsan vücudunun bu değişken ve öngörülemeyen niteliği sebebiyle, tıbbi uygulamalarda sonuçtan ziyade dikkat ve özen yükümlülüğü önemlidir. TDN m.13(1) uygulamaların mutlak şifa ile sonuçlanmamasının deontolojik açıdan kınanamayacağını düzenlemektedir. Bu sebeple tıbbi uygulamalar kapsamında sonuç garantisi verilmesi, deontoloji ve hukuk açısından uygun değildir.

Oysa öğretide, estetik uygulamaların tıbbi uygulama olarak kabulüne rağmen hekimin neticeyi taahhüt ettiği[347], ortaya bir sonuç koyması gerektiği[348] de kabul edilmektedir. TDN m.13 hükmü ile bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre tıbbi ve dolayısıyla estetik uygulamalar; objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmaması, sonucun maddi açıdan teslim ve denetime uygun olmaması sebepleriyle[349] sonuç garantisi vermeye uygun nitelikte değildir.

b. Endikasyon Sorunu

Endikasyon, tıbbi uygulamanın tıp bilimi ve verileri açısından gerekliliğidir. Endikasyon hukuka uygunluk sebebi olduğu gibi[350] endikasyonsuz müdahalelerin de hukuka aykırı olduğu[351] genel olarak kabul edilmektedir. Bu genel kabule rağmen endikasyon, tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecek güçte ve yeterlilikte olmasa da tıbbi uygulamanın hukuka uygunluğu konusunda önemli bir dayanak noktasıdır.[352] Ayrıca günümüz tıbbının geldiği nokta itibariyle sağlık hizmetlerinden

[347] Belgesay, 1953, s. 77. Memiş, Y. (2016). Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 174–222. s. 175.

[348] Petek, H. (2006). Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. DEÜHFD, 8(1), 177–239. s. 192.

[349] Şenocak, Z. (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu. AÜHF. s. 24. Özdemir, H. (2004). Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Yetkin. s. 80.

[350] Hakeri, 2021a, s. 537.

[351] Gökcan, 2017, s. 194. Hakeri, 2021a, s. 539.

[352] M. Demir, 2018, ss. 77–78.

faydalanma, sadece tıbbi gerekliliği değil hastanın isteği doğrultusundaki [353] tıbbi uygulamaları da kapsamaktadır.

Öğretide (sünnet, rahim tahliyesi, kan aldırma, genetik araştırma, organ bağışlanması) estetik gibi uygulamalar için tıbbi endikasyon bulunmadığı kabul edilse[354] de hukuka uygunluk şartını sağlayabilmek için yasal, sünnette olduğu gibi sosyal, estetik uygulamalarda olduğu gibi psikolojik endikasyon tiplerinin türetildiği görülmektedir. Diğer taraftan hukuka uygunluk şartının sağlanabilmesi için yasa koyucunun düzenleme yapması gerektiği savunulmaktadır.[355] Yargıtay da endikasyonu olmayan ameliyatın yapılmasını tıbbi standartlardan sapma olarak görmüş ancak bunu doğrudan ağır kusur olarak değerlendirmemiştir.[356]

Tıbbi uygulamalar için tıbbi ve türevleri endikasyonların arayışına gerek olmadığı, sağlığın korunması ve sağlanması için bu uygulamaların mevcut tıp bilimi ve standartlarına uygun yürütülmesinin yeterli olduğu kanısındayız. Aksi hâlde günümüz tıbbının geldiği noktada endikasyon arayışı; bireyin tam bir iyilik hâlini sağlamaya yeterli olmayacağı gibi sağlık hizmetlerinin sınırlandırılmasına sebep olacaktır. Diğer taraftan endikasyon koşulunun mutlak aranması hâlinde; ya yeni hukuka uygunluk sebebi türetilmesi gerekecek ya da arzu edilen yasal dayanaklar tıp biliminin hızına yetişemeyecek ve yine yeni kısıtlamalara sebep olacaktır.[357]

4.1.2. Hukuka (veya Sözleşmeye) Aykırılık

Hukuka aykırılık unsuru, sözleşme sorumluluğundaki, "sözleşmeye aykırılık" unsurunun benzeridir.[358] Haksız fiil ve borcun ifa edilmemesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuka aykırı fiil olarak kabul edilmektedir.[359] Ancak günümüzde manevi tazminatın sözleşmeden mi yoksa haksız fiilden mi kaynaklandığının önemi kalmamıştır

[353] Hakeri, 2021a, s. 542.
[354] Erem, 1971, s. 11. Gökcan, 2017, s. 196. Hakeri, 2021a, s. 543.
[355] Hakeri, 2021a, s. 548.
[356] Y.13.HD, 2017/6006E, 2019/851K, 23.07.2019.
[357] Doğramacı, Y. G. (2018). Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi. İçinde: H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı 21-23 Eylül 2017 Antalya (ss. 265–294). Adalet. s. 273.
[358] Ayan, 1991, s. 117.
[359] Antalya, O. G. (2016a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I. Legal. s. 83.

ve çoğu zaman bu ayrım yapılmaksızın belirlenmektedir.[360] Hukuka aykırılık unsuru, özel hukukta olduğu kadar kamu hukukunda da aranmaktadır.[361]

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve kuralların ihlali anlamına gelmektedir.[362] Başka bir deyişle hukuka aykırılık; kişilerin mal ve şahıs varlığını koruma amacı güden, yazılı veya yazılı olmayan, emredici davranış kurallarının ihlalidir.[363]

Sözleşmeye aykırılık, sözleşme ile taahhüt ettiği borca aykırı hareket etmesi, borcunu yerine getirmemesidir. Bu borca aykırı davranış bedensel bütünlüğü veya kişilik hakkını ihlal ederse manevi zarara uğranılmış demektir.[364] Sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi borcun yerine getirilmemesi sonucu doğuracağından, sözleşme ile hekime yüklenen borçların neler olduğu belirlenirken, sözleşmenin içerik ve kapsamının ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekir.[365] Sözleşmeye dayalı sorumluluk da hukukî işlemden doğan borç ilişkisine aykırı davranış sebebiyle gerçekleşen zararın tazmin sorumluluğunu öngörür. Sözleşmesel sorumluluk, hukukî işlemdeki borca aykırılıkla oluşur. Bu sebeple hukuk düzeni hukukî işlemi yapanın iradesine uygun sonucu bağlar.[366]

Tıbbi uygulamalar genel olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilirken yukarıda bahsettiğimiz üzere rıza ve tıbbi standartlar hukuka uygunluk şartlarıdır. Bu nedenle genel hukuk düzeni kuralları dışında, rıza ve tıbbi standartlara aykırı hareket hukuka ve duruma uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilmelidir. Sözleşme sorumluluğu içerisinde hekimin; teşhis koyma, uygun tedavi verme, özen ve sadakat gösterme, kayıt tutma ve sır saklama gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler ayrıca hekimlik mesleğinden köken aldığından bu yükümlülüklere aykırılık sözleşmeye aykırılık anlamına geldiği gibi hukuka aykırılık olarak da kabul edilebilir. Benzer şekilde tıbbi deontoloji kurallarına veya tıbbi standartlara uygun hareket etmemek de hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. İdare hukuku açısından da idari

[360] Kemper, R. (2016). Die Haftung wegen Körperschäden im deutschen Verbraucherschutzrecht. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 65–90). TBB. s. 84.

[361] Çınarlı, 2013, s. 243.

[362] Ayan, 1991, s. 116. Eren, 2015, s. 586.

[363] Eren, 2015, s. 586.

[364] İnan, A. N. (1979). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. s. 63. Karahasan, M. R. (1996a). Sorumluluk Hukuku. Beta. s. 958.

[365] M. Demir, 2018, s. 232.

[366] Tandoğan, H. (2010). Türk Mes'uliyet Hukuku (1961 Yılı). Vedat. ss. 3–4. Antalya, 2017a, s. 2.

bir eylem, tıbbi standartlara uygun olduğu kadar idare hukuku kurallarına da uygun olmalıdır.

Hukuka aykırılık, tıp meslek mensubunun yetkisi dışında kalan müdahaleyi yapması veya yapması gereken müdahale karşısında hareketsiz kalması gibi sadece icrai değil ihmali hareketlerle de gerçekleşebilir. İcrai hareketler somut bir eylem şeklindeyken ihmali harekette bir eylem olmadığından, ihmali hareketin belirlenmesi nispeten daha zordur.

Usûlüne uygun bilgilendirme yapılmaması, kişinin rızası olsa bile yaşamı mutlak surette tehlikeye atacak organların alınması, bedel karşılığında organ nakline rıza gösterilmesi hukuka aykırıdır.[367] Ruhsal bunalımdaki genç kızın psikiyatrik tedavisini üstlenen evli bir psikiyatristin, hastası ile aşk ilişkisine girerek onu daha ağır ruhsal duruma itmesi şeklindeki, sözleşmeye sadakat yükümü ve yapmama edimine aykırı davranış da manevi zarar olarak görülmektedir.[368] Gebelik takibi için yapılan bir sözleşme ilişkisinde, tıbbi standartlar çerçevesinde bebeğe yönelik yapılması gereken prenatal tanı testlerinin yapılmaması sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilebilir. Diğer taraftan zorunlu aşı uygulamaları, hamile kadının rahim tahliyesine rızası, bilinci kapalı hastaya yapılan acil müdahale gibi durumlar hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâllere örnektir.[369] Yargıtay, diş ve damak yapısındaki bozukluk nedeniyle diş hekimine paranın peşin ödendiği, 2,5 yıl sürecek tedavi sırasında hastanın tayininin başka bir yere çıkması nedeniyle tedavinin yarım kalması, yarım kalan tedavinin ilk hekim tarafından tayin gidilen yerdeki başka bir hekime devredildiği bu hekimin de tedavinin kendi branşı olmaması nedeniyle hastayı reddettiği davada, davacı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunsa da, hukuka aykırı bir kişilik hakkı ihlali olmaması sebebiyle manevi tazminata hükmedilmesi usûl ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur.[370]

4.2. Kusur

Başta ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukukunda olmak üzere, bütün hukuk dallarında, sorumluluk için ana kavramlardan biri kusurdur.[371] Hukukumuzda ve modern

[367] Eren, 2015, s. 604.
[368] M. Demir, 2018, ss. 244–245.
[369] İnan, A. N. ve Yücel, Ö. (2014). İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı). Seçkin. ss. 385–386.
[370] Y.13.HD. 2006/5557E, 2006/8023K, 17.05.2006.
[371] İnan, 1979, s. 277.

hukuk sistemlerinde sorumluluk genel olarak kusur ilkesine dayandırılmaktadır.[372] Hukuka aykırılık ile bir durum veya fiilin hukuka uygun olmadığı, kusur ile hukuk düzenince kınanan bir hareket tarzı ifade edilmektedir.[373]

Ceza hukuku ve medeni hukukta söz konusu olan kişilerin kusuruyken idare hukukunda ise idarenin kusur sorumluluğu; kendine has, tamamen idare hukukuna özgü bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.[374] Bu nedenle özel hukuktaki kusur ile idarenin hizmet kusuru kavramlarının farklı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

4.2.1. İdare Hukuku

İdare hukukunda özel hukukta olduğu gibi kusur sorumluluğu öncelikli özelliğe sahiptir ve bu doğrultuda tam yargı davalarında mahkeme öncelikle kusur sorumluluğunun şartlarını araştırır.[375] İdarenin kusur sorumluluğu kavramı, öğreti ve içtihatlarda hizmet kusuru olarak açıklanmaktadır.[376] Hizmet kusuru kısaca, hizmetin kuruluş ve işleyişinde aksaklık olarak tanımlanabilir ve özel hukuktaki kusur kavramı ile değerlendirilmesi mümkün değildir. Hizmeti veren kamu görevlisi sadece kendisine verilen görevi ifa ettiğinden hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusurundan bağımsız, objektif ve kişiselleştirilmemesi gereken niteliktedir.[377]

Danıştay çoğu zaman, sağlık hizmetinin riskli bir iş olduğunu kabul ettiğinden, sağlık hizmetinin bünyesinde bulundurduğu bu risk nedeniyle hizmetten yararlananların zarar görmesi durumunda sadece ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde zararın tazmininin mümkün olduğunu kabul etmekteyken[378] 2015 yılından itibaren içtihat değişikliğine giderek, tedavi hizmetlerinde ağır hizmet kusuru aranmasından vazgeçmiş, hizmet kusurunun varlığını yeterli kabul etmeye başlamıştır.[379] Diğer taraftan Danıştay, ameliyatta makas unutulması gibi özen yükümlülüğüne aykırı hâllerde hizmet kusurunu

[372] Tandoğan, 2010, s. 8. Oğuzman, K. M. ve Öz, T. M. (2020). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -2 (15. Bası). Vedat. s. 10.

[373] Tandoğan, 2010, s. 45. Antalya, 2017a, s. 21. İnan, Yücel, 2014, s. 393.

[374] Çınarlı, 2013, s. 181.

[375] Çağlayan, 2016, ss. 245–246.

[376] Günday, M. (2015). İdare Hukuku (10. Baskı). İmaj. s. 369. Çatak Irız, 2011, s. 22. Çınarlı, 2013, s. 181. Ersöz, 2012, s. 47. Demir, S. (2018). Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu. Seçkin. s. 133.

[377] M. Günday, 2015, s. 369. Çatak Irız, 2011, s. 23. Çınarlı, 2013, s. 182. S. Demir, 2018, s. 134.

[378] Çınarlı, 2013, ss. 183–184.

[379] Akgül, A. (2016). İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı. Gazi Üniversitesi HFD, XX(1), 269–302. ss. 278–279.

yeterli görmekteyken[380] ameliyatın kendisinden oluşacak zararlarda ağır hizmet kusuru aramaya devam etmektedir.[381]

Hizmet kusurunda ağır veya hafif kusur ayrımı aranmasını öğretide, savunanlar[382], eleştirenler[383] ve sorumluluk için ayrım yapılmasına gerek bulunmadığını[384] ifade eden görüşler bulunmaktadır. Diğer bir görüş ise maddi tazminat için hafif kusurun bile yeterli olacağı ancak manevi tazminat için ağır kusur aranması gerektiğidir.[385] Ayrımı yapabilecek kesin kurallar olmadığı, ayrımı hâkimin yapması gerektiği ve ancak tazminatın belirlenmesinde etkili olacağı kabul edilmektedir.[386] Danıştay, ameliyat sırasındaki bariz hataları ve bilgilendirme eksikliğini ağır kusur olarak kabul etmektedir.[387] Kanımızca manevi tazminat sorumluluğu için kusurun varlığı yeterli kabul edilmeli ancak tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun ağırlığı önem kazanmalıdır.

Öğreti ve içtihatlarda, idarenin hizmet kusuruna dair, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ayrım yapılmaktadır.[388] Ancak öğretide bu ayrıma gerek olmadığı savunulmakla beraber[389] Danıştay'ın da son yıllarda bu üçlü ayrımı yapmadığı görülmektedir.[390] Ancak bu ayrımlardan kısaca bahsetmek gerekir.

Hizmetin kötü işlemesi, hizmet kusurunun en eski ve yaygın görünüm biçimidir.[391] Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, soyut olarak sınırlarını çizebilme ve formüle etmenin imkanı bulunmamaktadır.[392] Hatalı enjeksiyon uygulaması[393], erken tanı konulamaması[394], hekimin hastanın uyarılarını dikkate almaması, zatürre nedeniyle çekilen akciğer grafisinde görülen nodüle yönelik bilgilendirme yapılmaması sonrası hastaya akciğer kanseri tanısının geç konulması,[395]

[380] Akgül, 2016, s. 282.
[381] Çınarlı, 2013, s. 185.
[382] Akgül, 2016, s. 284.
[383] Bozdağ, A. (2010). İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması. Türk İdare Dergisi, 468, 33–48. s. 48.
[384] M. Günday, 2015, s. 325. Gökcan, 2017, s. 1130.
[385] Durdu, H. (1986). Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk Cilt 1. Adalet. s. 93.
[386] Bozdağ, 2010, s. 48. Sancakdar, O. (2011). İdare Hukuku. Seçkin. s. 605. S. Demir, 2018, s. 161.
[387] Çınarlı, 2013, ss. 189, 195.
[388] Çınarlı, 2013, s. 213. S. Demir, 2018, s. 138. Çatak Irız, 2011, s. 30. Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 354.
[389] Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 355.
[390] Kızılyel, S. (2008). İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 203–240. s. 205. S. Demir, 2018, s. 139.
[391] Ersöz, 2012, s. 71.
[392] Çatak Irız, 2011, s. 32.
[393] D.15.D. 2014/3146E, 2019/290K, 05.02.2019. D.15.D. 2014/3779E, 2018/8540K, 5.2.2019.
[394] D.10.D. 2003/3146E, 2006/5850K, 20.10.2006.
[395] Çınarlı, 2013, ss. 198-200.

hastaya yanlış kan ve serum verilmesi[396], batında yabancı cisim unutulması[397], ameliyat sırasında hastanın ayağının yanması [398] , serviste eksilen hekim kadrosunun doldurulamaması sebebiyle hastaya müdahale edilememesi, askeri hekimin erdeki kalp hastalığı riskini öngöremeyip sevk etmemesi, hatalı ilaç uygulanması [399] öğretide hizmetin kötü işlemesine verilen örneklerdir.

Hizmetin geç işlemesi, hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile gerçekleştirilmesidir.[400] Kalp krizine geç tanı konması[401], kalça kemiğindeki kayma tanısının geç konması,[402] apandisit tanısının geç konması, ameliyat sonrası bakımın aksaması ve hastanın hekimine geç haber verilmesi[403], tetkik sonuçlarının geç çıkması, konsültasyona geç gelinmesi, hizmetin geç işlemesine örnek olarak verilebilir.

Hizmetin hiç işlememesi, yapılması gereken bir hizmetin idare tarafından yapılmamasıdır. Acil servise hastanın kabul edilmemesi[404], hastaya gerekli tetkiklerin yapılmaması[405], hastanın uygun şekilde bilgilendirilmemesi ve gerekli ilaç ile personelin hazırda bulundurulmaması [406] , defansif tıp nedeniyle hastanın gereken ameliyatının yapılaması örnek olarak gösterilebilir.

Genel hükümler doğrultusunda idari yargılamada da kural olarak kusuru ispat yükü davacı, hasta tarafındadır. Ancak kusuru ispatlayacak delillerin çoğu zaman davalı idarenin elinde olduğundan ve kusur ispatının hasta için zor olması hâlinde, kusur karinesi kabul edilerek kusursuzluğun ispatı idareye yüklenebilir. Bu doğrultuda, idarenin hastaya yönelik bilgi ve belgeleri kaybetmesi durumunda ispat yükü artık hasta tarafında değil idarede olmalıdır.[407]

[396] D.10.D. 1996/1091E, 1996/7530K, 13.11.1996.
[397] Çatak Irız, 2011, ss. 32-33.
[398] D.10.D. 2008E, 2009/7861K, 22.07.2009.
[399] Ersöz, 2012, ss. 72-73.
[400] M. Günday, 2015, s. 371. Çınarlı, 2013, s. 201.
[401] D.10.D. 3789E, 2001/487K, 13.2.2001.
[402] Çınarlı, 2013, ss. 201-202.
[403] Çatak Irız, 2011, ss. 35-36.
[404] Gökcan, 2017, s. 1123.
[405] Çınarlı, 2013, s. 203.
[406] Ersöz, 2012, ss. 75-76.
[407] Çınarlı, S., Ermumcu, F., Meral, O. ve Azak, K. (2021). Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları (2. Baskı). Adalet. s. 246.

4.2.2. Özel Hukuk

Kusurun kast ve ihmal şeklinde iki türü bulunmaktadır. Kast, failin hukuka aykırı neticeyi istemiş olması, ihmal ise failin hukuka aykırı sonucu önleyecek dikkat ve özeni göstermemesi şeklindeki hareket tarzının hukuk düzeni tarafından kınanmasıdır.[408] Hekimlerin kasttan ziyade ihmal davranışlarının olduğu görülmektedir.[409]

İhmalin ağır ve hafif olarak iki çeşidi bulunmaktadır. Bu ayrım için öncelikle ihmalin belirlenmesi yani objektifleştirilmesi gerekmektedir. Hekimin ihmalinin ölçüsü; aynı şartlar altında, aynı alandaki hekimin gösterdiği ortalama özene göre yapılır.[410] Ağır ihmal, aynı şartlardaki makul her insanın alması gereken en basit önlemlerin alınmaması, hafif ihmal ise ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir.[411]

Kusurun ayrıca ağır ve hafif şeklinde iki derecesi bulunmaktadır: hafif ihmal, hafif kusur olarak; kast ve ağır ihmal ise ağır kusur olarak kabul edilmektedir.[412] Ancak tazminatın amacı zarar görenin mamelekindeki eksilmeyi telafi etmek olduğundan, tazminat miktarının kusurun ağırlığına göre belirlenmesi uygun değildir.[413] Örneğin ameliyatta vücutta yabancı cisim unutulması ağır ihmal olarak kabul edilirken, ameliyat sonrası kapatma dikişlerindeki eksiklik hafif ihmale örnek olarak verilebilir.[414]

Sözleşme sorumluluğundaki kusur ile sözleşme dışı sorumluluktaki kusurun mahiyeti arasındaki fark bulunmamaktadır.[415] Ancak tazminat miktarının belirlenmesinde; haksız fiil sorumluluğunda kusurun ağırlığı önemliyken (TBK m.51/1), sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta tazminat miktarı, kusurun ağırlığına göre belirlenmez (TBK m.114/1).[416] Hekim, bilerek ve isteyerek hareket etmesi veya gerekli özeni göstermemesi şeklindeki her türlü kusurundan sorumludur. Özel hukukta hekim her türlü kusurundan sorumlu olduğu için TBK m.51/1 gereği kusurun ağırlığı, haksız fiilden kaynaklanan tazminatın belirlenmesinde etkilidir. Kişilik hakkına yönelik en hafif kusur

[408] İnan, Yücel, 2014, ss. 394–395. B. Yılmaz, 2017, ss. 167–168. Antalya, 2017a, ss. 28–31.

[409] Gönenç, F. İ. (2011). Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13-14 Kasım 2009 İstanbul, 143–158. s. 145.

[410] Antalya, 2017a, s. 31. B. Yılmaz, 2017, s. 168. Gökcan, 2017, s. 1054.

[411] Eren, 2015, s. 580.

[412] Antalya, 2017a, s. 38.

[413] Tandoğan, 2010, s. 316.

[414] Doğan, M. (2007). Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı. İçinde: C. Baygın, M. Uçar ve Y. Büyükay (Ed.), Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (ss. 39–56). Yetkin. s. 47.

[415] Ayan, 1991, s. 117.

[416] Gürsoy, 1973, s. 14. Tandoğan, 2010, s. 316. Eren, 2015, s. 764. Antalya, 2017a, ss. 173, 456-457.

dahi manevi tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır. [417] Diğer taraftan sözleşme sorumluluğunda kusursuzluğun ispatı hekime aitken sözleşme dışı sorumlulukta kusurun ispatı hastaya aittir.[418]

Zarar gören veya üçüncü kişinin kusuru da söz konusu olabilir. Esasında zarar görenin kusuru karşısında zarar gören bir başkası değil yine zarar görenin kendisi olduğundan teknik anlamda bir kusur değildir. Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun, türünün belirlenmesi ve ağırlığının değerlendirilmesinde teknik kusur kavramları kullanılır. [419] Haksız fiil sorumluluğunda, zarar görenin kusuru zararın oluşmasına veya artmasına sebep olduysa tazminatta indirim nedeni oluşturur.

4.2.3. Tıbbi İhmal

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.13 ile Hekimliğin Kötü Uygulanması (malpractice); "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi*" olarak tanımlanmaktadır. Diğer taraftan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te ise Tıbbi Kötü Uygulama; "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum*" olarak tanımlanmıştır.

Tıbbi uygulamalar nedeniyle sorumluluğu doğuran durumlarla ilgili olarak AYM kararlarında, tanımı yapılmaksızın, "*tıbbi ihmal*" teriminin kullandığı görülmektedir. Dikkat edileceği üzere tıbbi ihmal terimi, kast unsurunu kapsamamaktadır. Tıbbi uygulamalarda sağlık personelinin kast ile hareket etmeyeceğini varsaydığımızdan ve daha da önemlisi, kast ile hareketin tıbbi uygulamaların amaç ve kapsamıyla örtüşmediğini kabul ettiğimizden, tıbbi uygulamaları hataları kavramı yerine daha kapsayıcı ve özgü olduğunu kabul ederek ve kavram birliğini sağlama adına, "tıbbi ihmal" teriminin kullanılmasının daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

[417] A. Kılıçoğlu, 1990, s. 108. Ayan, 1991, s. 101. H. Özdemir, 2004, s. 160. B. Yılmaz, 2017, s. 167.

[418] Reisoğlu, 1983, s. 11. Ayan, 1991, s. 117.

[419] Eren, 2015, s. 582-583.

Tıbbi ihmaller, kaynaklarına göre tıbbi, organizasyonel (idare) ve etik hatalar şeklinde üç kategoride değerlendirilmektedir:[420]

Tıbbi hata; tıbbi bir uygulama sırasında sağlık mesleği mensubunun, tıbbi standartlara uygun olmayan davranışlarına bağlı ihmaldir.

Organizasyonel (idari) hata; tıbbi hizmet sunan kurum ve kuruluşların, yeterli ve uygun personel, malzeme, ekipman vb. hizmetin sunumu için gerekli ihtiyaçları sağlaması gerekir. Ayrıca hizmet sunucunun, bu ihtiyaçları sağlamakla kalmayıp gerekli planlama, denetim, eğitim, kalibrasyon, verilerin korunması ve saklanması, iş akışının belirlenmesi ve denetim ile gözetimi de yapması gerekir.

Etik hata; sağlık meslek mensubunun görevlerini yerine getirirken, yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik şeklindeki genel etik ilkelere uygun hareket etmemesidir.

4.3. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı, zarara sebep olan davranış ile zarar arasındaki neden sonuç ilişkisi olduğundan, kişi veya idarenin sorumluluğu için temel şartlardandır.[421]

İdare hukuku açısından, zarar görenin tıbbi uygulamaya bağlı olarak zarar gördüğünü yani uygun nedensellik bağını kanıtlaması, özel hukuktaki kadar katı değildir. Zararın idarenin eyleminden kaynaklandığını kanıtlaması yeterli olup hatta kanıt başlangıcını mahkemeye sunması yeterli kabul edilmektedir.[422] İdarenin sunduğu sağlık hizmetinde maddi tazminat için doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik aranmamakta ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için, sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksikliklerin nedensellik için yeterli olduğu kabul edilmektedir.[423] Ayrıca sadece idari eylemle değil idari işlemle zarar arasında da nedensellik bağı kurulabilmektedir.[424]

---

[420] Aktaş, E. Ö. (2012). Yayımlanmamış Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Notları. Aktaran: Çınarlı vd., 2021, s. 96.

[421] Eren, 2015, s. 536. İnan, Yücel, 2014, s. 404. Çınarlı, 2013, s. 244. M. Günday, 2015, s. 384. Gökcan, 2017, s. 1063. S. Demir, 2018, s. 157.

[422] S. Demir, 2018, s. 160.

[423] Türkoğlu, S. ve Yılmaz, E. (2020). İdarenin Hukuki Sorumluluğunda İdari Yargıya Özgü Kriterlerin Geliştirilmesi (Danıştay Kararları Işığında Bedensel Zararları Tazmin İlkeleri). İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 657–684). TBB. ss. 627–628.

[424] DİDDK 2007/1884E, 2011/88K, 24.02.2011; Memurun sağlık durumu ile ilgili atama talebinin ret işlemi ile meydana gelen ölüm arasında nedensellik bağı tespit edilmiştir. Aktaran: Çınarlı, 2013, s. 247.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda ağırlıkla kabul edilen teori; olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olması olarak açıklanan, uygun nedensellik bağı teorisidir.[425] Yargıtay da birçok kararında[426] bu teoriyi kullanmaktadır.[427] Yargıtay, gebelik takibinde bebekteki anomalilerin saptanmaması sebebi ile rahim tahliyesi yapılmaması arasında uygun nedensellik bağı olduğunu kabul etmektedir.[428]

Diğer taraftan sözleşmeye aykırılık söz konusu olsa bile meydana gelen zarardan doğrudan sorumluluk doğmamakta ve kusur ile zarar arasında uygun nedensellik bağının aranması gerekir. Türk hukukunda da hakim olan uygun nedensellik bağı teorisine göre;[429] somut olayda gerçekleşen sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan

---

[425] Eren, 2015, s. 547.

[426] YHGK 2017/444E, 2019/1083K, 17.10.2019 (Yargıtay Karar Arama, https://karararama.yargitay.gov.tr, ET: 07.10.2021);

"*Bununla birlikte sorumluluğun asli şartı zararla söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu sebep sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denir. Burada sözü edilen illiyet bağı uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır. Uygun illiyet bağı, sorumluluğu, zarar veren bakımından öngörülebilir risklerle sınırlamaktadır (Eren, s. 561). Başka deyişle, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübesi bakımından öngörülemez zararlar uygun illiyet bağı kapsamında sorumluluğu doğurmayacaktır*."

YHGK 2017/124E, 2019/657K, 13.06.2019 (Yargıtay Karar Arama);

"*Burada sözü edilen illiyet bağı uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır. Uygun illiyet bağı, sorumluluğu, zarar veren bakımından öngörülebilir risklerle sınırlamaktadır. (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.611, s.617) Başka deyişle, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübesi bakımından öngörülemez zararlar uygun illiyet bağı kapsamında sorumluluğu doğurmayacaktır.*"

[427] Gökcan, 2017, s. 1063.

[428] Y.13.HD. 2015/38727E, 2017/3509K, 22.03.2017;

"*Dava konusu olayda, davalı doktorun kendisine müracaat ve ultrasonografik muayene de dahil muayene edildiği tarihte davacı* ***annenin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği*** *ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkanın olması halinde özen borcuna aykırı davranmaları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2857 sayılı yasanın 5. Maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir.*

Hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tesbiti halinde ise, ***davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının*** *da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde* ***küçük çocuk için de uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi*** *de zorunludur*."

[429] Eren, F. (1975). Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi (Sayı 361). Sevinç Matbaası. s. 51. Tandoğan, 2010, s. 76. Antalya, 2017a, s. 208.

zorunlu şartla, söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun nedensellik bağı denilir.[430] Bu sebeple kusur olmasaydı aynı zararın ortaya çıkacağı söylenebiliyorsa maddi zarar ile kusur arasında uygun nedensellik bağının kurulmadığı kabul edilmektedir.[431] Ancak sözleşmeye aykırılığın aradaki güven ilişkisini zedelemesi ve haktan mahrum bırakmasının kişinin bulunduğu hâlden daha fazla kaygı, üzüntü ve stres yaratacağı kabul edilerek manevi tazminat uygun bulunmaktadır.[432] Eser sözleşmesinde nedensellik bağı geniş yorumlanmakta ve hekim belli bir sonuca ulaşmayı garanti ettiğinden, sonuca ulaşılamadığında nedensellik bağı kurulmaktadır.[433]

Nedensellik bağının mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin davranışı hâllerinde kesilebileceği öğreti[434] ve uygulamada[435] kabul edilmektedir. Bu gibi

---

[430] Eren, 1975, s. 52. Tandoğan, 2010, s. 77. Eren, 2015, s. 541. Antalya, 2017a, s. 209.

[431] Belgesay, 1953, s. 119. Gökcan, 2017, s. 1064.

[432] YHGK 2017/561E, 2019/655K, 13.06.2019 (Yargıtay Karar Arama):

"*Ne var ki yukarıda da bahsedildiği üzere, sözleşmeye aykırı ya da daha genel çerçeveyle kusurlu bir eylemin sorumluluk doğurabilmesi için bu eylemle illiyet bağı olan bir sonuçtan zarar doğması gerektiğinden, mahkemece bilhassa maddi tazminat istemi yönünden* ***salt sözleşmeye aykırılığın peşinen sorumluluk doğurduğu yönündeki kabul isabetli değildir.*** *Zira* ***vekilin bu kusurlu eylemi olmasaydı dahi aynı netice doğacak idiyse****, müvekkilin, aleyhine hükmün infaz edilmesi nedeniyle cezaevinde kaldığı günlere ilişkin olarak talep ettiği* ***maddi kayıpları (gelir elde edememe, vb..) yönünden illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir****. Aksi yönde bir kabul, vekil edenin kendi hukuka aykırı veya kusurlu eylemi nedeniyle doğan zararı bir başkasına yükleme yahut hukuken sahip olamayacağı bir sonucu vekil üzerinden sağlama neticesini doğuracaktır ki bu durumun hukuken korunması düşünülemez.*

Yeri gelmişken eldeki uyuşmazlıkta manevi tazminat istemi yönünden belirtmek gerekir ki, bir kişinin yargılandığı ceza davasında hakkında hükmolunan hapis cezasının aralarında ***güven ilişkisi*** *bulunan, onun adına yapılması gereken her türlü hukuki işlemi yapacağına inanılan ve bu yönde yasal ve sözleşmesel yükümlülükleri bulunan vekilinin ihmalî davranışı ile temyiz edilmeyerek kesinleşmesi* ***ve mahkûmiyet hükmünün üst yargı merciince gözden geçirilmesi imkânından mahrum kalınması başlı başına kişilik haklarını zedeleyen****, kişinin aleyhine olan hükmün temyiz incelemesinden geçerek onanıp kesinleşmesi hâlinden daha fazla kaygı, üzüntü ve stres yaratan bir durumdur. Bu nedenle* ***manevi zararın salt bu eylemle doğduğunun kabul edilmesi*** *gerekir.*"

[433] Aşçıoğlu, 1993, s. 104. Gökcan, 2017, s. 1063.

[434] Eren, 2015, ss. 555–569. B. Yılmaz, 2017, s. 133. Gökcan, 2017, ss. 1069–1070.

[435] YHGK 2017/444E, 2019/1083K, 17.10.2019 (Yargıtay Karar Arama);

"***İlliyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle kesilebilir****. Aynı zamanda sorumluluktan kurtulma sebebi olan bu üç sebep, sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumlulukta da kabul edilmektedir (Eren, s. 561.). Her üç neden açısından da****, illiyet bağının kesildiği iddiası, sorumlu kişiler tarafından açıkça ispatlanmadıkça kabul edilmemelidir****. Bu bakımdan sorumluluktan kurtulmak oldukça zorlaştırılmıştır.*

*Tazminattan indirim veya ret sebepleri 818 sayılı BK'nın 44. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde daha çok zarar görenle ilgilidir. "****Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı****" yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hâl ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır.*

Zarar görenin kendi kusurunda, kişinin kendisine zarar veren bir hareket tarzı söz konusudur*. Zarar görenin kendi kusuru, akıllıca iş gören, mantıklı bir kişinin, kendi yararı gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçması gereken bir eylemi olarak nitelendirilmelidir. Zarar görenin kusuruna birlikte kusur, müterafik kusur da denilmektedir (Tandoğan H: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 318 vd.).*

Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de ***zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp***

durumlarda bir görüşe göre zarar görenin kusurunun ağırlığına göre değerlendirme yapmak gerekir. Zarar görenin kusurunun ağırlığının etkisi, zararlı sonucun sebebi hâline geliyorsa yani zarar gören tam kusurluysa nedensellik bağı kesilmektedir.[436] Ancak tam olmayan kusur, tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilir. Üçüncü kişinin davranışının nedensellik bağını kesebilmesi için, zarar verenin kusurundan daha ağır kusurlu olması gerekir. Ancak kusur daha ağır değilse ortak nedensellik olduğu kabul edilir.[437] Bizim de

---

sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

*Ortak kusurun varlığı hâlinde, hâkim, ortak kusurun tazminata etkisini başka bir anlatımla bunun "bir tenkis sebebi" mi, yoksa zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilebilecek bir sebep mi olduğunu takdir edecektir. Hâkim bu yolda takdir hakkını kullanırken hak ve adalete uygun sonuca varacak bir yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden önce maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. 818 sayılı BK'nın 44/1. maddesinin "hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de (4271 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2) uygun düşmektedir. **Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir** (OserSchönenberger, Borçlar Hukuku, Recai Seçkin çevirisi s.409).*

*Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; **gerçek amacın ortak kusur hâlinde zararın bu kusura isabet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu** kabul edilmelidir (OserSchönenberger, s. 411). İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay İçindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağını) tamamen kesmemekle beraber ikinci plana itmeli, istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hâle gelmelidir.*

818 sayılı BK'nın 44. maddesi kapsamında yer alan indirim veya ret sebepleri şu şekilde sıralanabilir;

*a) **Zarar görenin zarara razı olması**; burada sözü edilen rıza ile hukuka uygunluk sebebi olan 4271 sayılı TMK'nın 24/II'deki rızayı birbiriyle karıştırmamak gerekir. 818 sayılı BK'nın 44. maddesinde öngörülen rıza, hukuka uygunluk sebebinin koşullarını taşımayan rızadır.*

*b) **Zarar görenin kusuru** (Ortak Kusur); 818 sayılı BK'nın 44. maddesine göre zarar görenin "fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği, zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı taktirde" bu durum tazminattan indirim ya da tazminat isteminin reddi sebebi olabilecektir. Haksız fiil failinin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan fiili kusurlu olduğu için sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak, bu durum zarar görenin davranışlarından kaynaklanmışsa, ortak kusurdan söz edilir.*

***Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir; zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağını kesen bir sebeptir**. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır. O hâlde, ortak kusur, haksız fiilde, zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder. Zarar görenin ortak kusur teşkil eden davranışları, zararın doğumuna ya da artmasına ilişkin olabileceği gibi sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur da olabilir.*

*c) Ağır kusurun bulunmadığı hâllerde **zarar verenin zor duruma düşecek olması** nedeniyle tazminatın indirilmesi; bu hâl 818 sayılı BK'nın44./II'de düzenlenmiş olup, zarar görenden hareket ederek özel bir indirim sebebi öngörmüştür.*

Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 08.04.2015 tarihli ve 2013/13-1592 E, 2015/1176 K. ile 01.07.2015 tarihli ve 2014/13-18 E, 2015/1754 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir."

[436] Eren, 1975, s. 187. Tandoğan, 2010, s. 81. Antalya, 2017a, s. 230.

[437] B. Yılmaz, 2017, s. 133.

katıldığımız diğer bir görüşe göre, zarar görenin kusuru karşılaştırması ve derecelendirilmesi yapmadan sorunu salt bir nedensellik bağı olarak ele almalı ve zarar görenin ortaya çıkan zarara etkisi, kusurdan bağımsız olarak değerlendirilmedir.[438] Bu nedenle zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışının nedensellik bağını kesmiş olması için kusurlu olmasına gerek yoktur.

Hekimin tıbbi uygulamada kusurlu faaliyeti olmasaydı zararın her zaman meydana gelmeyeceği söylenemez. Bunun nedeni olarak bazı varsayımsal sorulara cevap verilmesi gerektiği gösterilmektedir:[439]

- Hekimin hatalı uygulaması olmasaydı hasta sağlığına kavuşabilecek miydi?

- Hastalığın daha önceki bir evrede teşhis edilmesi hâlinde yaşam süresi değişecek miydi?

- Hekimin kusurlu müdahalesi olmasaydı, örneğin sterilizasyon veya kürtaj işlemi başarılı olsaydı veya hamilelik dönemindeki fetüs anomali tespit edilseydi sonuç daha farklı olabilir miydi?

Özellikle iyileşme şansının kaybından doğan zararların talep edilebilmesi, yüksek olasılıkların söz konusu olduğu ve nedensellik bağının belirsiz olduğu durumlarda önem taşımaktadır. Şans kaybı doktrini olarak tanımlanan bu gibi durumlarda hastanın tazminat talebinin hep ya da hiç kuralı ilkesi uyarınca tamamen reddi veya tamamen kabulü, bazı durumlarda hakkaniyete uygun sonuçlar vermemektedir.[440]

Danıştay, hastaya hatalı olarak gut tanısı konulması sonrasında aslında sorunun kemik tümörü olduğunun anlaşılarak bacağın diz altından kesilmesi olayında, tanı zamanında konulmuş olsaydı da zararın meydana gelecek olması nedeniyle maddi tazminat talebini reddederken manevi tazminat talebi kabul etmiştir. AYM de tanı hatasının sonucu değiştirmeyeceğini kabul ederek derece mahkemesinin hükmü ile ilgili ihlal kararı vermemiştir.[441] Bu sebeple kusur ile bedensel zarar arasında nedensellik bağı

[438] Baysal, B. (2012). Zarar Görenin Kusuru. XII Levha. s. 166.
[439] Gönenç, 2011, s. 146.
[440] Gönenç, 2011, s. 157.
[441] Cihan Beyribey, B. No: 2014/19450, 26.12.2018,
§18. "*Mahkeme tarafından bozma kararına uyulmuş ve 18/2/2015 tarihli kararla başvurucuya 3.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmiştir*."
§48 "*ATK'nın 25/4/2008 tarihli raporunda, başvurucuya gut teşhisinin konulduğu tarihte osteosarkom (tümör) tanısı konmuş olsaydı da bacağın ampütasyona gideceği, sonucun değişmeyeceği bildirilmiştir. Bilirkişi raporunda yer alan bu tespit karşısında* ***meydana gelen maddi zarar ile kusur arasında illiyet bağı kurulamadığı*** *anlaşılmaktadır. Derece mahkemesinin de maddi tazminat talebinin reddine karar verirken gerekçesinde bu hususu vurgulamış olduğu görülmektedir. Bu durumda anılan bilirkişi raporuna dayanılarak verilen derece mahkemesi kararı, konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe içermektedir."*

kurulamadığından dolayı maddi zararın meydana gelmediği kabul edilse bile tanıdaki bu kusur ve gecikme sebebiyle manevi zararın ortaya çıktığı kabul edilmektedir.

4.4. Zarar

Sorumluluğun doğması için bir zararın ortaya çıkması gerekir. Sorumluluk hukukunun başlıca amacı, zarar vereni cezalandırmak değil zarar görenin zararını tazmin ettirmektir. Bu sebeple zararın olmadığı durumda idare veya özel hukuktan kaynaklanan tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.[442] Manevi zararlar ve dolayısıyla talep edilecek manevi tazminata ilişkin idare hukuku mevzuatında herhangi bir düzenleme bulunmadığından, özel hukuktaki yasal düzenlemeler idare hukuku açısından da geçerlidir ve uygulanmaktadır.[443]

Zarar kavramı öğreti ve uygulamada iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, teknik anlamdaki zararı ifade ederken geniş anlamdaki zarar ise kişinin malvarlığı ile şahıs varlığındaki yani manevi zararını ifade etmektedir.[444] Çalışmamız manevi tazminatla ilgili olduğundan maddi tazminat değerlendirilmeyecek ve manevi zarar ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

[442] Eren, 2015, s. 520. Ayan, 1991, s. 109. Çınarlı, 2013, s. 160.
[443] Çınarlı, 2013, s. 180. S. Demir, 2018, ss.234-235.
[444] Eren, 2015, s. 520. Antalya, 2017a, s. 81. Çınarlı, 2013, ss.160-161. S. Demir, 2018, ss. 152-153.

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ ZARAR VE MANEVİ TAZMİNATA YAKLAŞIM

5. MANEVİ ZARAR

5.1. Genel Olarak Zarar

Sorumluluk hukukunun esas amacı cezalandırmak değil gerçekleşen zararı tazmin etmektir. Bu sebeple zarar, hukukî veya idari tazminat sorumluluğunun en önemli unsurudur ve ceza hukukunun aksine, zarar yoksa hukukî veya idari tazminat sorumluluğu da bulunmaz.[445] Hatta kusurun bile istisnası olarak kusursuz sorumluluk kabul edilebilse de zararsız bir sorumluluk kabul edilemez.[446] Bu doğrultuda, sağlık hizmeti sunumunda sorumluluğun doğması için tıbbi uygulama neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır.[447] Gerek özel hukukta gerekse idare hukuku açısından sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, mutlaka bir zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir ve bu sebeple sadece zarar tehlikesi tazminat sorumluluğuna yol açmaz.[448]

Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, uygun nedensellik bağının kabul edilmesiyle birlikte önemini yitirmiştir ve hukuka aykırı eylemle uygun nedensellik bağı bulunan her türlü zarar tazmin edilmelidir.[449]

TBK m.49'da zarar kavramından bahsedilse de bu kavramın tanımlanması öğreti ve uygulamaya bırakılmış olup[450] gerek idare hukukunda gerekse özel hukukun en eski ve tartışmalı kurumlarından biridir.[451]

---

[445] Eren, 2015, s. 520. Çınarlı, 2013, s. 160. Odyakmaz, Z. ve Keskin, B. (2020a). Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği. Yetkin. s. 361.

[446] Franko, N. İ. (1973). Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini. Ajans-Türk Matbaası. s. 139.

[447] Çınarlı, 2013, s. 161.

[448] Cabıoğlu, S. S. (2012). Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 87.

[449] Tandoğan, 2010, s. 70.

[450] Eren, 2015, s. 520. Çınarlı, 2013, s. 160.

ABGB m.1293'te zarar; bir kimsenin malvarlığına, haklarına veya şahsına verdirilen her türlü kayıp olarak tanımlanmaktadır. Bu, bir kimsenin olayların olağan seyrinden sonra beklenebileceği kar kaybından farklıdır.

[451] Kaplan, G. (2006). Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu. AÜHFD, 55(2), 117–141. s. 121. Antalya, 2017a, s. 148.

Zarar, doğrudan ve dolaylı şeklinde ikili ayrıma tabi tutulabilse de genel olarak hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar; kişinin malvarlığında iradesi dışındaki eksilme olarak tanımlanırken, maddi zararı ifade etmektedir. Geniş anlamdaki zarar ise maddi zararın yanına manevi zararın da eklenmesidir.[452]

Avusturya, Alman, Fransa ve A.B.D. [453] hukuklarında zarar geniş anlamıyla kullanılmaktayken Türk ve İsviçre hukuklarında zarar kavramından maddi, mameleki, malvarlığı zararları anlaşılmaktadır.[454]

Esasında zarar kavramı, daha Roma klasik hukuk döneminde (M.Ö. 27 - M.S. 250), hukukçuların faaliyetleri sayesinde kişilere karşı işlenen manevi tecavüzleri de içine alacak şekilde genişletilmeye başlanmıştır. [455] Maddi nitelikte olmayan menfaat kayıplarının malvarlığı temelinde değerlendirilmesinin temelinde Alman hukukunda para ile tazminin ancak Alman Medeni Kanunu (BGB)[456] m.253'te belirtilen hâllerle sınırlı olarak talep edilebilmesinde yatmaktadır. [457] Alman Hukukunda kural olarak manevi zararlar aynen giderime tabidir.[458] Malvarlığında eksilme bulunmayan ancak zarar olarak kabul edilmesi zorunlu olan hâller, normatif zarar kavramını ortaya çıkmasında önemli bir rol üstlenmiştir. Normatif zarar, malvarlığında eksilme olmayan ancak kanunda düzenlenen bazı hâller dışındaki menfaat kayıplarını maddi zarar kapsamında değerlendirilerek tazmin edilmesi gerektiği düşüncesinden hareket eder.[459]

[452] Tandoğan, 2010, s. 63. Tunçomağ, K. (1972). Borçlar Hukuku I. Cild Genel Hükümler (5. Bası). Fakülteler Matbaası. s. 286. İnan, 1979, s. 286. Nomer, H. N. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Bası). Beta. s. 148. Antalya, 2017a, s.81. Eren, 2015, s. 521. Çınarlı, 2013, s. 160. Odyakmaz, Keskin, 2020a, s. 362. Erlüle, 2021, s. 16.

[453] Dobson-Wainwright, S. (2021). A Historical Analysis of Medical Malpractice Tort Law in The United States. Central Michigan University, Doktora Tezi. s. 18.

[454] Belgesay, 1953, s. 116. Eren, 2015, s. 521.

[455] Ünal, M. (1978). Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü. AÜHFD, 35(1), 397–437. s. 402. Gönenç, F. İ. (2008). Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi. MÜHF-HAD, 14(4), 13–28. s.25.

[456] Alman Medeni Kanunu (BGB, Bürgerliches Gesetzbuch) m.253 (1) Maddi tazminat niteliği taşımayan zararlarda, ancak kanunda belirtilen hallerde nakden tazminat talep edilebilir.

(2) Bedenin, sağlığın, özgürlüğün veya cinsel özgür iradenin ihlali nedeniyle maddi olmayan zarar nedeniyle de hakkaniyete uygun para tazminatı talep edilebilir.

[457] Erlüle, 2021, s. 18.

[458] Burcuoğlu, H. (1984). Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması. DÜHFD, 2(2), 163–173. s. 163.

[459] Erlüle, 2021, s. 19.

Maddi zarar ile manevi zarar ayrımında, ihlal edilen değerlerden değil zararın ekonomik olarak ölçülüp ölçülemediğinden hareket edilmektedir.[460] Manevi zarar maddi zarardan farklı olarak para kaybı değildir[461] ve hesaplanabilir bir maddi nitelikte değildir[462]. Uygulamada maddi tazminatın düzenlendiği hâller manevi tazminat talebi için yeterli görülebilse[463] de maddi ve manevi zarar, birbirinden çok farklı kavramlar olup yegane müşterek yanları her ikisinin de hukuken korunan varlıklara tecavüzün neticesi olmalarıdır.[464] Diğer taraftan manevi zararı, maddi zarar çeşidi olan bedensel bütünlüğün ihlalinden ayırmak bazı durumlarda mümkün değildir. Eğer manevi zararın tedavisi tıbbi uygulamayı gerekli kılıyorsa maddi zarardan söz edilir.[465] Bunun dışında müşterek unsurları bulunmayan, farklı kavramlar olmalarından dolayı maddi ve manevi zararın ayrı kurumlar olarak ele alınması gerekmektedir.[466]

5.2. Özel Olarak Manevi Zarar

Manevi zarar; parasal olmayan, belgelerle hesaplanamayan ve kolayca ölçülemeyen kayıpları ifade etmektedir.[467] Manevi zarar esasında tipik bir haksız fiil zararı olup, yasada manevi zararın tanımı yapılmamıştır.[468] Manevi zararın tanımının bilinçli olarak yapılmadığı, "*Kısacası kanun vaazı, her olayda meydana çıkan ihtiyacı karşılayan keşfe bir kural koymaktaki zorluğu düşünerek, 47 inci madde metnini kasten elastiki bir sakilde formüle etmiş ve manevi tazminat hükmedilmesini gerekli kılan hâl ve şartlan, hâkimin takdirine bırakmıştır.*" şeklinde, hâkim takdirine bırakıldığı açıklanmaktadır.[469]

[460] Bilmen, Ö. N. (1940). İslam Hukukunda Manevi Zararların Tazmini. İÜHFM, 6(4), 798–812., s. 798. Yılmaz, Safiye. (2011). İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu. Selçuk Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 20. Antalya, 2017b, s. 7.

[461] Uesseler, 2008, s. 217.

[462] Narter, S. (2014). Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku. Adalet. s. 1014.

[463] Gürsoy, K. T. (1973). Manevi Zarar ve Tazmini. AÜHFD, 30(1), 7–56. s. 9. Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 446.

[464] Tandoğan, 2010, s, 63. Oğuzman, Öz, 2020, s. 40.

[465] Kaplan, 2006, s. 125.Antalya, 2017a, s. 153.

[466] Tandoğan, 2010, s. 63. Oğuzman, Öz, 2020, s. 40. İnan, Yücel, 2014, s. 401.

[467] Dobson-Wainwright, 2021, s. 18.

[468] Arıdemir, A. (2008). Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat. İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi. s. 182. Arıkan, Ş. (2020). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat. Seçkin. s. 42.

[469] YİBGK Kararı, 1966/7E, 1966/7K, 26.6.1966.

Bir zararın manevi zarar olarak kabulü için, zararın kişilik hakkına saldırıdan meydana gelmesi ve bu saldırı sonucu zarar görende acı, elem gibi psişik bir rahatsızlığa yol açması gerekir. Bu sebeple kişilik hakkına saldırıdan doğmayan elem ve acı, manevi zarar olarak kabul edilmeyeceği gibi kişilik hakkına saldırı sonucu elem, acı gibi psişik bir rahatsızlığa sebep olmazsa yine manevi zarardan söz edilemez.[470] Ancak aksi bir görüş ise kişilik hakkı ihlalini manevi zarar için zorunlu bir unsur olarak görmeyip manevi zarar için elem ve ızdırabın yeterli olduğunu, kişilik hakkı ihlalinin ya bağımsız, ayrı bir unsur olarak ya da hukuka aykırılık içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.[471]

Yargıtay ise manevi zararı bizim de katıldığımız ilk görüş doğrultusunda; "*kişilik hakları hukuka veya ahlâka aykırı bir fiille saldırıya uğrayan kişinin duyduğu acı, elem, üzüntü ve kederi ifade eder."* şeklinde açık bir biçimde tanımlayarak[472] manevi zarar için bu iki şartı "*sine qua non*" aramaktadır.

Tıbbi uygulama sırasında hastanın vücut bütünlüğündeki yaralanma veya kişinin yakınının ölmesi nedeniyle duyduğu acı ve üzüntü, manevi zarara sebep olabilir.[473] Başlangıçta idari yargıda sadece maddi zararların tazmini söz konusuyken zaman içerisinde maddi değeri olmayan zararlar da dikkate alınmaya başlanmıştır.[474] Hatta kişinin fiziksel bütünlüğüne zarar veren tüm tıbbi uygulama hatası niteliğindeki kusurlardan dolayı maddi tazminat yanında manevi tazminat istenmesi yolu açılmıştır.[475] Bu sebeple bir ayrım yapılarak; bedensel bütünlüğün zedelenmesi gibi maddi kayba yol açan manevi zararlar "maddi etkileri olan manevi zarar", herhangi bir maddi kayba yol açmadan sadece manevi bir elem ve ıstıraba yol açan zararlara "salt manevi zarar" olarak tanımlanmaktadır.[476] Ancak manevi zarar, doğası gereği tıp bilimi ile yakından ilgilidir.[477]

[470] Franko, N. İ. (1984). Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik. Dicle Üniversitesi HFD 2(2), 133–154. s. 134.

[471] İnceoğlu, 2008, s. 80.

[472] YİBBGK Kararı,2017/5E, 2018/7K, 06.07.2018, RG: 08.12.2018/30619.

[473] Er vd., 2021, s. 853.

[474] Atay, E. E. ve Odabaşı, H. (2010). Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları (2. Baskı). Seçkin. s. 192.

[475] Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 446.

[476] Çağlayan, 2016, s. 244.

[477] Stamm, J. (2016). Die Geltendmachung Von Personenschäden İm Deutschen Zivilprozess. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 195–215). TBB. s. 213.

İdare hukuku ile ilgili yasalarda manevi zarar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, özel hukukta düzenlenen manevi tazminat kurumu, fazla değişikliğe uğramadan tam yargı davalarında da varlığını korumaktadır.[478] Nitekim Danıştay da manevi zararı, Yargıtay'a benzer şekilde; elem ve ıstırap duyulması nedeniyle zarara uğranılması olarak tanımlamaktadır.[479]

5.3. Manevi Zarar Terminolojisi

Türk hukuku öğretisinde manevi zarar ile maddi zarar kavramlarını aynı kavram içerisinde değerlendirmenin sakıncalarını ortadan kaldırmak için "*manevi üzüntü*" gibi başka bir terim kullanılması gerektiği görüşü[480] yanında "*mal varlıksal olmayan zarar*", "*parasal olmayan zarar*" gibi kavramların teknik olarak daha uygun olacağı ancak herkes tarafından benimsenen, kullanılan ve yerleşik "*manevi zarar*" kavramına üstünlük tanımanın amaca uygun olduğu görüşünü[481] savunan olduğu gibi hem zararın bir türü hem de kökleşmiş bir kavram olarak "*manevi zarar*" teriminin uygun olduğu görüşünü[482] savunanlar bulunmaktadır.

Ancak asıl tartışılması gereken terimin kendisinden ziyade kullanılacak terimin kapsamı, ifade ettiği anlam olduğundan esas belirlenmesi gereken terminolojiden ziyade teorik anlam ve amacıdır.[483] Nihayetinde, hem yerleşik olmasından hem zararın bir çeşidi olmasından hem de mevzuatta yaygın olarak kullanılmasından dolayı "*manevi zarar*" terimini kullanmayı uygun buluyoruz.

5.4. Mukayeseli Hukukta Manevi Zarar ve Tazminatı

Manevi zarar, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı terimlerle ifade edilmektedir. Manevi zarar için Alman hukukunda; "immaterieller Schaden" (maddi olmayan zarar), "nicht Vermögensschaden" (mal varlığına ilişkin olmayan zarar), "immaterielle Unbill" (maddi olmayan haksızlık) ve "ideeller Schaden" (ideal zarar) terimleri kullanılırken,

[478] Çınarlı, 2013, s. 180. Özdemir, Y. (2019). İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu ve Manevi Tazminatın Artırılması Sorunu. Karatay Üniversitesi HFD, 4(2), 129–156. s.131.

[479] DİDDK Kararı, 2014/1188E, 2016/426K, 25.2.2016 (Lexpera. Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi Veritabanı).

[480] Tandoğan, 2010, s. 63.

[481] Atlan, 2015, s. 47.

[482] Eren, 2015, s. 531.

[483] Erlüle, 2021, s. 26.

manevi zararın parasal giderilmesinde ise "Schmerzensgeld" (acı parası) terimi kullanılmaktadır. İsviçre hukukunda ise manevi zarar için "seelische Schaden" ve "moralische Schaden", manevi zararın giderilmesi için ise "Genugtuung" terimleri kullanılmaktadır. Common Law sisteminde ise manevi zarar, "nominal damages", "moral damages", "non-pecuniary damages" terimleri ile ifade edilmektedir.

Görüleceği üzere manevi zarar, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu sebeple hukuk sitemlerinin manevi zarar ve manevi tazminata yaklaşımındaki bakış açısını ve çözüm yöntemlerini, çalışmamız kapsamını aşmayacak şekilde değerlendirmek faydalı olacaktır.

5.4.1. Avrupa Konseyi

Kurucu üye sayılarak tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi tarafından adil tazmin, AİHS m.41'de; "*Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.*" şeklinde düzenlenmektedir.

Hüküm doğrultusunda İHAM'ın manevi tazminat kararı, örneğin zihinsel veya fiziksel acı gibi maddi olmayan zararlar için tazminat sağlamayı amaçlamaktadır. Manevi tazminat niteliği gereği, kesin bir hesaplamaya uygun değildir. Manevi zararın varlığı tespit edilirse ve İHAM bu zararın para ile tazmininin gerekli olduğunu düşünürse, içtihatlarından ortaya çıkan standartları dikkate alarak hakkaniyet temelinde bir değerlendirme yapacaktır.[484]

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi; manevi zarar ve tazminatıyla ilgili olarak üye ülkeler arasındaki farklılıkları azaltma ve uyumu kolaylaştırma için fiziksel yaralanma ve ölüm durumunda zarar tazminatı ile ilgili 14.03.1975 tarihli ve "Resolution (75) 7" sayılı İlke Kararı'nı kabul etmiştir. İlke Kararı'na göre;

Fiziksel yaralanma hâlinde manevi tazminatın belirlenmesindeki temel ilkeler:

11. Mağdur; estetik zarar, fiziksel ağrı ve ruhsal ıstırap için tazminat alacaktır. Son kategori mağdura etkisi doğrultusunda keyifsizlik, uykusuzluk, aşağılanma duygusu, özellikle belirli zevkli faaliyetlerde bulunamama nedeniyle yaşamdan zevk azalması gibi çeşitli şikayetleri ve bozuklukları içerir.

[484] https://rm.coe.int/16804f2a17, ET: 07.10.2021.

12. Fiziksel ağrı ve ruhsal ıstırap için tazminat, şiddetleri ve süreleri esas alınarak ödenecektir. Tazminat, mağdurun ekonomik durumuna bakılmaksızın hesaplanacaktır.

13. Mağdurun fiziksel veya ruhsal engeli nedeniyle ıstırap çekmekte olan mağdurun babası, annesi ve eşi ancak ıstıraplar istisnai nitelikteyse tazminat alma hakkına sahip olmalıdır; diğer kişilerin bu tür bir tazminat alma hakları olmamalıdır.

Ölüm durumunda manevi tazminat:

19. Mağdurun ölümü nedeniyle üçüncü bir tarafın ruhsal ıstırabına karşı tazminat hakkı tanımayan hukuk sistemleri, mağdurun eşi veya çocukları, ebeveyni veya nişanlısı dışındaki kişilere tazminat vermemelidir; bu durumlarda bile tazminat yalnızca, bu kişilerin ölüm anında mağdurla yakın sevgi bağlarını sürdürmeleri şartıyla verilmelidir.

5.4.2. Kıta Avrupası Sözleşme Hukuku

5.4.2.1. Genel Olarak

Avrupa sözleşme hukuku manevi tazminata yaklaşım açısından oldukça karmaşıktır. Bu sebeple manevi tazminata yaklaşım açısından üç sınıfa ayrılmaktadır.[485]

Liberal rejimler; Fransa, İspanya, İtalya, Bulgaristan, Yunanistan ve Portekiz'den oluşmaktadır. Bu sistemlerde manevi zararın maddi kaybın telafi edilebilirliğiyle aynı seviyede tazmin edildiği söylenebilir. Manevi zararın tazmini; kusur, zarar ve nedensellik gibi maddi tazminat için uygulanan genel kurallara tabidir. Kusurun ağırlığı tazminat hakkı için önemsizdir ancak tazminat miktarını etkileyebilir.[486]

Ilımlı rejimler; Hollanda ve Birleşik Krallık'tan oluşmaktadır. Bu ülkelerde özel düzenlemeler bulunmakta ve içtihatlar göz önünde bulundurulmaktadır.[487]

Muhafazakar rejimler; Almanya, Polonya, İsveç ve Avusturya'dan oluşmaktadır. Burada, sözleşmedeki manevi zararların telafi edilme olasılığı neredeyse her zaman reddedilir ve bazen kategorik olarak dışlanır. Bu nedenle, manevi zararlar ilke olarak reddedilebilir veya tazminat, sözleşmeden ziyade haksız fiillerle sınırlandırılabilir veya özel koşullara tabi tutulabilir.[488]

[485] Palmer, V. V. (2015a). European contractual regimes: The contemporary approaches. İçinde: V. V. Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (ss. 95–110). Cambridge University Press. s. 95.

[486] Palmer, 2015a, s. 95.

[487] Palmer, 2015a, s. 96.

[488] Palmer, 2015a, s. 96.

Bayan E.

Avrupa ülkelerindeki manevi zarar ve tazminata yaklaşım karmaşık ve farklılıklar içerdiğinden örnek bir kurgu üzerinden değerlendirme yapmak uygun görünmektedir. Bu örnek ülkeler bazında, tıbbi uygulamaların hukukî niteliği, zarar kavramını insan üzerinden değerlendirmesi, manevi zararın işlev ve tazminat usûlleri gibi konuya çeşitli açılardan yaklaşımı gösteren, sorunu somutlaştırıcı ve kapsayıcı bir öneme sahiptir.

Bayan E. üçüncü çocuğuna hamiledir ve ekonomik nedenlerle başka çocuk istememektedir. Bu sebeple üçüncü çocuğun doğumu sırasında sterilizasyon işlemi için Dr. Franklin ile sözleşme yaparlar. Ancak doğum sırasında sterilizasyon işlemi yapılamaz ve Bayan E.'ye bu konuda bilgi verilmez. Dört ay sonra bayan E. yeniden hamile kalır ve dördüncü çocuğunu doğurur. Bu sebeple sadece Bayan E. tarafından sözleşmeye aykırılık (haksız fiilden değil) sebebiyle Dr. Franklin'e dava açıldığı varsayılmaktadır.[489]

5.4.2.2. Almanya

Alman Medeni Kanunu'nda çoğu medeni hukukun aksine tüm zararları kapsayan genel bir haksız fiil ilkesi bulunmadığından, manevi zararın tazmin edilebilirliği konusunda diğer kıta Avrupa ülkelerinden ayrılmaktadır.[490] Bu sebeple Alman hukukunda manevi zarar ve tazminatı konusu hukukumuza göre yetersiz düzenlendiğinden, boşluğun öğreti ve içtihatlarla doldurulması zorunluluğu oluşmuş ve zengin bir hukuk literatürü doğmuştur.[491]

[489] Palmer, V. V. (2015b). Questionnaire, national reports and commentary: The comparative evidence. İçinde: V. V. Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (ss. 111–397). Cambridge University Press. ss. 197–198.

[490] Keskin, 2016, s. 34.

[491] Ertaş, 1990, s. 67.

Bayan E.'nin dördüncü hamileliği ve doğum sırasında yaşadığı acı ve ıstırabın zararları Alman Medeni Kanunu BGB m. 630a[492], m. 630h[493], m. 280(1)[494], m. 253(2)[495] uyarınca tazmin edebilecektir.

Dr. Franklin'in, tıbbi tedavi sözleşmesi (BGB m. 630a) kapsamında sterilize etmeyle ilgili taahhüdünden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediğine dair bir şüphe bulunmamaktadır. İfa yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olduğu (BGB m. 630h, m.280(1)) ve aksini ispat edemeyecek gibi görünmektedir. 2002 yılında değişen BGB m. 253(2) ile manevi tazminatın sadece kusur sorumluluğunda değil tehlike ve sözleşme sorumluluğunda da talep edilebileceği düzenlenmiştir.[496] Ancak BGB m.253(2), sınırlı bir alanı korumaktadır ve sterilizasyondaki başarısızlığının ardından gelişen istenmeyen gebelik, gebelikte herhangi bir komplikasyon olup olmadığına bakılmaksızın, sağlık ve vücut için bir yaralanma olarak kabul edilmektedir. Başarısız sterilizasyonlarla ilgili bu kural, kapsamlı içtihatlarla[497] oluşturulmuştur.[498] Mahkeme içtihatlarıyla, davranışın ağır sonuçlara yol açtığının kabul edilebilirliği veya zarar verenin ağır kusuru hâlinde, kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat istenebileceği kabul edilmektedir.[499]

İstenmeyen gebeliğin sebebi sterilizasyonun yapılamamasıdır. Hekim ve hasta arasındaki sözleşme, hiç şüphesiz sağlığa ve vücuda zarar verilmesine karşı korumayı içerir (BGB m.630a-630h) ve ihlal edilen sterilizasyon yükümlülüğü, özellikle yeni bir gebelikle ilişkili ağrı ve ıstırabı önlemeyi hedefliyordu. Bu nedenle Bayan E.'nin BGB m.280 (1) ve m.253(2) uyarınca manevi zararına ilişkin bir talebi bulunmaktadır.

---

[492] Tedavi sözleşmesindeki tipik sözleşme yükümlülükleri

(1) Tedavi sözleşmesi, hastanın tıbbi tedavisini taahhüt eden kişiyi (tedavi eden) taahhüt edilen tedaviyi sağlamakla yükümlüdür ve diğer taraf (hasta), üçüncü bir tarafın ödeme yapması zorunlu olmadıkça, kararlaştırılan ücreti vermekle yükümlüdür.

(2) Tedavi, aksi kararlaştırılmadıkça, tedavi sırasında var olan genel kabul görmüş mesleki standartlara uygun olarak yürütülmelidir.

[493] Tedavi ve aydınlatma hataları sorumluluğun ispat yükü

[494] Yükümlülüğün ihlalinde tazminat

(1) Borçlu, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüğü ihlal ederse, alacaklı ortaya çıkan zarar için tazminat talep edebilir. Borçlu, yükümlülüğün ihlalinden sorumlu değilse bu geçerli değildir.

[495] (2) Bedenin, sağlığın, özgürlüğün veya cinsel özgür iradenin ihlali nedeniyle maddi olmayan zarar nedeniyle de hakkaniyete uygun para tazminatı talep edilebilir.

[496] Keskin, 2016, s. 36.

[497] Zarar, beklenmeyen çocuğun kendisi değil, çocuğun yarattığı mali külfet ve doğumun sebep olduğu acıdır, BGH, 08.07.2008 - VI ZR 259/06. Tüp ligasyonu işleminin yerine getirildiğinin ispat yükü hastaya değil doktora aittir, BGH, 03/10/1981 - VI ZR 202/79.

[498] Palmer, 2015b, s. 210.

[499] Keskin, 2016, s. 35.

İstenmeyen komplikasyonsuz gebeliklerde ağrı ve ıstırap için verilen tazminat miktarı 2.000 ile 5.000 Euro arasında değişmektedir.[500]

Manevi zarar için tazminat miktarı belirlenirken manevi tazminatın; zararı telafi etme (Ausgleichsfunktion) ve zarar gören tarafa memnuniyet sağlama (Genugtuungsfunktion) işlevleri dikkate alınır. Ancak uygulamada, kasıtlı ve kötü niyetli davranış dışında, memnuniyetin sağlanması neredeyse hiçbir rol oynamaz.[501]

BGB m.253(2) uyarınca tazminat miktarı belirlenirken caydırıcılık işlevinin (Präventionsfunktion) dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Geleneksel anlayış "caydırıcılığın özel hukukta yeri olmadığı" şeklindeyken, özellikle hukuk ve ekonomi literatüründen etkilenen görüş[502] caydırıcılığın etkili bir işlevi olduğunu ve bu işlevin yalnızca kamu hukukuna bırakılmaması gerektiğini savunmaktadır. [503] Ancak mahkemeler caydırıcılık işlevini, BGB m. 253(2) doğrultusundaki zararları değerlendirmede değil genel kişilik hakkı ihlallerinde kullanmaktadırlar.[504] Mahkemeler, önceki içtihatları sistematik olarak özetleyen, acı ve ıstırap tablolarına atıfta bulunmaktadırlar.[505] Tablolar ve içtihatlar mahkemeler için bağlayıcı olmamakla birlikte, içtihatlardan önemli ölçüde sapmak isteyen mahkemenin gerekçeli bir açıklama yapması beklenmektedir.[506]

5.4.2.3. Avusturya

Avusturya yasalarına göre, Bayan E.'nin iddiasının muhtemelen başarısız olacağı savunulmaktadır.[507] 2006 tarihli benzer sayılabilecek, vazektomi ile ilgili bir davada Avusturya Yargıtay'ı, manevi tazminat talebini reddetmiştir.[508]

---

[500] Palmer, 2015b, s. 211.

[501] Bundesregierung. (2001). Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften. Deutscher Bundestag. s. 14.

[502] Wagner, G. (2004). Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven. JuristenZeitung, 59(7), 319–331.

[503] Palmer, 2015b, s. 212.

[504] Palmer, 2015b, s. 212.

[505] Örnek olarak: Slizyk, A. (2018). Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle 2019: Von Kopf bis Fuß (15. Baskı). Beck C. H.

[506] Palmer, 2015b, s. 212.

[507] Palmer, 2015b, s. 221.

[508] OGH 6 Ob 101/06f, 14.09.2006. 2002 yılında erkek vazektomi olmuş daha sonra kontrol amaçlı iki kere meni örneği alınmış ve ikinci örnekte ölü veya canlı sperm görülmemiştir. Kontrollere rağmen vazektominin %0,2-0,4 oranında başarısız olabileceği konusunda hekim bilgilendirme yapmamıştır. 2003 yılında kadın tekrar hamile kalmıştır. İlk derece mahkemesi bu kadar düşük bir olasılığı hakkında bilgilendirmeyi zorunlu bulmayarak davayı reddetmiş, istinaf ve Yargıtay onamıştır.

Davacı, nafaka masrafları yanı sıra, çocuğu doğururken yaşadığı acı için de tazminat talep etmiştir. Yargıtay, bu acının özünde çocuğun varlığı ve ebeveyn-çocuk ilişkisi ile bağlantılı olduğunu ve farklı bir zarar olmaması nedeniyle talebi reddetmiştir. Kararda hatalı doğum kontrol ve gebe kalma davalarında tazminat konusunun Avusturya hukukuna göre oldukça tartışmalı olduğu (n. 5.1) ve mahkeme uygulamalarının tutarsız olduğu belirtilmektedir (n.4). Yargıtay, çocuğun engelli doğması karşısında bakım masraflarına hükmedilebileceğine dair OGH içtihatlarına yer vermiş [509] ancak komplikasyon gelişmeyen gebelik ve doğum sırasındaki acı ve ıstırabı ABGB m.1325[510] anlamında sağlığa zarar olarak kabul etmemiştir (n. 7.2)

5.4.2.4. Bulgaristan

Bulgar mevzuatı, hekim ile hasta arasındaki özel hukuk (sözleşmeye dayalı) ilişkilerini açık bir şekilde düzenlememektedir. Tıbbi uygulama hatası ilgili davalarda soruna genel olarak haksız fiil hukuku perspektifinden bakılmaktadır. Hekim ve hasta arasındaki ilişkiye yönelik mevzuatta bir düzenleme olmasa da sözleşme ihlali söz konusu ise, her türlü sözleşme için geçerli olmayan bir kural olan Bulgar Borçlar Kanunu m. 82[511]'ye göre tazminat ödenmesi gerekir.[512] Yargıtay tarafından 2013 yılında yayımlanan 4/2012 sayılı Yorum Kararı'na kadar Bulgar mahkemeleri, 82. madde de yer alan "kayıp ve kazançlar" formülünü yalnızca varlıkları yansıttığı şeklinde yorumlamış ve sözleşmenin ihlali nedeniyle manevi tazminat vermeyi reddetmiştir. 4/2012 sayılı Karar ile m.82 ile düzenlenen hükmün manevi zararları da kapsadığına karar vermiştir.[513]

Sterilizasyon işlemleri Sağlık Yasası m.128(3)[514] ile düzenlense de ilgili mevzuat yayımlanmadığından iki farklı yorum söz konusu olabilir. İlki durumda mevzuat

---

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20060914_OGH0002_0060OB00101_06F0000_000, ET: 07.10.2021.

[509] n. 2.2: 1 Ob 91/99k. n. 2.3: 6 Ob 303/02f. n. 2.4: 2 Ob 317/00g.

[510] Birisinin vücudunu yaralayan kişi, yaralı kişinin tedavi masraflarını öder; zarar görenin kaybettiği veya gelecekte mahrum kaldığı kazançları ve ayrıca talep üzerine koşullara uygun manevi tazminat öder.

[511] Tazminat, ifa etmemenin doğrudan ve yakın bir sonucu olduğunda ve yükümlülüğün ortaya çıktığı anda öngörülebileceği ölçüde, uğranılan kayıp ve kaybedilen kazançları kapsar.

Ancak borçlu kötü niyetli ise, doğrudan ve yakın tüm zararlardan sorumludur.

[512] Palmer, 2015b, s. 219.

[513] Bulgaristan Cumhuriyeti Yargıtayı, 4/2012 sayılı Yorumlayıcı Karar, Sofya, 29.01.2013 (ТЪЛКУВАТЕЛНО РЕШЕНИЕ 4/2012 гр.София, 29 януари 2013 год), ss.5-6, http://www.vks.bg/talkuvatelni-dela-osgtk/vks-osgtk-tdelo-2012-4-reshenie.pdf, ET: 07.10.2021.

[514] (3) Üreme yeteneğinden kalıcı olarak mahrum bırakma, Sağlık Bakanının tarafından belirlenen koşullar ve şartlarda gerçekleştirilir.

yayımlanmadığından dolayı sözleşmenin geçerli olmayacağı kabul edilirse sözleşmeye dayalı talep reddedilecektir. İkinci olasılıkta yasa geniş yorumlanarak sözleşmeye cevaz verdiği kabul edilirse gebelik ve doğum sırasında maruz kalınan acı ve ıstırap için manevi zarar görme iddiası hemen reddedilmeyecektir. Sterilizasyonu gerçekleştiremeyen ve hastasını bilgilendirmeyen Dr. Franklin ifa yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa da genel toplum açısından bir çocuğun doğumu gebelik ve doğumla ilgili kaçınılmaz zorluları ortadan kaldıran bir değer olduğundan tazminat çocuğun haysiyetine aykırı düşünülebilecektir.[515]

5.4.2.5. Fransa

Fransa yasalarına göre Bayan E.'nin hamilelik ve doğum sırasında çektiği acılara yönelik tazminat ödenmesi olası değildir. Fransız hukukunda hatalı sterilizasyonu ele alan mevzuat yoktur. Ancak Fransız Danıştay'ı[516] ve Fransız Yargıtay'ı[517] 1982 ve 1991 yıllarındaki iki davada bu konuyu değerlendirmiştir. Davalar kürtajın başarısız olması sonucu sağlıklı bir çocuğun doğmasıyla ilgilidir ve mahkeme, her iki dava da hem maddi hem de manevi tazminat talebini reddetmiştir. İlk davada bekar anne; istemediği çocuk ve sosyal açıdan da olumsuz karşılanan bu istemediği bu çocuğa sahip olmanın kendisinde yarattığı acı nedeniyle tazminat talep etmektedir. Consel d'Etat, bir çocuğun doğumunun istisna durumlar olmadıkça tazminata yol açacak bir kayıp olmadığına dair genel bir ilkeyi belirtse de bu istisnaları açıklamadan, istisnaların oluşmadığında karar vermiştir.[518] Bu sebeple Fransız Danıştay'ı hatalı doğum kontrole bağlı olarak çocuğun doğumunu zarar olarak görmemektedir.[519]

Aslında bu olayda Bayan E., zaten mevcut olan gebeliğin sonlandırılmamasıyla ilgili diğer davaların aksine, çocuğa bakmak için ve yaşadığı acı için değil hamileliğin dokuz ayı boyunca ve doğum sırasındaki acıyla ilgilidir. Bu durumla ilgili yüksek mahkeme içtihadı bulunmasa da Nimes Temyiz Mahkemesi tarafından görülen bir davada [520] hekim, Fransız Medeni Kanunu m. 1147'de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal ederek, hastanın alternatif bir doğum kontrol yöntemi kullanarak

[515] Palmer, 2015b, s. 220.
[516] Conseil d'Etat, CE Ass 2 Temmuz 1982, Delle.R., Rec p 260.
[517] Cour de Cassation, Civ (1) 25 Haziran 1991, D 1991, Jur. p 566.
[518] Palmer, 2015b, s. 198.
[519] Çağlayan, 2016, s. 232.
[520] CA Nimes 27 Mart 2007, Numéro JurisData: 2007–360965.

hamile kalmaktan kaçınma şansını kaybetmesine neden olmuştur. Mahkeme, sağlıklı bebeğin doğumunun tazmin edilecek bir kayıp olmadığına karar verse de normalden daha zorlu bir hamilelik geçirilmesi nedeniyle maruz kalınan acı için 1.500 Euro manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.[521]

Fransız Danıştay ve Yargıtay'ı gibi temyiz mahkemesi, hekimin bilgilendirme eksikliği nedeniyle, daha etkili bir doğum kontrol yöntemi uygulanmaması sonucu normalden daha zorlu bir hamilelik süreci geçirilmesi sebebiyle özel ve istisnai bir zarar şartı karşısında manevi tazminata hükmetmiştir.

5.4.2.6. Hollanda

Bayan E.'nin sözleşmeyi ihlal etmesi nedeniyle Dr. Franklin'e karşı maddi olmayan zarar için tazminat talep edebileceği oldukça kesin görünmektedir. Kendi kaderini tayin hakkının ihlal edildiği gerçeğine dayanılarak Hollanda Medeni Kanunu m. 6:106/1b'de[522] belirtildiği gibi, kişiliği başka şekilde zarar gördüyse, bu iddia sözleşmeye veya haksız fiil sorumluluğuna dayandırılabilir.[523]

Ebeveynler tarafından istenmeyen gebelik, istenmeyen doğum veya istenmeden doğan çocuk, hatalı doğum kontrol[524] olarak da adlandırılan taleplere Hollanda'da izin verilmektedir.[525]

Bayan E., çocuğa bakmak için ücretli bir işten (bir kısmından) vazgeçerse, çocuğu büyütme masrafları ve hatta belki de gelir kayıpları için maddi tazminat alabilirdi. Ancak

---

[521] Palmer, 2015b, s. 199.

[522] Burgerlijk Wetboek. m.106 Maddi zarar dışındaki diğer zararlar (pretio doloris)

1. Zarar gören, maddi olmayan zararları için hakkaniyete uygun bir tazminat alma hakkına sahiptir:

a. Sorumlu kişinin bu tür zarar verme amacı varsa,

b. Zarar gören; fiziksel olarak yaralanmışsa, onuru veya itibarı zedelenmişse veya kişi olarak diğer türlü zarar gördüyse;

c. Zarar, ölen kişinin hatırasına yönelik ve ölenin ayrı yaşadığı eşini, birlikte yaşadığı kişiyi veya ikinci derece kan hısımlarını etkilemişse ve ölen kişinin hatırasına zarar için ölen kişi eğer hala yaşıyor olsaydı ve onuru veya itibarı zedelendiği için tazminat talep edebilseydi.

[523] Palmer, 2015b, ss. 212–213.

[524] Van Boom, W. H. ve Jansen, C. E. C. (2000). McFarlane v. Tayside Health Board: aansprakelijkheid van artsen voor 'wrongful conception''. Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht, 17(7), 276–288. s. 276, dn.7.

Esasında sterilizasyon sözleşmelerinde amaç gebeliğin veya çocuğun istenmemesi değil işlemin dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesinde tıbbi standartlara uygun yapılmasıdır. İşlem usule uygun yapılsa bile komplikasyon olarak gebelik oluşabileceğinden esas amacın bu olmadığı görülecektir. Hatalı olan gebelik, doğum veya çocuk değil işlemin kendisidir. Ayrıca çocuk için istenmeyen, istenmeden gibi sıfatların kullanılması insan onuruna uygun değildir. Bu sebeple hatalı doğum kontrol ifadesinin amaca daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

[525] van Boom, Jansen, 2000, s. 283.

bu talep, iş hayatıyla ilgili kararı makul bulunur ve karar ile zarar verenin davranışı arasında nedensellik kurulabildiği takdirde kabul edilecektir. Bayan E., manevi zararı için m. 6:106 gereği manevi tazminat talebinde bulunabilir. Eğer gebelik ve/veya doğum sırasında komplikasyon sonucu fiziki yaralanma gelişirse m. 6:106/1b ilk duruma göre, eğer gebelik ve/veya doğumda komplikasyon gelişmezse m.6:106/1b üçüncü duruma göre ağrı ve ıstırabının tazminini talep edebilirdi.[526]

Hollanda Yargıtay'ı, temyiz mahkemesinin doktorun hatalı sterilizasyon yapmasının annenin özel ve kişisel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği yönündeki kararını bozmuştur.[527] Yargıtay'a[528] göre, istenmeyen doğuma ilişkin manevi zarar iddiaları, ancak davacının ruhsal olarak zarar gördüğünü ispat etmesi hâlinde karara bağlanabilir (geestelijk letsel).

Ancak 2005 yılındaki bir davada, Hollanda Yargıtay'ı ruhsal yaralanma olmaksızın sadece kişilik hakkının ihlaline dayalı manevi zarara karşı çok daha liberal bir yaklaşım benimsemiştir.[529] Annenin "kişi olarak diğer türlü zarar görme" gerekçesiyle maddi olmayan zararı için tazminat alma hakkına sahip olsa da Yargıtay, hekimin doğum öncesi ihmali nedeniyle annenin gebeliği sonlandırma konusunda seçim hakkının ortadan kalkması nedeniyle kendi kaderini tayin hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir (n.4.8). Mahkeme, aynı gerekçelerle, ruhsal zarar aranmaksızın baba için de manevi tazminata hükmetmiştir (n.4.9). Davalılar Kelly'nin sözleşmenin tarafı olmadığını ve gebeliği sonlandırmayı seçme hakkı olmadığını ileri sürse de Yargıtay; Kelly'nin sözleşmenin tarafı olmasa da annenin prenatal muayeneyi sadece kendisi için değil kısmen de olsa, hukuken korunan fetüsün menfaatleri için yaptırdığını ve özen yükümlülüğünün fetüsün menfaatlerini de etkilediğini (m.4.13), var olmamaya değer atanamayacağını ancak varoluşla da kıyaslamanın mümkün olmadığını, annenin seçim hakkı olsaydı ihmal nedeniyle tazminat ödenmesine de gerek kalmayacağı ve ihmalin aynı sonuca bağlanmaması gerektiğini (n.4.15), Kelly'nin var olmama ve gebeliği sonlandırma seçimi yapamayacak olsa da iddianın seçim kaybı değil ihmal sebebiyle

[526] Palmer, 2015b, s. 213.
[527] Palmer, 2015b, s. 213.
[528] HR 9 Ağustos 2002, LJN AE2117, no.4.3; HR 21 Şubat 1997, no. 16197, NJ 1999, 145.
[529] Dava, genetik bir kusur nedeniyle ciddi engellerle doğan Kelly ve ebeveynleriyle ilgilidir. Annenin kadın doğum uzman hekimine genetik riski konusunda bilgi vermesine rağmen, hekimin ileri prenatal tarama yapmayı ihmal ettiği iddiasıyla maddi ve manevi tazminat talep edilmiştir. Mahkeme, çocuk ve ailesi için manevi tazminatı kabul etmiştir. HR 18 Mart 2005, NJ 2006, 606.

olduğu (n.4.16), kendisinin zarar olmasa da ihmal nedeniyle zarar gördüğünü (n.4.19) belirterek Bebek Kelly için de maddi ve manevi tazminatı kabul etmiştir.[530]

5.4.2.7. İspanya

Bayan E.'nin iddiası yalnızca hamilelik ve doğum nedeniyle maruz kaldığı acı ve ıstıraba dayanırsa, muhtemelen herhangi bir tazminat alamazdı. Ancak, bu acı ve ıstırap derin kaygı veya depresyonuna neden olursa İspanyol Anayasası m.10[531] ve İspanyol Medeni Kanunu m. 1902[532] doğrultusunda tazminat alabilirdi.[533]

İspanyol mahkemelerine götürülen sterilizasyon davaları, örnekteki gibi hatalı sterilizasyon ile ilgili değildir. Aksine, aşağıdaki iki türden biri olmuştur:[534]

(1) Sterilizasyon işlemi doğru bir şekilde gerçekleştirilmiştir ancak hekim, Hasta Özerkliğini ve Klinik Bilgi ve Belgelere İlişkin Hak ve Yükümlülükleri Düzenleyen 14 Kasım tarihli 41/2002 sayılı Kanun'un hastanın bilgilendirilme hakkını düzenleyen 4'üncü ve hasta özerkliğini düzenleyen 8'inci maddelerinde belirtilen bilgi ve belgeleri ihmal eder. Örneğin hekim, hastayı ameliyat sonrası gebelikten korunmak için alınacak önlemler hakkında bilgilendirmemiştir.

(2) Sterilizasyon işlemi hatalı şekilde gerçekleştirilmiştir.

İlk grup davada, bilgi eksikliği nedeniyle tazminat ödenir (*falta de consentimiento informado*). Bu davalara sözleşmeye bağlı sorumluluk temelinde karar verilir. İkinci grupla ilgili olarak bazı davalarda[535] beklenmeyen çocuğun neden olduğu kaygı veya hayal kırıklığı manevi tazminat ile giderilmişken bazı davalarda mahkemeler[536], insan

[530] HR 18 Mart 2005, NJ 2006, 606, n.4.18.

[531] Temel haklar ve ödevler

İnsan onuru, doğasında olan dokunulmaz haklar, kişiliğin özgür gelişimi, hukuka ve başkalarının haklarına saygı; siyasi düzenin ve toplumsal barışın temelini oluşturur.

Anayasa tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve bunlarla ilgili İspanya tarafından onaylanan uluslararası sözleşme ve anlaşmalara uygun olarak yorumlanacaktır.

[532] Kendi hatalı veya kusurlu, eylem veya ihmali ile bir başkasına zarar veren kişi, sebep olduğu zararı gidermekle yükümlüdür.

[533] Palmer, 2015b, s. 208.

[534] Martin Casals, M. ve Solé Feliu, J. (2003). Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 61, 245–269. s. 247.

[535] Gandía Aile Planlama Merkezi'nde kusurlu RİA takılması sonucu hamile kalınmasıyla ilgili davada mahkeme hem üretici hem de idare aleyhine manevi tazminata hükmetmiştir. STS 24.9.1999 (Ar. 7272) Martin Casals, Solé I Feliu, 2001, s. 5.

[536] STS 5.6.1998 (Ar. 4275); SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4); SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3) Martin Casals, Miquel ve Solé I Feliu, J. (2001). Anticoncepciones fallidas e hijos no previsto. InDret, 3, 1–16. ss. 7–8.

yaşamının medeni toplumlarda her şeyden önce hukuken korunan değerli bir varlık olduğu ve beklenmeyen çocuğun doğumunun kötü bir şey olduğunu düşünmenin kabul edilemez olduğu gerekçesiyle manevi tazminatı reddetmiştir.

Mahkemelerce her davada uygulanabilen, Medeni Kanun m. 1902 ile düzenlenen genel haksız fiil hükmüdür. Bu gibi durumlarda manevi zararların tazmini desteklenmekteyse de doğumun kendisi zarar olarak kabul edilmez.[537] Zarar, İspanyol Anayasası'nın m.10'da tanınan, kişiliğin özgür gelişimi "*libre desarrollo de la personalidad*" ilkesinin bir parçası olarak üreme özgürlüğünün zarar görmesidir. İspanya Anayasa Mahkemesi, üreme özgürlüğünün İspanya Anayasası'nın 10. maddesi uyarınca kişiliğin özgürleşmesini oluşturan unsurlardan biri olduğunu kabul etmiştir.[538]

5.4.2.8. İsveç

İsveç hukukunda bu davaya dayanak olabilecek geçerli bir yasal kural gerçekten yoktur ve olayın genel sorumluluk hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekecektir.[539]

İsveç hukuku açısından bakıldığında, bu durum çeşitli nedenlerden ötürü atipiktir. Birincisi, sağlık sektörünün özelleştirilmesi oldukça yeni bir gelişmedir ve hastanın zarar görmesi dahil geleneksel olarak özel bir dava konusu değildir. İkinci olarak, Hasta Yaralanma Yasası (1996:7999)[540] ile düzenlenen hasta için ekonomik tazminat ihtiyacını karşılayan bir toplu sigorta sistemi vardır. Üçüncüsü, sözleşme dışı manevi zararlara, kural olarak izin verilmez ve bu durumda, herhangi bir istisna mevzuat veya ilke yoktur. Dördüncüsü, gebelik ve doğum sırasında acı ve ıstırabın zarar olarak görülmesine izin vermek, büyük olasılıkla kamusal adalet anlayışına aykırı kabul edilecektir.[541]

Yine de Dr. Franklin sözleşmeyi ihlal ederek acı ve ıstıraba neden olmuştur ve Bayan E.'nin gebeliği öngörülebilir niteliktedir. Ayrıca, Hasta Yaralanma Yasası m.18[542] zarara ilişkin Tazminat Yasası[543] ile düzenlenen genel kuralların, tazminat ile ilgili

[537] Martin-Casals, Solé Feliu, 2003, ss. 251–252.

[538] Dava, ehliyetsiz Down sendromlunun tüplerinin bağlanmasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ilgili somut norm denetimi davasıdır. Ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisinin talebiyle iki uzman ve savcı görüşü doğrultusunda, hâkimin sterilizasyona karar verebileceği ile ilgili hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. 215/1994, 14 Temmuz; BOE 18.08.1994

[539] Palmer, 2015b, s. 224.

[540] Patientskadelag, 01.01.1997.

[541] Palmer, 2015b, s. 224.

[542] Hasta tazminatının bu Kanun uyarınca sağlanabilmesine rağmen, zarar gören taraf bunun yerine bu konuda geçerli genel kurallara göre tazminat talep edebilir.

[543] Skadeståndslag (1972:207) Bölüm 5 Yaralanan kişi için tazmin edilecek zararlar:

davalarda geçerli olduğunu açıkça belirtir. Ancak İsveç hukukunda sözleşme ihlali konusunda manevi tazminata dair kesin bir sorumluluk olmadığından Bayan E. için sözleşmenin ihlali sebebiyle manevi tazminata hükmedilmez. Ancak haksız fiil sorumluluğuna gidilebilir.[544]

5.4.2.9. İsviçre

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda (Obligationenrecht) manevi tazminat m.47[545] ile, kişilik hakkının ihlali ise m.49[546] ile düzenlenmektedir.

2005 yılında İsviçre Federal Mahkemesi, benzer bir hatalı sterilizasyon olayında sözleşmeye aykırılık sebebiyle ebeveynler lehine maddi ve manevi tazminata hükmeden kanton mahkemesi kararını onamıştır.[547] Federal Mahkeme kararında; istenmeyen çocuğun onurunun tazminat ile çelişmeyeceği, manevi tazminatın çocuğun haysiyetini ihlal etmeyeceği aksine ailenin tatmin edilmesinin tüm ailenin yararına olduğu ve çocuğun üstün yararına hizmet edeceği ve psikolojik gelişimine katkıda bulunacağı, hatta aksine manevi tazminatın reddedilmesinin çocuğa her hangi bir yararı olmadığı gibi manevi zarar sorununu da çözmeyeceği ve ayrıca çocuğun getirdiği sevincin zararın belirlenmesinde hesaba katılmayacağı belirtilmektedir.

Olay sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilse de karar verme özerkliğinin engellenmesiyle kişilik hakkı ihlali sebebiyle Borçlar Kanunu m.41[548] ile düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilir.[549] Manevi zararda, doğrudan zarar gören için

m. 1. Özellikle yaralananın yakınına olan makul tazminat dahil olmak üzere;
1. tıbbi ve diğer masraflar, 2. gelir kaybı, 3. Kalıcı veya geçici nitelikteki fiziksel ve zihinsel rahatsızlıklar (ağrı ve acı) ve yaralanma sonucu ortaya çıkan özel rahatsızlıklar.

[544] Palmer, 2015b, s. 225.

[545] Ölüm veya bedensel yaralanmalarda mahkeme, mağdura veya ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

[546] Kişilik hakkının zedelenmesi

1. Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişi, ihlalin başka türlü giderilememesi halinde ihlal ve zararın ağırlığı ölçüsünde, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir.

2. Mahkeme, zararın parasal tazmini yerine veya buna ek olarak başka bir şekilde giderilmesine karar verebilir..

[547] BGE 132 III 359, 20.12.20055.

[548] 1. Kasten veya ihmal yoluyla hukuka aykırı şekilde zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

2. Ahlaka aykırı şekilde kasten zarar veren kişi de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

[549] Lüchinger, C. W. (2012). Medical Liability in Switzerland. Medical Liability in Europe, 42, 547–610.

genelde koşulları varsa sözleşme sorumluluğuna gidilmekteyken dolaylı zarar görenler için haksız fiil sorumluluğuna gidilmektedir.[550]

5.4.2.10. İtalya

İtalyan hukukuna göre Bayan E.'nin talebi acı ve ızdırabı yoğun olduğu sürece muhtemelen kabul edilecektir. Başarısız sterilizasyondaki ihlal, doğrudan hastanın sağlığına zarar verme değil daha ziyade hastayı, istemediği bir sonucu (başka bir çocuk) kabul etmeye zorlamaktır. İtalyan mahkemelerine göre ihlal edilen, İtalyan Anayasası m.2[551] ile korunan temel haktır. Bir çocuğun doğumu, hastanın yaşantı ve planlarını bozarak kadının kişiliğinin özgürce gelişmesini engeller. Bu anayasal düzenlemeden dolayı talep, hem sözleşme hem de haksız fiil hukuku kuralları kapsamında kabul edilebilir niteliktedir. Bu koşullar altında hem maddi hem de tazminata hükmedilebilir.[552]

5.4.2.11. Portekiz

Bayan E., Dr. Franklin'in Portekiz Medeni Kanunu m.798[553] ile düzenlenen özen yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle hamilelik ve doğum sırasında maruz kaldığı acı ve ıstırabın tazminini ve m.496[554] doğrultusunda tazmin edilmesini talep edebilir. Portekiz hukukunda tıbbi sorumluluk genel olarak sözleşme sorumluluğuna dayanır. Profesyonel sağlık hizmeti gerçekleştirmek için hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır ve hekim hastasına karşı özen borcu vardır. Lizbon Temyiz Mahkemesi'nin sterilizasyonun yeterince yapılmadığı ve davacının hamile kaldığı davayla ilgili bir

[550] Lüchinger, 2012.

[551] Cumhuriyet, hem birey olarak hem de insan kişiliğinin ifade edildiği sosyal gruplarda, kişinin dokunulmaz haklarını tanır ve teminat altına alır.

[552] Palmer, 2015b, s. 205.

[553] Borçlunun Sorumluluğu

1- Yükümlülüğe uymayan borçlu, alacaklıya verilen zarardan sorumlu olur.

[554] Maddi olmayan (manevi) zarar

1 - Tazminat belirlenirken önemi doğrultusunda hakkın korunmasını hak eden manevi zararlar dikkate alınmalıdır.

2 - Mağdurun ölümü üzerine, manevi tazminat hakkı müştereken kişiden ve malvarlığından ayrı olmayan eş ile çocuklara veya altsoyuna; bunların olmaması halinde ebeveynlere veya diğer üstsoya ve nihayet onları temsil eden kardeşlere veya yeğenlerine geçer.

3 – Mağdur, fiili bir birlik içinde yaşıyorsa, önceki paragrafta öngörülen tazminat hakkı, her şeyden önce kendisiyle birlikte yaşayan kişi ve çocuklar veya altsoya aittir.

4 - Tazminat miktarı, her durumda 494. maddede belirtilen koşullar dikkate alınarak mahkeme tarafından eşit olarak belirlenir. Ölüm halinde sadece mağdurun uğradığı manevi zararlar değil, aynı zamanda önceki fıkralar uyarınca tazminat almaya hak kazanan kişilerin uğradıkları zararlar da tazmin edilebilir.

kararında[555]; sterilizasyon, sonuç değil amaçlardan biridir. Amaç yükümlülüğü, belirli bir sonucun elde edilmesinden dolayı doktoru sorumlu kılmaz. Bu nedenle hekim, hastanın klinik durumunun gerektirdiği titizlikle yükümlülüğünü yerine getirmelidir ancak sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirmediği takdirde sorumlu tutulacaktır. Bu durumda Bayan E., borcun yerine getirilmediğini veya kusurlu yapıldığını iddia ederse sözleşmeye aykırılığı ve nedenselliği ispat etmesi gerekir. Davada, maddi ve manevi zararlar için tazminat talep edilse de mahkeme, cerrahi müdahalenin hastanın bir sağlık sorununu düzeltmeyi amaçlamadığını ve fakat kullanılan yöntemin etkili olmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozarak talebi reddetmiştir. Hastanın sağlığına zarar verilmediği gibi sonuç garantisi de verilmediğinden maddi ve manevi tazminata hükmetmemiştir.[556]

Lizbon Temyiz Mahkemesi'nin bir başka kararında[557] kadın hastalıkları ve doğum uzman hekimi gebeyi dört kere muayene etmesine rağmen fetüsün sol bacağının olmamasından bahsetmemiş, anomali ancak doğumla görülmüştür. Yapılan obstetrik görüntülemelerde anomalinin tespit imkanı bulunmaktadır. Hekim, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayarak borcunu yerine getirmemiştir. Hekimin, çocuğun ebeveynlerine verdiği bilgi eksikliği ile yaşanılan acı ve ıstırap arasında nedensellik kurulmuştur. Bacaksız bir çocuk sahibi olmanın yarattığı şok nedeniyle anne ve babaya manevi zararlar için 7500 Euro ödemesine hükmedilmiştir.

Porto temyiz Mahkemesi kararı[558]:

Tıbbi hukukî sorumluluk sözleşmeye dayalı veya haksız fiile dayalı olabilmesine rağmen eğer bir sözleşme varsa, hekim ile hasta arasındaki tıbbi eylemler sözleşmenin bir parçasıdır. Bu sözleşmede hekim özenli, dikkatli ve bilimsel standartlara göre hareket etmelidir. Bu tür tıbbi/mesleki yükümlülükte sorumluluk, aynı akademik ve mesleki derecelere sahip yetkin, dikkatli ve basiretli bir hekimin, belirli bir eylem tarihinde benzer koşullar altında sahip olacağı mesleki dikkat ve özen standardı ile ölçülür. Davacı, hekimin mesleki ihlalini, yani davranışının hukuka aykırı olduğunu ispat etmek zorundadır. Engelli çocuk, onarılabilir bir zararı olmadığından doğmuş olduğu gerçeği için uygun tazminat hakkına sahip değildir.

[555] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; 6068/20007-7, RL 23.10.2007.
[556] Palmer, 2015b, ss. 206–207.
[557] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; 1585 / 06.3TCSNT.L1-1, RL 10.01.2012.
[558] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto; RP201703277053/12.7TBVNG.P1, 27.03.2017.

Portekiz hukuku, tıbbi sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına alma eğilimindedir. Bayan E. ve Dr. Franklin arasında, sterilizasyon işlemi yapılması için bir sözleşme yapılmıştır. Ancak sterilizasyon yapılmadığı gibi Bayan E. bilgilendirilmemiştir. Bu durumda sözleşmenin ifası eksik kalmış ve bilgilendirme yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Bu sebeple sözleşmenin ifası kusurludur ve sözleşmenin ihlali söz konusudur. Sterilizasyon işleminin ihmal edilmesi hamileliğe katkıda bulunan önemli bir nedendir. Ayrıca bu durumda Bayan E.'nin kişilik hakkı da ihlal edilmiştir çünkü bu hak sözleşmede de korunmaktadır. Yine de bir çocuğun doğumu, bir zarar veya yasal olarak tazmin edilebilecek bir kayıp olarak nitelendirilmemelidir. Bu durumda Bayan E., çocuğun bakım masraflarını değil sadece hamilelik ve doğum sırasında çektiği acı ve ıstırabın tazmini isteyebilir.[559]

5.4.2.12. Polonya

Polonya yasalarına göre, Bayan E.'nin davası reddedilecektir.[560] Sterilizasyonun, hastanın keyfiyeti için yapılması ve geri döndürülemez sonuçları olması nedeniyle 1964 tarihli Polonya Medeni Kanunu m.58/1[561] uyarınca hastanın rızası ve Bayan E. ile Dr. Franklin arasındaki sözleşme geçersiz olacaktır. Bu sebeple hekim, sterilizasyon prosedürünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu olmayacaktır.[562]

Diğer taraftan Dr. Franklin'in, önceden kararlaştırılan uygulamayı yapmadığını hastaya bildirmemesi m. 415[563] uyarınca, genel bir sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir. Ancak, gebeliğe doğal olarak eşlik eden stresin m. 445[564] kapsamında telafi edilebilecek manevi zarar olarak kabul edilmesi oldukça zordur. Polonya Yargıtay'ına göre[565] göre komplikasyonsuz bir gebelik ve doğum süreci, açıkça ne "sağlık bozukluğu" ne de "bedensel yaralanma" olarak kabul edilmemektedir.[566] Karara konu olay, faili bilinmeyen suç sonucu gebe kadınının 11 haftalık gebeliğini hekimin

[559] Palmer, 2015b, s. 208.

[560] Palmer, 2015b, s. 223.

[561] Hukuki fiil, yasaya aykırıysa veya yasayı dolanmayı amaçlıyorsa, hukuki fiilin geçersiz hükümleri yasa hükümleriyle ikame edilemiyorsa veya yasanın farklı bir amacı varsa geçersizdir.

[562] Palmer, 2015b, s. 223.

[563] Kendi kusuru ile başkasının zararına neden olan, zararı tazminle yükümlüdür.

[564] Önceki maddede belirtilen durumlarda (m.444/1; bedensel zarar veya sağlığın bozulması), mahkeme zarar görene, çektiği acı için uygun bir miktar paranın tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

[565] V CK 16/03, OSNC 2004/6/104, 21.11.2003.

[566] Nowickiej, W. (2007). Prawa reprodukcyjne w Polsce Skutki ustawy antyaborcyjnej Raport: wrzesień 2007. Federacja na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny. s. 59.

hatalı şekilde 14 hafta olarak tespit etmesi ve rahim tahliyesi için kanunla sınırlanan 12 haftanın geçmesine ve rahim tahliyesi imkanının ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Yargıtay bu olayda, gebelik ve doğumu zarar olarak kabul etmese de kadının kendi kaderini tayin hakkının engellenmesiyle kişilik hakkına yapılan fiilin haksızlığı neticesindeki zarar için manevi tazminata hükmederek çığır açıcı, öncü bir karar vermiştir.[567]

5.4.2.13. Yunanistan

Yunan hukukuna göre Bayan E., hamilelik sırasında çektiği acı ve ıstıraplar için değil ama yeterli maddi imkanı olmadan bir çocuk yetiştirmek zorunda kalacağı endişesi nedeniyle uğradığı manevi zararın tazminini alabilecektir. Manevi tazminatın yasal dayanağı, Yunan Medeni Kanunu m.57 ile düzenlenen kişiliğin korunması[568] veya tüketici hukuku olabilir.[569].

Yunanistan'da sterilizasyon hatası ile ilgili karar bulunmamaktadır. Ancak Larissa Temyiz Mahkemesi'nin 544/2007 sayılı kararı, kürtaj hakkından mahrum bırakılan ebeveynlere manevi zararın tazmini olasılığını gösteren ilk karar olsa da mahkeme, manevi tazminata hükmetmemiştir.[570]

Karar konu olayda hekim, gebelik sırasında fetüsün sol elindeki anomaliyi fark etmemiş ve aileyi bu konuda bilgilendirmemiştir. Aile, anomali hakkında bilgilendirme yapılsaydı kürtaj yaptırabileceklerini iddia ederek kürtaj hakkından mahrum kalarak kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle tazminat davası açmışlardır. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiştir. Temyiz mahkemesi, akıl sağlığı ve duygusal durumun bir bireyin kişiliğinin unsurları olduğuna karar vererek kararı onamıştır. Duygusal durum, öncelikle kişiyi rencide eden ve dolayısıyla ruhsal bir acı yaratan hukuka aykırı bir eylemle ihlal edilebilir. Hamile bir kadının kürtaj konusundaki yasal tercihi, fetüsünün sağlığıyla ilgili yanlış bilgilendirme nedeniyle engellenirse, m.57 gereği kişilik hakkı ihlal

[567] Bondaruk, S. (2019). Wrongful conception po raz pierwszy na wokandzie Sądu Najwyższego. Studia Prawnoustrojowe, 46, 5–17.

[568] Kişiliği üzerinde hukuka aykırı bir tecavüze uğramış bir kişi, bu tür bir ihlalin durdurulmasını ve ileride tekrarlanmamasını talep etme hakkına sahiptir. Haksız fiil hükümlerine göre tazminat talebi hakkı saklıdır.

[569] Palmer (Ed.), Questionnaire, national reports and commentary: The comparative evidence, s. 200.

[570] Palmer, 2015b, s. 201.

edilmiş olur. Bu ihlalde kusur varsa manevi zararı için m.59[571] doğrultusunda tazminat talep etme hakkı doğar. Ancak mahkeme, hekimin anomaliyi bildirmiş olsa dahi anomalinin ağır olmayıp kürtaj koşulları bulunmadığından davanın yasal dayanağı olmadığına karar vermiştir.[572]

Hanya Mahkemesi 226/2009 sayılı kararında, hekimler çocuğun ağır engelli olduğunu tespit etme ve bu konuda bilgilendirmede kusurları olmasa da ağır anomali nedeniyle kürtaj imkanından mahrum bırakılarak kişilik hakkının ihlalinden dolayı, annenin m.57 ve 59. doğrultusunda tazminat alma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre gebeliğin sonlandırılması kararı sadece hamile kadına ait olmayıp eş ile kocanın ortak yaşam kararı olduğundan, kişilik hakkı doğrudan ihlal edilmese bile baba da aynı hakka sahiptir.[573] Yunan Yargıtay'ı, Larissa (544/2007) ve Pire (22/2011) temyiz mahkemeleri ile Hanya (226/2009) ve Pire (4591/2009) ilk derece mahkemeleri tarafından ifade edilen görüşü kabul etmektedir. Buna göre; doğum öncesi muayenelere dayanan hatalı tıbbi bilgilendirme ağır engelli bir çocuğun doğumuna yol açarsa, çocuğun babası, duygusal dünyasının ciddi şekilde etkilendiği gerekçesiyle manevi zararının tazminini isteyebilir.[574] Tazminatın hukukî dayanağı sözleşme değil kişilik hakkının korunmasıdır.[575]

5.4.3. Anglo-Sakson Hukuku

5.4.3.1. Birleşik Krallık

Bu olay, İskoçya'daki McFarlane - Tayside[576] davasına karşılık gelmektedir. McFarlane davasında anne, fiziksel rahatsızlıklarının yanı sıra hamilelik, sınırlanma ve doğumdan kaynaklanan rahatsızlıklardan dolayı tazminat talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, normal bir hamilelik ve doğum eyleminin, istenmeyen olsa bile, tazmin edilmesi gereken bir zarar olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. İskoçya Temyiz Mahkemesi, bu kararı bozarak kadının, gebeliğin ve doğumun fiziksel etkileri ile bunun

[571] Yunan Medeni Kanunu m.59: Mahkeme ayrıca sorumlu kişiyi, ihlale uğrayan kişinin talebi ve ihlalin türünü de göz önünde bulundurarak ihlal edilen kişinin manevi zararını karşılamaya mahkum edebilir.

[572] Palmer, 2015b, s. 202.

[573] Palmer, 2015b, s. 203.

[574] Palmer, 2015b, s. 203.

[575] Palmer, 2015b, s. 204.

[576] McFarlane v. Tayside Health Board Appellants [2000] 2 AC 59, 25.11.1999.

sonucunda ortaya çıkan ağrı ve ıstırap nedeniyle tazminat alma hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Lordlar Kamarası, temyiz başvurusunu reddetmiş ve hamilelik ve doğumdan kaynaklanan ağrı, ıstırap ve rahatsızlıkların sebep olduğu "genel zararlar" nedeniyle tazminat alma hakkına sahip olduğunu teyit etmiştir.[577]

İngiliz hukukunda, ağrı ve acı nedeniyle doğan subjektif zarar ile yaşam isteğinin (enerjisinin) kaybı nedeniyle doğan daha objektif nitelikteki zarar arasında açık bir ayrım gözetilmektedir.[578] Bu dava haksız fiile dayandırılarak karara bağlansa da mahkemelerin sözleşmeye aykırılığa dayandırdığı, istenmeyen gebelik ve doğum sırasında katlanılan acı ve ıstırap için tazminata hükmettiği davalar bulunmaktadır.[579]

Sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil iddiasının birlikte ileri sürüldüğü Thake-Maurice davasında,[580] doğumdan kaynaklanan acı ve sıkıntıya ilişkin zararların doğumun neden olduğu mutluluk ile telafi edildiğine karar vererek tazminat talebini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin çoğunluğu, acı ve ıstırap zararlarının telafi edilebileceği ancak bunların haksız fiil iddialarıyla sınırlı olduğunu ve çocuğa sahip olma mutluluğunun doğum öncesi ağrı ve ıstıraptan kurtaramayacağını kabul etmiştir.[581]

Sterilizasyon işleminde ihmal varsa veya gereği gibi yapılamadığı bildirilmemişse hamilelik ve doğum nedeniyle annenin yaşadığı acı ve ıstırabın haksız fiil davasıyla telafi edilebileceği açıktır. Bu tür bir zararın sözleşmeye aykırılık sebebiyle de telafi edilip edilemeyeceği daha karmaşık bir konudur. McFarlane davasında Lord Steyn, bir davanın sözleşme ya da haksız fiile dayalı olarak getirilmesinin önemsiz olabileceğini, ancak bunun sözleşmenin niteliğine (özen yükümlülüğü veya sonuç garantisi) bağlı olduğunu belirtmiştir.[582]

Sonuç garantisi veren bir sözleşmenin ihlali ile sonuca ulaşılamadığında, ağrı ve ıstırap zararına yol açabileceği görülmektedir. Bununla birlikte, sözleşme ihlali ile sebep olunan manevi zararın telafi edilebilirliğinin, sözleşmenin niteliğine bağlı olması

[577] Palmer, 2015b, s. 216.

[578] Özcan Büyüktanır, B. G. (2017). Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini. AÜHFD, 66(1), 49–72.

[579] Sciuriaga v. Powell (1979) 123 S.J. 406. Kürtaj yoluyla gebeliğin sonlandırılmasına yönelik sözleşmenin ihlali iddiasıyla ilgili davada, ağrı ve ıstırap ile maddi ve muhtemel kazanç kaybı ve evlilik umutlarının azalması nedeniyle tazminata hükmetmiştir.

Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority [1985] QB 1012. Mahkeme, hiçbir kamu politikası kuralının, acı ve ıstırabın tazminini engellemediğine karar vermiştir.

[580] Temyiz Mahkemesi [1986] QB 644.

[581] Allan v. Greater Glasgow Health Board (1998 S.L.T. 580, 25.11.1993) Davasında, doğumda yaşanan ağrı ve sıkıntılar nedeniyle sözleşmeye aykırılık yerine haksız fiil nedeniyle tazminat talep edilmiş ve dava kabul edilmiştir.

[582] Palmer, 2015b, s. 217.

gerektiği görüşü, Lordlar Kamarası tarafından reddedilmiştir. [583] Sözleşmenin konularından biri acı ve ıstırabı engellemekse ihlali, duygusal zarar için de sorumluluk doğurur. McFarlane davasında Lord Clyde, "belirli bir işin tüm makul özenle yapılacağına dair bir sözleşmenin açık veya örtülü bir şartı olduğunda, tazminat talebi temelinin iki formülasyonu (sözleşme veya haksız fiil) arasında pratik bir fark olmayabileceğini belirtmiştir." Bununla birlikte, tarafların bilgi veya beklentilerinde önemli olabilecek özellikler olabileceğini ve bu nedenle sözleşmede özel hususların ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Prensip olarak, İngiliz ve İskoç yasaları, acı ve ıstıraba yol açan sözleşmeye aykırılığın, haksız fiillerdeki gibi telafi edilebilir olduğu görüşünü desteklemektedir. [584]

Başarısız sterilizasyon vakalarında ağrı ve ıstırabın tazminine izin vermenin uygun olup olmadığına dair şüpheler uyandıran düşünceler, genellikle sağlıklı bir çocuğun doğumunu "zarar" veya zarar verici bir olay olarak tazmin etme konusundaki genel isteksizlikle ilgilidir. Eğer gebelik ve çocuğun doğumu, prensipte “zarar” olarak değerlendirilmezse, acı ve ıstırap gibi sonuçların tazmini reddedilmelidir. Ancak fail, gebe kalmanın istenmeyen bir olay olduğunu bildiği için sonuçlarından onu sorumlu tutmak adildir.[585]

İstenmeyen gebeliğin neden olduğu ağrı ve ıstırabın tazminine karşı bir diğer görüş, gebelik ve doğumun doğal süreçler olduğu ve bu nedenle zarara neden olan kişisel yaralanma anlamına gelemeyeceğidir. Bu görüş, McFarlane davasında Lord Hope tarafından reddedilmiştir. Kişinin gebelik ve doğum sırasında acı ve ıstıraba maruz kaldığı durumlarda, başarılı bir doğumun ardından gelen rahatlama, neşe ve çocuğun anneye verdiği tüm haz zararın değerlendirilmesinde dikkate alınmamalıdır. Acı ve ıstırabın “doğal” olması onları telafi edilemez kılmaz çünkü istenmeyen gebelik nedeniyle ağrı ve rahatsızlık çeken bir anneyi reddetmek için hiçbir neden yoktur.[586]

5.4.3.2. Amerika Birleşik Devletleri

A.B.D. hukukunda genel olarak hatalı doğum kontrol, istenmeyen gebelik, istenmeyen doğum ve istenmeyen yaşam farklı kavramlardır ve bu nedenle farklı

[583] Farley v. Skinner [2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732
[584] Palmer, 2015b, s. 217.
[585] Palmer, 2015b, s. 218.
[586] Palmer, 2015b, s. 218.

uygulamalar söz konusudur. Hatalı doğum kontrol ve istenmeyen gebelikte planlanmayan bir gebelikte sağlıklı bir çocuğun doğumu, hatalı doğum veya istenmeyen yaşamda ise planlanan bir gebelikte çocuğun engelli olarak doğumunu söz konusudur. Hatalı doğum kontrol gebelik öncesi dönemi, istenmeyen gebelik ise gebelik dönemindeki hataya işaret ederken, istenmeyen doğumda ve istenmeyen yaşamda hak arayan ebeveynlerken istenmeyen yaşamda ise zarar gören çocuk veya çocuğun yasal temsilcisidir.[587]

Hatalı doğum kontrol ve istenmeyen gebeliğin değerlendirilmesinde haksız fiil sorumluluğuna gidilebilir. Haksız fiil sorumluluğu için hem kusur hem de zarar gereklidir. Sağlıklı bir çocuğun doğması maddi bir zarar olarak nitelendirilemese de aileye, kaçınmaya çalıştığı sosyal ve ekonomik bir külfet oluşturabilir.[588]

İstenmeyen doğum ve yaşamda, fetüsün hatalı teşhisi veya hatalı rahim tahliyesi nedeniyle kişinin gebeliği sonlandırma konusundaki seçim hakkı ihlal edilmektedir.[589]

İstenmeyen gebelik davaları, geleneksel tıbbi uygulama hatası davalarına en yakın davalar olup bu gibi davalar sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmekte olup 42 yargı bölgesinde kabul edilmekte, kabul edilmeyen yargı bölgelerinde de (örneğin Nevada) açıkça reddedilmemektedir. Bu durumlarda ortaya çıkan ikilem, sağlıklı çocuğun getireceği faydanın getireceği külfetten daha ağır basmasıdır.[590] Ancak burada haksız fiil, çocuğun doğumu değil seçimin engellenmesi olduğundan, maddi tazminata hükmedilmeyen eyaletlerde bile haksızlık manevi tazminatla telafi edilmeye çalışılmaktadır. Özetle, istenmeyen gebelikler çoğu eyalette kabul edilse de zarar, çocuk değil gebeliğin kendisi ile sınırlıdır.[591]

5.5. Mukayeseli Hukukun Değerlendirilmesi

Hatalı doğum kontrol sonucu ortaya çıkan gebelik konusunda Avrupa hukuk sitemleri arasında ciddi farklılıklar bulunsa da genel kabul, çocuğun zarar olarak görülmesinin mümkün olmadığıdır. Fakat temel sorun çocuğun zarar olarak görülmesi değil gebeliğin, annenin sağlığına haksız bir şekilde zarar vermiş sayılıp sayılmadığıdır. Ülkeler bu temel soru üzerinde bölünmüş durumdadır. İspanya, Polonya, Fransa ve

[587] Frasca, R. R. (2006). Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life. Journal of Forensic Economics, 19(2), 185–205. s. 186.
[588] Frasca, 2006, s. 187.
[589] Frasca, 2006, s. 195.
[590] Frasca, 2006, s. 190.
[591] Frasca, 2006, s. 199.

Avusturya'da annenin sağlığı için zedelenme olarak görülmeyip Almanya, Birleşik Krallık, A.B.D., Hollanda ve İsviçre'de tam aksi şekilde zedelenme olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan İsviçre, A.B.D., İtalyan ve Yunan sistemlerinde hekimin ihlali, annenin "kendi kaderini tayin" (İsviçre, A.B.D., Yunanistan) ya da "kendini koruma ve geliştirme" (İtalya) hakkının ihlalidir.

Aslında anne, doğum yapmanın veya çocuk yetiştirmenin ekonomik sonuçları için değil yaşadığı acı ve ıstırap için tazminat talep etmektedir. Buna rağmen Fransa'da bu sınırlı talep kabul edilebilir değildir. Bununla birlikte Portekiz mahkemelerinde acı ve ıstırap talebi kabul edilse de daha geniş nitelikteki hatalı doğum iddiası reddedilmektedir. A.B.D., İngiliz, İskoç ve İsviçre mahkemeleri, sözleşme veya haksız fiil nedeniyle acı ve ıstırabın tazminine karar verecektir.[592]

Sonuç olarak, görüleceği üzere; genelde manevi zararın tanımı yapılmayıp, içinin doldurulması içtihat ve öğretiye bırakılmıştır. Doğrudan para ile ölçülemeyen zararlar manevi zarar olarak değerlendirilse de manevi zararın sadece para ile ölçülemeyen zarar olarak tanımlamanın eksik olduğu, maddi zarar ile tanımlanamayan durumların manevi zarar olarak değerlendirilerek manevi zarara içi doldurul(a)mayan geniş bir anlam yüklendiği görülmektedir. Uygulamada özellikle bedensel zarar söz konusu olduğunda manevi tazminata daha fazla önem verildiği ve belirlenemeyen bedensel zararın da manevi tazminat ile telafi edilmeye çalışıldığı görülmektedir.[593]

Bu sebeple manevi zarar kavramının açıklanması zaruriyeti doğmuş ve bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.

6. MANEVİ ZARARI AÇIKLAYAN TEORİLER

Manevi zarar, kişilik hakkı ihlalinin zarar görenin kişiliği üzerindeki etkisi olarak tanımlansa da esas tartışma, bu etkiden neyin anlaşılması gerektiğidir. Bu konuda ileri sürülen görüşler temel olarak sübjektif teori, objektif teori ve bu teorileri bağdaştırmaya çalışan karma teori olarak ayrılmaktadır.[594] Manevi tazminatın genel olarak özel hukukta

[592] Palmer, 2015b, s. 225.

[593] Ameliyat sırasında karında gazlı bez unutulması ile ilgili davada mahkeme, gazlı bezin kalmasını maddi bir zarar olarak nitelendirmeyerek maddi tazminata hükmetmemiş ancak hastanın, gazlı bezin süresinde çıkarılmaması nedeniyle olay süresince çektiği acı ve elem karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. D.10.D. 1997/3565E, 1999/5224K; Aktaran: Türkoğlu, Yılmaz, 2020, s. 614.

[594] Kocayusufpaşaoğlu, N. (1980). Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49). İçinde: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu

düzenlenmesi nedeniyle, özel hukuktaki görüş ve uygulamalar idare hukukunu da etkilemektedir ve bu ayrım, hem özel hukukta hem de idare hukukunda mevcuttur.[595]

6.1. Subjektif Teori

Türk hukukunda baskın bu teoriye göre, objektif unsur olarak kişilik hakkı ihlali yanında sübjektif unsur olarak zarar görenin psikolojisinin de hesaba katılması gerekir. Bu doğrultuda manevi zarar; kişiliğe yönelik saldırı nedeniyle meydana gelen bedensel ve ruhsal acının, duyulan elem, ıstırap ve üzüntünün, ruhsal dengedeki bozulmanın ve yaşama sevincindeki azalmanın karşılığıdır.[596]

ERTAŞ, manevi zararı; kişiliğe yapılan saldırılar sonucunda duyulan bütün bedensel ve ruhsal acıları, ağrıları, üzüntüleri, kaybolan yaşama arzusunu ve sevincini, bozulan ruh dengesini; hareket ve kendini geliştirme özgürlüğünün kısıtlanması ve engellenmesi sebebiyle duyulan sıkıntı, rahatsızlık ve eziklik duygusunu kapsayan hukukî bir kavram olarak tanımlamaktadır.[597]

Subjektif teoriye göre manevi zararı kişilik hakkına yapılan diğer saldırılardan ayırabilmek için öncelikle ortada haksız bir eylem olmalı ve bu haksız eylem ile kişinin hukuk alanına müdahale edilerek kişilik hakkı ihlal edilmeli ve bu haksız ihlal, kişinin kişiliğine yansıyarak dolaylı bir zarara sebep olmalıdır.[598] Kişilik hakkının ihlalinden bahsedilebilmesi için ihlalin hissedilmesi, ihlalden etkilenilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[599] Yani sadece kişilik hakkının ihlal edilmiş olması manevi zararı doğurmayacaktır ve ihlal, doğrudan zarar demek değildir.

Yargıtay da çeşitli kararlarında subjektif teoriye işaret ederken[600] 2018 yılındaki İçtihadı Birleştirme Kararı'nda[601] manevi zarar için kullanmış olduğu "*kişilik hakları*

Ankara, 21-22/Ekim/1977 (ss. 141–180). Mukayeseli Hukuk Enstitüsü. s. 144. Atlan, 2015, s. 47. Antalya, 2017a, s. 152.

[595] Kaplan, 2006, ss.128 -132.

[596] Çalkın, F. ve Tuğsavul, M. (1948). Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları. Cumhuriyet Matbaası. s. 44. Tandoğan, 2010, s. 330. Tunçomağ, 1972, s. 305. Franko, 1973, s. 123. Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 145. Ertaş, 1990, s. 65. Karahasan, M. R. (2001). Tazminat Hukuku Manevi Tazminat (6. Baskı). Beta. s. 56. Eren, 2015, s. 532. Oğuzman, Öz, 2020, ss. 259–260. Çınarlı, 2013, s. 180. Erlüle, 2021, ss. 26-27. Çınarlı vd., 2021, s. 46.

[597] Ertaş, 1990, s. 65.

[598] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, ss. 143–144. Antalya, 2017a, s. 153. Arıdemir, 2008, s. 183.

[599] Atlan, 2015, s. 48.

[600] "… halen çektiği acılara bir nebze karşılık olması için…" Y.13.HD 2017/7275E, 2018/11348K, 26.11.2018. "… uyandırdığı elem ve ızdırabın…"Y.13.HD 2015/25300E, 2017/9533K, 16.10.2017.

[601] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 2017/5E, 2018/7K, 06.07.2018, RG: 08.12.2018/30619

hukuka veya ahlâka aykırı bir fiille saldırıya uğrayan kişinin duyduğu acı, elem, üzüntü ve kederi ifade eder." şeklindeki ifade ile sübjektif teoriyi kabul ettiğini açık bir biçimde göstermiştir.

Subjektif teoriye yönelik eleştiriler temelde iki noktada toplanmaktadır.[602] Bunlardan ilki, teorinin duygu zararı temeline oturmuş olmasıdır. İhlalin kişide yarattığı elem, acı ve keder gibi psikolojik etkiler duygu zararı olarak nitelendirilmekte ve bu zararlar beden bütünlüğü bozukluğu boyutuna ulaşmamaktadır.[603] Kişinin iç dünyasına dair bu duyguların tespiti ve ölçülmesi mümkün olmadığı gibi tespit ve ölçüme dair tetkikler daha ağır ihlale sebep olabileceğinden doğru da değildir.[604] Nitekim mahkemeler bu tür tespit ve ölçüm işlemine de girmemektedir.[605] Ayrıca ihlal karşısında dış dünyada gösterilen tepki de kişinin yaşam tarzına, eğitimine, inancına, sosyoekonomik durumuna gibi faktörlere bağlı olarak kişiden kişiye değişkenlik gösterebilmektedir.[606]

Diğer eleştiri konusu ise ayırt etme gücü olmayanlar veya bilinç kaybı olanlar ile tüzel kişilerin durumudur. Subjektif teori, zarar görenin hissedebildiği duyguları zarar olarak görmektedir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin ve tüzel kişilerin[607] acı ve üzüntüyü hissedebilme yetenekleri olmadığından bu dolaylı zarar da ortaya çıkmayacaktır. Bu kişilerin de kişilik haklarının ihlali karşısında zarar görmeleri mümkündür ve sırf duyguları hissedememeleri sebebiyle manevi zarara uğramadıkları düşüncesi hakkaniyete ve insan onuruna saygı hakkına uygun düşmemektedir.[608]

6.2. Objektif Teori

Bu teori, haksız fiil sonucunda zarar görenin kişilik varlığında meydana gelen objektif eksilme veya kayıp olarak değerlendirerek, manevi zararın sadece objektif unsurunu dikkate almaktadır.[609] Bu görüş, manevi olanın maddileştirilmesi sürecine bağlı olarak öznel olanın nesnelleştirilmesi sürecini başlatmıştır.[610]

---

[602] Keskin, 2016, s. 101.
[603] Keskin, 2016, s. 82. Erlüle, 2021, s. 32.
[604] Serozan, 1990a, s. 82.
[605] Erlüle, 2021, s. 33.
[606] Atlan, 2015, s. 55. Keskin, 2016, s. 101. Erlüle, 2021, s. 48.
[607] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 149. Antalya, 2017b, s. 16.
[608] Serozan, 1990a, s.95. Atlan, 2015, s. 55. Keskin, 2016, ss. 102–103. Antalya, 2017b, s. 16. Erlüle, 2021, s. 48.
[609] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 145. Kırca, Ç. (1999). Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği. Yargıtay Dergisi, 25(3), 242–270. s. 253. Cabıoğlu, 2012, s. 3. Eren, 2015, s. 532. Antalya, 2017b, s. 17. Turan Başara, 2018, s. 242. R. Demir, 2020, s. 36.
[610] Serozan, 1990a, s. 83.

Bu görüşe göre manevi zarar; kişinin hukuken korunan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, özel hayat, mesleki ve sosyal itibar gibi kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı ihlallerin, kişilikte veya şahıs varlığında yarattığı objektif eksilmedir. Bu sebeple manevi zarar için zarar görenin iç dünyasında yarattığı etkiyi esas alan subjektif görüşün açık bir eleştirisidir.[611] Subjektif görüşün eleştirilerine ek olarak duygu zararları sadece teorik olarak mevcuttur.[612] Mahkemeler duygu zararını dile getirseler de bu zararı ortaya çıkarmak için herhangi bir analiz yöntemine de gitmemektedir.[613] Kaldı ki kişinin manevi zararı tespit edilmeye çalışılırken mağdurun daha fazla zarar görmesi veya mağdurun kendi ruh dünyasını ortaya çıkarmamak için manevi tazminat talebinde bulunmaması söz konusu olabilir.[614]

Kişide duygu zararlarını tamamen reddeden LORENZ'e göre manevi zarar, iki dış ihlal zararı ve takip (refakat) eden dış ihlal zararı olmak üzere iki farklı zarar kaleminden oluşmaktadır. Dış ihlal zararı kişinin iç dünyasında değil, objektif dış dünyasında gerçekleşir ve zararın tespitinde kişinin psikolojisi ve ruhsal dengesinin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Refakat eden dış ihlal zararında ise kişiliğin serbestçe geliştirilme hakkının ihlali söz konusudur.[615] İhlal neticesinde refakat eden dış zararlara; hastanede geçirilen süre, tıbbi müdahale türü, zorunlu iş veya meslek değişikliği, kariyer hedefindeki sapma, bazı uğraş ve hobilerden vazgeçme, evlenme şansı azalması, sosyal çevre kaybı gibi örnekler verilmektedir.[616] Örneğin Bayan E.'nin gebelik konusunda karar verme hakkının engellenmesi ve gebeliğin normal seyrine rağmen yaşamış olduğu kısıtlanma ve yaşam tarzı değişikliği refakat eden dış zarardır.

Duygu zararlarını tamamen reddeden KIRCA'ya göre manevi zararın meydana gelebilmesi için zarar gören kişinin; acı, elem ve keder hissetmesi ve bunun karşılığı tazmin edilecek paranın getireceği mutluluk duygusu ve avutma yeteneğine sahip olması gerekli ve zorunlu olmadığı gibi para veya kınama kararı ile teskin olma yetenek ve isteğine de sahip olması gerekmez.[617] Ayrıca duygu zararlarının hesaba katılması hâlinde zararın ve tazmininin kişide yaşatacağı duygular da kişiden kişiye farklı olacağından aynı ihlal nedeniyle farklı tazminatlara hükmedilmesi eşitlik ve adalet fikrine de aykırı

[611] Erlüle, 2021, s. 32.
[612] Erlüle, 2021, s. 34.
[613] Erlüle, 2021, s. 33.
[614] R. Demir, 2020, s. 36.
[615] Aktaran: Erlüle, 2021, ss. 35-36.
[616] Erlüle, 2021, s. 38.
[617] Kırca, 1999, s. 256.

olacaktır. Diğer taraftan böylece ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ve tüzel kişiler aleyhine eşitsizlik de ortadan kalkacaktır.[618]

SEROZAN da manevi tazminatı; kişilik değerlerinde kayba uğrayanların dış ihlal zararının nesnel karşılığı olarak kabul etmekte ve ihlal ve zarara karşı kişinin iç dünyasında gösterilen bireysel, özel, ruhsal tepkinin duygusal zararın karşılığı olmadığını belirterek duygu zararlarını reddetmekte ve objektif teoriyi benimsediğini göstermektedir.[619] Diğer taraftan hukuka aykırı fiilin sadece zarar verici sonuca yol açmasının yeterli olmayacağını, fiilin kınanacak biçimde ve kınanacak bir amaçla meydana gelmesi gerektiğini savunmaktadır.[620]

KESKİN, duyulan acı ve kederin, zarara uğrayana bağlı olacağından, keyfiliği kaçınılmaz bulmakta ve objektif teoriyi kabul etmektedir.[621] Çözüm olarak; ruh bütünlüğü ihlali yoğunluğuna ulaşmayan duygu zararlarını kabul etmeyerek, kişilik hakkı ihlali ile ortaya çıkan manevi zararın belirlenmesinde "*ortalama tip*" olarak da anılan "*orta zekalı, makul dürüst bir üçüncü kişi*"nin, benzer koşullardaki durumunun objektif koşulu oluşturabileceğini savunmaktadır.[622]

ÇELİK; yargıçların, yaşam gerçeklerini dikkate alarak, acı ve üzüntü gibi kişiye göre değişen ve zamana göre hafifleyen subjektif duygu zararlarının ötesine geçerek zarar görende yaşam boyu sürecek ve kalıcı etkileri olan objektif değişimleri değerlendirmesi gerektiğini savunmaktadır.[623]

HATEMİ/GÖKYAYLA, manevi zarar için hukuka aykırılığın yeterli olduğunu savunmakla beraber hukuka aykırılığın ispatlanması ile zararın karine olarak var sayılabileceğini, bu görüşün tersine yorumu ile zararın ispat edilmesiyle de hukuka aykırılığın karine olarak var sayılabileceğini ileri sürmektedir. Ancak her durumda, manevi zararın varlığı için kusur aranmalıdır.[624]

Y.4.HD. kararlarında objektif teorinin benimsendiği görülmekte, YHGK son dönem kararlarında ise objektif teoriyi kabul ettiği görülmektedir.[625] Danıştay

[618] Kırca, 1999, ss. 258–259.
[619] Serozan, 1990a, s. 83.
[620] Serozan, R. (1977). Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14), 93–112. s. 104.
[621] Keskin, 2016, s. 109. Benzer gerekçe: Turan Başara, 2018, s. 242.
[622] Keskin, 2016, ss. 110–111.
[623] Çelik, 2021c, s. 323.
[624] Hatemi ve Gökyayla, 2017, ss. 190, 194.
[625] R. Demir, 2020, s. 37.

kararlarında tüzel kişiler için de manevi tazminata hükmedildiğinden, manevi zararın değerlendirilmesinde objektif teoriye ağırlık verildiği belirtilmektedir.[626]

Objektif teori, kişinin iç dünyasında ortaya çıkan psikolojik durumlara yer vermemesi ve duygu zararlarını reddeden katı yaklaşımı sebebiyle eleştirilmektedir.[627] Bir diğer önemli eleştirisi ise subjektif unsur aranmadığından ihlal ile zarar aynı anlama gelebilmektedir. İdare hukuku açısından da zarar oluşmasa bile hukuka aykırı idari eylemin, idarenin sorumluluğuna yol açacağı ileri sürülmektedir.[628] Halbuki haksız fiilde hukuka aykırı fiil ve zarar ayrı unsurdur. Manevi zarar değerlendirilmeden salt ihlalin sorumluluğun doğması için yeterli görülmesi bu iki unsurun karıştırılması sonucunu doğuracaktır.[629]

6.3. Karma Teori

Her iki teoriyi uzlaştırmaya çalışan karma teoriye göre; zarar görenin kişiliğinde objektif bir azalma oluşmalı, azalma kişinin bilincine yansımalı ve kişi, kişiliğindeki azalma sebebiyle acı çekmelidir.[630]

ANTALYA zararı, kişinin kişilik haklarının zedelenmesi sebebiyle iç dünyasında yaşadığı psikolojik ve ruhsal acı ve ıstırap; bu acı ve ıstırap neticesinde kişinin dış dünyadaki normal yaşamının ekonomik ve sosyal yönden etkilenerek kötüye gitmesinden doğan zarar şeklinde tanımlamaktadır.[631] Buna göre; manevi zarar için kişinin hem psikolojik ve ruhsal durumuna yani iç dünyasına, hem de sosyal ve ekonomik durumuna yani dış dünyasına etkili nitelikli bir saldırı gerekmektedir.[632] Ayırt etme gücü olmayanlar ile tüzel kişilerde ise subjektif unsur aranmaz. Bu durumlarda hâkim, objektif ölçütlerle

---

YHGK 2017/1496E, 2021/58K, 09.02.2021; 2017/1479E, 2021/32K, 04.02.2021 (Yargıtay Karar Arama):

*"**Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir**. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için kanunlar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir."*

[626] Akkoca, A. (2008). Türk İdari Yargı Sisteminde Maddi ve Manevi Tazminat. Selçuk Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 57.

[627] Antalya, 2017a, s. 155.

[628] Hızal, A. ve Çınarlı, S. (2015). Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı. İMÜHFD, 2(1), 143–184. s. 154.

[629] Keskin, 2016, s. 106. Erlüle, 2021, s. 56.

[630] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 145. Arıdemir, 2008, s. 187.

[631] Antalya, 2017b, s. 18.

[632] Antalya, 2017a, s. 156. Antalya, 2017b, s.19.

yetinerek manevi zararın varlığını ve miktarını belirleyecektir.[633] Ayrıca TBK m.58 ile genel olarak düzenlenen manevi zararlarda subjektif unsurun değerlendirilmesi gerekirken TBK m.56 ile ölüm ve bedensel zarara bağlı manevi zararın belirlenmesinde objektif unsurun yeterli olacağını, objektif unsurun yeterli olduğu hâllerin *ratio legalis* ile belirleneceğini belirtmektedir. Bu sebeple tek başına elem, ıstırap, acı gibi duygusal eksilmeler, tazmini gereken zararlar değildir.[634] Bu şekilde ANTALYA, genel olarak karma teoriyi savunsa da ölüm ve bedensel zararlar özelinde objektif teoriyi kabul ettiği anlaşılmaktadır.

ERLÜLE, duygu zararlarını zorunlu unsur olarak aramayan ama tamamen dışarıda da bırakmayan objektif teoriyi esas almaktadır. Buna göre; genel yaşam riski kapsamında değerlendirilebilecek üzüntü, çaresizlik, elem, ıstırap gibi durumlar sosyal hayat içinde bulunmanın bir gereği olarak değerlendirilmeli ve sorumluluk doğurmamalıdır. Duygu zararları zorunlu unsur olmasa da genel yaşam riski kapsamını aştığı ölçüde tazminatın belirlenmesinde etkili olmalıdır.[635]

ATLAN, duygu zararları konusunda genel yaşam riski ölçütünü kabul etmekte, ancak duygu zararlarının tamamen dışarıda bırakılmaması gerektiğini (ve aslında bu şekilde duygu zararlarını zorunlu unsur olarak görmektedir) ve basit sayılabilecek duygusal tepkilerin de manevi zarar olarak nitelendirilememesi gerektiğini savunmaktadır.[636]

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na göre karma teori, zararın meydana gelmesinde mağdurun psikolojik durumunu da dikkate almaktadır ve bu sebeple psikolojik durum manevi zararın zorunlu bir unsuru sayıldığından, subjektif teoriden farklı değildir.[637]

6.4. Manevi Zarar Teorileri Açısından Değerlendirmemiz

Öğretide manevi zararın tespitinde, kişilik değerlerinin ihlali olan objektif unsurun aranması konusunda zaten görüş birliği bulunmaktadır. Asıl sorun, duygu zararlarının (subjektif unsur) manevi zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.[638]

[633] Antalya, 2017a, s. 157. Atlan, 2015, s. 54. Keskin, 2016, s. 108.
[634] Antalya, 2017a, s. 158.
[635] Erlüle, 2021, s. 57.
[636] Atlan, 2015, ss. 55–56.
[637] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 147.
[638] Atlan, 2015, s. 54. Erlüle, 2021, s. 57.

Teorilere genel olarak baktığımızda görüleceği üzere; kişilik hakkına yapılan saldırılarda manevi zararın belirlenmesi konusunda; subjektif teorilerin eleştirileri ve manevi zararı nesnelleştirme çabaları neticesinde, subjektif unsurların arındırılmasıyla duygu zararlarını kabul etmeyen, objektif teori ortaya çıkmıştır. Ancak her ne kadar manevi zarar nesnelleştirilmeye çalışılsa da insan doğası ve duygularını büsbütün görmezden gelmesi, duygu zararlarını değerlendirme dışı bırakması nedeniyle objektif teori yeniden değerlendirilmiş ve karma teori şekillenmiştir. Karma teoride duygu zararları yeniden dahil edilmiş ancak hissedilmesi, bilince yansıması, dış dünyaya etki etmesi, genel yaşam riski ölçütünü aşması, basit olmaması gibi çeşitli ölçütlerle sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Ancak ne yazık ki bu kriterler açısından bir görüş birliği olmadığı gibi eleştirildiği üzere [639] subjektif unsur sınırlandırılarak, sınırlı da olsa subjektif teoriye geri dönülmektedir. Bu geri dönüş neticesinde; subjektif unsurun belirlenmesindeki eleştiriler yine karşımıza çıkmaktadır.

Duygu zararlarının belirlenmesinde iç dünyayı ortaya çıkarma çabasında, empati yapabilmek oldukça zordur ve bu çaba gerçeklerden uzaklaştırabileceği gibi gerçeğin bozulmasına da yol açabilir. Bu sebeple duygu zararına konu iç dünyanın ortaya çıkarılması çoğu zaman kapsamlı, uzmanlık gerektiren teknik bir meseledir ve mahkemelerin böyle bir çabası görülmediği gibi bu çaba içerisinde karar vericinin duyguları da devreye girebileceğinden, gelişebilecek sempati nedeniyle gerçeklerden sapmaya bile yol açabilir. Duygu zararını sınırlayan ve görüş birliği olmayan, yine subjektif ve kavramsal nitelikte olan bu yeni ölçütler, duygu zararını belirlemeyi daha zor ve karışık hâle getirmekte ve eleştiriyi aşamadığı gibi yeni ölçütlerle yeni belirleme sorunlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan aşağıda bahsedeceğimiz üzere manevi tazminatın belirlenmesine kullanılan manevi zararın objektif ağırlığı ile kusur, yaş gibi diğer hâller zarara bağlı tazminatın bireyselleştirilmesine hizmet etmektedirler. Böylelikle subjektif unsurlardan arındırarak zararın bireyselleştirilmesi sağlanmaktadır ve subjektif teori ile amaçlanan sonuca varılmaktadır.

Konumuz özelinde; tıbbi uygulamalardan kaynaklanan zararlar genel olarak kişilik hakkına yönelse de tıbbi uygulamalar doğrudan kişinin ruh ve beden bütünlüğüne yönelik olduğundan, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan beden bütünlüğü zedelenmesi zararlarını,

[639] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 147.

mümkün olduğunca özel olarak düzenlenen TBK m.56 kapsamı içerisinde değerlendirerek özele indirgemek gerekir.[640] Manevi zararı özele indirgediğimizde ise zaten kanundaki ön koşul gereği, manevi zararın tazmini için bedensel bütünlüğün zedelenmesi gerek ve yeterlidir.[641] TBK m.58'de manevi tazminatın manevi zarar karşılığı olduğu düzenlenirken, TBK m.56'da ise manevi zarardan bahsetmeyip, bedensel bütünlüğü zedelenen kişiyi zarar gören olarak nitelendirmiş ve manevi tazminat verilebileceği düzenlemiştir. Bu sebeple TBK m.56 hükmünün lafzı ve amacına baktığımızda, TBK m.58'in aksine bedensel zarar yanında ayrıca bir manevi zarar aramaya gerek bulunmamaktadır.

Eğer hukuka aykırı fiil, duygu zararı dışında duygu durum veya anksiyete bozukluğu gibi ruhsal bozukluk şeklinde bir zarara yol açıyorsa ve arada uygun nedensellik bağı kurulabiliyorsa, ortaya çıkan bu ruhsal bozukluk objektif olarak bedensel bütünlük zararı olarak değerlendirildiğinden[642] subjektif unsurun kabul edildiği anlamına da gelmemektedir. Kaldı ki diğer taraftan ayırt etme gücü olsun veya olmasın, ölüm veya bedensel zararların duygu zararına yol açmayacağı söylenemez veya en azından, kişinin kendi iradesi olmadıkça aksi ispat edilemez.

Örneğin ameliyat olacak bir hastanın rıza formunda, belirli bir risk hakkında bilgilendirmenin unutulduğunu varsayalım. Örneği daha da somutlaştıracak olursak; açık kalp ameliyatı olacak hastada, nadir[643] de olsa ameliyata bağlı olarak gözü besleyen atar damara pıhtı atabileceği ve tam görme kaybı riski konusunda gerekli bilgilendirme yapılmamıştır. Uygun şartlara rağmen gerekli bilgilendirmenin yapılmamış olması hukuka aykırı bir fiildir ve hasta bu riske maruz kalır da görme bozukluğu yaşarsa, maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği konusunda, ayrıca duygu zararı aranması gibi bir tartışmaya gerek bulunmamaktadır.[644] Asıl sorun ameliyat sonucu bu risk gerçekleşmezse ne olacağıdır? Esasında bilgilendirme eksikliği nedeniyle hukuka aykırılık söz konusudur ve objektif teoriye göre, eleştirildiği üzere subjektif unsur aranmadığından, ihlal ile zarar

[640] Antalya, 2017a, s. 156. Erlüle, 2021, ss. 121-122.

[641] Antalya, 2017b, s. 23.

[642] Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği RG:03.08.2013/28727.
Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik RG: 20.02.2019/30692.

[643] A.B.D.'de 1998-2013 yılları arasında yapılan toplam 5.872.833 kalp ameliyatının incelenmesi ile yapılan çalışmada kalp ameliyatına bağlı göz damarı kapanma oranı 10.000'de 7,77 yani %0,1'den çok daha düşük bir orandır. Calway vd., 2017.

[644] Açık kalp ameliyatı sonrası görme kaybı yaşanması olayında istenmeyen sonuç komplikasyon olarak değerlendirilmiş fakat AYM, sonucu komplikasyon olarak kabul etse de rıza formunda görme kaybına ilişkin bilgilendirme yapılmamasını ihlal olarak değerlendirmiştir. AYM Mehmet Çolakoğlu Kararı (2014/15355, 21.02.2018, AYM Kararlar Bilgi Bankası).

aynı anlama gelebilmektedir ve risk gerçekleşmese ve ortaya çıkmamış bile olsa ve hatta kişi, gerçekleşen bu haksız fiili kişi hiç öğrenmese dahi, objektif ancak (aslında talep de edilmeyen) soyut nitelikte manevi zararın ortaya çıktığı düşünülebilir. Veyahut kişi böyle bir riskin varlığını, risk ortadan kalktıktan çok sonra (zamanaşımı süresi içerisinde) öğrensin. Bu durumda hukuk aykırı fiil ile kişinin sonradan öğreneceği görme kaybı riskinin meydana getireceği elem, endişe gibi duygu zararı manevi zarar olarak kabul edilerek tazmin edilmesi gerekir mi? Esasında baktığımızda hukuka aykırı bir fiil sonucunda duygu zararı oluşmuştur ve subjektif teoriye göre risk meydana gelmese bile ihmalin neden olduğu duygu zararı manevi bir zarardır. Ancak yapılan müdahale beden bütünlüğüne yönelik olup ameliyat sonrası beden bütünlüğünde bir zedelenme meydana gelmediğinden, TBKm.56 kapsamında olası bir duygu zararının tazminine de gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle bedensel zarar meydana gelmeden sadece bilgilendirme eksikliği, TBK m.56 kapsamında zarar olarak değerlendirilemez. Ancak benzer tartışmada Yargıtay, 2008 yılında ilk defa kan bağışı yapan kişinin durumunda şüphe olmasına rağmen ileri tetkike çağrılmaması, en son 04.06.2012 tarihinde kan bağışında bulunduğu zaman ileri tetkik için çağrıldığı ve 07.06.2012'de HIV şüphesinin negatif olduğunun bildirildiği; dolayısıyla sonucun gecikmesinden ötürü davacının manevi zararının oluştuğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmiştir.[645]

Tersine bir durum olarak; Bayan E. olayında Dr. Franklin'in sterilizasyonu yapmadığını veya usûlüne uygun olarak yapsa bile düşük bir risk de olsa yeniden gebe kalabileceği konusunda gerekli bilgilendirmeyi yapmadığını varsayalım. Her iki durumda da gerek sterilizasyonu yapmaması gerekse bilgilendirme yapmaması hukuka aykırı fiildir. Ancak ilk olayda istenilen tıbbi uygulamanın gerçeklememesi nedeniyle bedensel zedelenme meydana gelmiştir. Bu sebeple Bayan E. durumu öğrendiği andan itibaren manevi zararının tazminini talep edebilir. Diğer ikinci durumda ise sterilizasyon usûle uygun olarak yapıldığından, bedensel zarar söz konusu olmayacağından ancak bilgilendirmenin koruduğu risk gerçekleştiği takdirde yani gebelik meydana geldiğinde gebeliğin kendisinden kaynaklanan manevi zararın tazmini gerekir.

[645] Y.4. HD 2013/13081E, 2014/7413K, 08.05.2014 (Kazancı);
Kararın içeriği karşı oy açıklamasından anlaşılmakla beraber, bu sürede davacının şüpheden haberi olmadığı gibi meydana gelmiş herhangi bir zarar da olmaması sebebiyle manevi zararın oluşmadığı yönündeki karşı oyun yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Diğer bir durumda ise Dr. Franklin'in sterilizasyon yapma yetkisine sahip olmayan bir hekim olduğunu [646] ancak sterilizasyonun başarılı bir şekilde gerçekleştiğini varsayalım. Bu varsayımı subjektif teori açısından değerlendirdiğimizde Bayan E. istediği sonuca ulaştığından duygu zararı meydana gelmemiş ve hatta aksine mutlu olabileceğinden manevi zararın varlığından bahsetmek zordur. Ancak objektif teori çerçevesinde, kişi olumsuz duygular yaşamasa komplikasyon gelişmese bile yapılan işlemin baştan hukuka aykırı olması ve işlemin kendisi beden bütünlüğü zedelenmesine yol açtığından oluşan zararın tazmini gerekir.

Türk hukukunda şans kaybı doktrini özellikle doğum vakalarında kullanılmakla beraber henüz yeni ve üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Genellikle hatalı doğum kontrole bağlı meydana gelen engelli ve sağlıklı çocukların yetiştirilmesine bağlı masrafların değerlendirilmesi ayrı yapılmalıdır. Doğmuş olmak veya var olmamak, yaşamak veya yaşamamak şans kaybı olarak değerlendirilemeyip doğrudan zarar olarak değerlendirilmese de doğum nedeniyle ortaya çıkan bakım, eğitim, tedavi masrafları gibi masraflar zarar olarak kabul edilmektedir.[647]

Yargıtay, kürtaj ve kordon bağlanması için yapılan sözleşmeye dayalı ameliyata rağmen gebeliğin devam ettiği olayda, ilk derece mahkemesi manevi tazminata hükmetse de manevi tazminat için kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi gerektiği, doktorun müdahalesine rağmen hamileliğin sona ermemesi ve doğumun gerçeklemesinin kişilik hakkına saldırı teşkil etmeyeceğine hükmederek kararı bozmuştur.[648] AYM ise vazektomi ameliyatı (erkeğin kısırlaştırılması) sonrası eşinin hamile kalması olayında çocuk için herhangi bir değerlendirme yapmamış ancak vazektomi sonrası kontrol ve riskler konusunda gerekli bilgilendirme yapılmamasının ihlal olarak kabul ederek bu hatadan eşin de etkilendiğini ve gebelik sebebiyle zarar gören olduğunu belirtmiştir.[649]

---

[646] Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (RG: 18.12.1983/18255) m.3vd rahim tahliyesi yapmaya yetkili hekimler ve şartları tanımlanmaktadır.

[647] Gönenç, 2011, ss. 157–158.

[648] Y.13.HD. 2004/14153E, 2005/1952K, 10.02.2005; Aktaran: B. Yılmaz, 2017, s. 331.

[649] AYM Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196, 16.09.2020 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

§33. "…*Olayda vasektomi ameliyatını olan kişi birinci başvurucu olmakla birlikte vasektominin amacının gebeliği önlemek olduğu dikkate alındığında* ***ameliyatın etki ve sonuçlarının doğrudan birinci başvurucunun eşi olan ikinci başvurucunun bedeni üzerinde ortaya çıktığı açıktır****. Bu nedenle ikinci başvurucunun da vasektomi ameliyatının sonuçlarından* ***kişisel olarak ve doğrudan etkilendiği****, dolayısıyla mağdur statüsünün bulunduğu kabul edilmiştir*."

Sonuç olarak; hangi teori benimsenirse benimsensin manevi zararın somut delillerle tespit edilmesi ve hesaplanması mümkün değildir.[650] Bu nedenle manevi zararın tespiti konusunda hâkimin takdir hakkı korunmalı ancak çerçevesi belirlenmelidir. Her ne kadar manevi zararın giderilmesinde para ile giderme, yetersiz olsa da mevcut düzendeki en elverişli araç[651] ve en iyi önlem değil ancak son çare (pis-aller)[652] olduğu sürece, hâkimin tarafından zararın somutlaştırılarak objektifleştirilmesi ve objektif olarak belirlenen zararın, objektif bir araç olan parasal karşılığının hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenmesi, en iyi çare olmasa da mevcut teoriler içerisindeki en uygun yöntemdir.

7. MANEVİ TAZMİNATIN AMAÇ VE İŞLEVİ

Manevi tazminatın amaç ve işlevi konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ancak manevi tazminat, kişilik hakkı saldırılarının para ile ölçülemediği durumlarda kullanıldığından gerçek bir tazminat değildir.[653] Manevi zarar, somut durum ve zarar görenin etkisi altında bulunduğu nedene göre değişebilir. Faili mali külfete sokmak gibi edinilecek fayda ile sevinmek de olabilir.[654] Böylece manevi tazminatın işlevi, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde de etkilidir[655]. Bu sebeple manevi tazminatın amacını belirlerken hukukî niteliği ve işlevlerini değerlendirmek gerekir.

Manevi zararın tanımında olduğu gibi hukukî niteliği konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, manevi tazminatın tek bir görüşle sınırlandırılmasının

---

[650] Akipek Öcal, Ş. (2020). Maddi ve Manevi Zararların Erken Tazmini Sorunu (Geçici Ödemeler). İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 59–76). TBB. s. 71.

[651] Arıdemir, 2008, s. 13. Atlan, 2015, s. 62. Keskin, 2016, s. 133.

AYM Kararı 1968/33E, 1969/12K, 11.02.1969 RG:02.07.1969/13238;

"***Para bugün için hâlâ mübadele aracı ve hesaplaşma birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir.*** *Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.*"

[652] Serozan, 1990a, s. 90. Antalya, 2017a, s. 174. Antalya, 2017b, s. 286.

[653] Ertaş, 1990, s. 80.

[654] Gürsoy, 1973, s. 10.

[655] Antalya, 2017a, s. 149. Antalya, 2017b, s. 25.

uygun olmadığı, bedensel zararlarda telafi, kişilik hakkı ihlallerinde tatmin, kasten öldürme hâlinde ise ceza görüşünün kullanılması gerektiği savunulmaktadır.[656] Ancak genel olarak manevi tazminatın hukukî niteliği konusundaki iki temel görüş, özel hukuk cezası olması ile özel hukuk yaptırımı olmasıdır.[657]

8.1. Özel Hukuk Cezası

7.1.1. Ceza Görüşü

Manevi tazminatın özel hukuk cezası olduğu anlayışına göre amaç; failden para alarak failin cezalandırılması olduğu ancak bu paradan devlet yerine zarar gören yararlanmaktadır.[658] Bu görüşe göre; mağdurdan hareketle uğradığı elem ve acıyı ölçmek zor olduğundan failin kusurunu ölçmek daha olaydır ve bu sebeple önemli olan mağdurun durumu değil failin kusurudur.[659] Failin para ödemeye mahkum edilmesi ve hâkimin faili kınaması ceza unsuru içerse de amaç bu değildir.[660]

Ceza görüşüne yönelik çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Bedensel zararlarda verilen ceza ile bu amacın karşılandığı savunulmaktadır. [661] Medeni hukukta amaç faili cezalandırmak değil, zarar görenin zararını gidermektir. Cezalar şahsi olsa da manevi zararın tazmin sorumluluğu şahsi değildir ve sorumluluk mirasçıya geçebileceği gibi varsa müteselsil sorumlular, ayrı ayrı tamamından sorumlu tutulabilir. Manevi zarar her olaya göre farklı takdir edileceğinden kanunsuz ceza olmayacağı ilkesine de aykırıdır. Kusursuz sorumluluk hâllerini açıklayamamaktadır. [662] Ayrıca tazminatın kusurlu olmayan ve zarara yol açamayan sigortacı tarafından ödenmesi de bu amacı açıklamaktan uzaktır.[663]

Manevi tazminatı özel hukuk cezası olarak kabul etmeyen ancak cezai unsur taşıdığını savunan görüşe göre; failin tazminat ödemeye mahkum edilmesi fail üzerinde

---

[656] Kılıçoğlu, M. (2004). Cismani Zarar Ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat. Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 7(3), 1–30. s. 4. Kılıçoğlu, M. (2014). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı Tazminat Hukuku (4. Bası). Bilge. s. 1176.

[657] Kanık, T. (1950). Manevi Tazminat Davaları. Adalet Dergisi, 41(9), 1166–1177. s. 1166. Keskin, 2016, s. 119. Erlüle, 2021, s. 70.

[658] T. Kanık, 1950, s. 1166. Erlüle, 2021, s. 70.

[659] Kılıçoğlu, A. M. (1984). Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği. Ankara Barosu Dergisi, 1, 12–21. s. 15.

[660] Gürsoy, 1973, s. 10.

[661] Saymen, F. H. (1940). Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir? İÜHFM, 6(1), 126–145. s. 131.

[662] A. M. Kılıçoğlu, 1984, s. 17.

[663] Kırca, 1999, s. 251. Erlüle, 2021, s. 71.

cezai bir etki yaratsa da asıl amaç failin malvarlığında eksilme sağlamak değil, zarar görenin malvarlığında artış sağlamaktır.[664]

Nitekim öğretide kabul edildiği gibi[665] uygulamada da 1966 tarihli İBK ile manevi tazminatın ceza olmadığı karara bağlanmıştır.[666]

7.1.2. Önleme ve Caydırma Görüşü

Kıta Avrupası hukuk sistemlerine oldukça yabancı olan, cezalandırıcı nitelikteki bu görüş, kategorik olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemine aittir.[667] Bu görüşe göze haksız fiil hukukunun sadece zararı önlemekle yetinmemesi, aynı zamanda zarar ve haksız fiilin önlenmesini ve bunların tekrar edilmemesine de sağlaması gerekir.[668] En önemli özelliği, zarar için gereken miktarın üstünde ve ötesinde bir tazminata hükmedilerek tazminat ile zararın tazmini amacı ötesine geçilmekte ve caydırıcılık, ibretlik ve dava açmaya teşvik etme gibi amaçlar güdülmektedir.[669] Bu nedenle özellikle ölüm hâlinde, manevi tazminatın önleme ve caydırma işlevi kullanılmaktadır[670]

KARAYALÇIN'a göre; haksız fiille elde edilen menfaat zarardan daha fazlaysa sadece zarara göre tazminatın belirlenmesi durumunda haksız fiillere prim verilmiş olacaktır. Ayrıca tazminat miktarı daha az olmasa bile bu meblağ, haksız fiili yapmamak için yeterince maddi fedakarlık veya yaptırım oluşturmadığı takdirde davacının zararından başka uygun bir miktar "hususi ceza"yı zarar görene ödemelidir.[671] Bu görüş

---

[664] Gürsoy, 1973, s. 10. Ertaş, 1990, s. 82.

[665] Tandoğan, 2010, s. 339. Atlan, 2015, s. 58. Antalya, 2017b, s. 24. Erlüle, 2021, s. 73.

[666] YİBGK Kararı 1966/7E, 1966/7K, 22.06.1966;

"*Esasen manevi tazminat, ne bir ceza ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmeksizin, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği İçinde, gerçek manasında bir tazminat sayılamaz. Manevi tazminat, mağdurda veya zarar uğrayan da bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevhit etmelidir.)*"

Y.13.HD. 2016/19158E, 2019/4700K, 09.04.2019;

"*manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, amacı, mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması da değildir.*"

[667] Güleryüz, M. T. ve Zorluoğlu Yılmaz, A. (2019). Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi. TBB Dergisi, 141, 325–362. s. 328.

[668] Keskin, 2016, s. 130. Çelik, 2021c, s. 344.

[669] Güleryüz, Zorluoğlu Yılmaz, 2019, s. 329.

[670] Gürkan, 2013, s. 95.

[671] Karayalçın, Y. (1962). Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması. AÜHFD, 19(1), 251–275. s. 262.

doğrultusunda hâkimin manevi tazminattaki takdir yetkisi, önleme düşüncesi ile tazminatın tespit veya artırımında önemli bir rol oynar.[672]

Türk hukukunda manevi tazminata ikincil, yan etki olarak koruyucu ve korkutucu nitelikte önleyici işlev yüklenmektedir.[673] Bu işlevin özellikle idare, duyarsız işveren, şirketler gibi zarar veren tarafların, sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alınmasını öngören bir "sosyal pusula" olması gerektiği ileri sürülmektedir.[674] Bu nedenle zarar veren kişilerin sosyal statüsü önemlidir.[675] Hastane yöneticisi gibi bina veya tesis sahibi, kişilere zarar vermemek için alınması gereken tüm önlemleri almaya çalışacaktır[676] ve tazminat miktarının yükseltilmesi karşısında kişilerin kişilik hakkına daha saygılı olacaklar ve kişilik hakları daha iyi korunacaktır.[677] Tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da hasta, sözleşmenin karşı tarafı sağlayıcıya göre daha zayıf konumda olduğundan, hükmedilecek manevi tazminatın caydırıcılık etkisi yaratacak bir miktarda olması gerekir.[678]

Özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da tatmin duygusu yanında caydırıcılık unsuruna ağırlık verilmektedir. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıracak ölçüde manevi tazminata hükmedilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.[679] Bu şekilde, manevi tazminat davalarında zarar vereni caydırıcı, hak ihlallerinin tekrarlanmasını engelleyecek miktarda tazminata karar verilmesi ve zarar gören kişinin manevi zararlarının da olabildiğince giderilmesi için yine yüksek miktarda tazminata karar verilmesi hâlinde manevi tazminat davaları yargısal koruma açısından çok önemli bir değer kazanacaktır.[680]

Alman yargı uygulamasında, özellikle kişilik hakkının kasten ihlali ile ilgili bazı kararlarda manevi tazminatın önleyici ve caydırıcı işlevinin bulunduğu kabul edilmektedir.[681] Bu hâliyle manevi tazminatın, zarar göreni tatmin etme, kişilik ihlallerini durdurma ve gelecekte caydırıcılık yoluyla kişilik hakkına saldırıları önlemeyi

---

[672] Atlan, 2015, s. 68.

[673] Serozan, 1990, s. 88. Ertaş, 1990, s. 82. Erlüle, 2021, s. 74. Çelik, 2021a, s. 557.

[674] Serozan, 1990, s. 89.

[675] Ertaş, 1990, s. 95.

[676] Çelik, Ç. A. (2019b). Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları (4. Baskı). Aristo. s. 104.

[677] Kırca, 1999, s. 265. Erlüle, 2021, s. 74.

[678] İ. Kara, 2016, s. 117.

[679] Eroğlu, M. (2009). Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat. Gazi Üniversitesi SBE Doktora Tezi. s. 80. Narter, 2014, s. 1017. Odyakmaz, Keskin, 2020a, s. 375.

[680] Mangal, S. (2010). İdari Yargıda Manevi Tazminat. Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE YL. s. 49.

[681] Kırca, 1999, s. 251. Keskin, 2016, s. 131. Erlüle, 2021, s. 74.

amaçlamaktadır. Bu şekilde aynı zamanda sosyal kontrol işlevini de yerine getirmektedir ve önleme, kişilik hakkını korumaya yeterli olmayan tatmin işlevine kıyasla daha belirgin bir konuma sahiptir.[682]

İsviçre hukukunda caydırıcı ve önleyici görüş, bağımsız değil ancak ikincil bir işlev olarak kabul edilebilir niteliktedir.[683]

İngiliz hukukunda ise bu görüş; a) kamu görevlilerinin keyfi ve anayasaya aykırı bir davranışı, b) zarar verenin fiili, zarar görene ödeyeceği tazminatı aşan bir fayda elde edeceğini hesaplayarak gerçekleştirmesi ve c) kanunla düzenlenen hâller olarak üç kategori ile sınırlandırılmıştır.[684] Ancak bu görüş gerek doğduğu İngiltere'de gerekse de gelişip en yaygın uygulama alanı bulduğu Amerika'da, medeni hukuk ile ceza hukukunun işlevlerini karıştırması ve tazminatın kamuya değil de zarar görene ödenmesi sebebiyle yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır.[685]

Caydırıcılık ve önleme fonksiyonunun başlı başına bir amaç olmayacağı ancak ikincil bir işlev olarak kullanılabileceği ve sorumlu kişinin daha önceden de ihlal etmiş olması veya gelecekte başka ihlalin gerçekleşmesine engel olamayacağı nedeniyle eleştirilmektedir.[686]

7.2. Özel Hukuk Yaptırımı

Bu görüşe göre manevi tazminatın amacı, kişilik hakkının saldırıya uğraması nedeniyle duyulan elem ve acıyı ortadan kaldırarak, zarar görenin bozulan ruhsal dengesini yeniden kurmaktır.[687]

Manevi tazminatın özel hukuk yaptırımı niteliğinde olduğu, uygulamada ve özel hukuk ile kamu hukuku öğretilerinde kabul edilse de amaç ve işlevi konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.[688]

[682] Uesseler, 2008, s. 219.
[683] Keskin, 2016, s. 131. Erlüle, 2021, s. 74.
[684] Güleryüz, Zorluoğlu Yılmaz, 2019, ss. 331–332.
[685] Güleryüz, Zorluoğlu Yılmaz, 2019, s. 338.
[686] Arıdemir, 2008, s. 11. Atlan, 2015, s. 68. Keskin, 2016, s. 132.
[687] A. M. Kılıçoğlu, 1984, s.17.
[688] Eroğlu, 2009, s. 78. Keskin, 2016, s. 212. Antalya, 2017b, 24.

7.2.1. Tatmin Görüşü

Özel ve idare hukuku öğretilerinde kabul edilen bu baskın görüşe göre; manevi tazminat ile zarar görenin uğradığı haksızlıktan doğan öfke, kin ve intikam duygularının teskin ve en azından hafifleterek tatmin edilmesi amaçlanmaktadır.[689] Esasında tatminin amacı; kin ve öfke duygularının tatmini değil, ihlalin yaratmış olduğu olumsuz duyguları en azından hafifleterek, yeniden yaşam sevinci sağlamaya yönelik tatmin duygusu yaratmaktır.[690] Bu sebeple tatmin görüşü, manevi zararı subjektif teori açısından değerlendirmektedir.[691] Ancak manevi tazminatın, acı ve üzüntüyü dindirme (hazcı), öfkeyi ve öç alma duygusunu yatıştırıp tatmin yaratma (misillemeci) anlayışla değerlendirilmesi, çağ dışı olarak görülmektedir.[692]

Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminatı hem tatmin hem de denkleştirme işlevine dayandırırken Alman öğretisinde tatmin işlevi temelinde ceza düşüncesinin yer aldığı ileri sürülerek bu görüş eleştirilmektedir.[693] UESSELER'e göre manevi tazminatın, zarar göreni tatmin işlevi yanında, failin durumu tazminat miktarını etkilediğinden belirli düzeyde cezai işlevi bulunmaktadır.[694] Diğer taraftan Alman yargı uygulamasında tatmin görüşünün suç teşkil eden, kasti fiiller ve ağır ihlal doğuran[695] olaylar dışında bir rolü olmadığı belirtilmektedir.[696] Ayrıca BGB m.253'ün yeni yorumuna göre tatmin işlevi terkedilmeye başlanmış ve tatmin işlevi esas alınarak verilen kararlar azalmaya başlamıştır.[697]

İsviçre hukukunda ise amaç haksızlık duygusunun tatmin edilmesi olup tazminatın cezalandırıcı bir işlevi bulunmamaktadır.[698] Diğer bir görüşe göre ise tatminin ancak tali bir işlevi olduğu da ileri sürülmektedir.[699]

---

[689] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 146. Kırca, 1999, s. 247. Tandoğan, 2010, ss. 330-331. Safiye Yılmaz, 2011, s. 18. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1176. Eren, 2015, s. 784. Şatır, N. (2015). Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay - Danıştay İçtihatları. Yetkin. s. 171. Çağlayan, 2016, s. 242. Odyakmaz, Keskin, 2020a, s. 375. Erlüle, 2021, s. 72. Çınarlı vd., 2021, s. 47.

[690] Antalya, 2017b, ss. 27-28. B. Yılmaz, 2017, s. 313.

[691] Kırca, 1999, s. 244. Antalya, 2017b, s. 28. Erlüle, 2021, s. 73.

[692] Çelik, 2021c, s. 343.

[693] Atlan, 2015, s. 59. Keskin, 2016, s. 129. Erlüle, 2021, s. 72.

[694] Uesseler, 2008, s. 218.

[695] Alman Federal Mahkemesi Kararı VI ZR 201/91, 13.10.1992. Kararda makat gelişli doğumda sezaryen yapılmaması sonucu meydana gelen beyin hasarı ağır ihlal olarak değerlendirilmiş ve acı, ıstırap ve zararın büyüklüğünün, ciddiyetinin ve süresinin tazminatın belirlenmesinde etkili olduğu belirtilmiştir.

[696] Atlan, 2015, s. 60.

[697] Atlan, 2015, ss. 60–61.

[698] Erlüle, 2021, s. 73.

[699] Keskin, 2016, s. 128.

Uluslararası hukuk açısından da tatmin, manevi zararların tazminindeki temel görüştür.[700]

Türk yargı uygulamasında manevi tazminat, genel olarak tatmin aracı olarak görülmektedir.[701] Danıştay'ın kararlarında, genel olarak tatmin görüşünü benimsediği anlaşılsa da ceza görüşünün benimsendiği izlenimi uyandıran kararları da görmek mümkündür.[702] Yargıtay, telafiden bahsedilse de telafiyi, tatmin sağlanması amacı olarak, tazmin anlamında öğretiden farklı şekilde kullanılmaktadır.[703]

7.2.2. Denkleştirme Görüşü

İsviçre ve Türk hukukunda baskın olan bu görüşe göre manevi tazminat; kişilik hakkı ihlali sonucunda zarar görenin duyduğu acıların ve mutsuzluk hissinin, bir miktar para ödenmesi ile zarar görende mutluluk, huzur ve memnuniyet yaratılmasını sağlayarak kısmen de olsa acı ve elemi, mutluluk duygusu ile denkleştirir.[704] Denkleştirmenin, öncelikle tatmin, ikinci olarak telafi amacı taşıyan karma nitelikte bir işlevi olduğu da belirtilmektedir.[705]

Denkleştirme görüşüne göre manevi zarar; hesaplanamaz, para ile ölçülemez ve para ile ortadan kaldırılamayacağı gibi para, ihlalin ortaya çıkardığı manevi boşluğu da dolduramaz .[706] Ancak para, manevi zararı gidermede yetersiz olsa da mevcut düzendeki

[700] Pirim, Z. C. (2016). Uluslararası Hukukta Manevi Zarar. TBB, 127, 339–374. s. 362.

[701] Y.13.HD. 2016/20094E, 2019/10401K, 23.10.2019; 2019/2161E, 2019/7143K, 12.06.2019; 2016/19158E, 2019/4700K, 09.04.2019;

"*Takdir edilecek manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalı…*"

D.15.D. 2017/2064E, 2017/5452K, 11.10.2017; 2017/1947E, 2018/384K, 24.01.2018;

"*…manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır*."

[702] Kaplan, 2006, s. 127.

[703] Y.13.HD. 2017/8221E, 2019/9925K, 15.10.2019;

"…olayın meydana geliş şekli, davacının geçirdiği ameliyat ve tedavi süreçleri, yaşanan sıkıntıların kısmen telafisi amacıyla ve çekilen sıkıntıların karşılığında manevi tatmin duygusunu yaratacak düzeyde takdiren 50.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden işleyen yasal faiziyle birlikte.."

[704] Gürsoy, 1973, s. 8. Kocayusufpaşaoğlu, 1980, ss. 159–160. A. M. Kılıçoğlu, 1984, s. 21. Arıdemir, 2008, s. 13. Atlan, 2015, s. 62. Antalya, 2017b, s. 30. Çelik, 2021a, s. 557. Erlüle, 2021, s. 75.

[705] Antalya, 2017b, s. 30.

[706] Ertaş, 1990, s. 67. Kırca, 1999, s. 245. Arıdemir, 2008, ss. 12–13. Keskin, 2016, s. 133.

en elverişli araçtır[707] ve bu sebeple kanunlarda sık sık haksızlığın mahiyetine ve hakkaniyete uygun bir tazminattan söz edildiği görülmektedir[708].

İsviçre hukukunda benimsenen denkleştirme görüşüne göre tazminatın amacı haksızlığın objektif olarak denkleştirilmesi değil esenlik hâlinin arttırılarak zararın katlanılır kılınmasıdır. Bu nedenle hâlen acı için sevinç ilkesi kullanılmaktadır.[709] Bu hâliyle sadece maruz kalınan acı için değil aynı zamanda diğer tüm maddi olmayan zararlar için de tatmin sağlamayı amaçlamaktadır.[710] Zarar için esenlik hâlini arttıran diğer durumlar da göz önünde bulundurulmalıdır. [711] Ayrıca manevi zararın giderilmesinde, denkleştirmeden başka cezalandırıcı veya önleyici başka bir işlev yüklenmez.[712]

Alman hukukunda ise zarar görenin; parayı kullanıp kullanmayacağı veya parayla tatmin olup olmayacağı önemli olmayıp, tatmin ihtiyacı objektif olarak denkleştirilir.[713] Alman yargı uygulamasında manevi tazminat hem denkleştirme hem de tatmin fonksiyonuna sahiptir.[714]

---

[707] Arıdemir, 2008, s. 13. Atlan, 2015, s. 62. Keskin, 2016, s. 133.
AYM Kararı 1968/33E, 1969/12K, 11.02.1969, RG:02.07.1969/13238;
"***Para bugün için hâlâ mübadele aracı ve hesaplaşma birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir.*** *Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.*"

[708] Ertaş, 1990, s. 67.

[709] Atlan, 2015, ss. 63–64. Landolt, H. (2015). Volkswirtschaftliche Betrachtungsweise – ökonomisch orientierte Festlegung des Genugtuungsbetrages? Haftung und Versicherung, 2, 204–206., s. 204.

[710] Landolt, 2015, s. 204.

[711] Keskin, 2016, s. 134.

[712] Atlan, 2015, s. 64. Erlüle, 2021, s. 76.

[713] Atlan, 2015, s. 65. Keskin, 2016, s. 134.

[714] Atlan, 2015, s. 65. Keskin, 2016, s. 135. Erlüle, 2021, s. 77.

7.2.3. Maddi Tazminatı Tamamlayıcı ve Düzeltici İşlev Görüşü

Bu görüşün savunucusu SEROZAN'a göre; toplumdaki metalaşma sürecinin hukukî uzantısına göre maddi olmayan kişi varlığı zararı da giderek malvarlığı zararı kavramı tarafından yutulmakta ve istila edilmektedir. Bu doğrultuda parayla ölçülemezlik, kişi varlığı değerlerindeki ayırt edici özelliğini kaybetmiş, tatil ve boş zaman keyfine piyasa rayici biçmekle kalınmamış, onur ve mahremiyet için bile belirlenen bir değişim bedeli oluşmakta ve özgürlüğe de bir bedel biçilmektedir.[715]

Manevi tazminata, hazcı ve rövanşist bir yaklaşımla keyif, acı çıkarma gibi manevi tatmin sağlayacak işlevleri yüklemenin yeri ve gereği yoktur. Kaldı ki kişilik ihlali yüzünden zarar görenin manevi tazminat parasını hangi amaçla kullanacağı, keyif mi yoksa acı mı çıkaracağı hukukun konusu da değildir.[716] Aksini kabul etmek ayırt etme gücünden yoksunlarla tüzel kişileri manevi tazminattan mahrum kılacağı gibi yoksulla zenginin maddi tatmini farklı olacağından bu farklılık sosyal devlet anlayışı ile eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.[717]

Manevi tazminat, zararın gizli kalıp kanıtlanamadığı veya maddi tazminatın amacına ulaşamadığı somut olaylarda, maddi tazminatı tamamlayıp düzeltici, "sosyal yardım" işlevi olabilir.[718] Bu niteliği ile manevi tazminat, zenginleşmenin iadesi ve kazanç devri yaptırımlarından oluşan maddi tazminatın bütünleyici ve tamamlayıcı bir parçasıdır. Maddi tazminatın kendi sınırlarına çarpıp yetersiz kaldığı ya da tükendiği noktada manevi tazminat, denkleştirme işlevi karşılar.[719]

Bu nedenle manevi tazminat, manevi tatmin veya telafi parası olmaktan çıkarılarak, tüm hukukî yollar tüketildikten sonra ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz olanlarca başvurulabilecek son çare (*ultima ratio*), sosyal ve acil yardım servisidir. Bu değerlendirme sadece sosyal devlet ilkesi değil aynı zamanda uygun bir miktardan bahseden Borçlar Kanunu'nun da gereğidir.[720]

---

[715] Serozan, 1990a, s. 78.
[716] Serozan, 1990a, s. 84.
[717] Serozan, 1990a, s. 81.
[718] Serozan, 1990a, s. 86. Çelik, 2021c, s. 343.
[719] Serozan, 1990a, s. 86.
[720] Serozan, 1990a, s. 87. Akkuş, E. (1991). Manevi Tazminatla (BY. m.49) İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi. İstanbul Üniversitesi, SBE YL Tezi. s. 61.

Türk hukuku uygulamasında gerek Yargıtay[721] gerekse Danıştay[722] kararlarında, açıkça belirtilmese de manevi tazminatın tamamlayıcı ve düzeltici işlevini kullanmaktadırlar. Kusurun, eylem ile zarar arasında nedenselliğin veya maddi zararın tam olarak ortaya konulamadığı ve böylece maddi tazminatın kendisini sınırladığı durumlarda zarar görenin mağduriyetini gidermek için manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bu yaklaşımın temel gerekçesi, maddi tazminatın hesap yöntemi olup varsayımlara dayanan maddi tazminat hesapları denkleştirici özellik gösteremediğinden bu eksiklik manevi tazminat yoluyla giderilmektedir.[723]

Halbuki hem maddi hem de manevi zarardan sorumluluğun doğması için kusur ve nedenselliğin birlikte aranması gerekir. Bu doğrultuda, eylem sonucu ortaya çıkan manevi zararda manevi tazminata hükmedilmesinin, kanımızca başkaca bir amaç ve açıklaması olamaz. Bu sebeple kusur bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminata hükmedilemiyorsa manevi tazminata da hükmedilmemelidir.[724]

---

[721] Y.13.HD. 2017/7236E, 2019/4241K, 28.03.2019; Aktaran: Erdem, Doğramacı, 2020, s. 199.

"*…davacı maddi zararlarının varlığını yasal delillerle kanıtlayamamış olsa bile, davalının hukuka aykırı eylemini gerçekleştirdiği, 2007 yılında yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmünce, manevi tazminat istemekte haklı olduğundan, tarafların tespit edilen iktisadi ve sosyal durumları mal varlıkları, oluşan maddi zararın ağırlığı ve ATK. Raporu'na göre tatminkar iyileştirme yapılması ihtimalinin düşük olduğu da gözetilerek, TMK'nın 4. maddesi gereğince davacı yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken…*" Y.15.HD. 2017/693E, 2018/2395K, 06.06.2018, Aktaran: Erdem, Doğramacı, 2020, s. 212.

[722] D.15.D. 2016/6965E, 2017/7122K, 30.11.2017; Aktaran: Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y. G. (2020). Yargı Kararları'nda Enjeksiyon ve Sorumluluklar. Legal. s. 379.

"*İcapçı nöbeti tutan genel cerrah …'ın telefonla çağrılmasına rağmen gelmemesi mevzuatta icap nöbeti tutan hekimin kuruma her davette gelmeye mecbur olduğuna ilişkin hükmüne aykırılık oluşturduğu ve belirtilen bu eksikliğin sağlık hizmetinin eksik işletildiği izlenimi yaratarak davacının manevi ızdırabını artıracağı açıktır.*"

DİDDK 2018/3628E, 2019/3629K, 09.09.2019 (Kazancı);

"*Davacının annesinin 07/11/2003 tarihinde yapılan apse drenajı ameliyatı sonrası alınan doku kültürlerinde MRSA bakterisi ürediği, bunun öncesinde bu konuda bir tespit bulunmadığı dikkate alındığında; hastanede yapılan ameliyat sırasındaki ve sonrasındaki hijyen şartlarının bu bakterinin ortaya çıkmasındaki etkisi ile davacının annesinin ölümüne dolaylı veya doğrudan MRSA bakterisinin neden olup olmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporda da bir açıklık bulunmadığı görüldüğünden, davacının, annesinin* ***tedavi sürecinde gelişen olaylar ve bunun ölümüne etkisi ile ilgili maddi gerçeğe hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle, uğradığı manevi zararın kısmen de olsa tazmin edilmesi*** *gerektiği sonucuna varılmıştır*."

[723] M. Kılıçoğlu, 2004, s. 20.

[724] Y.13.HD. 2016/19129E, 2018/2574K, 28.02.2018;

"O halde, tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, davalı tarafa izafe edilecek kusur bulunmazken, isabetli olarak maddi tazminat talebinin reddedilmesine rağmen, davalı tarafa ***hiçbir kusur izafe edilmemesine rağmen, manevi tazminat talebinin de tümden reddi gerekirken****, yanılgılı değerlendirmeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."*

7.2.4. Telafi Görüşü

Objektif teoriye dayanan bu görüşe göre manevi tazminatın amacı, manevi zararı aynen veya nakden telafi edilmesidir.[725] Bu görüşe göre; manevi zarar, kişilik hakkı ihlal edilen zarar görenin ruhsal durumunda meydana geldiğinden, tazminatın belirlenmesinde zarar görenin durumu değerlendirilmelidir. Failin kusuru, zarar görenin dışında bir unsur olduğundan, tazminatın belirlenmesinde failin kusurunun ağır ya da hafif olması değil, zarar görendeki manevi zarar esas alınmalıdır.[726]

Subjektif teoriye dayanan denkleştirme teorisinde olduğu gibi telafi görüşünde de manevi tazminatın amacı zararın objektif olarak giderilmesidir.[727] Bu sebeple manevi tazminatın tatmin ve cezalandırma işlevi bulunmadığı gibi zarar görende; elem, acı gibi duygular aranmaz ve parayla mutluluk duygusu yaratılması veya teselli edilmesi gerekli de değildir.[728]

Maddi tazminat malvarlığı ihlallerinden, manevi tazminat ise kişilik hakkı ihlallerinden doğması dışında, manevi tazminat ile maddi tazminat arasında esaslı bir ayrım yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple manevi tazminatı daha ağır şartları olan subjektif duygulara bağlamak eşitlik ilkesi ve hakkaniyete aykırıdır.[729]

TMK ve TBK'nın hiçbir maddesinde manevi tazminat isteyecek kişinin gerçek kişi olması aranmadığı gibi manevi zararı kişilik hakkı ihlalinden doğan fizik veya psişik acı, elem gibi de tanımlanmamıştır. Bu sebeple kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeye karşılık gelen nakden tazminatı reddeden görüşler, çağdaş hukuk sistemleri ile tanımlanan kişilik hakkı ve korunmasına aykırıdır. Zarar gören zarar verenle barışmış olsa bile bu davayı açabilir.[730]

7.3. Manevi Tazminatın Amaç ve İşlevinin Değerlendirilmesi

Her şeyden önce bizim de katıldığımız üzere; manevi tazminatın amacı, zarar verenin cezalandırılması değil zarar görenin zararının giderilmesidir.[731] Nitekim zaman

[725] Kırca, 1999, s. 252. Atlan, 2015, s. 68. Turan Başara, 2018, s. 255. Erlüle, 2021, s. 76.
[726] Franko, 1973, s. 126.
[727] Atlan, 2015, s. 70. Erlüle, 2021, s. 76.
[728] Kırca, 1999, s. 252. Cabıoğlu, 2012, s. 16. Eren, 2015, s. 786. Atlan, 2015, s. 69. Keskin, 2016, s. 125. Turan Başara, 2018, s. 255.
[729] Kırca, 1999, s. 256. Atlan, 2015, s. 70. Keskin, 2016, s. 126.
[730] Eren, 2015, s. 787. Erlüle, 2021, s. 79.
[731] Keskin, 2016, s. 139.

içerisinde tazmin edilmesi gereken bedel cezalarda olduğu gibi kısasa kısas kavramından telafi edici niteliğe dönüşmüştür.[732] Ayrıca ceza görüşü; kusursuz sorumluluk hâllerinde kusuru olmayanın cezalandırılmasını açıklamaktan uzaktır. İlk hâlde kusuru olmayan cezalandırılırken ikinci hâlde ise failin kusuru olmasına rağmen bu zarar fail tarafından tazmin edilmemekte yani fail doğrudan cezalandırılmamaktadır. Diğer taraftan cezalandırma düşüncesinin özel hukuk dışına çıkarılması çabasını boşa çıkarmaktadır.[733] Bu sebeple öğreti ve uygulamada terkedilmiş olan manevi tazminatın özel hukuk cezası olduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Tatmin ve denkleştirme işlevi görüşleri ise ceza işlevinin aksine, fail üzerinden değil zarar gören üzerinden zarar değerlendirmesi yapmaktadır. Bu sebeple zararın belirlenmesine değil, zarar görenin duygularını teskin etmeye yönelmektedir. Ancak kanımızca esas amaç, zarar görenin içsel ve subjektif duygularının araştırılmasından ziyade meydana gelen zararın giderilmesidir. Nitekim tatmin amacından yola çıkan denkleştirme görüşü esasında tazminatı, tatmin görüşü doğrultusunda objektifleştirme çabasıdır. Ancak ayırt etme gücü olmayan kişilerin duyguları olmadığı gibi zararı fail yerine sigortanın tazmin etmesi bu tatmin duygusuna da mani olacağı düşüncesindeyiz. Ancak denkleştirme görüşünde kabul edilen manevi zararın giderilmesinde günümüz şartlarında paranın en elverişli araç olduğuna biz de katılmaktayız.

Tatmin ve denkleştirme işlevi görüşlerine dair diğer bir mesele de tıbbi uygulama sonucu zarar gören kişi, tıbbi uygulamaların teknik bir konu olması sebebiyle kusur değerlendirmesi yapamayabileceğinden uğradığı zararı haksız ve yersiz olarak haksızlık olarak nitelendirebilir. Manevi tazminatı kişinin duyguları üzerinden değerlendirildiğinde ortaya çıkan her zarar için zarar gören, içinde bulunduğu duygu durumunun da etkisiyle doğrudan kusur değerlendirmesi yapmadan tatminine yönelik beyhude girişimlerde bulunabilir. Halbuki esenliğin ve sağlığın korunması amacına yönelik olan tıbbi uygulamaların doğası gereği zararın öngörülebilen ve izin verilen risk kapsamında komplikasyon olarak ortaya çıkması hiç de nadir değildir. Zarar gören duyguları doğrultusunda hareket ettiğinde, kusur tespit edilmese bile tatmin yaşanacağından da bahsedilemeyebilir. Ancak tazminatın tatmin için değil de objektif olarak tespit edilen kusur ve zararı telafi amacı olduğu kabul edildiğinde kişinin uğradığı zarar için duygularının ön planda olmadığı, daha objektif bir değerlendirme yapması sağlanacaktır.

[732] Oğuz, 2008, s. 27.
[733] Erlüle, 2021, s. 82.

Böylece zarar görenin yersiz tatmin duygusunun karşılığını bulamaması da engellenmiş olacaktır.

Yargıtay ve Danıştay kararlarında, açıkça belirtilmese de manevi tazminatın tamamlayıcı ve düzeltici işlevini de kullandıkları görülmektedir. Kusurun, eylem ile zarar arasında nedenselliğin veya maddi zararın tam olarak ortaya konulamadığı ve böylece maddi tazminatın kendisini sınırladığı durumlarda zarar görenin mağduriyetini gidermek için manevi tazminata karar vermektedirler. Halbuki maddi tazminat, kendi sınırlarına çarparak çerçevesinin dışına çıkamadığından; manevi tazminatın, hâkimin vicdani kanaati ve takdir yetkisi için son çare olması dışında başkaca bir amaç ve açıklaması olamaz. Nitekim maddi tazminat kapsamındaki destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm gibi büyük bir zararın olduğu kimi durumlarda, zararı tazminde oldukça yetersiz olabilmektedir. Ancak katı hesap kuralları gereği maddi tazminat sınırlarının dışına çıkılamamaktadır. Bu sebeple manevi tazminat kurumuna; kusur ile nedenselliğin tam olarak belirlenemediğinden maddi tazminat koşullarının oluşmadığı veya maddi tazminatın yetersiz kaldığı durumlarda son çare olarak başvurulabilmektedir. Örneğin küçük ölümlerinde, hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatı küçüğün ölümü ile ortaya çıkan zararın giderilmesinde oldukça yetersiz kalmaktadır.[734]

Yine SEROZAN'ın savunduğu üzere para ile keyif ya da acı çıkarma, hangi amaçla kullanılacağı hukukun konusu değildir. Diğer taraftan özellikle beden bütünlüğü zedelenmelerinde manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı ve düzeltici işlevini kabul etsek bile TBK m.56 düzenlenmesi ile manevi zarar, ayrı bir zarar kalemi olarak kabul edildiğinden, yasa koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı görülmektedir.

Günümüzde manevi tazminatı, arka planda kalan ve fail yerine kusursuz sorumluluğu üstlenen kişiler ödedikçe; manevi tazminatın, maddileşmesi sürecinde

[734] Örneğin 14 yaşında ölen küçük için destekten yoksun kalma tazminatı 165.301,40TL olarak hesaplanmıştır. Ayrıca maddi tazminata esas olabilecek kusur bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat reddedilirken manevi tazminat kabul edilmiştir. İDDGK 2019/2059E, 2020/569K, 02.03.2020;

"*Destekten yoksun kalma tazminatı tutarının hesaplanması için yaptırılan ve hükme esas alınacak nitelikte bulunan bilirkişi raporunda hesaplanan 169.376,20-TL tazminat tutarından yetiştirme, eğitim ve bakım giderleri olarak hesaplanan 4.074,84-TL'nin düşülmesi sonucu bulunan **165.301,40-TL**'nin davalı idare tarafından tazmini gerektiği,…*

Gerek Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu, gerekse Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca düzenlenen raporlarda, davacılar yakınının vefatı ile sonuçlanan uyuşmazlık konusu olayda, ameliyatı gerçekleştiren hekime ve davalı idareye kusur atfedilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında; sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinin ve davacıların yakınının vefatına bu durumun neden olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolundaki İdare Mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir."

öznel, bireysel, duygusal ve ulvi karakteri silinmektedir. Bu sebeple "*maddi zarar hesaplanır, manevi zarar takdir edilir*" anlayışı geçerliliğini yitirmiştir.[735] Ayrıca manevi tazminat için hukuken korunmakta olan kişilik hakkının ihlal edilmesi yeterli [736] olduğundan, objektif teori çerçevesindeki telafi görüşünü benimsemekteyiz. Nitekim öğretideki güncel eğilimin de bu görüşü destekler nitelikte olduğu görülmektedir.[737]

Tıbbi uygulamalar kapsamında üzerinde durulması gereken önemli bir konu da manevi tazminatın caydırıcılık ve önleyici işlevi meselesidir. Özel hukuk cezası niteliğindeki bu görüş ile manevi tazminat arasında işlevsellik açısından bir bağ ya da benzerlik kurmak kolay değildir.[738] Bu nedenle önleme ve caydırma işlevinin asıl amaç olmadığı ancak belirli alan ve durumlarda ikincil işlev olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Yargıtay, önleme ve caydırıcılık işlevini özellikle iş kazalarında[739] ve özel hastanede gerçekleşen tıbbi uygulama hataları için [740] de kullanmaktaysa da tazminatın zarardan bağımsızlaşması nedeniyle hareket noktası zarar değildir. [741] Danıştay'ın ise bu işlevi 2016 yılıyla sınırlı olarak tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili birtakım kararlarda kullanmış olduğu görülmektedir. [742] Gerek öğretide gerekse

---

[735] Serozan, 1990a, s. 86.

[736] Erlüle, 2021, s. 83.

[737] Atlan, 2015, s. 141. Keskin, 2016, s. 72. Erlüle, 2021, s. 82.

[738] Güleryüz, Zorluoğlu Yılmaz, 2019, s. 344.

[739] YHGK 2015/2672E, 2019/291K, 12.3.2019; 2015/2228E, 2019/256K, 07.03.2019; 2015/1580E, 2019/255K, 07.03.2019 (Yargıtay Karar Arama):

"… bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)"

[740] YHGK 2004/13-291E, 2004/370K, 23.06.2004 (Kazancı);

"*Davacılardan ölenin eşi H. Y. ın emekli kamu görevlisi olduğu dosya kapsamı ile belirgindir. Eşinin diğer davacıların da anne ve kardeşlerinin sağlığını riske atmamak, daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.*

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. *Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır.*

Bu ilkeler gözetildiğinde ; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerin telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun ***rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.***"

[741] Güleryüz, Zorluoğlu Yılmaz, 2019, s. 347.

[742] D.15.D. 2013/4579E, 2016/4041K, 06.06.2016; 2015/128E, 2016/606K, 04.02.2016; 2015/613E, 2016/150K, 21.01.2016:

"*Manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir*

uygulamada bu işleve yaklaşım ve kullanım alanını değerlendirdiğimizde, adı konmuş olmasa da manevi tazminatın amaç ve işlevlerinden birinin de organizasyon kusurunu önlemek ve cezalandırmak olduğu düşüncesindeyiz. Ancak bu işlev kullanılırken organizasyon imkan ve yapısı göz önünde bulundurularak önleyici ve caydırıcı işlevin etkili olabileceği alan ve durumlar özel olarak belirlenmelidir. Bu belirlemeler yapıldıktan sonra önleyici ve caydırıcı işlevi, genel sorumluluktan ayrı olarak sadece organizasyon sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bu noktada ortaya çıkan sorun, organizasyon kusuru sebebiyle tazminat miktarı arttırılmalı mı yoksa tazminatın bir kısmını organizasyon kusuruna mı hasretmek gerekir? Tıbbi uygulamalar organizasyon kusuru gibi birtakım riskleri barındırabilmektedir. Kurumsal yapılarda organizasyon sorumluluğu çerçevesinde denetim yükümlülüğü bulunmaktadır.[743] Bu çerçevede bilgilendirmenin kapsamı, yapılıp yapılmadığı, hasta dosyasının tam olup olmadığı gibi hususların denetlenmesi beklenir. Bu yükümlülükler yerine getirilmediyse meydana gelen zarar için de ayrı bir sorumluluk söz konusudur.

Örneğin bir kuruma bağlı olarak çalışan Dr. Franklin'in sterilizasyon işlemine rağmen gebelik oluşabileceğine dair Bayan E.'yi gerektiği şekilde bilgilendirmediğini ve bilgilendirme forumda da bu konuda eksiklik olduğunu varsayalım. Tazminat zararın karşılığıdır ve bu nedenle organizasyon kusuru göz önünde bulundurularak tazminat miktarının arttırılması yukarıda açıkladığımız hem ceza işlevi eleştirileri hem eşitlik ilkesi hem de objektif görüşe uygun olmayacaktır. Ancak tazminat miktarı organizasyon kusuru nedeniyle caydırıcı ve önleyici işlev doğrultusunda arttırıldıysa da bu durum açıkça belirtilmelidir ve bu işlev nedeniyle ortaya çıkan miktar, tıbbi uygulama failine doğrudan rücu ettirilmemelidir.

8. MANEVİ TAZMİNATIN ÖZELLİKLERİ

8.1. Manevi Tazminatın Yasal Dayanakları

Tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi zarar ve tazminatının yasal dayanakları konusunda kullanılacak hukuk kurallarının belirlenmesi, uygulama alanlarının belirlenmesi ve bu kuralların kendi içerisindeki ilişkilerin incelenmesi gerekir.

---

edilmesi gereğini de ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır."

[743] Doğramacı, 2016, s. 67.

8.1.1. Adli Yargı ve İdari Yargı Kıyası

Manevi tazminat genel olarak özel hukuk kaynaklı bir kurumdur. Bu sebeple manevi tazminatın belirlenmesi ile ilgili genel düzenlemeler TBK hükümleri doğrultusunda yapılmaktadır. Benzer doğrultuda İYUK'un HMK'ya atıf yaptığı konularda manevi tazminatla ilgili özel hukuk yargılama usûlleri uygulanmaktadır.[744] Ancak idarenin, kişinin manevi varlığına zarar verdiğini kabul etmenin zorluğu sebebiyle idare hukukunda manevi tazminat, özel hukuktaki gelişimine kıyasla uzun bir gelişim süreci sonunda kabul edilmiştir. Bu sebeple idarenin manevi tazminat sorumluluğu, bütünüyle idari yargı kurumlarının elinde doğup gelişerek adli yargı ile tam bir uyum ve birlik göstermemektedir.[745] Bu nedenle manevi tazminat konusunda adli yargı ve idari yargı arasında büyük ölçüde benzerlikler olsa da farklılıklar da söz konusudur ve idari yargıda, daha dar ve sınırlı bir sorumluluk ile tazmin anlayışının kabulünde kendini göstermektedir.[746]

8.1.1.1. İnsan Zararlarında Birliğin Gerekliliği

Sorumluluk hukukunun evrensel ve temel ilkeleri doğrultusunda tazminat davalarında ortak bir yöntem kullanılması, hukuksal gerekçelerin aynı olması ve tazminat hesaplarının aynı biçimde yapılması gerekir. Nitekim Anayasa m.19/son ile işaret edilen tazminat hukukunun genel prensipleri yine Anayasa m.10 ile düzenlenen eşitlik ilkesinin de gereğidir.[747]

Tıbbi uygulamalara konu olan insan açısından da durum pek faklı değildir. Kişinin yaşamı ve sağlığı için gerekli olan tıbbi hizmetlerini aldığı hizmet sunucusu farklı olabilse de meydana gelen zarar ve zararın giderilmesi, farklı hukukî usûl ve kurallara tabi olmamalıdır. Aynı zamanda sağlık hizmetlerinde, tıbbi uygulamaların standartları ile dikkat ve özen yükümlülüğünün genelliği karşısında zararın belirlenmesi ve bu zararın giderilmesindeki farklılıklar anlamlı görünmemektedir. Nihayetinde eşitlik ilkesi doğrultusunda insanda meydana gelen zararın da eşit kural ve değerler ölçüsünde giderilmesi gerekir.

---

[744] Y. Özdemir, 2019, s. 131.
[745] Akkoca, 2008, s. 57.Safiye Yılmaz, 2011, ss. 22–23.
[746] Kaplan, 2006, s. 128.
[747] Çelik, Ç. A. (2017a). İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları. Seçkin. s. 34.

Öğretide özellikle kusurun belirlenmesinde farklılık olduğu kabul edilse de zararı takdir konusunda, hukuk hâkimi ile idari yargı hâkiminin benzer konum ve ehliyette olmaları sebebiyle özel bir sorun yaşanmayacağı kabul edilmektedir.[748]

8.1.1.2. Mevcut Durum

İdare hukukunda tazminatın belirlenmesi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmayıp içtihatlar ve idare hukukunun objektif kriterleri yanında maddi tazminatta olduğu gibi kısmen de olsa özel hukuk kuralları doğrultusunda yapılmaktadır.[749] Nitekim idare hukuku alanında da devletin kişilik hakkını ihlalinden sorumluluğunda manevi tazminat için TBK hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.[750] Bu uygulamaya anayasal bir engel bulunmayıp örneğin aynı ameliyat sebebiyle aynı zararı gören kişilerin farklı yargılama usûllerine tabi olması hakkaniyete de aykırıdır.[751]

TBK m.55 ile yapılan düzenleme, idari ve adli yargıda bu birliği sağlamaya yönelik oluşturularak, idarenin sorumlu olduğu vücut bütünlüğünün zedelenmesi ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin davalarda da TBK'nın ilgili maddelerinin uygulanması gerekliliğini hüküm altına almıştır. Böylece esasında ortada bir kıyas yapılması gerekliliği bulunmamaktadır. Aksine bedensel zararlar ve ölüm ile ilgili zarar ve tazminatın belirlenmesinde, idari yargı hâkiminin uygulamakla yükümlü olduğu kanun hükümlerine işaret edilmektedir.

Bu sebeple idare hukuku kapsamındaki manevi tazminatın yasal dayanakları içinde özellikle manevi zararın tespit ve giderilmesinde TBK ilgili hükümlerinin uygulanması gereklidir.[752] Nitekim Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi Kararı'nda da idarenin sorumluluğunun idari hizmet kusuru esaslarına göre belirleneceğini, TBK hükümlerinin ise sadece zarar ve miktarın belirlenmesi için kullanılacağını hüküm altına almıştır.[753]

---

[748] Gözler, Kaplan, 2011, s. 39. Çınarlı vd., 2021, s. 277.
[749] Y. Özdemir, 2019, s. 143. Odyakmaz, Keskin, 2020a, s. 375.
[750] Antalya, 2017b, s. 38.
[751] Çınarlı vd., 2021, s. 277.
[752] Çınarlı vd., 2021, s. 277.
[753] AYM 2014/94E, 2014/160K, 22.10.2014, RG:04.03.2015/29285;
"*İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında,* ***Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu*** *sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem*

8.1.1.3. Zarar ile Sınırlılık

Öncelikle manevi tazminat konusunda idare hukuku ile özel hukuk arasındaki esas farklılık ve sorun, kusurun belirlenmesindedir. İdare hukukunda kusur değerlendirmesi özel hukuktan farklı olup kamu hukuku esaslarına göre değerlendirme yapılmaktadır.[754]

Esasında TBK m.55 ile işaret edilen hükümler, TBK'nın tüm hükümleri değildir. TBK m.55/2 ile yapılan gönderme sadece tazminat miktarının hesaplanmasında TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde değerlendirmek gereklidir. [755] TBK m.55'in, "Ölüm ve bedensel zarar" başlığı altında düzenlenmesi ve hüküm içeriğinin ölüm ve vücut bütünlüğü zararlarıyla sınırlı alanı işaret etmesinden dolayı, sadece bu başlık altındaki (TBK m.53-56) hükümlerin idari yargıda uygulanması gerekir.

Bu çerçevede örneğin, özellikle estetik cerrahi ameliyatları özel hukukta eser sözleşmesi kapsamında değerlendirse de idari yargı uygulamasında hizmet kusuru açısından diğer tıbbi müdahalelerden ayrılmamaktadır Benzer şekilde özel hukukta sözleşme ilişkisinde örneğin hekim, en hafif kusurundan dahi sorumluyken idare hukukunda tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorumluluk için ağır kusur aranmaktadır. [756] Bu örnekler TBK m.55'in, TBK'yı genel olarak değil zararın belirlenmesi ve manevi tazminat ile sınırladığını göstermektedir. Bu sebeple kamu tarafından sunulan sağlık hizmetleri için kusur değerlendirmesi idare hukuku kurallarına göre yapılması gerekse de maddi ve manevi zararın tespit ve belirlenmesi TBK hükümlerine göre yapılmalıdır.

8.1.2. Genel Olarak Manevi Tazminat Davası

Kişilik hakkının korunması kapsamında manevi zararın giderilmesine yönelik manevi tazminat davası genel kural TMK m.25 ile düzenlenmektedir.

---

ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı ***idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır.*** *Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez*."

[754] Çınarlı vd., 2021, s. 277.

[755] Çağlayan, 2016, s. 262.

[756] Çınarlı vd., 2021, s. 279.

TMK m.25 kişiliğin korunmasıyla ilgili genel bir hüküm olup, kişilik hakkı saldırılarına karşı manevi tazminat davası açılabileceğini göstermektedir.[757] Bu yönüyle manevi tazminat davası, gerçekleşmiş ve sona ermiş objektif bir saldırının subjektif etkilerini giderme amacı taşıyan bir davadır.[758] Manevi tazminat talebi için manevi zarar şart olup, ihlal kusursuz sorumluluk hâllerinden birine dayanıyorsa yine manevi zararın giderilmesi için manevi tazminat talep edilebilir.[759] Ancak hükümde manevi tazminat istemine işaret edilse de giderilmesine dair kurallar düzenlenmediğinden genel nitelikte bir hükümdür.

Diğer taraftan TMK m.26 ile adın korunması, TMK m.121 ile nişanın bozulması, TBK m.158/2 ile evliliğin butlanı, TBK m.174/2 ile boşanma gibi hâller için, manevi tazminat talebine dair özel düzenlemeler bulunmaktadır.

8.1.3. Manevi Tazminatla İlgili Özel Hükümler

TBK m.56 ve m.58, manevi zararın giderilmesini düzenleyen özel kurallardır. Ancak bu hükümler, kusur veya kusursuz sorumluluk koşulları gerçekleştiğinde uygulama alanı bulan, bağımsız niteliği olmayan normlardır. Diğer bir deyişle; tazminat talebinin kapsamı ve tazminatın türünü belirleyen hükümlerdir.[760] Nitekim sistematik açıdan bakıldığında bu hükümler, haksız fiil sorumluluğu altında düzenlendiğinden, haksız fiil hukukunda genel hüküm olarak uygulanmaktadırlar.[761]

Hükümler hem manevi zararı hem de manevi zararın giderilmesini düzenlemektedir. Yani manevi zararın tespiti de giderilmesi de bu hükümler doğrultusunda yapılmaktadır.

Ayrıca bu hükümler TBK m.114/2 gereğince, sözleşmeye aykırılık için de kıyasen uygulanacaktır.[762]

[757] Erlüle, 2021, s. 118.
[758] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 159. Eren, 2015, s. 782.
[759] Dural, Öğüz, 2015, s. 159. Atlan, 2015, s. 42. Helvacı, 2016, s. 164.
[760] Atlan, 2015, ss. 43–44.
[761] Tandoğan, 2010, s. 332. Antalya, 2017b, s. 37. Erlüle, 2021, s. 120.
[762] İnceoğlu, 2008, s. 82.

8.1.3.1. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde (TBK m.56)

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

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

Bedensel bütünlüğün zedelenmesine bağlı manevi zararlar, "maddi etkileri olan manevi zarar" olarak tanımlanmaktadır.[763] TBK m.56 ile bedensel bütünlüğü zedelenen zarar görenin, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde ise zarar görenin veya ölenin yakınlarına manevi zararı giderim olarak para ödenmesi düzenlenmektedir.

Bedensel bütünlük kapsamındaki kişinin yaşamına ve beden sağlığına yönelik saldırılar ile kişinin sağlığının korunmasında TBK m.56 hükmü özel olarak uygulama alanı bulmaktadır.[764] Beden bütünlüğü, kişinin bedeni, bedeni oluşturan organ ve dokular ile ruh sağlığından oluşmaktadır. Bedenden ayrılmış olsa da bedenle fonksiyonel bağlantı içinde bulunan organ ve uzuvların yok olması veya üreme yeteneğinin kaybı bedensel zarar olarak değerlendirilirken, bedene geri dönmesi söz konusu olmayan üreme hücreleri genel kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır.[765] Bedensel bütünlüğün ihlalinden söz edilebilmesi için sadece fiziksel acı çekmek şart olmayıp örneğin saçın kesilmesi de fiziksel bütünlüğün ihlali anlamına gelmektedir.[766]

Bedensel bütünlüğün ihlaline fiziksel olduğu kadar ruhsal bütünlüğün ihlali de neden olabilir ve bu zarar duygu, zeka, karar alma gibi yeteneklerin bozulması şeklinde ortaya çıkabilir. Ruhsal bütünlüğün ihlalini değerlendirmek hâkimin çözmesi gereken hukukî bir meseleyken ihlalin neden olduğu zararın tıbbi ve hastalık boyutunu tanımlanması için tıbbi bilirkişilerden yararlanabilir.[767]

Bedensel bütünlük sadece fizik değil ruh sağlığını da kapsadığından, ruh sağlığına yönelik tıbbi uygulamalarda meydana gelen manevi zararların da bu hüküm çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ruh sağlığı ve fizik bütünlüğü birbiriyle bağlantılı şekilde ihlal

[763] Çağlayan, 2016, s. 244.

[764] Ertaş, 1990, s. 223. Atlan, 2015, s. 45. Keskin, 2016, s. 211. Antalya, O. G. (2016b). Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması - Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi. MÜHF-HAD, 22(3), 221–250. s. 224. Antalya, 2017a, ss. 187-188. R. Demir, 2020, s. 29. Erlüle, 2021, s. 120.

[765] Antalya, 2017a, s. 187.

[766] Turan Başara, 2018, s. 221.

[767] Turan Başara, 2018, s. 221. Erlüle, 2021, s. 150.

edilebileceği gibi birbirinden bağımsız veya sadece bir tanesi ihlal edilmiş olabilir. Nitekim Yargıtay, beden gücü kaybının olmadığı, maluliyet oranının %0 olduğu bir kaza sonucu zarar görende meydana gelen sinir bozukluğu ve ruh bütünlüğü ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmetmektedir.[768]

TBK m.56, TBK m.58'e göre özel fakat tüm bedensel zararlar için uygulanabilen genel bir hüküm olduğundan şartları mevcut olduğunda öncelikle uygulanır.[769]

Tıbbi uygulamalarda idarenin sorumluluğu konusunda Danıştay'ın yaklaşımı, bedensel müdahale ile ilgili hukuka aykırılık hâllerinden biri olduğunda bedensel zarar olmasa bile sorumluluğun doğduğudur.[770] Bu konudaki diğer bir görüş ise idarenin, sunduğu sağlık hizmetlerinde manevi zarar için, tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağının varlığı aranmamaktadır.[771] Kanımızca her ne kadar müdahale bedensel bütünlükle ilgili olsa da zarar doğrudan bile bedensel zarar olmadığından TBK m.56 hükmü uygulanamaz ancak hukuka aykırı eylem aynı zamanda kişilik hakkına saldırı olduğu için, kişilik hakkına yönelik zarar için TBK m.58 kapsamında manevi tazminata hükmedilmektedir. Bu sebeple TBK m.56 hükmü için, kanunun da lafzı gereği mutlak bir bedensel zarar gereklidir.

8.1.3.2. Kişilik Hakkının Zedelenmesi (TBK m.58)

"*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."

TBK m.58 ile kişilik hakkı zedelenen zarar görenin, manevi zararına karşılık tazminat olarak para isteyebileceği düzenlenmektedir. Ancak hâkim, takdir hak ve yetkisini kullanarak tazminatın ödenmesi yerine saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir veya bu giderimi tazminata ekleyebilir. Bu

[768] Y.21.HD. 2006/4815E, 2006/7231K, 03.07.2006; Aktaran: Çelik, 2021a, s. 525.
[769] Antalya, 2017b, s. 40. Erlüle, 2021, s. 121.
[770] Hızal, Çınarlı, 2015, s. 153.
[771] Atay, E. E. (2020). Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu, Bedensel Zararların Tazmini ve Türk ve Fransız Danıştaylarının İçtihatları Üzerine Notlar. İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri 5-6 Nisan 2019 (ss. 218–276). TBB. s. 243.

sebeple genel bir hüküm olan TBK m.58 için TBK m.56'ya nazaran hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.[772]

TBK m.56 ile bedensel zarar ve ölüm hâli düzenlendiğinden, bedensel zarar ve ölüm hâli dışında kalan kişilik hakkı ihlallerinde, TBKm.56'ya nazaran genel hüküm niteliğindeki TBK m.58 uygulanacaktır. Aynı şekilde özel bir düzenleme bulunmayan kişilik hakkı ihlallerinden doğan manevi zararlarda da TBK m.58 uygulanmalıdır.[773] Bu sebeple doğrudan bedene yönelik ve bedensel niteliği olmayan hasta kayıtları, hasta dosyası gibi tıbbi uygulamalar, bedensel zedelenme ile ilişkili olmayıp değil kişilik hakkı ile ilgili olduğundan, bu gibi ihlallerde TBK m.58 hükmü uygulanmalıdır.

TBK m.58'in genel hüküm niteliği sebebiyle TBK m.56'nın bu genel hükümden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.[774] Kişilik hakkı, bedensel bütünlüğü de kapsayan geniş bir haktır. Esasında TBK m.56 ile kişilik hakkının özel ve sınırlı bir hâli olan bedensel zarar, özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple her ne kadar yukarıda idari yargıda uygulanması gereken TBK hükümlerinin m.53 ve 56 aralığı ile sınırlı olduğundan bahsetsek de TBK m.56 ve 58 arasında özel-genel hüküm ilişkisi olduğundan, TBK m.56 uygulanması sırasında koşullar sağlandığı ve genel idari yargı kural ve usûllerine aykırı olmadığı sürece TBK m.58 hükümlerinin de kıyasen uygulanması gerekir. Bu minvalde; TBK m.56 manevi tazminatı özel olarak düzenlese de TBK m.51 ve 52 tazminatın belirlenmesi ve indirilmesini genel olarak düzenlemektedir. Bu sebeple TBK m.51 ve 52 hükümlerinin de idari yargının genel kural ve usûllerine aykırı olmadığı sürece kıyasen uygulanması uygundur.

Danıştay, kanser tanılı hatalı sağlık raporu kısa sürede düzeltilse de hastanın bu sürede yaşadığı sıkıntı ve üzüntü nedeniyle manevi tazminata hükmetmiştir.[775] Kararda, ortada bedensel bir zarar bulunmamasına rağmen manevi tazminata hükmetmesi sebebiyle TBK m.56'dan ayrıştığı savunulsa da[776] esasında, her ne kadar kararda zikredilmese de, kişilik hakkı ihlali sebebiyle kıyasen TBK m.58 hükmünü uyguladığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan bir saldırı hem ruh sağlığını hem de bedensel bütünlük dışındaki kişilik hakkını ihlal ediyorsa yani iki ayrı ihlal söz konusuysa ayrı ayrı değerlendirilerek

[772] Basım, A. (2016). Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu. AÜHFD, 65(4), 2685–2723. s. 2712.
[773] Atlan, 2015, s. 44.
[774] Erlüle, 2021, s. 122.
[775] D.15.D. 2013/4336E, 2016/224K, 31.03.2016 Aktaran: Gökcan, 2017, ss. 1414–1415.
[776] Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 449.

tek bir toplam manevi tazminata hükmedilir.[777] Ancak hükmedilen bir tazminatın diğer tazminatı azaltıcı etkisi söz konusu olur.[778]

Örneğin eksik bilgilendirme ile yapılan tıbbi müdahalede, eksik kalan konuyla ilgili bedensel zarar meydana geldiğinde, hukuka aykırı müdahale nedeniyle bedensel zarar meydana gelmiş olacağından TBK m.56 hükmü uygulanacaktır. Ama bu eksiklikle birlikte müdahaleye ait rıza formu da kaybolduğunda TBK m.58 hükmü m.56 ile uygulanacaktır.

8.2. Manevi Tazminatın Bütünlüğü

Manevi tazminatın kısmi dava konusu ve belirsiz alacak davası olabilmesi, manevi tazminatın bölünebilir olup olmaması ile ilgilidir.[779] Eğer manevi tazminatın bölünebilir olduğu kabul edilirse manevi tazminat, doğrudan kısmi dava ve belirsiz alacak davası konusu olabilecektir.

Yargıtay, manevi tazminatı bölünemez olarak kabul ederek[780] bunu bir ilke hâline getirmiş[781] ve manevi tazminatın bölünememesine çeşitli sonuçlar da bağlamaktadır. Örneğin tazminat davasında müteselsil sorumlulardan birisi hakkındaki davadan feragat edilmesi durumunda, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi sebebiyle diğer müteselsil sorumlular da manevi tazminat borcundan kurtulmaktadır.[782]

Öğretide manevi tazminatla ilgili özel durumların belirlenmesi ve miktarının saptanmasında hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunduğundan bu takdir yetkisi ile niteliği gereği, manevi tazminatın bölünemeyeceği ve tek bir olay için tek bir sefer talep edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[783] Ayrıca manevi tazminat talebi para alacağı olsa

---

[777] Antalya, 2017a, s. 177.

[778] Antalya, 2017b, s. 40.

[779] Keskin, 2016, s. 278. Antalya, 2017b, s. 42.

[780] YHGK 2014/127E, 2015/788K, 28.01.2015; 2005/21-665E, 2005/712K, 07.12.2005 (Lexpera): "*Manevi tazminatın bölünmezliği ve tekliği ilkesi gözetilerek manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istenemeyeceğinden ve uğranılan manevi zarar nakdi tazminatın bir bölümü ile karşılandığından artık aynı olay nedeniyle yeniden manevi tazminat istenemez*."

[781] Antalya, 2017b, s. 43. Gökcan, H. T. (2016). Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku (4.Baskı). Seçkin. s. 850.

[782] YHGK, 2015/837E, 2019/253K, 07.03.2019; Y.21.HD, 2017/6628E, 2019/903K, 12.02.2019 (Yargıtay Karar Arama). Yener, A. (2020). İşverenin İşleten Sıfatıyla Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtuluş Koşulları. İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 233–264). TBB. s. 260.

[783] Orhunöz, E. (1999). Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde-47). Seçkin. s. 47. M. Kılıçoğlu, 2004, s. 22. Çınarlı, S. ve Ağar, B. (2017). İdari Yargılama Hukukunda Dava Değerinin Arttırılması. Terazi Hukuk Dergisi, 12(129), 22–32. s. 30.

da esas alınması gereken tazminat değil manevi zararın kendisi olduğundan, para ile tazmin etmeye yönelen maddi zararın kendisi bölünebilir değildir ve acı ve elemin bölünerek parça parça talep edilmesi manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırıdır.[784]

Ancak sonradan ortaya çıkan nedenlerle manevi tazminatın ikinci kez talep edilmesinin, bölünmezlik ilkesiyle çelişmediği kabul edilmektedir.[785] Yargıtay da manevi tazminatın bölünmezlik ilkesine özellikle bedensel zararlar bakımından istisna getirmiş, vücutta sabit bir iz kalması ya da tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirmesi gibi zarar sonucunun ilk davada öngörülemez olması şartıyla ek dava açılmasına izin vermektedir. Yargıtay bu davayı ek dava olarak görmeyip öngörülemeyen zarar sonucunu yeni bir olay olarak değerlendirmekte ve farklı bir dava sebebine göre açılmış, bağımsız bir dava olarak nitelendirmektedir.[786]

8.2.1. Manevi Tazminatın Kısmi Dava Konusu Olması

Kısmi dava, HMK m.109 ile "*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir*." şeklinde düzenlemektedir. Bu düzenleme maddi veya manevi tazminat ayrımı yapmadığı gibi mevzuatta manevi tazminatın bölünmezliğine işaret eden bir hüküm de bulunmamaktadır.

Öğreti ve uygulamada genel olarak, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereği, manevi tazminatın kısmi dava konusu olamayacağı savunulmaktadır.[787] Ancak kısmi dava, davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil belirli bir kısmını talep ettiği dava olarak tanımlandığından, davacının tahkikat aşaması sonunda, alacak belli bir hâle ulaştıktan sonra talebin arttırılabilmesinin hakkaniyete uygun olacağı savunulmaktadır.[788] Ayrıca manevi tazminatın kısmi dava olarak açılmasında hukukî bir engel olmayıp, uygulamanın manevi tazminatı para ile belirlemesi ve para borcu olarak nitelendirilmesi de bu görüşü desteklemektedir.[789]

---

[784] Kazmaz Tepe, B. (2020). Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi. DEÜHFD, 22(2), 1123–1153. s. 1144.

[785] Orhunöz, 1999, s. 49. M. Kılıçoğlu, 2004, s. 23. Gökcan, 2016, s. 851.

[786] Kazmaz Tepe, 2020, s. 1145.

[787] Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası). Filiz. s. 928. Orhunöz, 1999, s. 47. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1223. Tutumlu, M. A. (2015). Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası. Seçkin. s. 196. Gökcan, 2016, s. 850. Kazmaz Tepe, 2020, s. 1149. Er vd., 2021, s. 659.

[788] Narter, 2014, s. 1176. Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). Pekcanıtez Usul - Medeni Usul Hukuku Cilt II. On İki Levha. s. 1044.

[789] Karahasan, 2001, s. 71.

Manevi tazminatla ilgili kısmi davanın esas faydası, yargılama ile eninde sonunda belirlenecek manevi tazminatla ilgili hassas ayarlamanın yapılabilmesidir. Diğer taraftan aynı olay için yeni bir dava sürecinin oluşması engellenmiş olacaktır.[790]

Yargıtay yaşanan acı ve ızdırabın zamana yayılamayacağı, hâkimin takdir yetkisinin bölünemeyeceği ve manevi tazminatın bir kısmının saklı tutulmasını, manevi tazminatın niteliği ile bağdaşmadığını kabul etmektedir.[791]

Yargıtay'ın bu görüşü; manevi tazminat davalarının genel olarak para alacağı olsa da maddi tazminatta olduğu gibi miktarın önceden belirli olmadığı ve ayrıca hükmedilecek edimin para olduğunda bölünebilir nitelikte olması sebebiyle eleştirilmektedir.[792] Ayrıca bedensel zarar ve ölümde zarar, bir anda meydana gelip sona ermemekte ve dolayısıyla acı zamana yayılmaktadır.[793] Sorun manevi tazminatın bölünememesi değil, manevi zararın bölünmezliğinin (ölçülemezliği) manevi tazminat kavramına hatalı monte edilmesidir.[794]

Bedensel zararlar konusunda Yargıtay kendi görüşüne istisna getirerek, zarar sonucunun ilk davada öngörülemez olduğu durumlarda, öngörülemeyen durum için bağımsız bir eda davası açılmasına izin vermese de zaten öngörülemeyen zarar için bağımsız bir dava açılabilir.[795] Bu istisnalardan biri zarar görenin yüzünde sabit eser kalması olarak gösterilmektedir.[796] Ancak örneğin, ilk davada tedavinin birden fazla ameliyat gerektirdiğinin öngörülmesi ancak sonuçların belirlenememesi gibi, meydana gelmesi öngörülen ancak sonuçları kestirilemeyen bu gibi zararlar için durum farklıdır. Bu durumda öngörülebilir, ancak sonuçları belirlenemeyen manevi zararlar için kısmi dava açılabilir ve bu zararlar dava kapsamı dışında tutulmalıdır.[797]

8.2.2. Manevi Tazminat ile Belirsiz Alacak ve Tespit Davaları

Belirsiz alacak davası HMK m.107/1 ile "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden*

[790] Stamm, 2016, s. 211.
[791] Antalya, 2017b, s. 43.
[792] Nomer, H. N. (2000). Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür? İÜHFM, LVIII(1–2), 221–229. s. 229. Keskin, 2016, s. 281.
[793] Basım, 2016, s. 2704.
[794] İyimaya, A. (1990). Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları. s. 248.
[795] Kazmaz Tepe, 2020, ss. 1144–1145.
[796] Y.4.HD. 9223/3428, 14.05.1998; Aktaran: Tutumlu, 2015, s. 197.
[797] Kazmaz Tepe, 2020, s. 1145.

beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukukî ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir." şeklinde düzenlenmektedir.

Manevi tazminat miktarını hâkim takdir edeceğinden tam ve kesin olarak belirlenmesinin imkansız olması sebebiyle, manevi tazminat talebinin belirsiz alacak davasına konu olabileceği savunulmaktadır.[798] Manevi tazminat talebinin, belirsiz alacak davası zihniyetiyle örtüştüğü, manevi tazminat talebinde bulunurken dava açarken talep edilen miktarların hayali olduğu, hak kaybı yaşamamak için bu hayali miktarları öne sürdüğü ve bu sebeple yargılama masraflarının külfet oluşturduğu belirtilmektedir.[799]

Ayrıca HMK m.106 ile düzenlenen genel tespit davaları doğrultusunda, manevi tazminat talepleri için genel olarak tespit davası açma imkanı bulunmaktadır. Tespit davası sonucunda gerek kabul, gerekse ret kararı verilsin, verilen her iki türlü karar da tespite yöneliktir.[800] Nihayetinde hâkimin ihlali kınayan bir karar vermesi talebini içeren bir dava, manevi tazminat fonksiyonlu bir tespit davasıdır.[801]

Ancak; zaten paranın manevi zararın tam karşılığı olmadığı, tabiatı gereği belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği ve manevi tazminat miktarının ancak hâkimin takdir açıklaması yani dava hakkındaki kanaatini belli etmesiyle belirlenebileceği sebepleriyle, manevi tazminatın belirsiz alacak konusu olmayacağı belirtilmektedir.[802] Diğer taraftan manevi tazminatın, maddi tazminattan farklı olarak telafi işlevi dışında tatmin ve hatta cezalandırma işlevi de bulunduğundan, belirsiz alacak davasına konu olamayacağı savunulmaktadır. [803] Ayrıca manevi tazminat zarar gören kişinin acı ve eleminin giderilmesini amaçladığından, kişi öngördüğü miktarı belirleyerek tazminat isteyebileceği belirtilmektedir.[804] Diğer bir görüş ise; gelişmekte olan zararlarda, sonuçlar öngörülemiyorsa manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceğini ancak; bedensel zararın niteliği gereği, zararın sonuçları yargılama sürecinde ve hüküm aşamasında dahi belirlenebilir hâle gelmeyebileceğinden, manevi

[798] Nomer, 2000, s. 228. Pekcanıtez, H. (2009). Belirsiz Alacak Davası. DEÜHFD, 11(Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), 509–552. s. 528. Keskin, 2016, s. 279. Çelik, 2019a, s. 84. Kazmaz Tepe, 2020, s. 1129. Çelik, 2021c, s. 331.

[799] Narter, 2014, s. 1166. Kazmaz Tepe, 2020, s. 1141.

[800] Akkuş, 1991, s. 80. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1129. Narter, 2014, s. 1172.

[801] M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1129.

[802] Bu konudaki görüşler için: Keskin, 2016, ss. 280–281.

[803] Franko, 1973, ss. 123–124. Tanrıver, S. (2016). Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 153–173). TBB. s. 170.

[804] Tutumlu, 2015, s. 199.

tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına izin vermenin sorunun çözümü için yeterli olmayacağı yönündedir.[805]

Yargıtay, manevi tazminat davaları konusunda, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi doğrultusunda, tespit davası yanında belirsiz alacak davasını da kabul etmemektedir.[806]

Kanaatimizce manevi tazminat, belirsiz alacak davasına konu olabilir niteliktedir. Her şeyden önce manevi zarar para ile ölçülemez ve belirlenmesi tamamıyla hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hatta yargı kararlarındaki belirsizlik nedeniyle yargılamanın tarafı olan avukatlar bile ne kadar manevi tazminat istemeleri gerektiğini bilmemektedir.[807] Ayrıca tıbbi uygulamalardan kaynaklanan zararların tespiti çoğu zaman teknik bir konudur ve zararın belirlenmesi için bilirkişi görüşüne ihtiyaç bulunmaktadır. Hem zararın belirlenmesi teknik bir konuyken hem de belirlenen zararın parasal takdiri hâkime aitken zarar görenin bu iki büyük bağımsız değişken karşısında uygun ve doğru bir talepte bulunabilmesi gerçekçi değildir.

8.2.3. Manevi Tazminat Talebinde Dava Değerinin Arttırılması

Genel olarak maddi tazminat davası açıldıktan sonra, davacının ıslah yoluna başvurarak manevi tazminat talebinde bulunmasını engelleyen bir usûl kuralı yoktur. Davacı ıslah yoluna başvurarak, davasını tamamen değiştirerek, eski dava yerine yeni bir dava ikame etme hakkına sahip olduğu gibi ıslah yoluyla davaya yeni talepler de ilave edebilir. Bu doğrultuda haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat davasında, manevi tazminatın ileri sürülmesine iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı engel olduğundan, manevi tazminat talebi, istisna olarak ıslah yoluyla ileri sürülebilir.[808]

İdare hukuku açısından 2577 s. İYUK m.16/4 "*Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar*

[805] Kazmaz Tepe, 2020, s. 1143.

[806] Y.10.HD. 2020/7249E, 2020/6918K, 24.11.2020;

"*İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağının miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevi tazminat istemi manevi tazminatın bölünemezliği kuralına aykırı bir biçimde* ***kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılamaz ve manevi zararın HMK'nın 107.maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez***."

[807] Çelik, 2019a, s. 79. Çelik, 2021c, s. 329.

[808] Akil, C. ve Mıdık, B. (2017). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Manevi Tazminat Talebinin Islah Yoluyla Davaya Dahil Edilemeyeceğine İlişkin 15.06.2016 Gün ve 2014/4- 1193, 2016/800 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler. İzmir Barosu Dergisi, 82(2), 127–158. s. 152.

verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir." şeklindedir. İdari yargılamada dava dilekçesindeki miktarla bağlı kalmayıp yargılamanın son aşamasına kadar dava değerini arttırmaya imkan veren bu hüküm, ıslah veya kısmi dava değil HMK m.107 ile düzenlenen belirsiz alacak davasına benzer niteliktedir.[809]

Hükümde maddi ve manevi zarar ayrımı yapılmamaktadır.[810] Ancak dikkat edilmesi gereken sadece tazminat miktarının artırılması mümkün olduğundan, maddi tazminata manevi tazminat veya manevi tazminata maddi tazminat eklenmesi mümkün değildir.[811] Danıştay'ın yaklaşımı da manevi tazminatın arttırılabileceği yönündedir[812] ve bu yönde çeşitli kararları[813] mevcuttur.[814] Bu sebeple manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin idari yargılamada uygulanması gerektiği savunulurken[815] diğer taraftaki bir görüş ise manevi tazminatın bölünmezliği kabul edilse bile en azından gelişen durumlar karşısında idari yargının daha esnek olduğunu kabul etmektedir.[816] Zarar görenin, dava açıldıktan sonra manevi zararını arttıran durumlar ile karşılaşması mümkündür. Örneğin

[809] Çelik, 2017a, s. 52. Çınarlı vd., 2021, s. 303.

[810] Çelik, 2017a, s. 69.

[811] Y. Özdemir, 2019, s. 151.

[812] Türkoğlu, S. (2020). İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu. İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri 5-6 Nisan 2019 (ss. 58–67). TBB. s. 67.

[813] D.15.D.2018/1314E, 2018/5615K, 05.06.2018:

"*Tam yargı davalarında istemle bağlı olma kuralının sebep olduğu hak kayıplarının giderilmesi amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına, 30/04/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile, "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir." cümlesi; aynı Kanun'un 5. maddesi ile de, 2577 sayılı Kanuna Geçici 7. madde olarak, "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır. " cümlesi eklenmiştir.*

Nitekim, 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (Tasarının 3.maddesi) gerekçesinde, 'AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır.' ifadesine yer verilmiştir."

[814] Y. Özdemir, 2019, s. 152.

[815] Özbudak, C. (2015). İdari Yargıda Dava Değerinin Artırılması ("mış Gibi" Bir Yasama İşlemi). Terazi Hukuk Dergisi, 10(106), 128–135., s. 132.

[816] Küfüdür, B. (2020). İdari Yargıda Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davası Açılması, İdarenin Sorumluluk Türleri ve Usul Hükümlerinin Uygulanması. İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 685–732). TBB. s. 719.

geçici bir hastalığa yakalanan kişinin dava sırasında hastalığının kalıcı olduğunu öğrenmesi hâlinde manevi zararı artacaktır.[817]

Diğer taraftan manevi tazminatta dava değeri arttırıldığında ıslah edilen tutara ilişkin faizin hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı, ıslahın hangi aşamada yapılması gerektiği konularında hukukî tartışmalar devam etmektedir ve bu konuların içtihatlarla çözüme kavuşmasına ihtiyaç bulunmaktadır.[818]

İdari yargıda; dava değerinin arttırılması imkanı sayesinde, içtihatlarla kabul edilen manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin mutlak bir kural olmadığı ve bölünebilirliğin uygulanabilir olduğu gösterilmektedir. Böylece manevi tazminat, kısmi dava benzeri bir usûl ile bölünerek talep edilebilmektedir. İdari yargıda manevi tazminatla ilgili usûl ve kuralların genel olarak özel hukuktan alındığı kabul edildiğinde, idari yargılamada kullanılan bu usûlün medeni usûl hukukunda da kısmi dava için uygulanabileceği kanaatindeyiz.

8.3. Manevi Tazminatın İstisnai ve İkincil Nitelikte Olmaması

TBK m.58'de manevi tazminat için ihlalin belirli bir ağırlıkta olması aranmadığından, manevi tazminatın istisnai nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.[819] Her ne kadar kanunda belirtilmese de manevi tazminat için ihlalin belli bir ağırlıkta aranması gerektiği savunulsa bile iddia manevi tazminatı istisnai bir hâle getirmemektedir ve kişilik hakkı ihlalinde belli bir ağırlık aranması ile mülkiyet hakkının daha az bir koruma sağlanması hukuk düzeni açısından kabul edilemez.[820] Kişilik hakkının ihlalinin ağırlığı, manevi tazminat için değil tazminatın biçiminde ve belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir durumdur.[821]

Manevi tazminatın, denkleştirmeye ilişkin tüm yollar tüketildikten sonra maddi tazminatın yetersiz kaldığı sosyal sorumluluk hâllerinde kullanılan ikincil bir yaptırım olduğu görüşü, manevi tazminat talebinin istisnai nitelikte olmaması nedeniyle uygun

[817] Çınarlı, Ağar, 2017, s. 30.
[818] Küfüdür, 2020, s. 715.
[819] Atlan, 2015, s. 78. Antalya, 2017b, s. 44.
[820] Atlan, 2015, s. 78.
[821] Antalya, 2017a, s. 171.

değildir.[822] Bu nedenle manevi zararın başka türlü giderilmiş olması, sorumluluğun unsuru değil, sorumluluktan doğan tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.[823]

[822] Antalya, 2017b, s. 45.
[823] Antalya, 2017a, s. 172.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

Genel olarak manevi tazminatın belirlenmesinde, ne özel hukukta ne de kamu hukukunda, maddi tazminatta olduğu somut ölçütler bulunmamaktadır. Bu sebeple manevi zararın tazminini tariflerle bir sınır içine almak zordur.[824]

İdare hukukunda manevi tazminatın belirlenmesine dair özel hükümler bulunmayıp, yukarıda açıkladığımız üzere TBK ilgili özel hükümleri doğrudan ve genel hükümleri ise idare hukuku genel kural ve usûllerine aykırı olmadıkça kıyasen uygulanmaktadır.[825]

Manevi tazminatın belirlenmesi, kişilik hakkı ihlaline bağlı zararın giderilmesinde, en önemli sorundur.[826] Özellikle öğretide, bu soruna yönelik olarak kanun hükümleri çerçevesinde, arayış içerisine girilmiş çeşitli ilke ve kurallar kabul edilmiştir. Manevi tazminatın belirlenmesindeki en temel kural, kanun hükmünün işaret ettiği TMK m.4 ile düzenlenen hâkimin takdir yetkisidir.

9. HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ

Kanunlardaki genel ve soyut nitelikteki kuralların, toplum ihtiyaçlarına ve hayatın gereklerine uydurulabilmesi ve bu somut olaylara uygulanabilmesi, hâkime oldukça geniş takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır.[827] TMK m.4 ile tanınan bu yetki sadece hukuk hâkimi için değil takdir yetkisi tanındığı ölçüde idari yargı hâkimi için de geçerlidir ve hukukun uygulanmasında birlik ve hukukî güvenliğin sağlanması bakımından gereklidir.[828]

[824] Kudat, A. (1966). Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir. Ajans-Türk Matbaası. s. 54.

[825] Bu bölüm altında bahsedilen hususlar genel olarak idari yargılama için de geçerlidir ve istisna durumlar ayrıca işaret edilecektir.

[826] Keskin, 2016, s. 305.

[827] Edis, S. (1973). Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi. AÜHFD, 30(1), 169–196. s. 169.

[828] Edis, 1973, s. 171.

TBK m.56 ile düzenlenen "*uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir*" ifadesi ile öğreti[829] ve uygulamada[830] manevi tazminat konusunda adli ve idari yargı hâkimine geniş bir takdir hakkı verildiği kabul edilmektedir.

Manevi zararın, maddi zararda olduğunun aksine tam olarak belirlenememesi sebebiyle hesaplanmasından değil, hukuka ve hakkaniyete göre hâkim tarafından takdirinden bahsedilmektedir.[831] Medeni hukukta pek çok hükümde hâkime takdir yetkisi tanınmış ancak bununla yetinilmeyip aşkın veya değişik şekillerde kullanılmasını önlemek için TMK m.4 ile hukuk ve hakkaniyet çerçevesinde temel bir ilke belirlenerek bu yetki verilmiştir.[832]

Ancak hâkimin takdir yetkisi ile hâkimin hukuk yaratması gereken kanun boşluğu birbiri ile karıştırılmamalıdır. Hâkimin takdir yetkisini kullanacağı hallerde kanunda bir hüküm varken bu hükmün içinde (*intra legem*) bilinçli bir boşluk bulunmaktadır. Ancak hâkimin hukuk yaratması gereken hallerde ise kanunda hiç hüküm bulunmamaktadır.[833] Hâkim bu boşluktaki takdir yetkisini kullanırken, boşluğunu doldurduğu hükmün çizdiği sınırlarla ve özellikle hükmün amacıyla ve korumak istediği menfaat ile bağlıdır.[834]

Esasında takdir yetkisinin kullanılması, bir bakıma kanun boşluğunun doldurulmasına benzemektedir. Hâkim takdir yetkisini kullanırken bulduğu çözümü yasa koyucu da çözüm olarak benimseyebilmelidir. Nitekim yasa koyucu, kendi öngördüğü kural içinde, yine kendisinin benimseyebileceği bir çözümü sağlaması için hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken benzer olaylar için uygulanabilir bir çözümün bulunması, toplumun ortak vicdanında bir tepkinin doğmaması açısından zorunludur. Bu nedenle hâkimin takdir yetkisi, benzer olaylarda uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesini beraberinde getirmektedir ve bu ilke, takdir

---

[829] Franko, 1973, s. 160. Tandoğan, 2010, s. 342. Gökcan, 2016, s. 850. R. Demir, 2020, s. 31. Erlüle, 2021, s. 438.

[830] D.15.D. 2015/7128E, 2016/606K, 04.02.2016.

"*Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği* ***takdir edilecek miktarın*** *aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir miktarda olması gerekmektedir.*

Manevi tazminat, evrensel hukukta eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuru da ön plana alınmaktadır. Gelişen hukuktaki bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde, tatmin olma duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda ***manevi tazminat takdir edilmesi gereğini*** *de ortaya koymakta ve vücut bütünlüğü yanında ruh sağlığını da içeren kişi haklarının önemini vurgulamaktadır.*"

[831] Karahasan, 2001, s. 100. Antalya, 2017b, s. 75.

[832] Edis, 1973, s. 170.

[833] Edis, 1973, s. 173. Oğuzman, Barlas, 2015, s. 92.

[834] Edis, 1973, s. 174. Oğuzman, Barlas, 2015, s. 94.

yetkisinin tanıma amacını (*ratio legis*) da doğrulamaktadır.[835] Bu nedenle hâkimin takdir yetkisini kullanırken, benzer olayları değerlendirmesi veya bunun için bir ölçüt kullanması takdir yetkisinin gereğidir.

.Manevi tazminatın belirlenmesi hâkim takdirinde olması sebebiyle hâkim tazminatın belirlenmesinde bilirkişiye başvuramaz. Ancak bedensel zarar veya ruhsal hastalık meydana geldiyse bunun tespit ve değerlendirilmesi için tıp hekimi görüşüne başvurması gerekebilir.

9.1. Hakkaniyet Çerçevesi

TBK m.56 hükmündeki "*uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir.*" ifadesi ve TBK m.58 ile hâkime tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınırken TMK m.4 ile tazminatın talebi, miktarı ve biçimi konusunda hakkaniyet çerçevesi çizilmiştir.[836]

Hakkaniyet, temel haklar ve özgürlüklerin korunması ve kaynakların adalet ilkesine uygun olarak dağıtılmasıdır. Hakkaniyet çerçevesinde adalet ilkesi yapılandırırken temel haklar ve özgürlükler, ekonomik kazançtan daha önemli olmalıdır.[837] Bu sebeple hakkaniyet, hâkimin sonuca ulaşırken temel hak ve özgürlükleri koruyarak menfaatler dengesini gözetmesidir.[838]

Hâkimin takdir yetkisinin genel çerçevesi hakkaniyet ile çizilirken, kanun hükmü "*olayın özelliklerini göz önünde bulundurma*" ölçütü ile izlenecek yönteme işaret etmektedir.[839] Hâkimin olayın özelliğini göz önünde bulundurması sadece hakkaniyeti değil manevi tazminatın amaç ve işlevi, hukuk güvenliği ve eşitlik ilkesi, keyfiyet yasağı ve taraf menfaatleri gibi olayın tüm hukukî özelliklerini dikkate alması gerektiğine işaret etmektedir.[840] Nitekim hâkimin takdir yetkisini kullanırken uyması gereken benzer olaylarda uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesi, hakkaniyet kavramı içinde yer alan hukukî güvenlik ilkesi ile eşitlik ilkesini de kapsamaktadır.[841]

[835] Edis, 1973, ss. 179-180.
[836] Atlan, 2015, s. 91. Keskin, 2016, s. 282. Antalya, 2017b, s. 74. Erlüle, 2021, s. 442.
[837] Kabadayı, T. (2013). "Hakkaniyet" Adaletin Temelidir. PÜSBED, 15, 49–57. ss. 53–54.
[838] Dural, M. ve Sarı, S. (2015). Türk Özel Hukuku Cilt I (10. Baskı). Filiz. s. 133.
[839] Atlan, 2015, s. 92.
[840] Kudat, 1966, s. 62. Erlüle, 2021, s. 442.
[841] Edis, 1973, s. 180.

Her insanın kişilik hakkı ihlali karşısında hissettiği manevi zarar farklı olacağından hâkimin ortalama, objektif bir ölçütü esas alması gerekir ve somut olayın özelliği kararın verilmesinde önemli bir ağırlığa sahiptir.[842] Bu sebeple, hâkimin belirsiz ve bir anlamda keyfi takdir yetkisine bir ölçüt bulunması gerekir.[843] Somut olayın değerlendirilmesinde olayın bütün özelliklerinin değil hukukî anlamda önemli olan hususların dikkate alınması gerekir ve ayrıntı olarak nitelendirilebilen, hukukî açıdan önemsiz kabul edilebilen objektif hususların göz ardı edilmesi gerekir.[844] Hâkimin sadece hastaların uğradıkları haksız ve ızdıraplı durumu göz önünde bulundurup hekimin, kendi menfaatlerini hastasının menfaatleri önünde tutarak sarf ettiği gayret ve psikolojisini göz ardı ederek hafif ve maruz görülebilecek objektif kusurlardan hekimi sorumlu tutmalarının rasyonel ve adil olmayacağı belirtilmektedir.[845] Bu nedenle somut olayın özelliklerinin, ortalamadan önemli ölçüde sapma olması hâlinde dikkate alınması gerekir.[846]

Diğer taraftan hâkimin olayı bireyselleştirebilmesi için somutlaştırması ve benzerlerinden ayırması da gerekir.[847] Bu nedenle hâkimin hakkaniyet çerçevesinde, tarafların korunmaya değer menfaatleri arasında bir değerlendirme yapması gerekir. Bu değer yargısı, hâkimin kişisel değerlerine dayalı olsa da hukuk çerçevesinde, hâkimin subjektif ve keyfi düşüncelerini içermeyen, somut olayın özelliklerini objektif şekilde gerekçeleriyle birlikte ortaya koyan bir karar[848] olmalıdır.[849] Böylelikle her hakkaniyet kararının bir genellik arz ettiği söylenebilecek ve benzer olaylar söz konusu olduğunda aynı yönde kararlar verilmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle İsviçre hukuk uygulamasında da benzer olaylar söz konusu olduğunda, benzer miktarlarda manevi tazminata hükmedilebilmektedir.[850]

Görüleceği üzere hakkaniyet ilkesi, zarara konu olayı; subjektif unsurlar da dahil olmak üzere önemsiz sayılabilecek unsurlardan arındırarak somutlaştırmakta ve menfaat

---

[842] Karahasan, 2001, s. 101. Atlan, 2015, s. 92.
[843] Çelik, 2021c, s. 328.
[844] Akyol, Ş. (1995). Medeni Hukuka Giriş. Filiz. s. 340.
[845] Belgesay, 1953, s. 15.
[846] Atlan, 2015, s. 92. Kemper, 2016, s. 85.
[847] Özsunay, E. (1981). Medeni Hukuka Giriş. Güryay Matbaacılık. s. 244.
[848] YHGK 2017/34E, 2020/870K, 11.01.2020; 2006/4-319E, 2006/344K, 07.06.2006 (Yargıtay Karar Arama):
"*Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona* ***etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir***."
[849] Antalya, 2017b, s. 76. Erlüle, 2021, s. 441.
[850] Erlüle, 2021, s. 443.

dengesini gözetmektedir. Bu nedenle, objektif bir çerçeve belirlemeye yöneldiğinden, objektif teori ile uyum göstermektedir.

9.2. Manevi Zararın İspat ve Belirlenmesi

Kural olarak TMK m.6 ve TBK m.50/1 hükümleri gereğince zarar gören, zararını ispat etmekle yükümlüdür. İdari yargılama mevzuatında ispata ilişkin özel hüküm bulunmadığından buradaki genel hükümler idari yargılama usûlünde de geçerlidir.[851]

TBK m.50/1 ile düzenlenen, davacının zararını ve miktarını ispat yükünden kurtulabilmesi için, zararın gerçek miktarının ispat edilmesinin imkansız olması veya bu ispatın davacıdan beklenmemesi gerekir.[852] Zararın miktarının ispat edilememesi, manevi zararda olduğu gibi zararın kendisine özgü niteliği ve özelliğinden veya zarar görenin bunu ispat edememesinden kaynaklanabilir.[853]

Ancak uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, TBK m.50/2 doğrultusunda; hâkim, olayın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

Maddi zararın aksine manevi zararın somut delillerle tespit edilebilmesi mümkün değildir.[854] Ayrıca bazen bunun ispatı daha zor veya masraflı olabileceğinden hâkim ispatlanabilir iktisadi değer taşıyan unsurlar dışındaki zararın miktarını hakkaniyete göre belirlemelidir.[855] Keza bedensel zarardan doğan manevi tazminat için bedensel zararın ayrıca ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır.[856] Kanımızca, manevi zarar konusunda geliştirilen teorilerin esas amacı da ispat edilemeyen bu zararların tespit edilmesine, belirlenmesine yönelik bir çözüm arayışıdır. Bu doğrultuda TBK m.50/2 hükmü gereği, manevi zararın ispat ve tespitinde hâkim, hakkaniyete göre karar vermelidir.

Yargıtay, manevi tazminat talebi konusunda, sadece zarar gören için değil zarar görenin yakınları için de zararı kanıtlama yükümlülüğü aramamakta ve bu konuyu, olayın özelliğine göre hâkim takdirine bırakmaktadır.[857] Ayrıca Yargıtay, TBK m.56

[851] Çınarlı vd., 2021, s. 245.
[852] Tandoğan, 2010, s. 263.
[853] Antalya, 2017a, s. 202.
[854] Akipek Öcal, 2020, s. 71.
[855] İnal, H. T. (2010). Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 71–72, 70–90. s. 90.
[856] Tutumlu, 2015, s. 214.
[857] Y.4.HD.2013/3161E, 2014/231K, 14.01.2014;

doğrultusunda manevi tazminat talep edilebilmesi için haklı olarak, bedensel zararın ispat edilmesini aramaktadır.[858]

9.3. Hâkimin Subjektif Düşünce Yasağı

Hâkim, takdir yetkisini hakkaniyet çerçevesinde kullansa bile her hakkaniyet kararı yine de hâkimin kişisel, subjektif değer yargısından izler taşımaktadır.[859] Manevi tazminat, belirlenmesi zor bir zararı para ile giderme amacı güttüğünden, miktarının belirlenmesi başlı başına bir takdir işidir.[860] Bu doğrultuda, hâkimin takdir yetkisinin önemli özelliği, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olması ve takdir anında tümüyle kişisel yetenekleri, bilgi ve görgüsü ile baş başa olmasıdır.[861] Esasında değer yargıları hiçbir zaman objektif nitelikte olamayıp, doğaları gereği takdir yetkisini kullanan hâkimin karar anındaki ruh hâli, cinsiyeti, dünya görüşü, yaşam tarzı ve tecrübelerine gibi sebeplerle değişmekte ve şekillenmektedir.[862]

Örneğin tıbbi uygulamalarla ilgili olarak; tıbbi uygulamaların teknik ve uzmanlık gerektiren karmaşık niteliği karşısında hâkimin kendisini hizmet sunan tarafında görmesi pek mümkün değildir. Ancak hâkim de nihayetinde insan olduğundan kendi yaşamında çeşitli sağlık problemleri yaşaması, daha da önemlisi hasta veya hasta yakını olması, olmuş olması pek muhtemeldir ve dava karşısında kendisini hasta yerine koyarak zarar gören tarafa sempati duyması mümkündür. Hâkimin somut olayı değerlendirmede çözüm arayışı içerisinde, menfaatleri gözetmesi açısından kendisini tarafların yerine koyarak

---

"*Dosya kapsamından, davacılardan H. D.'ın kaza nedeniyle iyileşmesi olanağı bulunmayan şekilde, tekerlekli sandalyeye mahkum hale geldiği anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi gözönüne alındığında; adı geçenin eşi olan davacı M.. D..'ın da, olay nedeniyle kişisel değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup;* ***bu bakımdan, ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadığı benimsenmelidir****.*

Şu durumda davacı M.. D.. yararına manevi tazminat isteme koşulları gerçekleşmiş olup; Mahkemece uygun bir miktarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken istemin tümden reddi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."

[858] Y.14.HD. 2014/5159E, 2014/9132K, 08.07.2014;

"*Ayrıca, davalıların eylemleri nedeniyle gerçek zararın net olarak belirlenmesi mümkün olmadığına göre 6098 sayılı TBK'nın 50/2 (818 sayılı BK'nın 42) maddesi gereğince olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemler göz önünde tutularak hakkaniyete uygun bir tazminatın belirlenmesi gerekirken… Öte yandan, BK'nın 56. maddesi uyarınca manevi tazminatın hüküm altına alınabilmesi için bedensel bütünlüğün zedelenmesi veya ölüm halinin bulunması gerekir. Somut olayda, davalıların verdiği zarar nedeniyle manevi zararın oluştuğu kanıtlanamadığından bu istemin reddi gerekirken kabulü de doğru değildir."*

[859] Özsunay, 1981, s. 244.

[860] Karahasan, 2001, s. 102.

[861] M. Kılıçoğlu, 2004, s. 18. Dinçkol, H. A. (2013). İdari Yargı'da Hakimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi. MÜHF-HAD, 19(2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 1567–1593. s. 1579.

[862] Kudat, 1966, s. 54. Erlüle, 2021, s. 444.

empati yapmasında sorun olmasa da özellikle kendisinin, bilinçli olmasa da hasta tarafında olabileceğini düşünerek zarar gören hastaya sempati duyması, hakkaniyet çerçevesinin dışına çıkmasına ve takdir yetkisini aşmasına sebep olabilecektir.

Nitekim kadın, çocuk, yaşlı engelli, seks işçisi, tecavüz mağduru, eşcinseller gibi sosyal açıdan zayıf konumda olan kişilere karşı ön yargı ve savunma mekanizmaları oluşturulabileceğinden dikkatli olunması gerektiği öğretide de kabul edilmektedir.[863] Hasta da güçlü ve elinde çeşitli enstrümanları bulunan sağlık sunucusu karşısında zayıf bir durumdadır. Ayrıca sağlık sunucusuna başvuru sebebiyle yani sağlık sorunu sebebiyle en baştan beri bir zarar ve mazuriyet hâli içerisindedir. Hastanın bu durumu kusur açısından önem arz etmese de manevi zararın belirlenmesinde subjektif düşünce ve sempatiye sebep olmamalıdır.

Bu sebeple hâkim, somut olay hakkında kendisini heves ve eğilimleri gibi subjektif düşüncelerinden arındırarak karar vermelidir. [864] Hâkimin subjektif düşüncesi doğrultusunda; önyargılarının, basmakalıp düşüncelerinin, psikolojik savunma mekanizmalarının, bilinçli olmayan ön kabullerinin devreye girmesi ile vereceği karar büyük bir tehlike yaratacağından hâkimin kendi değer yargılarına eleştirisel bir gözle bakmalı ve onları hukukî önemlerine göre denetlemelidir.[865]

9.4. Zenginleşme Yasağı

Türk sorumluluk hukukunda manevi tazminat için herhangi bir üst sınır belirlenmemiştir. Aksine kusurlu ve hukuka aykırı fiille zarar veren, verdiği bu zararı gidermekle yükümlüdür (TMK m.49). Bu sebeple tazminat ile zarar görenin varlığındaki eksilmeyi karşılayarak, zararın tamamını gidermesi gerekir. Tazminatla da amaçlanan, zarar verenin cezalandırılması veya zarar görenin zenginleştirilmesi değil, sadece zararın giderilmesi olduğundan, takdir edilecek miktarın zarar ile sınırlı olması gerekir.[866]

Gerçekleşen zararın, tazminatın üst sınırını oluşturması, öğretide "*zenginleşme yasağı*" olarak ifade edilmektedir. Aksi takdirde, zararı aşan tazminat, zarar görenin

[863] Atlan, 2015, s. 96.
[864] Edis, 1973, s. 178.
[865] Atlan, 2015, ss. 95–96. Antalya, 2017b, s. 76. Erlüle, 2021, s. 445.
[866] Eren, 2015, s. 763. Keskin, 2016, s. 96.

kazanç elde etmesini, yani haksız zenginleşmesini oluşturur.[867] Yargıtay[868] ve Danıştay[869] uygulamalarında da manevi tazminatın zenginleşme aracı olmadığı kabul edilmektedir.

Zenginleşme yasağı kapsamında; meydana gelen olay ile hükmedilen tazminat arasında makul ve haklı bir orantı kurulması, tazminatın davacı için zenginleştirme aracı olarak miktarda olmaması ve diğer tarafı da darlığa düşürmeyecek ölçüde olması gerekir.[870]

Tazminatın üst sınırını zarar oluşturduğundan, zararın tespiti sırasında yararların mahsup edilmesi, zenginleşme yasağı açısından önemlidir. Bu sebeple zarar doğuran olay aynı zamanda zarar görene bir yarar da sağlıyorsa, bunun zarardan düşülmesi gerekir. Aksi takdirde gerçek zarar hesaplanmamış olur ve haksız zenginleşme gerçekleşir.[871]

9.5. Hâkimin Gerekçelendirme Yükümlülüğü

Anayasa m.141/3 ile bütün mahkemelerde, her türlü kararların gerekçeli olarak yazılması gerektiği amir hükme bağlanmıştır. Hâkimin kararı somut ve açık bir şeklide gerekçelendirme yükümlülüğü HMK m.27/2(c) ile ve. benzer şekilde İYUK m.24/e ile kararın dayandığı hukukî sebepler ve gerekçesinin kararda yer alması gerektiği düzenlenmektedir.

Bu düzenlemeler doğrultusunda, özellikle manevi tazminat konusunda hâkimin geniş takdir yetkisi karşısında, hâkimin takdirinin nedenlerini göstererek kararı yeterince

---

[867] Genç Arıdemir, 2008a, s. 72. Keskin, 2016, s. 96. Antalya, 2017b, s. 77.

[868] YHGK 2018/17-21E, 2020/456K, 23.6.2020 (Yargıtay Karar Arama);

*"... **manevi tazminatın zenginleşme aracı olmamakla beraber**, bu yöndeki talep hakkında hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesinin amaçlanması ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de göz önüne alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmasının gerektiği, manevi tazminatta kusurun ancak tazminatın takdirinde etkili olabileceği, manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hâl ve şartların her olaya göre değişebileceği, hâkimin bu konuda takdir hakkını kullanırken, ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermesinin gerektiği..."*

YHGK 2017/2-2207E, 2020/435K, 17.06.2020 (Yargıtay Karar Arama);

"... manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir."

[869] DİDDK 2019/53E, 2020/853K, 09.06.2020 (Kazancı);

"*Manevi tazminat istemine gelince; manevi tazminat, ilgilisinin mamelekinde meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, **manevi tatmin aracı olduğundan zenginleşmeye yol açmayacak miktarda**, fakat olayın niteliği ile idarelerin bu olaydaki kusurunun niteliğini, sorumluluğunun özelliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması gerektiğinden olayın niteliği göz önünde bulundurularak...*"

[870] Antalya, 2017b, s. 78.

[871] Keskin, 2016, ss. 97–98.

gerekçelendirmesi gerekir. Yoksa sadece hakkaniyete uygun karar verdiğini belirtmiş olması gerekçe için yeterli değildir.[872]

Gerekçenin özünde; araştırma, sorgulama, tartışma ve akıl vardır.[873] Gerekçeli karar hâkimi, uyguladığı kanunun sözü ve özüne uygun davranmaya, doğru ve anlamlı olguları ortaya koymaya mecbur tutarak, düşünmeye ve kendi kendini denetlemeye sevk eder. İlgililere, kararın yasaya ve hukuka uygunluğunu değerlendirme imkanı vererek yol gösterir. Kararın dayandığı olgular ve hukukî nedenleri ortaya koyarak, kararın gerçek anlamda değerlendirilmesi ve denetlenmesini sağlamaktadır. Son olarak, kararın kamuoyunda tartışılabilmesini, kabul görmesini ve böylece yargıya güven duyulmasını sağlamaktadır.[874]

Ancak hâkimin değer yargılarını en ince detaylarına kadar gerekçelendirebilmesi, takdirin genel bir formülle tespit edilmesi mümkün değildir.[875] Bu sebeple karar, özellikle takdir yetkisinin kapsamı ve ihlalin ağırlığının derecesi konularında, somut olayın değişen özelliklerine göre gerekçelendirilmelidir.[876]

9.6. Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi

TMK m.4 doğrultusunda hâkimin takdir yetkisini kullanması, maddi hukukun uygulanması anlamına gelmektedir.[877] Bu sebeple maddi hukukun uygulanmasını denetleyen üst yargı, aynı şekilde nazik bir konu olan manevi tazminatın belirlenmesinde takdir yetkisi kullanıldığında da denetleme yetkisine sahiptir.[878] Nitekim Yargıtay da hâkimin takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlarda kullanılıp kullanılmadığını, objektif kriterleri esas alıp almadığının denetlemesi gerektiğini kabul etmektedir.[879]

---

[872] Atlan, 2015, s. 97. Erlüle, 2021, s. 446.

[873] Aşçıoğlu, Ç. (2003). Yargıda Gerekçe Sorunu. TBB Dergisi, 48, 109–116. s. 109.

[874] Alp, M. (2001). Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe. İçinde: Prof.Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (ss. 425–441). DEÜHF. s. 429.

[875] Atlan, 2015, s. 97. Erlüle, 2021, s. 447.

[876] Erlüle, 2021, s. 447.

[877] Edis, 1973, s. 208.

[878] Kudat, 1966, s. 62. Franko, 1973, s. 150. Edis, 1973, s. 208. Özsunay, 1981, s. 244.

[879] YGHK 2017/4-1398E, 2019/132K, 12.2.2019;

"*TMK'nın 4. maddesi uyarınca hâkimin takdir yetkisini kullanması, niteliği itibariyle bir hukuk kuralının uygulanması niteliği taşıdığından, maddi hukukun uygulanmasında geçerli olan üst yargı denetiminin takdir yetkisinin kullanıldığı hallerde de uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilmektedir. Üst yargı denetimini gerçekleştirecek olan makam, takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlarda kullanılıp kullanılmadığını, hâkimin objektif kriterleri esas alıp almadığını,* ***manevi tazminatın tespitine ilişkin*** *olarak öğreti ve uygulamada geliştirilen ilkeleri dikkate alıp almadığını denetler.*".

Yargıtay, lipoliz işlemine bağlı karında meydana gelen üçüncü derece yanık için 2015 yılında takdir edilen 15.000TL manevi tazminat miktarını fahiş bularak kararı bozmuştur.[880] Benzer şekilde küçüğün ayak parmaklarının kesilmesine neden olan yanıkla ilgili 19.12.2012 tarihli olayda, küçük için 160.000TL, anne ve baba için ayrı ayrı 40.000TL olarak manevi tazminata karar verilmişken BAM bu miktarı küçük için 100.000TL, anne ve baba için ayrı ayrı 25.000TL olarak değiştirmiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.[881] Yenidoğan bebeğin hastane takibindeki kusur neticesinde ölümü ile ilgili olayda BİM, 2014 yılında takdir edilen 5.000TL manevi tazminat miktarı ile ilgili, manevi tazminat miktarının idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığına vurgu yaparak 20.000TL olarak belirlemiştir.[882]

Ancak bu kabule rağmen uygulamada denetleme yetkisi, adalette birliği sağlayacak, manevi tazminatın belirlenmesine yön verecek şekilde kullanılmamaktadır. Türk ve İsviçre öğretisinde yüksek mahkemelerin, manevi tazminatın belirlenmesinin denetiminde kararsız ve çekingen olması nedeniyle eleştirilmektedir.[883] AYM de manevi tazminatın belirlenmesinde bariz takdir hatası veya keyfilik bulunmadığı sürece derece mahkemelerinin takdir yetkisine müdahalesinin söz konusu olamayacağını belirterek bu durumu açıklamaktadır.[884]

Hâkimin takdir yetkisinin denetlemesini yapan yüksek mahkemeler; takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığını, bulunan çözümle uygulanan kuralın amacının bütünleşip bütünleşmediğini, objektif ölçülerden ilham alınıp alınmadığını, yerine göre öğreti ve yerleşmiş yargı içtihatlarından yararlanılıp yararlanılmadığını değerlendirmelidir. Böylelikle hâkimin çalışma tekniği tanımlayan, formüle eden ve sistemleştiren, bilimsel, akılcı, denetlenebilir ve tartışılabilir bir metodoloji, hâkimin takdir yetkisinin eleştiri ve denetimi için ideal bir araç olacaktır.[885]

Yargıtay bazı kararlarında yerel mahkemelere ait olan tazminat miktarını takdir yetkisini bizzat kullanarak onların yerine geçmektedir. Halbuki Yargıtay, kanuni istisnalar haricinde hüküm değil bir denetleme, kontrol mahkemesidir. Halbuki manevi

[880] Y.15.HD. 2018/3654E, 2018/3508K, 02.10.2018.
[881] Y.3.HD. 2020/3216E, 2020/4491K, 21.09.2020.
[882] Konya BİM 2014/795E, 2014/1690K, 03.07.2014.
[883] Karahasan, 2001, s. 104. Landolt, 2015, s. 204.
[884] Mehmet Emin Sarıgül, B. No: 2015/2281, 12.11.2019, §41; Özkan Şen, B. No: 2012/791, 07.11.2013, §45; Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23.1.2014, §87.
[885] Dinçkol, 2013, s. 1588.

tazminat miktarının düşük veya yüksek olarak belirlenmesinde, kanun hükmünün olaya uygulanmasında değil tazminatın takdirinde hata olabilir. Bu sebeple takdir hatası durumunda düzelterek onama değil bozma söz konusu olabilir.[886] Zira; hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesinde, manevi tazminat miktarında yanılma olup olmadığının denetlenmesi başka, hâkimin takdirini bir yana itip, kendisini onun yerine koyarak, manevi tazminat miktarını takdir ederek hükmü düzelterek onaması başkadır.[887]

10. MANEVİ TAZMİNATIN SINIRLANDIRILMASI GEREKLİLİĞİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki manevi tazminatın sınırlandırılması gerekliliğinden kastımız, hâkimin takdir yetkisinin değil manevi tazminatın somut olarak, üst limitle sınırlandırılması gereğidir. Yoksa yukarıda belirttiğimiz üzere, hâkimin takdir yetkisi zaten başta TMK m.4 olmak üzere belirli kural ve ilkelerle çerçevelendiğinden, dayanaksız ve sınırsız olamaz.

10.1. Manevi Tazminatın Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi

Hukukun temel ilkelerinden birisi öngörülebilirlik ilkesidir. Öngörülebilirlik ilkesi, anayasal nitelikte olup en basit hâliyle kişinin kendisi ile ilgili yasal düzenlemeleri önceden bilmesi olduğundan genel olarak kamu hukuku ile ilişkili olsa da özel hukukta sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılabilir niteliktedir. Kanımızca manevi tazminatın sınırlandırılmasında en önemli gerekçe ve ölçüt, öngörülebilirlik ilkesidir.

Genel olarak tazminat, uğranılan zarar ile sınırlıdır.[888] Önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil eylemin meydana getireceği objektif zararlardır.[889] Bu sebeple Türk sorumluluk hukukunda öngörülebilirlik ilkesinin genel olarak kabul edilmediği söylenebilse de nedensellik bağı çerçevesinde, sorumluluğun sınırlandırılmasında örtülü olarak kullanılmaktadır.[890]

---

[886] Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2016). Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat. Terazi Hukuk Dergisi, 11(115), 39–55. s. 52.

[887] Karahasan, 2001, s. 105.

[888] Tandoğan, 2010, s. 430.

[889] Oğuzman, Öz, 2020, s. 46.

[890] Helvacı, S. ve Durgun Arslan, Ç. (2019). İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi. MÜHF-HAD, 25((2) Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), 907–924. s. 909.

Kural olarak zarar, tazminatın üst sınırını belirlemektedir ancak istisnai olarak; caydırma amacıyla zararı aşan miktarda tazminata hükmedilebileceği gibi zararın altında bir miktara da hükmedilebilir.[891] Hâkim, tazminatı netice belirlendikten sonra, *ex post* objektif şekilde değerlendirdiğinden, bu durum neticeyi öngöremeyen failin sorumluluğu için ağır olabilir.[892]

Maddi tazminat, zarar anında objektif olarak hesaplanabilir nitelikte ve genel olarak zarar öncesinde öngörülebilir olsa da TBK m.52 doğrultusunda, maddi tazminatın bile indirilmesi ile ilgili çeşitli istisnalar bulunmaktadır. Ancak manevi tazminat miktarının, öngörülebilir ve zarar anında objektif olarak hesaplanabilir olmaması ve hatta zarar görenin kendisi tarafından bile somut olarak belirlenemeyip ancak zarar sonrası hâkim takdirine tabi olduğundan, fail açısından somut olarak zarar öncesi veya sırasında bilinmemektedir. Diğer bir deyişle, hâkim takdirindeki manevi tazminat miktarının, fail tarafından öngörülmesi mümkün değildir.

Nitekim tıbbi uygulamaların doğası gereği de meydana gelebilecek bedensel zararlar sadece ihtimal dahilinde olup her zaman hangi zararın meydana geleceği bilenemediği gibi manevi boyutunu öngörmek çok daha zordur. Bu sebeple faili, tıbben ve hukuken öngöremeyeceği bir manevi tazminatla sorumlu tutmak uygun olmayacaktır.

Uygulamada bu durumun farklı yansımaları da olmaktadır. Örneğin ölüm veya ağır bedensel zararlarda zarar görenin yakınlarının niteliği ve niceliği, fail tarafından öngörülebilmesi imkansızdır. Zarar görenin tek bir yakını olabileceği gibi diğer tarafta anne, baba, çocuk veya kardeşler gibi çok sayıda zarar gören yakını bulunabilir ve bunların fail tarafından öngörülemez nitelikte olup ancak yargılama ile belirlenebilmektedir. Bu sebeple zarar görenin yakınlarının çok sayıda olması hâlinde, maddi zararın aksine tek bir zarar ortaya çıkmayıp, zarar görenin yakınlarının her birinin zararının ayrı ayrı tazmin edilmesi gerekliliği karşısında, fail açısından hakkaniyete ve eşitliğe aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan örneğin; tek bir yakını olan zarar gören için bir birim manevi tazminata hükmedilirken ile zarar görenin üç yakını için üç birim manevi tazminata hükmedilmesi sebebiyle, daha fazla yakını olan zarar gören için daha fazla manevi tazminat belirlenmesi, zarar görenler açısından da insan hayatının birliği ve eşitliği karşısında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Benzer şekilde yakınlarına hükmedilen manevi

[891] Oğuzman, Öz, 2020, ss. 113–114.
[892] Tandoğan, 2010, s. 78.

tazminat toplamı, zarar görenin kendisine hükmedilenden daha fazla olabilmektedir.[893] Bu durumun da zarar görenle yakınları arasında, hakkaniyete uygun olmayan bir sonuca ulaştığı kanaatiyle yakınları açısından da belirlenecek manevi tazminatın sınırlandırılması gerekir.

Bu sebeple öngörülebilirlik, hakkaniyet ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde, maddi zararda olduğu gibi manevi zararın da tek ve öngörülebilir nitelikte belirlenerek, manevi tazminatın sınırlandırılması hem fail hem de zarar gören açısından gereklidir.

10.2. Uygulama ve Öğretide Manevi Tazminatın Sınırlandırılması

Özellikle A.B.D.'de sigorta primlerindeki artış sebebiyle ve ödemedeki belirsizlikler nedeniyle tıbbi uygulamadan kaynaklanan tazminat miktarları çeşitli eyaletlerde sınırlandırılmaktadır ve 52 eyaletten sadece 17 eyalette belli bir sınırlama veya üst limit bulunmamaktadır.[894] A.B.D. Kongre Bütçe Ofisi tıbbi uygulama hatası tazminatlarının tıbbi maliyetlerin %2sinden daha az olduğunu raporlamıştır.[895] Bunun yanında üst sınır uygulamasının, üst sınırın yüksek tutulmadığı eyaletlerde sigorta primlerine önemli katkısı olduğu ve ayrıca defansif tıbba etkilerinin olduğu gösterilmektedir.[896] Diğer bir çalışma, üst sınır uygulamasıyla sigorta primlerinin %20'ye kadar düştüğünü ve tazminat taleplerinin azaldığını göstermektedir.[897]

İsviçre uygulamasında ise sınırlandırmanın amacı daha farklıdır. İsviçre uygulamasında manevi tazminat miktarları az bulunduğundan, manevi tazminatın, ölüm ve en ağır bedensel zararlara göre belirlenecek üst sınır üzerinden belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. [898] İsviçre sorumluluk yasasının gözden geçirilmesi ve standardizasyonuna ilişkin federal yasanın ön taslağında İsviçre Barosu, manevi tazminatın üst sınırının sigortalanabilir en yüksek kazancın veya belirlenen ortalama bir

[893] Y.13.HD. 2019/4358E, 2020/5451K, 29.6.2020;
"*…davacılardan ... için 20.000,00 TL. ... ile ... için 15.000,00'er TL. olmak üzere toplam 50.000,00 TL. manevi tazminatın…*"

[894] Culhane, J. G. (2016). Compensation For Personal Injuries in Anglo-American (Mostly U.S.) Law. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 91–110). TBB. ss. 94–95.

[895] US Congressional Budget Office. (2004). Limiting Tort Liability for Medical Malpractice. s. 1.

[896] Nelson, L. J., Morrisey, M. A. ve Kilgore, M. L. (2007). Damages caps in medical malpractice cases. Milbank Quarterly, 85(2), 259–286. ss. 280–281.

[897] Seabury, S. A., Helland, E. ve Jena, A. B. (2014). Medical malpractice reform: Noneconomic damages caps reduced payments 15 percent, with varied effects by specialty. Health Affairs, 33(11), 2048–2056. s. 2054.

[898] Landolt, 2015, s. 206.

işçinin yıllık ücretinin beş ile on katı olmasını önermekteyken [899] İsviçre Hasta Organizasyonu da manevi tazminat miktarının üst sınırını, ortalama yıllık ücretin on katı olarak belirlenmesini önermektedir.[900] Bu doğrultuda, manevi tazminatın üst sınırının, bir işçinin ortalama yıllık ücretinin on katı olarak düzenlenebileceği savunulmaktadır.[901]

Maddi tazminatın sınırlanmaması gerektiği ancak en azından sigorta primlerinin artması sebebiyle bu primleri aslında yine hastaların ödediği, sağlık sigortası primi yüksekliği nedeniyle hastaların sağlık hizmetlerine erişimindeki zorlanma, defansif tıp, hekimlerin riskli işlemlerden kaçınması gibi sebeplerle manevi tazminat miktarının sınırlanması gerektiği belirtilmektedir.[902]

Türk öğretisinde de tıbbi uygulama ayrımı yapılmaksızın, manevi tazminat miktarının sınırlandırılması savunulmaktadır. ATLAN ve DEMİR, manevi tazminatın en düşük miktarının asgari ücretin iki katı, en yüksek miktarının ise en yüksek devlet memuru aylığının (14.962,215TL, Ocak 2021) on katı olmasını (149.622,15TL) önermektedir.[903] ANTALYA, ölüm hâlinde manevi tazminatın üst sınırını, brüt asgari ücretin (3.577,50TL, Ocak 2021) iki yüz katı (715.500TL) olarak önermektedir. [904] ÇELİK ise kişinin sosyoekonomik durumu ne olursa olsun, yaşam hakkının kutsallığı ve eşitliği karşısında, yasal asgari ücretin esas alınması gerektiğini belirterek on yıllık asgari ücret miktarını yani brüt asgari ücretin yüz yirmi katını (429.300TL) manevi tazminatın üst sınırı olarak önermektedir.[905]

11.3. Manevi Tazminatın Sınırlandırılması Konusundaki Önerimiz

Manevi tazminatın üst sınırının BAÜ üzerinden belirlenmesi, insan hayatının eşitliği karşısında ve zamana göre belirlenebilen objektif bir ölçüt olması sebebiyle yerindedir. Zaten öğretide aksi görüş de bulunmamaktadır. Öğretide belirtilen üst sınırlar, tüm manevi tazminat talepleri için geçerli olduğundan ve canavarca hislerle kasten

[899] Bundesampt für Justiz, 2004, s. 194.
[900] Bundesampt für Justiz, 2004, s. 195.
[901] Landolt, H. (2009). Stand und Entwicklung des Genugtuungsrecht. Haftung und Versicherung, 2, 125–136. s. 131.
[902] American College of Surgeons. (2007). Ending the Confusion: Economic, Non-Economic, and Punitive Damages.
[903] Atlan, H. (2016). Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi. AÜHFD, 65(4), 2659–2683. s. 2676. R. Demir, 2020, s. 33.
[904] Antalya, 2017b, s. 241.
[905] Çelik, Ç. A. (2019b). Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları (4. Baskı). Aristo. ss. 109–110. Çelik, Ç. A. (2020). Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar Cilt II. Aristo. ss. 18–19. Çelik, 2021c, s. 353.

işlenen, ağır kusurlu eylemleri de kapsadığından, bu tavan miktarların, tıbbi uygulamaların amaç ve niteliği karşında oldukça yüksek olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca önerilen miktarlar, genel tazminat hesabına aittir ve örneğin, trafik kazalarında da kullanılmaktadır ve trafik kazalarında sorumluluğun belirlenmesinde kusur temel ölçüttür.[906] Bu doğrultuda, tazminat belirlenmesinde genel olarak, kusur oranında indirim yapılmaktadır.[907]

Ancak Yargıtay'ın kabul ettiği üzere tıbbi uygulamalarda, hekimin en hafif kusurundan bile sorumluluk doğmaktadır.[908] Bu sebeple özellikle hekim kusurunda diğer tazminat alanlarında olduğu gibi kusur indirimi olmamaktadır. Öğretideki üst limit önerisi, tazminattan kusur indirimi imkanı nedeniyle yüksek tutulurken, tıbbi uygulamalarda kusur indirimi olmaması karşısında genele nazaran, çok daha düşük bir üst sınır belirlemek gerekir. Nihayetinde tıbbi uygulama hatalarında genel olarak kast unsurunun da olmadığı kabul edilmektedir. Eğer kast var ise bunu zaten tıbbi uygulamaya dair bir hata, ihmal olarak kabul etmek de doğru değildir ve bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Diğer taraftan tıbbi uygulamalarda üst limitin yüksek tutulması, manevi tazminatın sağlık hizmetlerindeki belirtilen olumsuz etkileri nedeniyle, amaca hizmet etmeyecektir. Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenen Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS) teminat miktarları içerisinde kalması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu miktar risk grubuna göre 200.000 ile 800.000 TL aralığındadır. Ayrıca bu teminat miktarlarının, zarar görenin yakınları için takdir edilecek manevi tazminat ile zarar gören için belirlenecek maddi tazminatı da kapsadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu sebeplerle bizim önerimiz; tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminatın üst sınırının, tıbbi uygulamalarda kast unsurunun olmaması ve ZMSS teminat miktarları da gözetilerek dört yıllık yani kırk sekiz aylık brüt asgari ücret (BAÜ, 2021 yılı için 48x 3.577,50[909]= 171.720TL) olarak belirlenmesi gerektiğidir. Zarar görenden ayrı olarak

[906] Çelik, Ç. A. (2017b). Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu. Seçkin. s. 276.

[907] Altop, A. (2013). Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi. Journal of Yaşar University, 8(Özel), 151–184. s. 168.

[908] Uygur, 2019, s. 358.

[909] 2021 yılı Brüt Asgari Ücret.

belirlenen ve zarar görenin yakınları için takdir edilen, toplam manevi tazminat miktarının da bu sınırı aşmaması gerekir.

Önerimizin, öğretideki ATLAN ve DEMİR önerileri ile de uyumlu olduğu görülmektedir.

11. MANEVİ ZARARIN OBJEKTİF AĞIRLIĞI

Toplum hayatı insanlara her zaman mutluluk gibi, üzüntü ve hayal kırıklıkları da getirmektedir ve bu durumlar insan var olduğu sürece insan ilişkilerinin önlenemez sonuçlarıdır. Yasa koyucu, bu toplumsal olgu ve gerçek karşısında manevi tazminat taleplerinin alabildiğine çoğalmasını, dolayısıyla haksız bir kazanç ve spekülasyon aracı olmasını önlemek için manevi tazminat için manevi zararın ağırlığını şart kılmıştır. Bu şart "*de minimis non cuarat preaetor*" deyişinin basit bir sonucu olmayıp ondan da öte, manevi zararın ağırlığı, manevi tazminat talebinin adil bir gerekçesini de teşkil etmektedir. Bu hâliyle manevi zararın objektif ağırlığı, bir kimsenin katlanabileceği veya katlanması gereken acı ve üzüntü ölçüsünü aşan manevi zararı ifade eder.[910]

11.1. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Yasal Dayanağı

Türk hukukunda, manevi zararı tayin için maddi tazminatta olduğu gibi somut hareket noktaları bulunmamaktadır. Buna rağmen maddi ve manevi tazminat arasındaki sıkı ilişkiden hareketle, TBK m.50vd hükümlerinin maddi tazminat kadar manevi tazminat için de geçerli oldukları ve bu sebeple özellikle TBK m.51 ve 52 hükümlerinin manevi tazminatın belirlenmesinde de kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir.[911] Nitekim TBK m.55/1 ile bedensel zararların TBK hükümleri ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

[910] Ünal, 1978, ss. 413–414.
[911] Gürsoy, 1973, s. 29. Ertaş, 1990, s. 87. Keskin, 2016, s. 316. Erlüle, 2021, s. 451.

Yargıtay uygulaması da hükmün bu şekilde uygulanması gerektiğine işaret ederken[912] 2018 tarihli YİBGK Kararı[913] ile "*Görüldüğü üzere TBK 55'inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde tazminatın hesabında Türk Borçlar Kanunu'nun ve sorumluluk hukuku ilkelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda* ***tazminat hesaplanırken TBK'nın 51 'inci vd. hükümleri ile diğer özel yasaların TBK'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır****. TBK'nın 51'inci maddesinde (BK madde 43); "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler." şeklindeki düzenlemede, tazminatın nasıl belirleneceği hükme bağlanmıştır."* şeklindeki gerekçesiyle yargı birliği sağlanarak, maddi ve manevi ayrımı yapmaksızın tazminat hesaplamasında TBK m.51 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Türk hukuku öğreti[914] ve uygulamasında[915] manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hâller genel olarak; manevi zararın objektif ağırlığı, zarar veren ve zarar görenin şahsına ilişkin ile diğer hâller olarak sayılmaktadır. Tazminat talebi için meydana gelen zararın kalıcı veya sürekli olması önemli olmayıp, bu durum miktarın belirlenmesinde önemlidir.[916] Ayrıca ihlalin türüne göre manevi tazminatı arttıran veya azaltan durumlar da farklılık göstermektedir. Örneğin tıbbi uygulamalarla ilgili olarak; hataya eşlik eden komplikasyonlar, çok şiddetli ağrılar, kişinin çalışma ve yaşamı üzerine etkileri, aile ve cinsel yaşamına etkileri, engelli hâle gelmesi, bakım ihtiyacı doğması,

---

[912] YHGK 2010/4-47E, 2010/74K, 17.02.2010 (Yargıtay Karar Arama);

"*Yeri gelmişken BK.'nun 43/1. maddesi üzerinde de durulmalıdır. Bu maddeye göre, "Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyler."*

Bu hükmün öncelikle maddi zararların tazmininde uygulanacağında şüphe yoktur.

Ancak kanunun genel ifadesi karşısında aynı hükmün manevi tazminat hallerinde de geçerliliğinden şüphe etmemek gerekir. *Ayrıca söz konusu maddenin kanunda işgal ettiği yer de bu yorumu güçlendirmektedir. Zira kanun koyucu bütün hukukî sorumluluk hallerine ilişkin genel ilkeleri bu faslın başında düzenlemiştir.*

Nihayet, ***manevi tazminat kurumunun temelinde yatan anlayış da BK.'nun 43/1 maddesinin daha geniş yorumlanmasını gerektirir.*** *Zira kanun koyucu hukukî sorumluluğu hem maddî hem de manevî tazminatı içine alan bir bütün olarak ele alıp düzenlemiş,* ***her iki zararın tazminini de benzer kurallara bağlamıştır.***

Şu halde, BK.'nun 43 /1 maddesi kıyas yoluyla manevi tazminat haline de uygulanır. *Böylece hâkim, manevi tazminat miktarını tayin ederken failin kusurunu göz önüne alması gerekir. Failin kusuru ne kadar ağır, zarar verici olay ne kadar vahim ve üzücü şartlar altında meydana gelmiş ise hâkimin takdir edeceği manevi tazminat miktarı da o ölçüde fazla olacaktır."*.

[913] *YİBGK* 2016/5E, 2018/6K, 22.06.2018.

[914] Ünal, 1978, s. 413. Ertaş, 1990, ss. 88–89. Tandoğan, 2010, s. 340. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1204. Erlüle, 2021, s. 454.

[915] YHGK 2010/4-47E, 2010/74K, 17.02.2010 (Yargıtay Karar Arama);

"Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır."

[916] B. Yılmaz, 2017, s. 129.

ortaya çıkan ruhsal durumlar, estetik zararlar, koma hâli, ayırt etme gücü kaybı, duyu kayıpları gibi sonuçlar, manevi tazminatın arttırılması veya indirilmesi üzerinde etkili olur.[917]

11.2. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Niteliği

Kusursuz sorumluluk hâlleri dışında kusur, ölüm veya bedensel zarar nedeniyle istenilecek manevi tazminatın unsuru olmakla beraber, tek başına yeterli değildir. Manevi tazminat için kusur ve manevi zararın yanında, manevi tazmin talebini haklı gösteren özel bir durumun olması gereklidir. Bu sebeple tek başına manevi zarar, kusurdan ileri gelse de her koşulda manevi tazminatı gerektirmez.[918] Öğreti ve uygulama genel olarak kabul edildiği üzere manevi tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak temel unsur, manevi zararın objektif ağırlığıdır.[919]

Manevi zararın objektif ağırlığının anlamı, ihlalin; türü, boyutu, şiddeti, süresi ve zarar gören üzerindeki fiziki ve ruhsal nitelikteki olumsuz etkileridir. Diğer bir ifadeyle; kişilik hakkına yapılan ihlalin kapsamı tespit edilirken zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar görenin ihlale bağlı uğradığı ve uğrayacağı bütün fiziksel ve ruhsal acılar, üzüntüler, kişilik değişiklikleri gibi sonuçlar dikkate alınmalıdır.[920]

İdare hukuku açısından da manevi tazminat miktarını etkileyen hâllerden biri, zararı doğuran idari faaliyetin ağırlığı ve zararın belirli bir ağırlıkta olması gerektiğidir. Önemsiz nitelikte sayılabilecek olaylar manevi tazminata hak kazandırmayıp, zararın ağırlığı sonucu manevi zararın da arttığı kabul edilerek, manevi tazminat miktarı buna göre belirlenmektedir.[921]

Esasında bedensel zararlarla ilgili İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m.47'den farklı olarak TBK m.56'da, ihlalin belli bir ağırlıkta olması gerektiğine dair bir ifade bulunmamaktadır.[922] Ancak TBK m.56'da göz önünde bulundurulması gerektiği hükme bağlanan "*somut olayın özellikleri*" ölçütü, ihlalin ve zararın ağırlığı olarak iki açıdan da değerlendirilebilir. Ayrıca her ne kadar TBK m.58'de böyle bir ifadeye yer verilmediyse

[917] Erlüle, 2021, ss. 454-455.
[918] Gürsoy, 1973, ss. 17-18.
[919] Ertaş, 1990, s. 89. Mangal, 2010, s. 285. Keskin, 2016, s. 318. Erlüle, 2021, s. 455.
[920] Ertaş, 1990, s. 89. Erlüle, 2021, s. 455.
[921] Eroğlu, 2009, s. 289.
[922] Atlan, 2015, s. 136.

de manevi tazminatın niteliği gereği ve TBK m.56-58 arasındaki yakın ilişki nedeniyle, TBK m.56 ile düzenlenen bu ifade kıyasen TBKm.58 için de uygulanabilir. [923]

Yargıtay, 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve HGK 23.6.2004 tarih ve 13/291-370 sayılı kararına atıfta bulunarak[924] "*Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu* ***olayın ağırlığı*** *olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması ... manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır*." ifadesini kullanarak, bedensel zararlarla ilgili "*yaralanmanın niteliğine*"[925], "*yaralanmanın niteliği ve derecesi*"[926], "*basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte*"[927], Danıştay da Yargıtay benzeri şekilde "…***olayın özelliği*** *ve idarenin ağır hizmet kusuru dikkate alınarak zenginleşmeye sebebiyet vermeyecek miktarda takdir edilecek manevi tazminatın davacılara ödenmesi karar verilmesi gerekirken..*"[928] ifadeleri ile manevi zararın objektif ağırlığı ölçütünü kullanmaktadırlar.[929]

Öğreti ve uygulamadan görüldüğü üzere manevi zararın objektif ağırlığı ölçütünün, hem manevi tazminat talebi varlığını hem de tazminat miktarının belirlenmesinde özel bir önemi vardır.[930] Bazı hâllerde kasti bir saldırı ağır bir kişilik ihlaline yol açmadığından manevi tazminatı gerektirmezken, bazı hâllerde ise hafif kusur ağır kişilik ihlaline sebep olmasa da manevi tazminatı gerektirebilir.[931]

---

[923] Atlan, 2015, s. 139.

[924] YHGK 2017/1593E, 2020/535K, 07.07.2020; 2016/1529 E, 2019/1288K, 05.12.2019; 2017/2337E, 2019/1200K, 26.11.2019; 2015/3771E, 2019/305K, 14.03.2019 (Yargıtay Karar Arama).

[925] YHGK 2013/2215E, 2015/1487K, 05.06.2015 (Yargıtay Karar Arama):

"*Somut olaya gelince; yukarıda açıklanan ilkeler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ışığında, iş kazası nedeniyle sağlık bütünlüğü bozulan sigortalının eş, anne ve baba ile çocuklarının manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu düşünülse dahi, olayın özelliğine,* ***yaralanmanın niteliğine****, meslekte kazanma gücündeki kayıp oranına ve özellikle ağır bedensel zarar oluşmaması nedenleriyle davacı eş, anne ve baba ile çocuklar lehine yansıma yolu ile manevi tazminat verilemeyeceğinin anlaşılmasına göre davacıların manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermek gerekirken, manevi tazminat takdir edilmesi doğru değildir."*

[926] YHGK 2006/4-800E, 2006/821K, 22.12.2006 (Yargıtay Karar Arama):

"*7 gün iş ve güçten kalır şekildeki* ***yaralanmasının niteliği ve derecesi*** *ile yukarıda gösterilen ilkeler göz önünde tutulduğunda, hüküm altına alınan tazminat miktarı fazladır*."

[927] YHGK 2014/813E, 2016/157K, 24.02.2016 (Yargıtay Karar Arama).

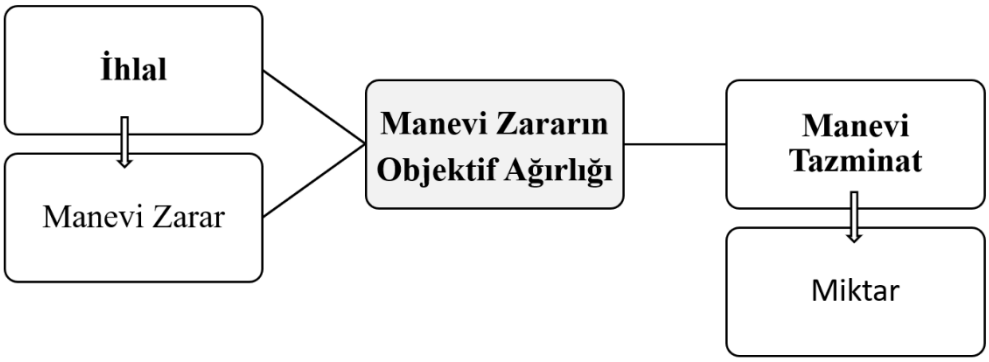
[928] D.10.D. 2005/8407E, 2007/6526K, 28.12.2007.

[929] Erlüle, 2021, ss. 456-457.

[930] Atlan, 2015, s. 138.

[931] Atlan, 2015, s. 142.

Tablo 1. Manevi Zararın Objektif Ağırlığı Formülasyonu



Kişilik hakkı ihlaline bağlı meydana manevi zararın ağırlığı ile ihlalin kendi ağırlığı, manevi zararın objektif ağırlığını oluşturmaktadır. Manevi zararın objektif ağırlığı doğrultusunda hâkim, takdir yetkisini kullanarak, öncelikle manevi tazminat talebini değerlendirecek ve koşulları varsa manevi tazminat miktarını belirlemede kullanacaktır. Bu sebeple manevi zararın objektif ağırlığı, ihlal ve zararın değerlendirilmesi ile manevi tazminatın tespit ve miktarının belirlenmesi konusunda hem bir köprü niteliğinde hem de hâkime, takdir yetkisini kullandığı çeşitli alanlarda, yol gösterici, anahtar bir ölçüttür.

İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.49'de yapılan değişiklik gerekçesinde; ihlal, bir kişinin özel bir yasal koruma olmadan katlanması gereken ölçüyü aştığı takdirde, zarar görene manevi tazminat verilmesi gerektiği belirtilmektedir.[932] Bu sebeple toplumsal yaşamanın zorunlu sonucu olarak meydana gelen manevi zararların tazmin edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu esnek ve eşik nitelikteki, katlanma ölçüsünün (genel yaşam riski) öğreti ve uygulamada somutlaştırılması gerekmektedir.[933] Bu çerçevede, normal şekilde iyileşen küçük kırıklar, çatlaklar, ekimoz ve sıyrıklar, hastanede birkaç gün yatma olma gibi basit yaralanmalar manevi tazminat için yeterli sebep değildir. Bu gibi basit yaralanmalarda ancak eşlik eden ağırlaştırıcı koşullar varsa manevi zarar olduğu varsayılabilir. Basit bedensel zararın, kasten ve travmatik koşullar altında verilmesi veya uzun süreli psikolojik yan etkileri olması durumunda da manevi zarardan bahsedilebilir.[934]

[932] *Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR)*, 1982, s. 681.
[933] Atlan, 2015, s. 141. Antalya, 2017b, s. 225.
[934] Landolt, 2009, s. 128.

BELGESAY da, hafif ve mazur görülebilecek objektif bir kusurun büyütülerek hekimin sorumlu tutulmayacağını ifade ederken kanımızca katlanma ölçüsünü işaret etmektedir.[935] Örneğin elin çizilmesi hâlinde de tazminatı gerektiren önemli bir manevi zarar söz konusu olmayacaktır.[936]

Bu sebeple hâkim takdir yetkisi çerçevesinde manevi zararın objektif ağırlığını ihlalin ve zararın yoğunluğuna göre belirlenmeli, manevi tazminatın talep ve miktarını buna göre belirlemelidir. Manevi zararın objektif ağırlığının belirlenmesinde esnek ve eşik nitelikteki, katlanma ölçüsü (genel yaşam riski) kullanılması uygun görünmektedir.

11.3. Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Kullanım Alanları

11.3.1. Kişilik Hakkının Zedelenmesi Hâlinde

Manevi tazminatın söz konusu olabilmesi için öncelikle kişilik varlığı değerlerinin ihlali gerekir.[937] Hâkim, hangi değerlerin kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini somut olaya göre belirleyecekse de tıbbi uygulamalar kapsamında kabul ettiğimiz hasta hakları da genel olarak kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sebeple hasta hakları ihlalleri genel olarak, kişilik hakkı ihlalleri çerçevesinde ele alınmalıdır.

Kişilik hakkının zedelenmesi genel olarak TBK m.58 ile düzenlenmekle beraber tıbbi uygulamalarla ihlal edilebilecek, bedensel zarar niteliğinde olmayan, bazı kişilik hakkı değerlerini burada özel olarak değerlendirmek gerekir.

12.3.1.1. Özel Hayat ve Mahremiyet

Tıbbi uygulamalar sırasında gerek fiziksel gerekse ruhsal kişinin en mahrem alanlarına kadar girilmekte ve hatta gerektiğinde müdahale edilmektedir. Bu girişimler sırasında, bedensel olmasa da, özel ve gizli hayatı kapsamında kişilik hakkına yönelik ihlal söz konusu olabilir. Kişinin özel ve gizli hayatı, kişilikle ilişkili ve kişilik hakkı koruması altındaki bir değerdir.

[935] Belgesay, 1953, s. 15.
[936] Töre, 1970, s. 539.
[937] Antalya, 2017a, s. 161.

Kamuya açık hayat, kişinin; toplumsal yaşam nedeniyle herkesle hayat ve zaman yoldaşı olduğu, başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık ve serbestçe ifşa edilmesinde sakınca olmayan ancak yayınlanabilir de olmayan olay ve hareketleri tanımlamaktadır.[938] Tıbbi uygulamaların kapsamı karşısında kişinin kamusal hayatının genel olarak tıbbi uygulamalarla ilişkili olmadığı ya da daha farklı bir söylem ile tıbbi uygulama söz konusu ise artık kamusal alandan bahsedilemeyeceği söylenebilir. Örneğin *culpa in contrahendo* saklı kalmak üzere; sağlık kuruluşunda henüz hizmet almadan, sıra beklemek veya hasta yakını olarak bulunmak bu alanda sayılabilir. Ancak kişi tıbbi hizmet almaya başladıysa buradaki bilgi ve olayların kamusal hayat kapsamı dışına taşınmıştır.

Özel hayat, kişinin gizli hayatı içerisinde sayılmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği alandır. Gizli hayat ise kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bu kişiler dışındakilerin bilmelerini, öğrenmelerini istemediği olay ve hareketlerden oluşur.[939] Sır saklama da gizlilik alanına dahildir.[940] Örneğin kişinin sağlık kurumuna hizmet için başvurmuş olması özel hayatı kapsamına giriş olarak kabul edilebilir. Kişinin sağlık kuruluşundaki hastalık tanısı, tedavisi gibi tıbbi bilgilerinin gizli hayat kapsamında değerlendirilmelidir.

Özel ve gizli hayat kapsamında tıbbi uygulamalar açısından bazı temel kavramlar söz konusudur. Bu kavramları belirtmek ve açıklamak gerekirse:

- Meslek sırrı; TDN m.4 [941] ile hekimlerin tıbbi uygulamalar kapsamında öğrendikleri bilgiler meslek sırrı olarak kabul edilmektedir. HMEK m.9[942] ile de bu doğrultuda hekimin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmektedir.

[938] Tandoğan, H. (1963). Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması. AÜHFD, 20(1), 1–36. s. 26. İmre, Z. (1974). Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler. İÜHFM, 39(1–4), 147–168., s. 149. Helvacı, 2016, s. 121. Antalya, 2017a, s. 162.

[939] Tandoğan, 1963, s. 26. İmre, 1974, s. 149. Helvacı, 2016, s. 121.

[940] Oğuzman vd., 2015, s. 137. Dural, Öğüz, 2015, s. 136.

[941] "*Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.*

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz"

[942] "*Sır Saklama Yükümlülüğü*

Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Meslek sırrından söz edebilmek için öncelikle mesleki bir ilişkisi olması ve bu bilgilerin mesleğin yürütülmesi ile edinilmiş olması gerekir ve bu bilgilerin başkası tarafından bilinmemesidir. Bu sebeple sır kavramı, hastanın bireysel iradesini ortaya koyan subjektif ölçüt ile sırrın üçüncü kişilerce bilinme veya bilinebilme durumunu ortaya koyan objektif ölçüt çerçevesinde değerlendirilmektedir.[943] Ayrıca meslek sırrı sadece sözleşme ilişkisinde değil, sözleşme dışı ve kamu hukuku gibi çok daha geniş bir alan için söz konusudur.[944]

Örneğin hastalığını kamuoyu ile paylaşan biri, hastalığının sır olarak saklanmasını bekleyemez. Bunun gibi dışarıdan herkesin görebildiği, fiziksel özellikler[945] veya soğuk algınlığı gibi basit enfeksiyonlar, hasta aksini özellikle istememişse, mesleki sırrı olarak değerlendirilmez.[946] Diğer taraftan hekimin mesleki faaliyeti sırasında tanık olduğu üçüncü kişilere dair bilgiler de meslek sırrı kapsamında değerlendirilmez.[947] Ayrıca tıbbi uygulama nedeniyle hekim aleyhine açılan davada, hekimin kendisini savunma amaçlı olarak hastanın bilgilerini paylaşması bu yükümlülüğün istisnasıdır.[948] Benzer şekilde hekim hastasından ücret alacağı için dava açmak zorunda kalırsa, kısmen de olsa, gerektirdiği ölçüde hastasının bilgilerini paylaşabilir.[949]

Hasta mahremiyeti; sağlık hizmetlerinde ulaşılmaz, bilinmez, dokunulmazlığın temel olması sebebiyle özel hayatın gizliliği hakkının ifadesidir.[950] Mahremiyet; hem beden bütünlüğüne saygı gösterilmesini hem de hastaya ait bilgilerin gizliğini kapsayan geniş bir kavramdır.[951] Örneğin üreme hücrelerinin veya embriyonun zayi edilmesinin de

---

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir."

[943] Başpınar, V. (2008). Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 575–603. ss. 583–584. Karasu, S. (2009). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. Vedat. s. 44vd.

[944] Büyükay, Y. (2004). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. AÜEHFD, VIII(1–2), 383–394. s. 384.

[945] Sert, 2008, ss. 110–111.

[946] Büyükay, 2004, s. 387.

[947] Budak, A. C. (2008). İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 545–556. s. 547.

[948] Belgesay, 1953, s. 151.

[949] Tandoğan, 1977, ss. 4454–4455.

[950] Sert, 2008, s. 82.

[951] Sert, 2008, s. 95.

mahremiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[952] HHY m.21 ile hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu düzenlenmektedir.

- Sağlık bilgilerinin gizli tutulması gerekliliği; HHY m.21 ile düzenlenmiş ve bu bilgilerin kişilik hakkı ile ilişkisi kurulmuştur.[953]
- Kişisel sağlık verileri; KSVHY m.4/j ile "*kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri*" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca KVKK m.6 ile kişinin sağlığı, cinsel hayatı, biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak hükme bağlanmıştır. Görüleceği üzere kişisel sağlık verileri tanımı oldukça geniş bir çerçeveye işaret ederken Kanun ile diğer kişisel verilerden daha özel bir konuma taşınmıştır.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde; tıbbi uygulamalar sırasında elde edilen meslek sırrı ve kişisel sağlık verilerinin, kişinin özel ve hatta gizli hayatına ilişkin olduğuna şüphe bulunmamaktadır. İHAM, özel hayat ve mahremiyet kapsamındaki kişisel sağlık verilerinin korunmasını AİHS m.8 ile güvence altına alarak, kişisel sağlık verilerinin gizliliğine saygıyı tüm taraf devletlerin hukuk sistemlerinde hayati öneme sahip bir ilke olarak kabul etmektedir.[954] Hekimin, özel hayat ve mahremiyetin korunmasına ilişkin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi, özel hayatın gizliliğinin ciddi bir ihlali olarak kabul edilirken[955] güvenin sarsılması nedeniyle menfi maddi zarara[956] ve manevi zarara sebep olabilecektir.[957]

Genel olarak kişinin özel ve gizli hayatı genel koruma altındaysa da tıbbi uygulamalar çerçevesindeki kişisel sağlık verileri, kişilik hakkı içerisinde özel normlarla korunan daha özel bir alandır. Bu sebeple manevi zararın objektif ağırlığı kapsamında tıbbi uygulamalarla ilişkili özel ve gizli hayatın ihlali, hafif olmayan bir ihlal olarak

---

[952] Aydın, Ö. (2014). Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk. Legal. s. 158.

[953] "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."

[954] Yüzer Eltimur, 2019, s. 37.

[955] Yüzer Eltimur, 2019, s. 358.

[956] Başpınar, 2008, s. 583.

[957] T. Kanık, 1950, s. 1169. Büyükay, 2004, s. 385. Başpınar, 2008, s. 583.

nitelendirilmeli ve tazminat talep ile miktarı, ihlalin meydana getirdiği manevi zarar da gözetilerek bu ağırlık çerçevesinde takdir edilmelidir.

Manevi tazminatın objektif ağırlığı, genelde olduğu gibi mahremiyet ihlalinde de somut olaya göre değerlendirilmelidir. Genel olarak tıbbi uygulamalardaki mahremiyet ihlalinin hafif ölçüde olmadığı kabul edilse de tazminatın da zarara göre belirlenmesi gerekir. Örneğin rektumda yabancı cisim olayının basına yansıyarak hasta hakkında idari soruşturma başlatılması olayında[958] manevi tazminatın objektif ağırlığının daha ağır olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir örnek olarak hekimin, üçüncü bir kişiye hastasının, soğuk algınlığı olduğunu söylemesi ile kanser olduğunu söylemesi durumunda, meslek sırrının ifşası şeklindeki eylem aynı olup ihlalin varlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Nihayetinde her iki açıklama da mahremiyet ihlal edilmektedir fakat manevi zararın objektif ağırlığının belirlenmesinde ihlalin ağırlığı değişmektedir. Örneğin kişinin hastalığını üçüncü kişiye söylemekle kalmayıp sosyal medyada paylaşılırsa ihlalin ağırlığı daha da artacaktır.

13.3.1.2. Bilgilendirme ve Rıza

Tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartlarından birisi, başta Anayasa olmak üzere çeşitli normlarla koruma altına alınan, rızadır. Rızanın ön koşulu da usûlüne uygun yapılan bilgilendirmedir. Tıbbi müdahale, hastanın rızası hilafına yapıldığında hukuka aykırı olacağından bedensel zarardan söz edilir. Ancak rıza olmasına karşın bilgilendirmede eksiklik olursa durum biraz tartışmalıdır.[959]

Tıbbi uygulamalarda, kişilik hakkı ihlalini ortadan kaldıran rızaya ilişkin bilgilendirme eksikliği, irade özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir.[960] Eğer bu bilgilendirme eksikliğine bağlı bedensel bir zedelenme meydana geldiyse manevi zararın TBK m.56 kapsamında değerlendirileceğine şüphe yoktur. Ancak eksikliğe bağlı bedensel bir zarar meydana gelmediğinde, irade özgürlüğünün ihlali açısından TBK m.58 çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir.

Öğretide, tıbbi uygulamada bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kalktığı veya rızanın aranmadığı haller dışında, bilgilendirmenin yapılmaması ve rızanın alınmaması

[958] Kök, A. N. (2016). Bir Olgu Nedeniyle Tıp Uygulamalarında Mahremiyet İlkesi, Özel Yaşamın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 170–173. s. 171.

[959] Rıza konusunda ayrıntılı bilgi için "Bölüm 3.1. Rıza"

[960] Antalya, 2017b, s. 143.

ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı elinden alınmış olacağından, yapılan tıbbi uygulama tıbbi standartlara uygun olsa ve fiziki bir zarar doğurmasa bile kişilik hakkı ihlali sebebiyle manevi zararın tartışmasız olduğu ve TBK m.58 kapsamında manevi tazminat istenebileceği savunulmaktadır.[961]

Yargıtay, genel olarak tek başına rızayı yeterli bulmamakta ve rıza için bilgilendirmeyi aradığı gibi[962] bilgilendirmeyi tek başına da aramaktadır[963]. Danıştay, bilgilendirmeyi "*onay verme hakkı*" [964] şeklinde tanımlayarak, eksikliğini irade özgürlüğünün ihlali olarak kabul etmektedir. Ayrıca bilgilendirme eksikliğinin müdahaleyi hukuka aykırı hâle getirmediğini fakat bilgilendirme eksikliği nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir.[965] Bu sebeplerle rızanın bilgilendirmeye dayalı olduğu ancak bilgilendirme ile rızanın birbirinden farklı kurumlar olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.[966] Bu yüzden sadece bilgilendirme eksikliği tek başına bir kusur olarak değerlendirilmektedir.

Bilgilendirme, hem rızanın ön şartı hem de mesleki bir yükümlülük olup hastanın serbest iradesini etkileyebilecek bir kurum olduğundan eksikliği hâlinde, kişilik hakkı ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmış olduğu kabul edilebilir. Ancak manevi tazminat talebinin kabulünde, manevi zararın objektif ağırlığı formülasyonunda, tek başına ihlal yeterli olmayıp bu ihlalin sebep olduğu manevi zararın da değerlendirilmesi yapılmalıdır.

13.3.1.3. Tıbbi Kayıtlar

Tıbbi kayıtların tutulması çok eskiden beri devam eden ve ilk başlarda hatırlatma amacı taşımaktaydı. Ancak zamanla tedaviye üçüncü meslek profesyonellerinin

---

[961] Aşçıoğlu, 1993, s. 42.Kaya, 2012, s. 75.

[962] Y.13.HD. 2013/17487, 2014/794, 16.1.2014

"*Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani* ***bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir.***"

[963] "…dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğu, bu hususta davacıya bilgilendirme yapılıp yapılmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren,..." Y.13.HD 2015/1413E, 2016/3713K, 09.02.2016; Aktaran: Erdem, Doğramacı, 2020, ss. 244–245.

[964] D.10.D. 2020/4179E, 2020/3094K, 21.09.2020. D.15.D. 2014/7603, 2018/8541K, 27.12.2018.

[965] D.15.D. 2016/2055E, 2018/8407K, 20.12.2018

"... yapılan ameliyattan önce uygulanacak cerrahi işlemler ile bu işlemlerin riskleri ve gelişebilecek komplikasyonları hakkında yeterince aydınlatılmamış olduğu, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca ***davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olduğundan, mahkemece sunulan sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmemiş olması nedeniyle davacının duyduğu acı ve ızdırabın ağırlığını ortaya koyacak biçimde manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken****, bu isteminin reddi yönünde karar verilmesinde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*"

[966] Doğramacı, Erkol, 2019, s. 166.

katılması, teknolojik imkanların artması gibi sebeplerle kayıt tutmanın önemi artmaya başladı. Ancak hastanın da bilgi edinmesini sağlama çok daha geç bir zamanda gerçekleşmiştir.[967] Günümüzde tıbbi kayıtların öncelikli amacı, özen yükümlülüğü doğrultusunda hasta menfaatlerine hizmet eden ve tıbbi uygulamaların denetlenmesini sağlayan bir ispat aracıdır.[968] Kayıt tutuma yükümlülüğü genel olarak hekim ve ilgili diğer sağlık personeline ait iken bu kayıtların saklanması kurumun sorumluluğundadır.[969]

Kayıt tutma yükümlülüğü ve hastanın bu kayıtları inceleme hakkı, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.[970] Esasında günümüz tıbbi uygulamalarının esas öznesi hasta olduğundan tıbbi kayıtların da esas sahibi hastadır ve bu kayıtlar hasta adına tutulmaktadırlar.

Hekimlerin icra ettikleri tıbbi uygulamaların kayıtlarını tutmaları, özenli tedavi yükümlülüğünün bir parçası ve/veya hekimlik sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük olduğu kabul edilmektedir.[971] Nitekim TŞSTİDK m.72 ile bu yükümlülük özel olarak düzenlenmektedir. Bu hâliyle kayıt tutma yükümlülüğü, bağımsız olarak dava edilebilir nitelikteki bir yükümdür.[972]

Kayıtların eksik tutulması tek başına tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmediği gibi sadece kaydın tutulmamasından kaynaklanan tazminat söz konusu olmayacak, ancak kaydın düzgün tutulmaması hastanın zararına yol açarsa tazminat söz konusu olacaktır.

---

[967] Hakeri, 2021, s. 613.

[968] Oğuzman vd., 2015, s. 178. Şatır, 2015, s. 53. Şengül, 2020, s. 76. Hakeri, 2021, s. 615.

[969] Y.11.HD. 2019/1667E, 2019/8208 K, 16.09.2019;

"... aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı sağlık kuruluşu veya hekime ait olmakla birlikte, ***hekimin tıbbi belgeleri saklama yükümlülüğünün bulunmadığı****,* ***kayıtları tutma yükümlülüğünün*** *başta Hasta Hakları Yönetmeliği, arşiv mevzuatı ve tıp hukuku mevzuatı* ***uyarınca sağlık kurum ve kuruluşlarının hukuki sorumluluğunda bulunduğu****, hastanın sağlık kişisel verilerinin hekimler tarafından saklanmasında hukuksal bir zorunluluk bulunmadığı,* ***söz konusu verilerin mülkiyetinin sağlık kurumuna ait olduğu****, bu nedenlerle; davacı ...'un gebeliği sürecinde, davalı sigortalısı doktor Dr. ...'nin görev yaptığı sağlık kuruluşundan başka bir hekim ya da sağlık kuruluşundan sağlık hizmeti alıp almadığı hususundaki belirsizlik bulunduğu, davacı hasta ile sözleşme ilişkisine giren bilgi ve belgelere vakıf olan ilgili hastanede saklanması gereken hasta dosyasına ulaşılamaması ve tarafların iddiaları doğrultusunda toplanan sınırlı sayıdaki tıbbi kayıtların hastanın gebelik sürecine ilişkin bilgi ve belgeleri içermemesi nedeni ile hekimin tıbbi gerekleri yerine getirip getirmediği hususunda bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılmadığı gibi, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunda da kanaate varılamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir."*

[970] Hakeri, 2021, s. 614.

[971] Ayan, 1991, s. 95. Zeytin, Z. (2005). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, 135–151. s. 139. Yavuz İpekyüz, 2006, ss. 108-109. Somer, P. (2011). Tıbbi Kayıtlar. III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara, 526–553. s. 529. Şenocak, Z. (2011). Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk. III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara, 622–631. s. 622. Söğüt, 2013, s. 66. Şatır, 2015, s. 53. Taşatan, 2017, s. 36. H. Özdemir, 2017, s. 146. Gökcan, 2017, s. 166. Şengül, 2020, s. 76. Hakeri, 2021, s. 615.

[972] Zeytin, 2005, s. 141. Söğüt, 2013, s. 66.

Ayrıca tıbbi kayıtların tutulmasıyla ilgili hasta aleyhine bir durum söz konusu olduğunda ispat yükü taraf değiştirerek hekim tarafına geçecektir.[973]

Yargıtay, tıbbi kayıtların tutulup tutulmadığını ve tutulmadıysa bunun zarara neden olup olmadığını denetlemektedir.[974] Danıştay yerleşmiş kararlarıyla; kayıtların bulunmaması veya eksik, düzensiz olması sebebiyle, idarenin kusurlu olup olmadığı belirlenemese bile idarenin manevi tazminatla yükümlü olduğuna karar vermektedir.[975]

AYM ise Danıştay'ın bu yaklaşımını haklı olarak eleştirmekte ve tıbbi ihmal tespit edilmemesi gerekçesiyle maddi tazminatın reddedilmesini onarken, manevi tazminat talebinin reddini ise sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği gerekçesiyle bozmasını çelişki olarak değerlendirmektedir.[976] AYM diğer bir kararda ise hasta kayıt ve dosyasının tutulması ve saklanmasında gerekli özenin gösterilmemesinin sağlık kuruluşu karşısında zayıf durumda olan hastanın aleyhine kullanılamayacağını, sağlık kuruluşunun belgeleri mahkemeye sunmamış olmasının hasta aleyhine yorumlanmasının hasta

---

[973] Söğüt, 2013, s. 80. Gökcan, 2017, s. 178. Hakeri, 2021, s. 622.

[974] Y.13.HD. 2016/10766E, 2019/10896K, 06.11.2019;

"... doktor tarafından tutulan kayıtların özenli tutulup tutulmadığı, tutulmamışsa bunun zarara sebebiyet verip vermediği hususlarında yeterli açıklamayı içermemektedir."

Y.13.HD. 2014/12357E, 2015/15386K, 14.05.2015;

"... travay takibi kayıtlarının tutulmamasının bir eksiklik olduğu…"

[975] Hakeri, 2021a, s. 624.

D.10.D. 2007/3301E, 2008/2939K, 29.04.2008;

"Bu durumda, davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde ***muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği****; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin,* ***meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği*** *açık olduğundan maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu* ***meydana gelen manevi zararın idarece tazmini*** *yolunda karar verilmesi gerekirken; davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır."*

D.15.D. 2014/3146E, 2019/290K, 05.02.2019;

*"Dava konusu olayda i****darenin hizmet kusurunun tespit edilememesinin tıbbi kayıt eksikliğinden kaynaklandığı gözetildiğinde****, davacının tedavi sürecinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacağı ve* ***ömür boyu şüphe duyacağı açıktır****.*

Dava konusu olayda davacının sakat kalmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu açıkça ortaya konulamadığından maddi tazminata hükmedilmesi koşulları oluşmamakla birlikte, ***tıbbi kayıtların eksik tutulması ve enjeksiyon öncesi aydınlatılmış onamının alınmamış olmasından kaynaklı uğradığı manevi zararının****, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek makul ölçüde tazmini gerekirken manevi tazminat talebinin reddinde hukuka uyarlık görülmemiştir."*

[976] Hamdullah Aktaş ve diğerleri [GK], B. No: 2015/10945, 19.07.2018, §60;

"*Öte yandan Daire, ilk derece mahkemesi kararının maddi tazminat talebinin reddi yönündeki hüküm fıkrasını, tıbbi ihmal tespit edilemediği gerekçesiyle onarken manevi tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm fıkrasını ise sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği gerekçesiyle bozmuştur. Daire, hasta dosyasının muhafaza edilmemesini, sağlık hizmetinin işlemesi bakımından bir eksiklik ve kusur olarak değerlendirmiştir. Ancak Daire, sağlık hizmetindeki bu eksiklik ve kusurun sadece manevi zarar doğurduğunu kabul etmiştir. Başvurucu anneye ilişkin dosyasının muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinde oluşan bu kusurun neden sadece manevi zarar doğurduğuna ve herhangi bir maddi zarara yol açmadığına dair Daire kararında, herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.*"

açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturacağını belirterek[977] kayıtların ispat yükü konusundaki önemine işaret etmektedir.

Öğretide, hastanın bacağının kesilmesi ile sonuçlanan tıbbi olayda, hasta dosyasının kaybolması sebebiyle kusurun tespit edilememesi ve dolayısıyla tazminat talebinin reddedilmesi ile ilgili davada[978], idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi ile maddi ve manevi tazminatın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[979]

Görüleceği üzere tıbbi kayıtların ispat fonksiyonu ve kişilik hakkı niteliği bulunmaktadır. İspat fonksiyonu ile ilgili yükümlülüğe aykırılık, doğrudan manevi zarar oluşturmayacaktır. Ancak, ispat yükü sağlık hizmet sunucusu tarafında olduğundan, tıbbi kayıtlarla hukuka uygunluk ispat edilemediği takdirde meydana gelen bedensel zarardan sorumluluk söz konusu olacaktır. Örneğin; hastanın kişilik hakkı ile ilgili olarak, hasta dosyasının kaybolması sonucu hastanın kanser hastalığının erken tanı ve tedavi imkanından mahrum kalması hâlinde, manevi zararın objektif ağırlığı çerçevesinde tazminata hükmedilmelidir. Ancak Danıştay kararlarında belirtildiği üzere; kayıtlardaki eksikliğin sadece şüphe uyandırmaya yol açması, somut bir zarar olarak nitelendirilmemeli ve manevi zararın objektif bir ağırlığa ulaştığı kabul edilmemelidir.

11.3.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Hâlinde

Bedensel bütünlüğün zedelenmesinde özel hüküm olan TBK m.56, genel hüküm olan TBK .58'den farklı olarak "*olayın özelliklerinin*" göz önünde tutulması gerektiğini açıkça hükme bağlamaktadır.

---

[977] Eyüp Kurt, B. No: 2015/6926, 04.04.2019, §49;

"*Hasta kayıt dosyasında yer alması gereken bir bilgi veya belgenin hasta dosyasının tutulması veya saklanması hususunda sağlık kuruluşunca gereken özenin gösterilmemesi sonucu yargı mercilerine ibraz edilmediği ve bu sebeple sağlık kuruluşunun tıbbi sorumluluklarına uygun davranıp davranmadığının değerlendirilemediği hâllerde bu durum, somut olayın özel koşulları haklı kılmadıkça başvurucu aleyhine yorumlanmamalıdır. Zira bu konuda başvurucular sağlık kuruluşuna nazaran oldukça zayıf konumda yer almakta ve başvuruculaların açacağı bir davadaki başarı şansı çoğunlukla davalı taraf olan sağlık kuruluşunun bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla sağlık kuruluşunun elinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmamış olmasının başvurucu aleyhine yorumlanması başvurucu açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturacaktır*."

[978] D.10.D. 2007/3301E, 2008/2939K, 29.04.2008;

"*Dosyanın kaybedilmesi ağır hizmet kusuru teşkil eder. İdarenin belgeleri ibraz edememesi, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini engellediği için idare mahkemesinin maddî tazminatı reddetmesinde hukuka aykırılık yoktur"*

[979] Odyakmaz, Z. ve Keskin, B. (2020b). Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda idarenin Kusursuz Sorumluluğuna Geçiş. İçinde: N. Basa ve S. Güleçhan Uçak (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 533–596). TBB. s. 557.

Olayın özellikleri, manevi tazminatın unsuru olarak nitelendirilmeyip[980] manevi zararın kapsam, şekli ve belirlenmesinde kullanılabilecek bir etkendir.[981] Nitekim TBK m.56 metni incelendiğinde, bu unsurun sonuçla irtibatlandırıldığı görülmektedir. Diğer taraftan genel hükümde aranmayan bir unsurun özel hükümde aranması doğru değildir.[982] Kaldı ki manevi zararın objektif ağırlığı, zaten TBK m.58'de de yer bulmakta ve olayın özellikleri ile yakından irtibatlı bir kavramdır.

Bedensel bütünlüğün ihlallerinde; manevi zararın objektif ağırlığının daha büyük önem taşıdığı, bu sebeple diğer kişilik hakkı ihlallerine göre daha objektif ve daha ağır olduğu kabul edilmektedir.[983] İhlalin süresi, iyileşme süresi, duyu kaybı, zararın yeri ve büyüklüğü, zararın parayla giderme olasılığı, iş göremezlik durumu, estetik zarar gibi hususlar ihlalin ağırlığını belirlemektedir.[984]

İhlalin ağırlığı ve zarar görende yarattığı manevi zararların matematiksel, kesin bir formülle çözülmesi mümkün olmadığından hâkim, manevi zararın objektif ağırlığı doğrultusunda tazminatın belirlenmesinde takdir yetkisini kullanacaktır. Ancak hâkim bunu yaparken objektif bir yöntem kullanmalıdır. Böylelikle takdir edilen manevi tazminat, manevi zararla doğru orantılı olacaktır.[985]

Bu sebeple öğretide, bedensel zarardan kaynaklanan manevi zararın objektif olarak belirlenebilmesi için çeşitli ruhsal ve bedensel zarar cetvelleri önerilmiştir.

11.3.2.1. Ruhsal Zarar Cetveli

Bedensel zararlardan kaynaklanan, ruhsal nitelikli manevi zararların belirlenmesi için çeşitli cetveller önerilmiştir:

- KUDAT, acının ölçülme usûlünün bilinmediğini ve bu sebeple belirlenmesinin nazik bir konu olduğunu belirterek öncelikle acının şiddeti ve süresinin dikkate alınması gerektiğini, bunun yanında yaş, kusur ve ruhi durumun etki eden diğer faktörler olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda acı ve ızdırabın etkilerini; az önemli (önemlice), mutedil, önemli, çok önemli olarak dört gruba ayırmaktadır.[986]

[980] Genç Arıdemir, 2008a, s. 217. Antalya, 2017b, s. 223. Erlüle, 2021, s. 201.
[981] Antalya, 2017a, s. 186.
[982] Antalya, 2017b, s. 223.
[983] Keskin, 2016, s. 318.
[984] Landolt, 2009, s. 129. Antalya, 2017b, ss. 225–226.
[985] Erlüle, 2021, s. 459.
[986] Kudat, A. (1970). Cismani Zararların Değerlendirilmesi ve Malüliyet Baremleri. TİSA. ss. 100–101.

- ERTAŞ, ruhsal ve psikolojik nitelikteki manevi zararları, ağırlık derecesine göre üç gruba ayırmıştır:[987]

"*1. Kişilik değişimi,*
2. Yaşama arzusunun kaybı,
3. Kişisel varlıklara saldırı sonucu duyulan her türlü acı, ağrı, üzüntü, ruhsal bunalımlar ve eziklik hisleri."

- KILIÇOĞLU, bedensel zararlarda psikolojik ve ruhsal kayıpları, ihlalin yoğunluğu ve süresi açısından sekiz gruba ayırmıştır:[988]

"0- Sıfır, hiç, 1- Çok hafif, 2- Hafif, 3- Etkisi azalmış, 4- Orta, 5- Biraz önemli, 6- Önemli, 7- Çok önemli."

- ATLAN, bedensel bütünlüğe yönelik ancak fiziksel bir zarar doğurmayıp sadece ruhsal (psikolojik) zarara yol açmış haksız fiillerin sebep olduğu ihlalin belirlenmesi için İsviçre Kaza Sigortası Kurumu tarafından hazırlanmış çizelgenin esas alınabileceğini önermektedir. Buna göre ruhsal (psikolojik) zararlar beş gruba ayrılmış ve ihlalin derecesi yüzdelik olarak belirlenmiştir:[989]

"Hafif ruhsal bozukluklar	*%20,*
Hafif ruhsal bozukluk ile orta ruhsal bozukluk aralığı	*%20-35,*
Orta ağırlıktaki ruhsal bozukluklar	*%50,*
Orta ruhsal bozukluk ile ağır ruhsal bozukluk aralığı	*%50-80,*
Ağır ve en ağır ruhsal bozukluk	*%80-100"*

11.3.2.2. Bedensel Zarar Cetvelleri

Bedensel zararlardan kaynaklanan manevi zararın belirlenebilmesi için bedensel zararların da sınıflandırıldığı, çeşitli cetveller önerilmiştir:

- ERTAŞ, bedensel bütünlüğün ihlalinin kişi üzerindeki etkilerinin kişinin meslek, cinsiyet ve sosyal statüsüne bağlı değişebileceğini kabul ederek, manevi zararları beden zedelenmesinin ağırlık derecelerine göre sekiz gruba ayırmaktadır:[990]

"1-Aktif hayatın sona ermesi (bitkisel hayat),
2- Temel vücud organlarının fonksiyonlarını göremez hâle gelmesi (körlük, sağırlık, kısırlık),
3- Hareket organlarının kaybı (el, ayak kaybı, devamlı kötürüm kalma),
4- Çalışma gücünün kaybı,
5- Vücudda kalıcı nitelikte sakatlıklar (parmak kaybı, saçların dökülmesi vs.),
6- Kalıcı nitelikte kısmi görme ve işitme bozuklukları,
7- Kalıcı estetik sakatlıklar,

[987] Ertaş, 1990, s. 90.
[988] M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1193.
[989] Atlan, 2016, s. 2678.
[990] Ertaş, 1990, s. 90.

8- Geçici nitelikte vücud sakatlıkları, hastalıklar, rahatsızlıklar, ve hareket gücünün kaybı."

- KUDAT ve DURDU, mal varlığına ilişkin olmayan bedensel zararlarla ilgili olarak; hâkimin bedensel zararın saptanmasında kişisel deneyim ve gözlemleriyle bir sonuca varıp kararına dayanak edemeyeceğini; bedensel zararın tespiti konusunda bilirkişi olarak hekime başvurması gerektiğini; hekimden, iş görmezlik ile kişinin acı ve ızdıraplarının süre ve niteliklerinin sorulması gerektiğini savunmaktadır.[991] Bu çerçevede yol göstermesi amacıyla hazırladığı "*acı ve ızdırabın sınıflandırılması cetveli*" hazırlayarak bedensel zararları ayrıntılı olarak belirlemiş ve acı için beş grup oluşturmuştur:[992]

0 Grubu: Acının pratik olarak mevcut olmadığı ve manevi tazminat takdirine yer verilmeyebileceği,

1. Grup: Az önemli; özel bir tedavi ve iş göremezliğe sebep vermeyen acılar,

2. Grup: Vasat veya ılımlı; şiddet veya süreleri sebebiyle iş göremezliği etkileyen, ağrı kesici ilaç kullanmasını gerektiren acılar,

3. Grup: Önemli; başlangıçta çok şiddetli ancak 48 saatten kısa süren veya daha az şiddette 15 gün kadar devam eden acılar,

4. Grup: Çok önemli; her türlü sosyal faaliyete engel olan ve 7 günden fazla süre için uyuşturucu ilaç kullanılması gereken acılar.

- ANTALYA, bedensel zararlarda ihlal ile ilgili hafif, orta ve ağır şeklinde derecelendirme yapmaktadır. Tazminatın, orta ağırlıkta bedensel ihlallerde %50 ile %100 arasında, ağır bedensel ihlallerde ise %100 ile %200 arasında arttırılmasını önermektedir.[993]

- ATLAN ise İsviçre hukukunda bedensel zararlarla ilgili kullanılan İsviçre Kaza Sigortası Hakkında Yönetmelik ek m.3 ile düzenlenen çizelgelerin benzerlerinin Türk hukukunda uygulanacak şekilde düzenlenmesini önermektedir. Bu çizelgelerin hem hâkime yol göstereceğini hem de tazminat hesaplarının objektif bir zemine oturacağını belirtmektedir.[994]

11.4 Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Hâli İçin Önerimiz

Görüleceği üzere zarar cetvelleri yapılırken; ERTAŞ, beden bütünlüğünü esas alırken DURDU ise manevi zararın tanımı doğrultusunda "acı ve ızdırap" ölçütünü esas

[991] Durdu, 1986, s. 24.
[992] Kudat, 1970, s. 103. Durdu, 1986, ss. 25–27.
[993] Antalya, 2017b, s. 231.
[994] Atlan, 2015, s. 152. Atlan, 2016, s. 2676.

almıştır. DURDU'nun hâkimin, manevi zarar tespitinde hekim bilirkişiye başvurması gerektiği görüşüne her durumda katılmasak da en azından çıkış noktasında haklılık payı vardır. Hâkimin kişisel bilgi ve tecrübesi bedensel zararları değerlendirmeye yeterli olmayabileceğinden, kararlarını dayandırabileceği, kararlarda birliğin sağlanabileceği bu cetveller gibi karar destek enstrümanlarının faydası ortadadır.

Ancak ne yazık ki öğretide bu ve benzeri cetvellerin oluşturulması çabası görülse de medeni ve idari yargı uygulamasında yer bulmadığı görülmektedir. Halbuki yargı uygulamasında bedensel zararların tespitinde farklı zamanlarda farklı uygulamalar kullanılmaktadır.[995] Ayrıca manevi tazminatla iş göremezlik oranlarının ilişkilendirildiği görülmektedir.[996] Bu sebeple cetvellerin kullanılmasında bir engel de bulunmamaktadır.

Bedensel zararların tespitinde hâkimin manevi tazminatı takdir ve belirlemesinde, ANTALYA ve ERTAŞ'ın önerileri gibi çok teknik olmayan, hâkimin kendi bilgi ve tecrübesiyle kullanabileceği bedensel zararları formülüze ederek gruplayan cetvellerin geliştirilmesinde büyük fayda bulunmaktadır. Ancak bu cetvellerin mümkün olduğunca hâkimin kullanabileceği ve takdir hakkına izin veren sadelikte olması önemlidir. Bu sebeple manevi tazminata esas olacak bedensel zarar gruplarının mümkün olduğunca az sayıda olması gerekir. Böylelikle ayrıntılı grup yapıldığında ve grup sayısı arttırıldığında oluşabilecek bedensel zararın tespiti konusundaki zorluklar da giderilmiş olacak ve manevi zararın belirlenmesinde hâkime daha geniş bir çerçeve belirlenecektir.

Bu doğrultuda; her ne kadar ceza hukukunun amaç ve işlevi tazminat hukukundan çok daha farklı olsa da bedensel zararlar; ceza hukukunun temel çalışma alanlarından biridir ve bu konuda çok sayıda görüş, içtihat ve en önemlisi herkesin anlayabileceği sadelik ve belirlilikte kanun hükümleri vardır. Bu hükümler doğrultusunda, bedensel zararın belirlenmesi için gerektiğinde adli tıp bilirkişiliğine de başvurulabilmektedir. Bu sebeple adli tıp biliminin bu konuda yeterli bilgi, tecrübesi ve konu hakkında ayrıntıları

---

[995] Kanık, H. (2020). Yargıtay Uygulamasında Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri. İçinde: N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri (ss. 158–174). TBB. s. 173.

"*a. 11.10.2008 tarihine kadar olan yaralanmalarda "Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü",*

b. 11.10.2008-01.09.2013 tarihleri arası olanlarda "Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği",

c. 01.09.2013 tarihinden sonrakilerde ise "Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği "geçerli olup haksız fiil tarihinde geçerli olan mevzuat uygulanacaktır."

[996] YHGK 2016/21-1033E, 2020/508K, 01.07.2020; 2016/21-817E, 2020/167K, 18.02.2020 (Yargıtay Karar Arama). D.15.D. 2016/9665E, 2017/2974K, 24.5.2017; 2015/1774E, 2019/509K, 12.2.2019.

belirleyen bir Rehberi[997] bulunsa da bedensel zarardan kaynaklanan manevi tazminat söz konusu olduğunda, bu bilgi ve tecrübe birikimine başvurulmadığı görülmektedir. Başvurulmamasının sebebi manevi tazminatın hâkimin takdirindeki bir konu olarak görülmesi ise de yukarıda bahsettiğimiz üzere, manevi zarara sebep olan bedensel zararın hâkim tarafından belirlenebilmesi her zaman mümkün değildir. Diğer taraftan tıbbi uygulamalardan kaynaklanan bedensel zararlar, aynı zamanda suç konusu olabildiğinden ceza yargılamasında tespit edilecek bedensel zararlar, tazminat belirlenmesinde de kullanılabilecektir.

Bu sebeple yeni arayışlar içerisine girmektense zaten hâli hazırda kullanılan ve tecrübe edilmiş ve en önemlisi yasa ile hükme bağlanmış TCK m.89[998] ile düzenlenen taksirle yaralama hükmünde üç grupta (m.89/1 hafif, 89/2 orta ve 89/3 ağır) tanımlanan bedensel zararların, tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan manevi zararın tespit ve sınıflandırılmasında kullanılabileceği kanaatindeyiz.

Ceza hukuku kapsamında düzenlenen bu grupların özel hukukta uygulanabilmesi konusunda birtakım açıklamalar yapmak gerekir. Öncelikle ceza hukuku kurallarının medeni yargıda kullanılması konusunda; TBK m.74/1 hâkimin, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığını düzenlediğinden hâkim, ceza hukuku kurallarını TMK ve TBK hükümleri ile çeliştiği sürece dikkate almayacaktır.[999] Ayrıca hukuk hâkimi, ceza yargılamasındaki değerlendirmelerden yararlanabilir ve bunları serbestçe kullanabilir.[1000] Hükmün ve öğretinin mefhum-u muhalif yorumuyla hâkimin,

---

[997] *Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi* , 2019.

[998] *"(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*
(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;
a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
b) Vücudunda kemik kırılmasına,
c) Konuşmasında sürekli zorluğa,
d) Yüzünde sabit ize,
e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,
Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.
(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;
a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,
Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır."

[999] Tandoğan, 2010, s. 349. Antalya, 2017a, s. 517.

[1000] Eren, 2015, s. 827.

ceza hukuku kurallarını kullanmasına engel bulunmamaktadır. Hatta TMK m.1/2, hâkimin sadece medeni kanunu değil özüyle ve özüyle değindiği bütün konularda yazılı hukuk kurallarını kullanması gerektiğini hüküm altına almaktadır.[1001] Ayrıca yasa koyucunun, manevi tazminata esas olabilecek bedensel zararların tespiti ve bu zararların nasıl değerlendirileceği konusunda düzenleme yapmamasından dolayı hüküm içi boşluk olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle hâkim, hüküm içi boşluğu doldururken; yasa koyucunun belirlediği bu kanuni gruplandırmayı göz önünde bulundurmasında bir engel olmayıp; hatta takdir yetkisini kullanırken uyması gereken, benzer durumlarda uygulanabilir bir çözüm bulma ilkesi doğrultusunda da kullanabilir.

Diğer bir bakış açısıyla, yasa koyucu manevi tazminatın belirlenmesi esasını "*olayın özelliği*" ölçütü kapsamında hâkim takdirine bıraktığından bu hüküm içi boşluk, bilinçli bir boşluktur. Hâkim, hüküm içi boşluğu doldururken yasa koyucunun amacına uygun olarak (ratio legis) yorum yaptığında, zaten yasa koyucunun belirlemiş olduğu bu gruplandırmayı, özel bir yasal düzenleme yapılmasına gerek olmadan manevi tazminatın belirlenmesinde esas alabilir.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında önerimiz; TCK m.89 ile düzenlenen taksirle yaralama suçu bedensel zarar kategorilerinin, ANTALYA'nın işaret ettiği ihlal dereceleri ile muamelesi sonucu, manevi zararın objektif ağırlığının tespit edilmesidir. Önerimiz doğrultusunda; zarara bağlı ay olarak belirtilen cezalar, ihlal derecesi katsayısı ile çarpılarak manevi zararın objektif ağırlığı tablosu oluşturulmuştur.

Tablo 2. Yaralanmalarda Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Çerçevesi

Zarar / İhlal	**Hafif (x1)**	**Orta (x2-3)**	**Ağır (x4)**
TCK m.89/1 3-6ay	3-6	6-18	12-24
TCK m.89/2 (yarı oranında arttırma) 4,5-9 ay	4,5-9	9-27	18-36
TCK m.89/3 (bir kat arttırma) 6-12 ay	6-12	12-36	24-**48**

[1001] Özsunay, 1981, s. 189. Oğuzman, Barlas, 2015, ss. 43–44. Dural, Sarı, 2015, s. 97.

Çerçeve oluştururken dikkat ettiğimiz ve birbiriyle uyum gösteren temel hususları özel olarak belirtme ihtiyacı vardır.

Öncelikle ihlal derecesi katsayısı önerimiz ANTALYA'nın önerisinden farklıdır. Çünkü hafif ile ağır ihlal arasındaki farkın arttırılması gereklidir. Nitekim TBK m.51/1 lafzında da tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığına "özellikle" vurgu yapılarak dikkat çekilmektedir. Böylelikle değerlendirmesi daha müphem olan orta derecedeki ihlalin takdir aralığı genişletilmiştir.

İkincisi, bedensel zarar nedeniyle cezaya hükmedilmesi durumunda hükmedilen cezanın manevi tazminatın belirlenmesine uyarlanması mümkündür. Kanunda ay bazında belirtilen cezaların ihlal katsayısı ile çarpımı sonucu tablo oluşturulmuştur. Böylece objektif olarak tespit edilen bedensel zarar, hukuk hâkiminin belirleyeceği ihlal derecesi çerçevesinde, manevi zararın objektif ağırlığının takdirine esas olacaktır.

Üçüncüsü, kişinin bitkisel hayata girmesi ölüm ile eşdeğer sayılabilecek bir durumdur bu sebeple hâkime takdir yetkisini kullanabilmesi için üçüncü kategorinin üst sınırı, ölümün üst sınırı ile bağdaştırılmıştır.

Dördüncüsü husus, manevi tazminatın sınırlandırılması ile ilgilidir. Yaralanma ve ölüm tablolarının üst sınırı, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan bedensel zararlardaki manevi tazminatının üst sınırı olarak önerdiğimiz dört yıl yani 48 ay ile hesaplama uyumu olacak şekilde belirlenmiştir.

Beşincisi, belirlenen çerçeve ile hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılmamış aksine hem ihlalin belirlenmesinde hem de bedensel zarar ile ihlalin muamele edilmesi sonucu ortaya çıkan aralık içerisinde hâkimin takdir yetkisi korunmaktadır. Hâkim takdir yetkisi belirli objektif ölçütlere bağlanmış olmaktadır. Böylelikle hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılması değil aksine hâkime çift aşamada, daha geniş ama daha objektif bir takdir yetkisi tanınması söz konusudur

Ölüm için ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Her ne kadar TCK m.85/1 ile taksirle ölüme sebep olmanın alt sınırı 24 ay olsa da ceza hukuku ile tazminat hukukunun işlev ve amacının farklı olması ve ölüm ile bitkisel hayatı eşdeğer sayabileceğimizden, bitkisel hayat da ölüm hâli gibi değerlendirilmiştir. Ayrıca TCK m.85/2 hükmüne göre, birden fazla kişinin taksirle ölümüne sebep olunsa da alt sınır 24 aydır ve bu ceza, en az iki kişinin ölümü içindir. Halbuki ceza hukukundaki zincirleme suç kuralı tazminat hukukunda uygulama alanı bulmamaktadır ve tazminatın, tek bir zarar gören üzerinden belirlenmesi gerekir. Bu sebeple alt sınırı 12 ay olarak kabul etmekteyiz.

Tıbbi uygulamadan kaynaklanan ölümde, manevi tazminatın alt sınırının 12 aylık BAÜ ve üst sınırının 48 aylık BAÜ olarak kabulü ile:

Tablo 3. Ölüm Hâlinde Manevi Zararın Objektif Ağırlığının Belirlenmesi

Zarar/İhlal	Hafif (x1)	Orta (x2-3)	Ağır (x4)
ÖLÜM	12	24-36	**48**

Bu tablolardan ortaya çıkan diğer bir pratik sonuç ise, bu tablolardaki değerler ile aylık BAÜ çarpımının, tazminatın belirlenmesinde doğrudan kullanılabilecek nitelikte olmasıdır.

Kanımızca en önemli husus; oluşturulan bu çerçeve, bir hesap tablosu değil hâkimin manevi tazminatı takdir yetkisine hizmet eden ve dayanak oluşturan çerçeve bir tablodur. Bu hâliyle hâkim, ihlalin derecesi ile objektif olarak tespit edilen bedensel zarar doğrultusunda manevi tazminatı yine kendisi belirleyecek, maddi tazminatın hesaplanmasında olduğu gibi bilirkişiye başvurma ihtiyacı hissetmeyecektir. Kaldı ki hâkim bilirkişi görüşüne başvurduğunda, bilirkişi kusur ve ihlal değerlendirmesi yapamayacağından sadece bedensel zararı tespit edebilir. Ancak uygulamada görülebildiği üzere, bilirkişi kendi yetkisini aşarak bedensel zararın yanında kusur değerlendirmesi yapsa bile en fazla MZOA çerçevesinin alt ve üst sınır aralığına işaret edebilir ki bu durumda da yine hâkim, aralık içerisindeki miktarı somut olarak belirlemek zorundadır. Yani bilirkişi, kusur ve ihlal değerlendirmesi yapsa bile somut bir miktar belirlemekten ziyade en fazla bir aralığı işaret edebileceğinden, somut miktarı belirlemek yine hâkimin takdirinde olacaktır.

Görüleceği üzere tabloda manevi zarara konu olabilecek bedensel zararlar, hâkimin genel olarak kendiliğinden değerlendirme yapabileceği, kanun hükmündeki hâliyle basit, anlaşılır ve etkili şekilde gruplandırılmıştır. Bedensel zararların ihlalin ağırlığı ile muamelesi sonucu, hem zarar hem de ihlal konusunda, hâkime geniş bir takdir yetkisi alanı bırakılmaktadır.

12. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE DİĞER HÂLLER

Manevi tazminatın belirlenmesinde etkili olan diğer hâller, bağımsız bir unsur olarak değil, manevi zararın objektif ağırlığını belirleyen ihlalin ağırlığı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda ihlalin ağırlığı, daha ağır veya daha hafif olarak değerlendirilebilir. Örneğin zarar, zarar görenin mesleğini bir daha yapamayacak ölçüde ise ihlalin derecesi ağır olarak değerlendirilebilir. Ya da tersi şekilde zarar göreninin bünyesinden kaynaklanan veya zarar meydana gelmeden önce de var olan sebepler, ihlalin ağırlığının daha hafif değerlendirilmesini gerektirir.

12.1. Zarar Görenin Durumu

Manevi zarar, zarar görenin kişilik hakkının ihlali olduğundan, zarar görenin durumu manevi tazminatın belirlenmesinde etkili olmaktadır.[1002] Bu sebeple zarar görenin durumuna dair bazı konuları değerlendirmek gerekir.

12.1.1. Zarar Görenin Rızası

Tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartlarından birisi rızadır. Rıza olmadığında yapılan müdahale, hukuka aykırı olacağından meydana gelen maddi ve manevi zarardan sorumluluk doğacaktır. Diğer taraftan TBK m.52/1, kişinin rızasını bir indirim sebebi olarak düzenlemektedir. Ancak burada düzenlenen rıza, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı zaman bir indirim sebebi olarak kabul edilir. Çünkü; hastanın rızası fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı için sorumluluk söz konusu olmayıp tazminat ödenmez.[1003] Aksi takdirde rızayı sadece bir indirim sebebi olarak kabul etseydik, tıbbi uygulamalardan meydana gelebilecek komplikasyon dahil her türlü zarar için tazminat ödenmesi gerekirdi.

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için öncelikle geçerli olması gerekir. Rıza hukuken geçerli olmasa bile zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilir.[1004] Bu durumda geçersiz rıza, hukuka aykırı sayılmakla beraber

[1002] Franko, 1973, s. 142.
[1003] Keskin, 2016, s. 326. Erlüle, 2021, ss. 512-513.
[1004] Özsunay, 1983, s. 58. Tandoğan, 2010, s. 321.

TBKm.52/1'e göre tazminattan indirim veya tazminatı tamamen kaldırma sebebi olarak kabul edilebilir.[1005]

Tıbbi uygulamalar özelinde; hastanın kişisel kusuru nedeniyle, rızanın bilgilendirmeye dayanmaması [1006] veya rızanın mevzuatta öngörülen şekle uygun olmaması [1007] da TBK m.51/1 kapsamında tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.[1008]

Diğer taraftan zarar görenin manevi zararı azaltmak için tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi hâlinde; tıbbi uygulamanın risk taşımaması ve başarılı sonuç vermesinin belli olması karşısında manevi tazminat istemlerinde zarar gören açısından müterafik kusur benzeri bir durum olarak değerlendirilmektedir.[1009] Ancak tıbbi uygulamalarda rıza kurumunun anayasal ve etik dayanakları karşısında, sırf tazminat miktarını düşürmek gibi bir amaçla hastanın tıbbi uygulamaya zorlanması, hiçbir koşul altında mümkün değildir.

Yargıtay ve Danıştay'ın, yukarıdaki bölümlerde açıkladığımız üzere, genel olarak salt rızadan ziyade rızanın dayalı olması gereken bilgilendirmeyi tartıştıkları görülmektedir. Nitekim rızanın her zaman açık olması aranmadığı gibi zımni de olabileceği kabul edilmektedir ve tıbbi uygulamalarda zımni rıza sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu sebeple zımni rıza da değerlendirilmeli ve manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulmalıdır.

12.1.2. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru TBKm.52/1 ile "*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*" şeklinde düzenlenmektedir. Bu sebeple zarar görenin kusurunun manevi tazminatın belirlenmesinde önemli bir yeri bulunmaktadır.

[1005] Eren, 2015, s. 765. Oğuzman, Öz, 2020, s. 122.
[1006] Özsunay, 1983, s. 58.
[1007] Tekinay vd., 1993, s. 593.
[1008] Erlüle, 2021, s. 514.
[1009] Y.11.HD. 1980/E, 1980/4046K, 19.09.1980; Aktaran: Orhunöz, 1999, s. 70.
"... her ameliyatta olduğu gibi bacak kırıklarına ilişkin ameliyatta da belli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının, ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zarar arttırıcı bir harekette bulunduğunun kabulü ile zararda indirim yapılması yerinde değildir."

Öncelikle zarar görenin kusuru, nedensellik üzerinden tazminat miktarının belirlenmesinde etkilidir ve ihlal ile zarar arasındaki nedenselliği etkisi ölçüsünde değerlendirilmektedir. Bu sebeple doğrudan ihlal veya zarar ölçüsü ile değil, ihlal ve zarar arasındaki ilişki üzerinde etkilidir.

Zarar görenin kusuru, zarar görenin makul bir kişiden beklenmeyen davranışla zararın doğmasına veya artmasına yol açması şeklinde tanımlanmaktadır.[1010] Oysaki zarar görenin kusuru teknik anlamda kusur olmayıp; teknik anlamda kusur, bir kişinin diğer bir kişiye zarar veren, hukuk düzenince kınanan davranışıdır yani davranışın bir niteliğidir.[1011] Zarar görenin kusurunda zarar, başka bir kişiye değil, zarar gören yine kendisine zarar vermektedir. Bu sebeple öğretide "*birlikte (müterafik) kusur*" da denilmektedir.[1012]

Zarar görenin kusuru esasında, zararın doğmasında veya artmasında etkili olarak değerlendirilir.[1013] Bu sebeple özellikle bedensel zararlarda, zarar görenin kendi menfaatlerini ihmal ederek zararın doğmasını veya artmasını engelleyen tedbirleri almaması olarak görülmektedir.[1014] Ancak hâliyle zarar görenin bu davranışlarının kendisine yüklenebilmesi için davranışlarıyla ilgili ayırt etme gücünün olması gerekir.[1015] Bu sebeple akıl hastalığı olanlar, çocuklar gibi kişilerde ayırt etme gücü açısından dikkatli olmak gerekir.

Zarar görenin, kendisine zarar veren hareketinin hukuka uygun veya aykırı olması önemli değildir.[1016] Ancak kendisine zarar veren bu davranışın, objektif olarak kendisine yüklenebilmesi yeterlidir.[1017] Zira zarar gören kendi yararı için gerekli tedbirleri almıyorsa, kendisine gösterilen özene dikkat etmeyip kendisi de özen göstermiyorsa, meydana gelmesine veya artmasına sebep olduğu zararın tamamını zarar verenden istemesi objektif iyi niyet kuralına aykırıdır.[1018]

[1010] Günal, H. Y. (1961). Müterafik Kusur. AÜ SBF Dergisi, 16(1), 208–220. s. 208. Oğuzman, Öz, 2020, s. 116. Eren, 2015, s. 732. Atlan, 2015, s. 210. Antalya, 2017a, s. 464.

[1011] Günal, 1961.

[1012] Eren, 1975, s. 189. Yağcıoğlu, A. H. (2014). Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu. Adalet. s. 191. Antalya, 2017a, s. 464.

[1013] Günal, 1961, s. 210. Baysal, 2012, s. 241. Oğuzman, Öz, 2020, s. 265.

[1014] Keskin, 2016, s. 320. Çınarlı, S., Çelik, S. S. ve Teyin, A. (2016). İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 14–35. 2016, s. 28. Erlüle, 2021, s. 472.

[1015] Atlan, 2015, s. 211.

[1016] Çatak Irız, 2011, s. 72.

[1017] Atlan, 2015, s. 210. Aykın, Çınarlı, 2016, s. 702.

[1018] Erlüle, 2021, ss. 472-473.

Ölüm veya bedensel zarar hâlinde zarar görenin kusurunun tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.[1019] Ancak zarar görenin kusuru, gerek kusur gerekse kusursuz sorumluluk hâllerinde, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaştığı hâlde manevi tazminata hükmedilmezken, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmadığında ise tazminat indirime sebep olmalıdır.[1020] Bu durum zarar görenin yakınları için açılan davada da söz konusudur.[1021]

Zarar görenin kusurunun ağır olmasının tazminata engel olmadığı genel olarak kabul edilse de kusurun çok ağır olması tazminatı ortadan kaldırabileceği savunulmaktadır.[1022] Benzer şekilde zarar veren ile zarar gören aynı derecede kusurluysa da tazminat ortadan kalmayacak ancak indirim söz konusu olacaktır.[1023] Zarar görenin kusuru orta ağırlıktaysa tazminat yarı yarıya azaltılabilir ancak ağır ihlal karşısında hafif kusurluysa bu kusur dikkate alınmayabilir veya çok az indirim yapılabilir.[1024] Öğretideki aksi görüş ise; zarar görenin kusurunun tazminatı ortadan kaldırmayacağı, zarar görenin kusuru %90 olsa dahi tazminata hükmedilmesi gerektiği, ancak zarar görenin kusuru %100 olduğunda ve nedensellik bağı kesildiğinde manevi tazminatın reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır.[1025]

Diğer taraftan zarar görenin kusuru konusunda maddi veya manevi tazminat açısından bir fark bulunmasa da hâkimin manevi tazminatta daha geniş takdir yetkisi bulunduğundan, zarar görenin kusurunun zarar verenle aynı olması durumunda tazminata hükmetmemekte daha serbest davranacaktır.[1026]

Yargıtay, idareye bağlı hastane ile hastaneye hizmet veren şirket arasında hastanın röntgen filmlerinin karıştırılması sonucu başka hastaya biyopsi yapılması olayı ile ilgili rücu davasında, hastane ile şirket arasındaki müterafik kusurun belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.[1027] Yatan hastanın yakınının serum üzerine oturması şeklinde meydana

[1019] A. Kılıçoğlu, 1990, s. 108. Tandoğan, 2010, s. 343.

[1020] Saymen, 1940, s. 129. Gürsoy, 1973, s. 17. Cabıoğlu, 2012, s. 34. Baysal, 2012, s. 241. Çınarlı vd., 2016, s. 28. Güney Tunalı, 2020, s. 199. Er vd., 2021, s. 659. Çınarlı vd., 2021, s. 189.

[1021] Gürsoy, 1973, s. 17.

[1022] Günal, 1961, s. 211. Gürsoy, 1973, s. 29. Ünal, 1978, s. 424. Atlan, 2015, s. 216. Gökcan, 2016, s. 847.

[1023] Atlan, 2015, s. 213.

[1024] Atlan, 2015, s. 216.

[1025] Töre, 1970, s. 538. Gürkan, 2013, s. 102. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1191.

[1026] Baysal, 2012, s. 242.

[1027] Y.13.HD. 2016/30024E, 2019/4748K, 09.04.2019.

"*Davacı, davalı şirkete ait görüntüleme merkezinin kusuru sebebiyle dava dışı 3. kişinin yanlış tedavi gördüğü iddiası ile bu davayı açmıştır. Öncelikle, davalı kurum çalışanı tarafından grafilerin, gerekli dikkat ve özen gösterilmeden başka şahsa ait olanların verildiği ve karıştırılmasında kusurunun*

gelen zarar da zarar görenin kusuru olarak kabul edilmektedir.[1028] Ayrıca kusurun tamamı davacı zarar görene ait ise manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.[1029]

İdari yargı uygulamasında da TBK m.51 doğrultusunda zarar görenin kusurunun manevi tazminat konusunda da kullanılması gerektiği savunulmuş ve Danıştay'ın bazı kararlarında zarar görenin kusuru nedeniyle manevi tazminatta indirim yaptığı görülmüştür.[1030] Buna karşılık, Danıştay uygulamasının, zarar görenin davranışının nedensellik bağını kesmediği durumlarda idarenin sorumluluğuna gidildiğini ancak bu durumda zarar paylaştırılarak tazminatta indirim yaptığı savunulmaktadır.[1031] Diğer bir görüş de buna benzer şekilde, idarenin sorumluluktan kurtulabilmesi için nedenselliğin tamamen kesilmesi gerektiği, bunun için idarenin organizasyon çerçevesinde zarar görenin kusuruna karşı gerekli tedbirleri alıp almadığının da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.[1032]

Diğer taraftan Danıştay'ın aksine AYM'nin manevi tazminat taleplerinde zarar gören kişinin kusurunu dikkate aldığı ve manevi tazminat miktarını ona göre belirleme konusunda içtihat birliğine vardığı aktarılmaktadır.[1033]

Danıştay, Down Sendromlu bir çocuğun doğumuyla ilgili olayda ailenin gebelik takiplerine düzenli gitmemesini kusur olarak değerlendirmiş ve manevi tazminatta %50 indirim yapan derece mahkemesi kararını onamıştır.[1034] Bu yönüyle hastanın kontrollere gitme konusunda gerekli özeni göstermemesi ağır bir kusur olarak değerlendirilmiştir.

---

bulunduğu açıktır. Tazminata sebep olan tedavi sürecinin başlaması isim benzerliğinden dolayı başkasına ait tomografi sonuçlarının hatalı olarak hastaya verilmesidir. Bu hata davalı şirketin verdiği hizmetten ve temin ettiği personelden kaynaklanmıştır. Ancak karışan söz konusu grafilerin sonucuna göre davacı Bakanlığında, bünyesindeki hastane tarafından uygulanacak tedavi için gerekli kontrol ve denetimi yapması gerektiği gözetilerek yanlış tedavi uygulanmasında kusuru olduğu anlaşılmaktadır. ***Bu halde tarafların olayda kusur ve sorumluluğu incelenmelidir.*** *Hal böyle olunca mahkemece davacının rucüen tazminat istemi yönünden* ***tarafların müterafik kusur oranlarının tespiti yönünde*** *bilirkişi raporu da alınmak suretiyle inceleme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."*

[1028] Hızal, Çınarlı, 2015, s. 127.

[1029] Y.21.HD. 351/472, 31.01.1997; Aktaran: Gökcan, 2017, s. 888.

[1030] Eroğlu Durkal, M. (2017). Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat. TBB Dergisi, 30(131), 179–210. ss. 189–190.

[1031] Işıklar, C. (2019). Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller. YBHD, 4(1), 115–158. s. 144.

[1032] Hızal, Çınarlı, 2015, s. 33.

[1033] Eroğlu Durkal, 2017, s. 191.

[1034] D.15.D. 2015/9826E, 2017/5596K, 17.10.2017

"*Dosya kapsamında yapılan inceleme neticesinde aile tarafından gebelik takibini düzenli olarak yaptırmak konusunda belge ve kayıt sunulamadığından bu konunun ve amniosentez işlemi sonrasında sonuç belgesi ile hekime başvurdukları hususunun şüpheli olduğu, hekimin Adli Tıp raporunda belirtilen karyotip kıyaslamasını yapabilmesi için ilgililerin işlem sonucunu aldıktan sonraki başvurusunun ve davacıların düzenli olarak yaptırdığı ultrason verilerinin olması gerektiği, hekime başvurulmadıysa*

Danıştay, hastaya hatalı bir şekilde HIV (+) olduğunun söylenmesi sonucu hastanın intiharı ile ilgili olarak, her ne kadar intihar zarar görenin davranışıysa da idarenin hizmet kusuru ile zarar arasındaki nedenselliği kesmediğine karar vermiştir.[1035]

Daha önce bahsettiğimiz üzere, hastanın yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucu meydana gelecek zararlarda örneğin kontrole çağırılan hastanın kontrole gitmemesi, ameliyat sonrası gerekli tedbirlere uymaması, önerilen yaşam tarzı değişikliklerine özen göstermemesi, hastanın kusuru olarak değerlendirilerek manevi tazminat belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.[1036]

Bu konuda AYM Kararını[1037] değerlendirmeyi uygun buluyoruz. Davaya konu olay, yenidoğan bebeğin kontrol muayenesine gitmemesi sonucu retinopati gelişerek görme kaybına uğramasıdır. Taburculuk formunda genel bir kontrol çağırma ifadesi bulunmakta olup davacılar; göz muayenesi için kontrole çağrılmadıklarını, bilgi verilmediğini, gereklilik konusunda uyarılmadıklarını iddia etmişlerdir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş, temyiz mahkemesi ise hizmet kusuru sebebiyle manevi tazminata işaret etse de maddi tazminatı koşulları oluşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Öncelikle maddi ve manevi tazminatın koşulları arasında genel bir fark bulunmamaktadır ve nihayetinde AYM de bu yönde hüküm kurmuştur. Olayda idarenin bilgilendirme eksikliği nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır ve kanımızca hiç bilgilendirmeme değil eksik bilgilendirme nedeniyle ihmalin ağırlığı orta derecede kabul edilebilir. Hasta

---

mukayeseden bahsedilemeyeceği, dosyada bu çelişkileri giderecek belgelerin yer almadığı, geçmişte genetik rahatsızlık nedeniyle gebelik sonlandırma öyküsü olan ve ikiz gebelik durumu mevcut olan bu tarz özellik arz eden hastalarda ayrı keselerde bulunan çocuklardan birinde genetik bir rahatsızlık olduğu durumda yüksek özen gösterilse dahi genetik rahatsızlığın tespitine yönelik amnio sentez işleminin sağlıklı çocuğun kesesinden iki kere örnek alınması ya da anne hücresinin genetik rahatsızlık bulunan çocuğun sıvısına karışmış olması komplikasyonunu barındırdığı, bu ***komplikasyonlarının önlenebilmesinin hastanın düzenli takibi neticesinde olabileceği*** *gibi dosya da düzenli takip durumunun belirsiz olduğu göz önüne alınırsa somut olayda ikiz gebelik olduğu bilinen hastada işlemin komplikasyonlarının öngörülerek ağır sonuçlarını bertaraf etmek için tedaviyi yapan hekim tarafından sıvı alımı işlemi sonrasında hastanın öyküsünün tanı merkezine iletilmesi ve işlemin sağlamasının mutlaka yapılacağı şeklinde uyarının yapılması, tanı merkezince verilen sonuçta da olumsuz bir durumla karşılaşılmasa dahi sonuçların nihai sonuç olmadığı mutlaka işlemin teyidinin, sağlamasının yapılması şeklinde uyarının yer alması ve kişilere bu uyarıyı barındıran sonucun verilmesi şeklinde sağlık hizmetin örgütlenmesi gerektiği, bu durumlarda hastane işleyişinde kişiler ulaşamasa dahi hekimlerin tanı merkezindeki karyotip sonuçlarına kendiliğinden ulaşmasının mümkün hale getirilmesinin gerektiği,* ***bu tarz özellikli hastalara yönelik olarak idare tarafından sunulan sağlık hizmetindeki takip zincirinin teyit işleminin mutlaka yapılması şeklinde oluşturulması gerektiği*** *dolayısıyla davalı idare bünyesinde faaliyet gösteren sağlık kuruluşunda sunulan* ***sağlık hizmetinin takip zinciri içinde işlemin sağlamasının yer almaması açısından eksik örgütlendiği, davacıların da düzenli olarak gebelik takibi yaptırma konusunda özensiz davrandığı ve kusuru olduğunun açık olduğu*** *görülmüştür.*"

[1035] D.10.D. 2005/8407E, 2007/6526K Aktaran: Hızal, Çınarlı, 2015, ss. 173–174.

[1036] Hasta yükümlülükleri ile ilgili "Bölüm 2.2.3. Hasta Yükümlülükleri"

[1037] Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan, B. No: 2014/13327, 08.03.2018 (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

tarafının genel muayene de olsa kontrole çağırılmalarına rağmen kontrole gitmedikleri ve bu sebeple gerekli özeni göstermedikleri anlaşılmaktadır. Hasta tarafının bu kusuru meydana gelen zararda nedensellik bağını kesecek ağırlıkta olup olmadığı tartışılabilir. Somut olayın özelliklerine hakim olmasak da kanımızca hasta tarafının bu kusuru orta ağırlıkta değerlendirilebilir. Ancak nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayabilirse de manevi tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerekir. Kararda hasta tarafının kusurunun tartışılmadığı görülse de nedensellik bağını kesecek ağırlıkta görmediği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak zarar görenin kusuru nedenselliği kesecek ölçüde ağır olmadıkça tazminatta indirim sebebidir. Zarar görenin kusuru ihlalle eşdeğer kabul edilirse, indirim yarı yarıya olabilir. Ancak ihlal ağırlaştığı ve kusur hafiflediği ölçüde indirim miktarı da doğru orantılı olarak azalacaktır.

12.1.3. Zarar Görenin Yaşı

Türk hukukunda manevi zararın belirlenmesinde zarar görenin yaşının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Zarar görenin yaşı; özellikle kalıcı vücut sakatlıklarında ve estetik zararlarda önem kazanmaktadır ve acıya katlanma süresi ve uyum süreci ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir.[1038]

Genç yaştakilerin ihlalin etkilerini daha uzun süre taşıyacakları için daha fazla tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilirken[1039] diğer bir görüş yaş almış kişilerin hayata uyum ve karar alma sürecinde daha fazla zorlanacaklarını savunmaktadır.[1040] Zarar görenin dava açıldıktan sonra ölmesi hâlinde artık kişinin beklenen yaşam süresi değil ihlalin altında yaşadığı hayat parçasının esas alınması gerektiği belirtilmektedir.[1041]

İsviçre uygulamasında ise yaştan ziyade beklenen yaşam süresi ve çekilen acının süresinin hesaba katıldığı belirtilmektedir.[1042] Bu sebeple genç yaş tazminatın arttırılmasında, ileri yaş ise indirim sebebi olarak kabul edilmektedir.[1043]

[1038] Ertaş, 1990, s. 93. Narter, 2014, s. 1145. Keskin, 2016, s. 321. Erlüle, 2021, s. 480.
[1039] Ertaş, 1990, s. 93. Orhunöz, 1999, s. 84.
[1040] Keskin, 2016, s. 321. Antalya, 2017b, s. 236.
[1041] Ertaş, 1990, s. 94.
[1042] Landolt, 2009, s. 129.
[1043] Antalya, 2017b, ss. 236–237. Erlüle, 2021, s. 481.

Yargıtay da zarar görenin yaşının genç olması sebebiyle manevi tazminat miktarını yüksek tutan yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bulmuştur.[1044]

Genç yaşta ve özellikle çocukluk çağındaki ihalelerin etkisi daha uzun sürecektir ve gelişim süresinde katlanması daha zor olabilecektir. Ancak diğer taraftan insan hayatının kutsallığı, eşitliği ve insan onuru karşısında ileri yaşın tazminatta indirim nedeni olmasını da uygun bulmuyoruz. İndirimi uygun bulmamamız karşısında artırım da eşitlik ilkesine uygun düşmeyeceği gibi zarar verinin sorumluluğunun genişlemesine de sebep olacaktır.

Somut olaya göre yaşın farklı etkileri sebep olabilir ve yaş ile olay arasında somut bir ayrım yapmak her zaman mümkün olmadığı gibi uygun da değildir. Örneğin genç birisi için hızlı iyileşebilecek ayak kırılması ileri yaşamında çok etkili olmayabilirse de kalan yaşam ömrü azalmış birisi için hareket kısıtlılığı, son günlerini geçiren birisi için daha olumsuz sonuçlara yol açacaktır. Diğer taraftan çocuk yaşta görme kaybı yaşayan kişi, ihlalin etkilerine ömür boyu katlanmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple yaşın tazminatı indirim veya artırım şeklinde bağımsız ve özel bir sebep olarak değil, manevi zararın objektif ağırlığı içerisinde, hâkimin alt veya üst sınıra yaklaşmasında takdir gerekçesi olarak değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Ancak istisna olarak ölen kişinin yakınları açısından ileri yaş bir indirim sebebi olarak kabul edilebilir. Çünkü burada ölenin değil, yakınlarının manevi zararı söz konusudur. Bu noktada da belirli bir yaşı keskin bir sınır olarak belirlemek doğru değildir ve örneğin kişinin emekli olup olmaması esas alınabilir. Kişi emekli olduktan sonra kendisine ve yakınlarına daha fazla vakit geçirme imkanı bulduğundan ölenin emeklilikte geçen süresi arttığı ölçüde yakınları için belirlenecek miktarda indirim yapılabilir. Nihayetinde maddi tazminatın belirlenmesinde de emeklilik bir kriterdir ve bu yönüyle

---

[1044] YHGK 2015/2672E, 2019/291K, 12.03.2019 (Yargıtay Karar Arama);

"*Yerel Mahkemece… ülkenin ekonomik koşulları dikkate alındığında hükmedilen manevi tazminatın fazla olmadığı, zira davacının kaza tarihinde* ***henüz 23 yaşında genç bir erkek olduğu****, göz gibi çok önemli bir duyu organını önemli ölçüde kaybettiği, bakiye ömrü boyunca bu durumun kendisini ve çalışmasını etkileyeceği, bu nedenlerle hüküm altına alınan manevi tazminatın makul ölçüde ve ekonomik yönden tatminkar olduğu, belirlenen* ***manevi tazminatın az bir miktar düşürülmesinin taraflardan hiç birini memnun etmeyeceği gibi, sonuca da çok fazla etkili olmayacağı*** *gerekçesiyle ve önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.*

Hâl böyle olunca, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, direnme kararında açıklanan nedenlerle, tarafların kusur durumu ve davacının maluliyet oranı, ***yaşı*** *ayrıca davacının uğradığı zarar ile olayın meydana geldiği tarihteki paranın alım gücü dikkate alındığında yerel mahkemece hükmedilen manevi tazminat miktarı yerindedir.*"

objektif esaslara da ters düşmeyecektir. İsviçre uygulamasında da zarar görenin emekli olması, manevi tazminat için bir indirim sebebi olarak kabul edilmektedir.[1045]

12.1.4. Zarar Görenin Ekonomik Durumu

818 s. Borçlar Kanunu değişikliği çerçevesinde m.49'a eklenen "*Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*" hükmü, kişilerin statü ve sosyo-ekonomik durumlarına göre ayırım yaptığı gerekçesiyle Tük hukuku öğretisinde çok ağır eleştirilmiştir.[1046]

Nitekim eleştiriler doğrultusunda TBK m.58'de fıkraya yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde;[1047] hükmün tekrarının gereksiz olduğu ve bu şekilde eşitlik ilkesine de aykırı olduğu belirtilmiş ve bu unsurların tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulması gerektiğinin belirtilmesinde zorunluluk olmadığı ifade edilmiştir. Benzer şekilde Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu[1048] da yoksula az, seçkine çok şeklindeki manevi tazminatın hukukta yeri olmadığını ve kişilerin ekonomik durumunun ayrı bir takdir kriteri oluşturmayacağını belirtmektedir. Gerekçeden anlaşılacağı üzere eleştiriler üzerine konu kanun hükmüne bağlanmak istenmemiş ancak hâkimin takdir yetkisi kapsamında ihlal kapsamında göz önünde bulundurması gerektiği belirtilmiştir.

[1045] Landolt, 2009, s. 129.

[1046] Serozan, 1990a, s. 98. Genç Arıdemir, 2008a, ss. 72–73. Dural, Öğüz, 2015, ss. 159–160. Keskin, 2016, s. 322. Erlüle, 2021, s. 484.

[1047] "*818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesine, 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrası gereksiz görülerek, Tasarının 57 nci maddesine alınmamıştır. Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43 üncü ve Tasarının 51 inci maddeleri uyarınca, hâkim tazminat miktarını belirlerken, "hâl ve mevkiin icabını / durumun gereğini", yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, Tasarının 57 nci maddesinde, hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür*."

[1048] *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)*, 2008, s. 267.

"*Tasarının kişilik hakkının zedelenmesi sebebiyle istenecek manevi tazminat hükmünün (Tasarı m. 57) gerekçesinde öngörülen eşitlik düşüncesi bu Maddede düzenlenen manevi tazminatlar bakımından da geçerlidir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdiri kriter oluşturmaz. Burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır. Yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur*."

Bu doğrultuda hâkim, kişinin sosyoekonomik durumunu, kanun hükmü doğrultusunda subjektif, ayrımcı kriterler yerine objektif ve genel kriterlerden hareketle, manevi zararın objektif ağırlığı kapsamında değerlendirecektir.[1049]

Kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün sağlığı, ekonomik durum ayrımı yapılmaksızın aynı değerde olduğu için kişinin ekonomik durumu manevi tazminatın belirlenmesinde doğrudan etkili olmamalıdır.[1050] Ancak; gerek olayın özelliği gerekse adaleti sağlama amacı ve gerekse takdir edilecek şeyin para olması karşısında, zarar görenin ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir.[1051]

Ancak bu durumda, ekonomik durumu iyi olana mı yoksa kötü olana mı yoksa her iki gruba da mı daha fazla tazminat verilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bir taraftan ekonomik durumu kötü olanın yeninden alışılageldik hayatına geri dönmesinin daha zor olacağından ekonomik durumun kötü olması arttırıcı bir unsur olarak kabul edilirken diğer taraftan zarar görenin tatmini görüşü kapsamında, zarar görenin ekonomik durumu ne kadar iyise kendisini tatmin edecek para miktarının da o kadar yüksek olması gerektiğidir.[1052] Diğer taraftan ekonomik durumu iyi olanlara daha fazla manevi tazminat verilmesi hukuk etiği açısından da sorunludur.[1053] Diğer bir mesele de hangi tarafın ekonomik durumunun değerlendirilmesi gerektiğidir. OĞUZMAN[1054] her iki tarafın da ekonomik durumunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtirken, FRANKO[1055] ise sadece zarar görenin ekonomik durumunun gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir.

TBK'nın 2012 yılında yürürlüğe girmiş olmasına ve gerekçesinde sosyoekonomik durumun aranması gerektiği belirtilmesine rağmen Yargıtay hâlen 22.06.1966 tarih ve 7/7 s. İB Kararı'na atıfta bulunarak, "*Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve* ***diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate almalıdır.***"[1056]

[1049] Erlüle, 2021, ss. 491–492.
[1050] Ertaş, 1990, ss. 96–97.
[1051] Saymen, 1940, s. 129. Ertaş, 1990, s. 97.
[1052] Keskin, 2016, ss. 322–323.
[1053] Erlüle, 2021, s. 489.
[1054] Oğuzman, K. M. (1990). İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler. İçinde: Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 7–53). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 48.
[1055] Franko, 1973, s. 145.
[1056] YHGK 2017/34 E, 2020/870 K, 11.11.2020; 2017/138E, 2020/844K, 04.11.2020; 2017/1593E, 2020/535K, 07.07.2020 (Yargıtay Karar Arama):
"*Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları* ***tarafların sosyal ve ekonomik durumları*** *paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik*

şeklinde hüküm kurarak, sosyoekonomik durumu olayın özelliği içerisinde değil, manevi tazminatı belirleyen ayrı bir neden olarak görmeye devam etmektedir.

Danıştay da manevi tazminatın zenginleşmeye sebep olmaması koşuluyla sosyoekonomik durumu gözetmeye devam etmektedir.[1057] 13.09.2000 tarihindeki normal doğum sırasında vajenin rektuma kadar yırtıldığı ve bu yırtılmanın 29.5.2001 tarihinde fark edilmesi nedeniyle barsaklarında hasar meydana gelen ve hayatı boyu kolostomi ile yaşamak zorunda kalacak davacı, muhtarlıktan alınan fakirlik ilmühaberi ile adli yardım talebinde bulunmuş ancak bu talebin mahkemece reddedilmesi sebebiyle ilk başta talep edilen 300.000TL manevi tazminat, harcın ödenememesi sebebiyle 19.000TL'ye düşürülmüş ve ilk derece mahkemesi de talep edilen bu miktar doğrultusunda 15.000TL manevi tazminata hükmetmiştir. Ancak Danıştay, adli yardım talebinin reddini hukuka uygun bulmamış ve takdir edilen manevi tazminat miktarının az olduğunu belirterek kararı bozmuştur.[1058] Bozma kararı, dairenin ekonomik durumu gözetmeye devam ettiğini düşündürmektedir.

Kabul ettiğimiz objektif teori çerçevesinde, ekonomik durumu iyi olanı para ile tatmin etme zorluğu gibi bir amacımız bulunmamaktadır. Diğer taraftan zengin ve fakir ayrımının belirginleşerek orta sınıfın azaldığı bir dünya düzeninde, ekonomik durumu hem iyi hem de kötü olana daha fazla manevi tazminat verilmesi, pratik bir amaca hizmet de etmemektedir. Bu sebeple uygulamanın aksine, öğretinin genel kabulü ve kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere; kişilerin ekonomik durumu, tazminatı belirleyen bağımsız bir unsur olamaz ancak olayın özelliği ve manevi tazminatın objektif ağırlığı çerçevesinde hâkimin takdir edeceği bir konudur.

---

oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez."

[1057] Eroğlu Durkal, 2017, s. 193.

D.15.D. 2017/1947E, 2018/384K, 24.01.2018.

"*Öte yandan manevi tazminat belirlenirken de, bir yandan idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek, diğer taraftan da ilgililerin* ***sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak*** *olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, buna karşın da ilgilinin* ***zenginleşmesine yol açmayacak bir miktarın*** *belirlenmesi gerekmektedir*."

D.15.D. 2013/3929 E, 2016/2660 K, 18.04.2016;

"... olayın oluş şekli, sunulan kamu hizmetinin riskli özelliği, davalı idarenin kusur derecesi ile davacıların ***sosyo-ekonomik durumları*** *ve manevi tazminatın niteliği göz önüne alındığında takdiren..."*

[1058] D.10.D. 2008/2007E, 2010/1843K, 09.03.2010;

"Dava konusu olayda, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, Mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ıstırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, Mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz bulunduğundan, manevi tazminatın amaç ve niteliği göz önünde bulundurularak, yukarıda belirtilen ölçütlere göre ve ilk dilekçede belirtilen manevi tazminat miktarı dikkate alınmak suretiyle, manevi tazminatın Mahkemece yeniden belirlenmesi gerekmektedir."

12.1.5. Zarar Görenin Sosyal Durumu

Manevi tazminat miktarının sosyal duruma göre belirlenmesi, eşitlik ilkesine aykırı düşmesi nedeniyle şiddetle eleştirilmektedir.[1059]

SEROZAN, sosyal ve ekonomik durumun, zarar görenin maddi tazminatla karşılanamayan sosyal yardım gereksinimi ile zarar verenin ödeme gücünü için önemli olduğunu, bu sebeple adalet terazisi kefesinde güçsüzden yana katılması gereken bu ölçütün tarihi misyonundan saptırılmış ve yabancılaştırılmış olduğunu belirterek, yasaya alınan bu ölçütün bu antisosyal ve eşitlik ilkesine aykırı anlayış olduğunu ileri sürmüştür.[1060]

Zarar görenin ekonomik durumu konusunda, yukarıda yapılan eleştirilerimiz bu konuda da geçerlidir ancak Yargıtay bu konuda da "*Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*"[1061] şeklindeki gerekçesiyle zarar görenin makam ve sosyal durumunu da manevi tazminatın belirlenmesinde doğrudan gözetmektedir.

Ancak ERTAŞ'a göre, toplum içindeki sosyal durum dikkate alınması gereken önemli bir faktördür. Özellikle topluma mal olan, kamuoyunun tanıdığı siyasetçi, sanatçı gibi kişiler haklarında yapılacak eleştirileri peşinen kabullenmiş olduklarından katlanma yükümlülükleri vardır. Bu sebeple bu kişilerin meslek ve statüleri, manevi tazminat sorumluluğunu azaltabilir ve hatta kaldırabilir.[1062]

Tıbbi uygulamalar özelinde bu konu, kişisel sağlık verileri ve meslek sırrının ifşası durumunda gündeme gelebilir. Genel olarak AYM ve İHAM, kamuya mal olan kişilerle ilgili, toplumun bu kişilerle ilgili haber alma hakkı olduğu ve bu çerçevede bu kişilerin katlanma yükümlülüğünü kabul etmektedir.[1063] Ancak bu kişilerin özel hayatına ilişkin verilerin kamu tarafından öğrenilmesi ancak münferit, somut olaya ışık tuttuğu ölçüde meşru bir menfaat olabilir.[1064] Halbuki kişisel sağlık verileri özel ve gizli hayata ilişkin, herkesin bilmesi gerekmeyen verilerdir. Bu sebeple bu kişilerin sağlık verilerinin açıklanması manevi tazminatta bir arttırma sebebi olmayacağı gibi bir indirim sebebi

[1059] Serozan, 1990a, s. 98. Keskin, 2016, s. 326. Arıkan, 2020, s. 116. Erlüle, 2021, s. 493.
[1060] Serozan, 1977, s. 98.
[1061] YHGK 2017/1475 E, 2020/304K, 02.06.2020; 2017/1500E, 2020/368K, 09.06.2020 (Yargıtay Karar Arama).
[1062] Ertaş, 1990, s. 95.
[1063] AYM Deniz Karadeniz ve diğerleri [GK], B. No: 2014/18001, 06.2.2020, §47; Aykut Küçükkaya, B. No: 2014/15916, 09.01.2020, §21 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).
[1064] Kurt, L. M. (2017). Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı. AÜHFD, 66(3), 581–604. s. 593.

olmamalıdır ve tıbbi uygulamalardan kaynaklı manevi tazminatın belirlenmesinde zarar gören kişinin sosyal durumu etkili olmamalıdır.

12.1.6. Zarar Görenin Mesleği

Bedensel bütünlüğün ihlaline bağlı manevi tazminat belirlenirken, zarar görenin mesleğinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.[1065]

ERTAŞ'a göre; zarar gören, zarar nedeniyle mesleki faaliyetleri açısından özel mahrumiyetler yaşayabileceğinden manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin futbol antrenörünün bacağını kırması, şarap eksperinin koku duyusunu kaybetmesi, fotomodel olarak çalışan kadının ayaklarının ayaklarındaki kalıcı yara izi, marangoz ve piyanistin ellerinde hareket kısıtlılığı gibi durumlar zarar görenin mesleğini yapamaması nedeniyle de üzüntü ve acı yaratacaktır.[1066]

Benzer şekilde ÇELİK de bedensel zarar uğrayan kişi, zarar nedeniyle mesleğini bırakmak veya değiştirmek zorunda kalması da manevi tazminat miktarında göz önünde bulundurulmalıdır. Amaç sadece ileriye dönük varsayıma dayalı zararları maddi tazminat hesapları ile değil bu kişilerin geleceğe dönük beklentilerini, meslek yaşamında ilerleme tutku ve özlemlerini ayrı bir şekilde değerlendirerek, manevi tazminat ile denkleştirme yapmak gerekir.[1067]

Yargıtay, 22 yaşında genç bir futbol oyuncusunun geçirdiği kazanın, kişinin sadece mesleğine değil kariyer planlamasında etkili olacağını ve ekonomik sarsılma yaşayacağını kabul ederek zararın buna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.[1068]

Ekonomik geleceğinin sarsılması durumunun, yalnız mesleğini yapamaz hâle gelenler veya mesleğini değiştirmek zorunda kalanlar için değil, bir işi ve kazancı

[1065] Ertaş, 1990, s. 93. Çetin, P. (2007). Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi. Gazi Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 97. Keskin, 2016, s. 325. Arıkan, 2020, s. 115. Erlüle, 2021, s. 499.

[1066] Ertaş, 1990, s. 95.

[1067] Çelik, 2017b, ss. 441–442.

[1068] Y.17.HD. 2014/24918E, 2017/5131K, 08.05.2017;

"*Somut olayda davacı vekilince profesyonel futbolcu olan davacının kaza sonucu bacak ve omuzunda yaşadığı sakatlık sonucu ekonomik geleceğin sarsılması nedeni ile maddi tazminat da talep edilmiştir. Bu nedenle dava konusu olayda zarar görenin 22 yaşında genç bir futbolcu olması ve bu kişinin* ***mesleğinde yükselmesine engel olması gibi hallerde de zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından bahsedilir.***

Dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgelerden davacının yaptığı işin özelliği göz önüne alındığında kişinin bacak ve omuzdaki yaralanmasının yalnızca mesleğe kabulde değil kariyer olarak mesleğinde yükselmesinde de etkileri değerlendirilip açıklanan yönlerden gerekli araştırma yapılarak davacının yaralanması nedeni ile ekonomik geleceğin sarsılması…"

olmayanlar veya henüz çalışma hayatına başlamamış olanlar için de geçerli olduğu savunulmaktadır.[1069]

İdari yargıda ise hâkimin tazmin yükümlülüğü sadece maddi zararla sınırlıyken daha sonra malvarlığına doğrudan yansıyan ya da etki eden manevi zararları da tazmin etme yoluna gitmiştir. Böylece örneğin bir aktörün, bir heykeltıraşın artistik ve mesleki yaşamını tehlikeye sokacak zararları da tazmin etmeye başlamıştır.[1070]

12.1.7. Zarar Görenin Bedensel Yatkınlığı

Zarar görenin bedensel yatkınlığı, hakkaniyet gereği sadece maddi değil manevi tazminat açısından da indirim sebebi olarak kabul edilmektedir.[1071] Zarar göreninin bünyesinden kaynaklanan, zarar meydana gelmeden önce de var olan veya doğmasını, artmasını etkileyen, açık veya gizli durumlar bu kapsamda değerlendirilir.[1072]

Bedensel yatkınlık, beklenmeyen olaylar içerisinde değerlendirilmekte ve diğer beklenmeyen olaylardan farklı olarak ya ihlalden önce gerçekleşir veya zaten mevcuttur. Zarar da bu sebebe, sorumluluğu doğuran ihlalin eklenmesi ile olabileceği gibi zararın artmasına zarar görenin bedensel yatkınlığı da söz konusu olabilir.[1073]

Zarar görenin bedensel yatkınlığı, zarar görenin bir iradesine veya davranışına bağlı olmadığından zarar görenin kusuruna değil TBK m.51/1 ile belirtilen "*durumun gereklerine*" durumu çerçevesinde değerlendirilir.[1074] Aksi görüşte ERTAŞ, kişinin direnç gücünün indirim sebebi olmayacağı gibi duyarlılığının da artırım sebebi olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.[1075]

Esasında bedensel yatkınlığın, kusur değil nedensellik çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konu olduğu; nedensellik bağı araştırılırken, ihlalin gerçekleştiği sırada, zarar veren tarafından bilinmeyen veya bilinmesi gerekmeyen durumlar değerlendirilmelidir.[1076] Buradaki sorun; bir tarafta zarar görenin iradesi veya davranışıyla sebep olmadığı ancak kendi bedensel yatkınlığı sebebiyle artan bir zarar,

---

[1069] Landolt, 2009, s. 129. Çipli, S. (2011). Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 86.

[1070] Eroğlu, 2009, s. 33.

[1071] Gürcan, M. (2020). Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi. Seçkin. s. 160. Erlüle, 2021, s. 511.

[1072] Eren, 1975, s. 485. Tandoğan, 2010, s. 364. Baysal, 2012, s. 194. Atlan, 2015, s. 221. Keskin, 2016, s. 327. Arıkan, 2020, s. 118.

[1073] Erlüle, 2021, s. 511.

[1074] Oğuzman, Öz, 2020, s. 126. Keskin, 2016, s. 327. Erlüle, 2021, s. 512.

[1075] Ertaş, 1990, ss. 92–93.

[1076] Erlüle, 2021, s. 512.

diğer tarafta ise zararın artmasında kusuru bulunmayan yani ihlali ile nedensellik kurulamayan bir zarar ve bu zararın sorumluluğunun zarar veren açısından tartışılması meselesidir. Kanımızca sorun nedensellik olduğundan bu meselede iki tarafa da yüklenebilecek sorumluluk bulunmadığı gibi indirim de söz konusu değildir. Bu sebeple bedensel yatkınlık sebebiyle artan veya doğan zarar objektif olarak ihlali gerçekleştirene isnat edilemez. İsnat edilemeyen bu zararın genel zarardan ayrı tutulması gerekir ve bu ayrı tutma işlemi teknik olarak bir indirim değildir.

Ayrıca konuyu tıbbi uygulamalar özelinde değerlendirdiğimizde, hekimin mesleki bilgi ve tecrübesi ile dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında, genel olarak hastasının bedensel yatkınlığını öngörmesi gerekir. Mesleği icabı şüpheye düştüğü durumlarda bu yatkınlığı araştırmalı ve gerekli tedbirleri almalıdır. Bu aynı zamanda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamındadır. Bu sebeple hem nedensellik bağı üzerinden hem de hekimlik mesleği gereği, kişinin bedensel yatkınlığından kaynaklanan zararlar tazminattan indirim sebebi değildir meğerki; bu yatkınlık, hekimin kendi mesleki bilgi ve tecrübesi ile de öngöremeyeceği ve gerekli tedbirleri almasına rağmen önleyemeyeceği zararlara sebep olsun.

13.1.8. Zarar Görenin Sosyal Yaşam ve Özgürlüğünün Kısıtlanması

Kişiliğe yapılan saldırı sonucu zarar görenin, yaşam alışkanlıklarını değiştirmek zorunda kalması, kendi ilgi, faaliyet ve çalışmalarını meydana getiremeyecek hâle gelmesi hâkim tarafından manevi tazminatı arttırıcı bir faktör olarak göz önünde bulundurulması gerekir.[1077]

Yargıtay'ın manevi tazminatın belirlenmesine değerlendirdiği ekonomik geleceğin sarsılması durumu zarar görenin sosyal yaşamı kapsamında değerlendirilebilir. Burada bahsedilen ekonomik geleceğin sarsılması durumu esasında somut ve maddi bir zarar olmayıp ve hatta iş gücü kaybı veya maddi zarar meydana gelmemiş bile olsa soyut ve geleceğe yönelik, zarar görenin iş yaşamıyla ilgili kişilik hakkı kapsamında meydana gelen bir zarardır.[1078]

[1077] Ertaş, 1990, s. 96.

[1078] Y.17.HD. 2016/14748E, 2019/6839K, 17.05.2019;

"*Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Bu tür zararlar çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararlar dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getirdiği zararlardır. Ekonomi geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya*

Benzer şekilde ihlal sonucu kişinin; başkasının yardım ve bakımına muhtaç hâle gelmesi,[1079] cinsel işlevinin doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmesi[1080] manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

12.1.9. Zarar Görenin Yakınlarıyla İlişkisi

Zarar görenin yakınlarıyla ilişkisi iki açıdan değerlendirilmelidir; zarar görenin zarar sonrası yakınlarıyla ilişkisi ve tazminat talebinde bulunan yakınların zarar görenle ilişkisi.

Genel olarak zarar gören kişi sosyal bir ağa (ortaklık, aile) entegre olabilse de; zararın özelliğine bağlı olarak, sosyal ve yakınlarıyla ilişkilerde bozulma da olabilir. Örneğin, zarar görenin evlenme şansı azalabilir, çocuk sahibi olamayabilir, çocuklarına bakamayabilir veya aileden ayrı bir evde yaşamak zorunda kalabilir. Zararın, evlilik, aile veya yakınlarıyla yaşamında neden olduğu bozulmalar, manevi tazminatta bir artışı haklı çıkarmaktadır.[1081]

Diğer taraftan TBK m.56/2 ile ölüm veya ağır bedensel hâlinde zarar görenin yakınlarının da kendi zararları sebebiyle manevi tazminat isteyebilecekleri düzenlenmektedir. Yakınlarının kendi manevi zararları için talep ettikleri tazminatın belirlenmesinde, ilk zarar görenle kendileri arasındaki ilişki olayın özelliği kapsamında değerlendirilmelidir.

Hâkimin bu kapsamda; zarar gören kişi ile yakınları arasındaki ilişkinin yakınlık ve yoğunluğu, ilk zarar gören ile talepte bulunan yakını arasındaki duygusal bağın gerçeklik ve samimiyeti, ağır beden bütünlüğü ihlalinin yakını üzerindeki etkisi, ihlalin meydana geliş şekli, birlikte yaşayıp yaşamadıkları, yakınlarının yaşı gibi örnekleri göz önünde bulundurması gerekir.[1082] Ayrıca zarar görenin ölüm şekli, ölene kadar çekilen eziyetin yakını üzerindeki etkisi ve yakınının yalnız kalması (bir annenin tek çocuğunun ölmesi)

çıkan zararlar müstakbel zararlardır ve bu zararlar çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana gelmektedir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi, iş piyasasında yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekmekte veya aynı işte çalışsa dahi, ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalmaktadır. Hatta bu kişiler ihlâl fiili neticesinde işlerinden tamamen de çıkarılabilirler. Zarar görenin genç bir kız olması halinde bu kişinin evlenme şansının azalması veya beden şeklinin önemli derece değişmesi nedeniyle kaybetmesi ya da mesleğinde yükselmesine engel olması gibi hallerde de, zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından bahsedilir."

[1079] Keskin, 2016, s. 328.
[1080] Erlüle, 2021, s. 523.
[1081] Landolt, 2009, s. 129.
[1082] Erlüle, 2021, s. 524.

gibi durumlar yakınlarıyla ilişkiye örnek olarak gösterilebilir ve yakınlarının isteyeceği tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır.[1083]

Zarar görenin yakını, manevi tazminatı kendi adına talep ettiğinden bu yakınlık ilişkisinin tazminatı etkilemesinin doğru olmayacağı savunulmaktadır.[1084] Ancak ilk zarar gören ile yakını aradaki ilişkinin yoğunluk ve samimiyeti azaldığı ölçüde, yakının manevi zararının objektif ağırlığı da azalacağından, ilişkinin bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi uygun görünmektedir.

12.2. Zarar Verenin Durumu

12.2.1. Zarar Verenin Kusurunun Etkisi

Türk hukuk öğretisindeki hakim görüş, manevi tazminatın belirlenmesinde kusurun etkisinin olduğunu kabul etmektedir.[1085] Bu görüşteki ERTAŞ'a göre manevi tazminat, zarar göreni tatmin ve hakkaniyet gereğidir. Kusur arttıkça zarar görendeki etkileri de artacağından kusur ile zarar arasında bir doğrusallık bulunmaktadır. Diğer taraftan hafif kusura rağmen ağır kusurdaki gibi tam tazminata hükmetmek hakkaniyete aykırıdır.[1086]

Ancak manevi tazminat için kusuru bir unsur olarak değil de özel bir hâl olarak kabul eden görüşün[1087] aksine; kusur, ancak kusursuz sorumlulukta aranmayacaktır. Her ne kadar TBK m.56'da kusurdan bahsedilmese de kusur, TBK m.49 ile genel olarak düzenlendiğinden, manevi tazminat sorumluluğu için de gereklidir.[1088] Nitekim Yargıtay 22.06.1996 tarih ve 7/7 sayılı İBK da ancak kusursuz sorumluluk hâllerinde ölüm veya bedensel zarar meydana geldiyse kusur aranmasına gerek olmadığını belirtmektedir.[1089]

[1083] Oğuzman, Öz, 2020, s. 292.

[1084] Atlan, 2015, s. 218.

[1085] Gürsoy, 1973, s. 29. Ertaş, 1990, s. 100. Tandoğan, 2010, s. 333. Erlüle, 2021, s. 461.

[1086] Ertaş, 1990, ss. 100–101.

[1087] Tandoğan, 2010, s. 333.Yılmaz, O. (2019). Manevi Tazminat Talebinde Tarafların Kusur Oranlarının ve Diğer Özel Hallerin Değerlendirilmesi. Necmettin Erbakan Üniversitesi HFD, 2(1), 88–101. s. 94.

[1088] Eren, 2015, s. 791. Erlüle, F. (2016a). Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi. İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, 15(2–1), 647–668. s. 655.

[1089] "*Her ne kadar harsız eylemlerde kusur sorumluluğunun temelini teşkil eden 41. madde hükmü için böyle bir durum meydana gelmez ise de, temyiz kudreti bulunmayan şahısların sorumluluğu (madde 54), istihdam edenin sorumluluğu (madde 55), hayvanlar için sorumluluk (madde 56), eser malikinin sorumluluğu (madde 58), hatta aile başkanının sorumluluğu (Medeni K. madde 320) gibi kusur aranmayan sorumluluk hallerinde, maddi tazminata hükmedebilmek için kusur şart olmadığı gibi,* ***bu durumlarda ölüm veya cismani zarar vuku bulmuşsa ayrıca 47. maddeye müsteniden manevi tazminat istenebilmesi için de yine kusurun mevcudiyeti şart değildir***."

Bu tartışmalar bir yana kusur, tazminat için şart ya da engel olmasa bile tazminatın belirlenmesinde gözetilecek bir unsurdur.[1090] Hukukun gelişimiyle kusurun esas alınmaya başlanmasıyla beraber kusur daha belirleyici hâle gelmiştir. Bu hâlde manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar verenin kusuru arttıkça tazminat miktarı artarken zarar verenin kusuru azaldıkça tazminat miktarının da o oranda azalması gerekir.[1091] Ayrıca sadede sorumlunun kendi kusuru değil kanuni temsilcisi, ifa yardımcısı, yanında çalışanlar gibi kişilerin kusuru da TBK m.66 ve 116 doğrultusunda sorumlunun kusuru gibi bu kapsamda değerlendirilir.[1092]

Nitekim tazminat konusunda genel hüküm olan TBK m.51/1'de kusurun ağırlığı, tazminatın kapsam ve ödeme biçiminde etkili olduğu hükme bağlanmıştır. Manevi tazminatın belirlenmesinde tatmin, ceza ve caydırıcılık görüşlerine göre zarar verenin kusuru ön plana çıkmaktadır. Telafi görüşüne göre ise göz önünde bulundurulması gereken ve fakat kusur derecesine göre belirleme uygun değildir.[1093]

Sözleşme ilişkisinde manevi tazminat için de kural olarak kusurun derecesi ve türünün önemi bulunmamaktadır. Ancak borçlunun kusurunun derecesi, manevi tazminatın belirlenmesinde etkilidir.[1094] Hastane veya hekimin kusuru hafif ise tazminat miktarı da makul düzeyde olmalı, aksi takdirde manevi tazminat acıyı hafifletecek oranda yüksek olmalıdır.[1095]

Bu durum idare hukuku açısından da geçerli olup, manevi tazminatın belirlenmesinde kusurun derecesinden çok zarar ve ihlalin ağırlığı, yani manevi zararın objektif ağırlığı önemlidir.[1096] Danıştay da "*… tam yargı davalarının niteliği gereği, mahkemelerce takdir edilecek tazminat miktarının, idarenin kusurunun ağırlığıyla orantılı olması gerekmektedir…*"[1097] diyerek tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığına dikkat çekmektedir.

[1090] Franko, 1973, s. 152. Ünal, 1978, s. 435. A. Kılıçoğlu, 1990, s. 108. Tandoğan, 2010, s. 342. M. Doğan, 2007, s. 47. Mangal, 2010, s. 88.

[1091] Çetin, 2007, s. 89.

[1092] Cabıoğlu, 2012, s. 35.

[1093] Doğramacı, Y. G. (2020b). Yargı Kararlarında Tıbbi Uygulama Hatasından Kaynaklanan Manevi Tazminat. İçinde: H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2 (ss. 315–346). Adalet. s. 326.

[1094] Genç Arıdemir, 2008a, ss. 202–203.

[1095] Şatır, 2015, s. 179.

[1096] Eroğlu, 2009, s. 289.

[1097] DİDDK 2010/2741 E, 2013/4312 K, 02.12.2013 (Kazancı).

Bizim de kabul ettiğimiz objektif teori çerçevesinde, manevi tazminatın belirlenmesinde kusurun derecesi değil manevi zararın objektif ağırlığı gözetilmelidir.[1098] Bu hâlde, TKM m.49 gereği kusur şart olmakla beraber TBK m.51 hükmü karşısında kusur, tazminatın belirlenmesinde gözetilecek diğer bir hâl olarak kabul edilmelidir.

12.2.2. Zarar Verenin Ekonomik Durumu

Öğretide genel olarak, zarar verenin ekonomik durumunun tazminatın belirlenmesinde etkili olmadığı kabul edilmektedir.[1099] Ancak bu durumun istisnası TBK m.55/2 ile "*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*" şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

Yoksulluğa düşme hâli, ödeme zorluğu içinde bulunma veya hayat seviyesinin düşme ihtimali anlamına gelmemektedir. Ayrıca zarar verenin kusuru hafif de olsa ve yoksulluğa düşecek de olsa, indirim yapılması hâkimin takdir yetkisindedir.[1100]

ERTAŞ, sorumlunun ekonomik durumunun tazminatı, zararın objektif ağırlığı üzerinden değil hakkaniyet çerçevesinde etkilediğini savunmaktadır. Bu sebeple ekonomik durumun indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulması için, zarar verenin ağır kusurunun olmaması ve ödenecek miktarın zarar vereni zor duruma düşürecek olması gerekir. Bu çerçevede, zarar verenin ekonomik durumunun kötü olması sadece hafif kusurda indirim sebebi olmakta ancak zengin olması da tazminat miktarının yükselmesine sebep olmaktadır.[1101]

12.2.3. Zarar Verenin Sigortası

ERTAŞ, sorumlunun ekonomik durumunun tespit edilirken sigortasının olup olmadığının da dikkate alınması gerektiğini, bu sigortanın zorunlu veya ihtiyari olmasının bir önemi olmadığını belirtmektedir. Bu sebeple sorumluluk sigortası, tazminatı arttırıcı değil ancak TBK m.52/2 doğrultusunda, zarar verenin yoksulluğa düşecek olması hâlinde tazminatta indirim yapılmaması konusunda etki gösterecektir. Diğer taraftan zarar veren

[1098] Erlüle, 2021, s. 471.
[1099] Ertaş, 1990, s. 101. Atlan, 2015, s. 226. Keskin, 2016, s. 331. Arıkan, 2020, s. 110. Erlüle, 2021, s. 505. Aksi görüş; Franko, 1973, s. 155.
[1100] Keskin, 2016, ss. 330–331.
[1101] Ertaş, 1990, s. 102.

kendi kusuru ile sigorta koruması kapsamından çıktığında, yoksulluğa düşme hâli yine göz önünde bulundurulmamalıdır.[1102]

Zarar verenin sigortası, manevi zararın objektif ağırlığını etkilemeyeceği gibi tazminatın belirlenmesinde etkili diğer bir hâl olarak da göz önünde bulundurulmamalıdır. Aksi takdirde, zarar verenin sigortası göz önünde bulundurularak manevi tazminatın belirlenmesi halinde bir taraftan zarar görenin zenginleşme yasağına rağmen haksız zenginleşmesi sağlanacak diğer taraftan zarar veren ile sigorta şirketinin zararı oluşacağından, sorumluluk hukukunun zararın giderilmesi amacı aşılmış olacak ve hukuka aykırı durumlar söz konusu olacaktır.

Bu durumda zarar verenin sigortası ancak kanunda düzenlendiği üzere, tazminat miktarının belirlenmesinde değil ancak sadece tazminat yükümlüsünün yoksulluğu konusunda, indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Yani tazminat yükümlüsü, sigortaya rağmen teminat limitlerinin yetersizliği nedeniyle yoksulluğa düşecekse yine yoksulluk nedeniyle hakkaniyet çerçevesinde indirim söz konusu olabilir. Nitekim Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS) hekimler açısından zorunlu olsa da teminat limitleri son yıllarda hükmedilen maddi ve manevi tazminatlar karşısında oldukça yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik nedeniyle de tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminatın sınırlandırılması gereklidir.

Diğer taraftan ZMSS'nin manevi tazminatı içerdiğine dair açık bir hüküm bulunmadığının tartışmaya açık olduğu belirtilse de, bedensel zararlarla ilgili tazminat istemlerini temin eden bir sigorta sözleşmesinin aksi kararlaştırılmış olmadıkça manevi zarar istemlerini de kapsadığı kabul edilmelidir.[1103]

12.3. Manevi Tazminatın Belirlenmesinde Tıbbi Uygulamanın Niteliği

Tıbbi uygulamanın niteliğinin tespiti, sorumluluğun belirlenmesinde önemlidir. Bu doğrultuda, manevi tazminat miktarının tespitinde de manevi zararın hangi nedenle meydana geldiğini, hâkimin dikkate alması gerekir. Bir mesleğin zorunlu icrası, zor durumda bulunan kişiye yardım, kurtarma çalışmaları veya bunlara benzer hâl ve şartların yapılmasını zorunlu kıldığı eylemleri, eğlence, kazanç gibi amaçlarla yapılan

[1102] Ertaş, 1990, s. 102.

[1103] Amasya, S. (2019). Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre 2018 (ss. 542–596). TBB. s. 596.

eylemlerden ayırmak gerekir. Nitekim TBK m.114[1104], yapılan işin özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir.[1105]

Bazı durumlarda zararın ortak veya kısmi sebebini oluşturan beklenmedik olaylar, özellikle hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, hâkimin indirim yapması gerekir. TBK m.51/1 ile belirtilen "*durumun gereği*", hâkimin bu çerçevede dikkate alması gereken konulardan biridir.[1106] Beklenmeyen olay, zarar verenin kusuru yanında zararın doğmasına kısmi bir miktar katkıda bulunduysa sorumluluk kusur-zarar ilişkisine göre belirlenmeli ancak zarar daha çok beklenmeyen olaya dayanıyor ve failin de kusuru hafifse hâkim tazminatta indirim yapmalıdır.[1107] Diğer taraftan zarar verenin sebep olmadığı ve kaçınamayacağı, beklenmeyen hâlin nitelikli hâli olan mücbir sebep de meydana gelebilir.[1108]

Özellikle TDN m.3 olmak üzere mevzuatımızda, acil hâllerde hekimin tıbbi yardımda bulunması zorunlu tutulmaktadır. Bu acil hâller, mücbir sebep veya en azından beklenmeyen hâl içerisinde değerlendirilmelidir. Mücbir sebep, zarar verenin faaliyetinden kaynaklanmayan, kaçınılmaz şiddette ve nedensellik bağını kesen bir durumdur.[1109] Örneğin hekimin yolda giderken çoklu bir trafik kazasıyla karşılaşması ve tek başına yardım etmek zorunda kalması mücbir sebep olarak değerlendirilebilir.

Hekim, acil hâl kapsamında yardımda bulunurken kendi kusuru nedeniyle zararın artmasına sebep olabilir. Sözleşme içerisinde hekim en hafif kusurundan sorumlu olsa da sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan beklenmeyen hâl karşısında, TBK m.51/1 gereği tazminatta indirim yapılması hakkaniyet gereğidir.

Diğer taraftan tıbbi uygulamanın endikasyonu üzerinde de değerlendirme yapmak gerekir. Genel olarak tıbbi uygulamalar tedavi amacıyla, belirli bir tıbbi gereklilik yani endikasyon doğrultusunda yapılsa da estetik uygulamalarda endikasyon meselesi mahiyeti belirsiz, gri bir alandır. Estetik uygulamalar için her zaman endikasyon

---

[1104] "*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.*

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."

[1105] Ertaş, 1990, ss. 105–106.

[1106] Oğuzman, Öz, 2020, s. 129.

[1107] Eren, 2015, s. 771.

[1108]

[1109] Eren, 2015, ss. 557–558.

aranmasına gerek olmadığı gibi bireyin, fiziksel, ruhsal ve sosyal tam bir iyilik hâlinin temini veya korunması, estetik uygulamaların icrası için yeterli olabilmektedir.[1110] Nihayetinde tıbbi uygulama ister endikasyon isterse estetik amacıyla yapılsın, hekim en hafif kusurundan sorumludur. Ancak tıbbi endikasyon dışındaki estetik uygulamalar, kişinin kendi iç dünyasındaki istek ve arzusu çerçevesinde yapıldığından, meydana gelen zararın manevi etkileri de objektif olarak daha ağır olabilir. Diğer bir deyişle; tıbbi uygulamanın niteliği ve özellikle estetik müdahaleler, manevi zararı artırıcı bir unsur olmasa da hâkimin, manevi zararın objektif ağırlığı içerisinde dikkat etmesi gereken bir konudur.

Nitekim Yargıtay, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, olayın oluş şekli açısından estetik uygulamaları dikkate almaktadır.[1111] Eğlence sektöründe oryantal olarak çalışan davacının kalçalarına silikon taktırması şeklindeki estetik ameliyat sonrası gelişen enfeksiyona bağlı yatarak tedavi ve ikinci ameliyata ilişkin davada Yargıtay, daha yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.[1112]

12.4. Paranın Satın Alma Gücü

Türk hukuk uygulamasında, manevi tazminat kurumuna gereken önemin verilmemekte ve bu nedenle çok düşük miktarlarda manevi tazminata hükmedilmektedir. Bu duruma enflasyonun yüksek olduğu dönemlerdeki paranın satın alma gücünün düşmesi de eklendiğinde, karar tarihinde hükmedilen miktar, uğranılan zararı gidermekten çok uzak kalmakta ve kendisine yüklenen işlevi yerine getirememektedir. Dava açıldığı tarihte yüksek sayılabilecek manevi tazminat talebi, davanın çok uzun sürmesi sebebiyle hüküm tarihinde çok komik bir meblağa düşmektedir.[1113] Bu sebeple hâkimin, para değerinin düşmesini göz önünde bulundurması ve günün koşullarına uygun bir paraya hükmetmesi gerekir.[1114]

[1110] Yakup Gökhan Doğramacı, 2018, s. 273.

[1111] Y.13.HD. 2016/6167E, 2018/2180K, 20.02.2018.

"*Tüm bu bilgiler ışığında somut olay irdelendiğinde; davalı tarafından gerçekleştirilen estetik operasyon sonrasında, davacının Adli Tıp Kurumu raporuyla tespit edilen zararının oluştuğu ve bu zararın oluşumunda davalı Dr. …'ın kusurlu bulunduğu nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının, meydana gelen zararın ağırlığı karşısında, manevi huzuru gerçekleştirmeye yeterli bulunmadığı, yaşanan olayın özellikleri, davacının tespit olunan maluliyet oranı ve olayın oluş şekli nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının az olduğu anlaşılmıştır.*"

[1112] Y.3.HD. 2013/18568E, 2014/2337K, 17.02.2014; Aktaran: Memiş, 2016, ss. 209-210.

[1113] İyimaya, A. (1995). Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları II. Cilt. s. 132. Erlüle, 2016a, s. 406.

[1114] Franko, 1973, s. 149. Karahasan, 2001, s. 102.

İdare hukuku açısından da aynı sorun bulunmaktadır ve çözüm arayışları bulunmaktadır. Zararın doğduğu an ile kararın verildiği an arasındaki zaman içerisinde gerçekleşecek değer eksilmelerinin önüne geçebilmek için; zararın ortaya çıktığı tarihin esas alınarak belirlenmesi yönteminden vazgeçilerek, hüküm tarihindeki değerine göre karar verilmelidir. Diğer bir çözüm önerisi de dava dilekçesiyle istenen tazminat miktarının, enflasyon oranına göre güncelleştirilmesi olsa da Danıştay'ın bu öneriyi istemle bağlılık kuralı gereğince kabul etmediği belirtilmektedir.[1115]

Yargıtay'ın genel olarak paranın satın alma gücünü, manevi tazminat taleplerinde değerlendirdiği görülmektedir.[1116] Ancak Danıştay'ın paranın alım gücünü daha çok faiz konusunda değerlendirdiği görülmektedir.[1117]

12.5. Maddi Tazminata Hükmedilmesinin Manevi Tazminata Etkisi

GÜRSOY, zarar gören için maddi tazminata hükmedilmesinin, zarar görenin zenginleşmesine, böylece tatmin duygusu meydana geleceği ve bu sebeple subjektif manevi zararın azaltılmış olacağını savunmaktadır.[1118] Benzer yönde SEROZAN, manevi tazminatı maddi tazminatın tamamlayıcısı ve düzelticisi olarak, başvurulacak son çare şeklinde görmektedir.[1119]

Türk hukuk uygulamasında gerek Yargıtay gerekse Danıştay, manevi tazminatı SEROZAN'ın işaret ettiği gibi, maddi tazminatın tamamlayıcısı ve düzelticisi olarak kullandıkları da görülmektedir.

Bizim de kabul ettiğimiz görüş; maddi ve manevi tazminatın birbirinden bağımsız amaç, işlev, çerçeve ve niteliği bulunmaktadır. Maddi tazminat malvarlığına yönelirken, manevi tazminat kişilik hakkıyla ilişkili olduğundan; manevi tazminat, maddi tazminatın

---

[1115] Kavraz, D. (2009). İdari Yargıda Manevi Tazminat. Gazi Üniversitesi, SBE YL Tezi. ss. 94–95.

[1116] Narter, 2014, s. 1142.

YHGK 2017/1593E, 2020/535 K, 07.07.2020; 2016/1528E, 2019/1169K, 12.11.2019 (Yargıtay Karar Arama):

"*Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları* ***paranın satın alma gücü****, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez.*"

[1117] D.10.D. 1996/3996E, 1997/2544K, 23.06.1997;

"…bilindiği üzere günümüzde enflasyon olgusu paranın alım gücünü hızla azaltmakta ve uzun süren davalar sonucunda alınan maddi ve manevi tazminat miktarları ilgilileri tatmin etmek özelliğini yitirmektedir."

[1118] Gürsoy, 1973, s. 19.

[1119] Serozan, 1990a, s. 86.

alt türü olmadığı gibi onu tamamlayan bir unsur da değildir.[1120] Bu sebeple manevi tazminat, maddi tazminat gibi ayrı bir niteliktedir ve bu birbirinden bağımsız tazminat miktarları, birbiri üzerine etki edemez.[1121]

Aksi takdirde ağır bir ihlal nedeniyle yüksek bir maddi zarara uğrayan, sırf yüksek maddi zarar yüksek olduğu ve bu karşılandığı için düşük miktarda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirdi.[1122] Bunun tersi şekilde de yüksek manevi tazminata hükmedilmesi daha düşük maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucu doğurmaz.

12.6. Psikolojik Rahatsızlıklar

Kişinin uğradığı ihlal sonucunda sadece fiziksel değil ruh sağlığında da bozulmalar meydana gelebilir. Özellikle engelli, bakıma bağımlı kalan kişilerde psikolojisinin bozulduğunu gösteren post travmatik stres bozuklukları, korku, panik gibi anksiyete bozuklukları görülebilir.[1123] Ağır bir bedensel zarar olmasa bile zarar görende posttravmatik stres bozukluğu veya majör depresyon gibi rahatsızlıklar, manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.[1124] Bu gibi rahatsızlıklar bedensel zarar sonucu ortaya çıktığında, zararın ikincil bir sonucu olarak kabul edilmelidir.[1125]

Kişilik hakkı ihlali kişide psikopatolojiye, ruhsal bir hastalığa sebep oluyorsa meydana gelen bu hastalık, bedensel zarar olarak kabul edilerek ayrıca bir maddi zarar ve tazminatı olarak değerlendirilmelidir. Hastalığa bağlı maddi tazminat, manevi tazminat üzerinde etkili olmasa da hastalığın kendisi, manevi tazminatın belirlenmesinde doğrudan etkili olmalıdır.

Yargıtay'ın ihlal nedeniyle kişinin yaşadığı ve yaşayacağı olumsuz psikolojik etkileri değerlendirmektedir.[1126] İdari yargıda da, sinir bozukluğu veya ruh sağlığı hastalıkları gibi psikolojik rahatsızlıkların değerlendirildiği görülmektedir.[1127] Hâkimin

[1120] Keskin, 2016, s. 332.
[1121] Kırca, 1999, s. 264.
[1122] Atlan, 2015, s. 191.
[1123] Karahasan, 2001, s. 348. Erlüle, 2021, s. 520.
[1124] Çelik, 2021a, s. 526.
[1125] Landolt, 2009, s. 132.
[1126] Y.15.HD. 2017/1532E, 2018/2978K, 10.07.2018;
"...bu zararın niteliğine ve giderilmesi için ilaveten yapılacak tedavilerde de çekmek zorunda kalacağı acı ve ızdırabın boyutu, implant işlemi için geçecek süreçlerde eksik diş nedeniyle ***yaşayacağı olumsuz psikolojik etkiler*** *birlikte değerlendirildiğinde; hükmedilen tazminat miktarı az olduğundan TMK'nın 4. maddesi dikkate alınarak uygun ölçüde bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir…."*
[1127] Akkoca, 2008, s. 74.

bu rahatsızlıkları da manevi tazminatın objektif ağırlığı içerisinde dikkate alınması gerekir.

12.7. Estetik Zararlar

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu psikolojik rahatsızlıklara neden olmasa bile ihlalin neden olduğu estetik zararlar çoğu zaman zarar görenin psikolojisini olumsuz etkiler. Bu sebeple zarar görenin yüz veya bedeninde meydana gelen sabit izin manevi zararın belirlenmesinde dikkate alındığı ifade edilmektedir.[1128]

Sabit izin niteliği, derinliği, uzaktan fark edilebilirliği, yeri, düzeltme imkanı, gibi durumların kişinin yaşam tarzı ve mesleği de gözetilerek manevi tazminatın belirlenmesi gerekir.[1129] Estetik zararlar için ayrıca zarar görenin cinsiyeti, yaşı, mesleği ve medeni hâli gibi durumların da gözetilmesi gerekir.[1130]

Danıştay [1131] katarakt ameliyatına bağlı sol gözdeki görme kaybı ve estetik bozukluğu, zararın niteliği kapsamında değerlendirerek derece mahkemesinin takdir ettiği manevi tazminatı eksik bulmuştur. Yargıtay, yüzde sabit eserin tazminatı etkileyen bir durum olarak kabul etmiş ancak bunun bilirkişi tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[1132]

[1128] Erlüle, 2021, s. 521.

[1129] Orhunöz, 1999, ss. 82–83.

[1130] Kudat, 1970, s. 106.

[1131] D.15.D. 2016/4725E, 2016/6330K, 21.12.2016.

"Davacı tarafından, davalı idareye bağlı ... Uygulama ve Araştırma Hastanesinde olduğu katarakt ameliyatı neticesinde davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle **sol gözünün görme özelliğinin kaybetmesi ve estetik yönünden oluşan olumsuz görüntü** nedeniyle uğranıldığı iddia edilen 1.000,00-TL maddi ve 50.000,00-TL manevi olmak üzere toplam 51.000,00-TL tazminatın 17.10.2006 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda, … İdare Mahkemesi'nce tazminat isteminin kısmen kabul kısmen reddine yönelik kararın Dairemizin … tarih E: …, K: … sayılı kararıyla manevi tazminatın kısmen reddine ilişkin kısmının bozulması, diğer kısımların onanması üzerine bozma kararına uyularak **olayın oluş şekli ve zararın niteliği**, idarenin kusurunun ağırlığı dikkate alındığında davacının duyduğu elem ve ızdırabı karşılığında bozmadan önceki kararında hükmedilen ve onanarak kesinleşen 15.00,00 TL manevi tazminata ilaveten 35.000,00 TL toplamda **davacının talebi olan 50.000,00 TL manevi tazminatın**..."

[1132] Y.17.HD. 2017/485E, 2019/9402 K, 15.10.2019;

*"Somut olayda davacı vekili, kazadan önce genç ve beğenilen genç bir kadın olan müvekkilinin, **kazadan sonra yüzünde sabit izler kaldığından** bahisle **manevi yıkıma uğradığını**, kazadan önce kısa süreli işlerde çalıştığını beyan etmek suretiyle, ekonomik geleceğinin sarsılması nedeni ile…*

*Bu durumda Mahkemece yapılacak iş, davacının kaza tarihinde anketör olarak çalışıp çalışmadığı belirlendikten sonra, yüzünde sabit iz oluştuğuna ilişkin iddiasına yönelik Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan, davacı bizzat hazır edilerek yeni ve denetime uygun bir rapor alınarak, daha sonra **yüzde sabit izin tespiti halinde**, davacının yaşı, medeni hali, sosyal durumu ve mesleği dikkate alınmak suretiyle, davacının varsa yaralanması nedeni ile ekonomik geleceğin sarsılması sonucu oluşan zararın uzman bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."*

TCK m.89'da yüzdeki sabit iz ve yüzdeki sürekli değişiklik, yaralanmanın nitelikli hâlleri olarak kabul edilerek, cezanın arttım sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple manevi zararın objektif ağırlığı konusunda bedensel zararların tespitinde TCK m.89 hükümlerinin uygulanması hâlinde öğretide genel olarak kabul edilen bu durum objektif olarak değerlendirilme imkanı bulacaktır.

12.8. Manevi Tazminatın Denkleştirilmesi

Bazı hâllerde zarar verici olay, zarar gören için ekonomik yarar da sağlamış olabilir. Bir olay, zarar görenin malvarlığında bir azalmaya yol açarken belirli bir artışa da sebep olduğunda, haksız fiilin zarar görene sağladığı ekonomik yararların saptanmış olan zarar miktarından düşülmesi gerekir. Örneğin zarar gören yaralanma sonra hastanede yattığı süre boyunca barınma, yemek gibi giderlerden kurtulmuş olabilir.[1133]

Ekonomik yararların, zarardan düşürülmesi, yani denkleştirme işlemi, tazminatın değil, zararın belirlenmesi gereğidir. Buna karşılık manevi zararda denkleştirme işlemi söz konusu olmayıp hâkim, denkleştirme kuralını re'sen uygulamalıdır.[1134]

Diğer taraftan üçüncü kişiler tarafından zarar görene yapılan yardım ve ödemeler denkleştirmeye tabi tutulamaz. Bu durum sigorta ödemeleri için de geçerlidir. Ayrıca ZMSS gibi sorumluluk sigortalarında sigorta şirketi sigortalı yerine ödeme yaptığından, zarar gören hem sigorta şirketinden hem de sigortalı zarar verenden kümülatif olarak tazminat talep edemez.[1135]

13. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE YÖNTEM

Manevi tazminatın, az ya da çok bir ölçüsü bulunmamaktadır.[1136] Hukuk öğretisi ve uygulamasında, manevi tazminatın belirlenmesi konusunda farklı yöntemler üzerinde tartışılmaktadır. Bu yöntemleri klasik yöntem ve iki aşamalı yöntem olarak gruplandırabiliriz.

Manevi tazminatın belirlenmesinde genel olarak; somut olayın özellikleri, emsal mahkeme kararlarını karşılaştırma ve tarifeler kullanılmaktadır. Alman hukukunda emsal

[1133] Antalya, 2017a, s. 198.
[1134] Amasya, 2019, ss. 559–560.
[1135] Antalya, 2017a, s. 200.
[1136] Çelik, 2019b, s. 100.

mahkeme kararları ile oluşturulan tablolar kullanılırken, İsviçre hukukunda ise emsal kararlara dayanan ancak hâkim takdirinin ön planda olduğu klasik yöntem ile zarar ve tazminatı ayrı ayrı belirleyen iki aşamalı yöntem kullanılmaktadır.

13.1. Klasik Yöntem

Türk-İsviçre hukukunda ağırlık basan bu yöntemde hâkim, kendisine tanınmış takdir yetkisi çerçevesinde, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, hukuka ve hakkaniyete göre manevi tazminat miktarını belirlemektedir.

Bu yöntemin temel özelliği hâkimin, manevi zararın kapsamı ile buna ilişkin tazminatın belirlenmesi aşamalarının birbirinden ayırmadan hükmünü kurmasıdır. Bu yönteme göre; manevi zararın para ile ölçülemediğinden ve maddi tazminat gibi hesaplanamadığından ancak hâkim tarafından takdir edilebilmektedir.[1137] Nitekim, manevi zararın tespitinin tam olarak ispat edilebilmesi mümkün olmadığından hâkim, TBK m.50/2 gereği, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

Manevi tazminat miktarı her somut olaya göre değişebileceğinden, önceden oluşturulan tablolara göre hesaplanması mümkün değildir ve bu sebeple İsviçre yargı uygulaması, tablolar ile değişmez, katı kuralların oluşturulmasını kabul etmemektedir. Ancak daha önce verilen emsal kararlar, kısa açıklamalar ve tablolar ile yayınlanarak hâkime yol gösterici önemli bir kaynak niteliğindedir.[1138] Nitekim TMK m.1 gereği; hâkim hükmünü kurarken, öğreti ve yerleşmiş yargı kararlarından yararlanacaktır.[1139]

İsviçre yargı uygulaması manevi tazminat miktarını, kişilik hakkı ihlalinin türü ve ağırlığının yanı sıra tarafların kusuruna, ihlalin zarar görenin yaşam tarzı üzerinde yarattığı somut etkisine önem vermektedir. Tazminat miktarı belirlenirken, benzer ihlallere ilişkin yargı kararları karşılaştırılırken bu karşılaştırmanın somut olayın özelliğine uygunluğu da değerlendirilmektedir. Ayrıca manevi tazminat miktarı, objektif ve subjektif tüm koşulların bütün olarak değerlendirilmesi ile belirlenebilir.[1140]

İsviçre öğretisinde klasik yöntemi eleştiren yazarlar, emsal mahkeme kararlarına dayanılmasının sağlıklı olmadığını, bu konudaki istatistiklerin yetersiz olduğunu, emsal

[1137] Atlan, 2015, s. 124. Keskin, 2016, s. 310. Erlüle, 2021, s. 556.
[1138] Landolt, 2015, s. 204. Erlüle, 2016a, s. 431.
[1139] Antalya, 2017b, s. 85.
[1140] Landolt, 2015, s. 204. Atlan, 2015, s. 125.

kararların kullanılabilmesinin ancak belli bir sistem içerisinde yapılandırılması ile mümkün olacağını belirtmektedirler.[1141] Ayrıca bu yöntemin çoğu zaman keyfi uygulamalara yol açması, denetlenme zorluğu gibi önemli eleştirileri bulunmaktadır.[1142]

13.2. Tarife Yöntemi

Bu yöntemde hâkimin, manevi tazminat tarifesine başvurabileceği ve böylece belirli bir dönemde meydana gelen manevi zararın, güvenli ve eşit bir biçimde belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle özellikle özgürlüğün kısıtlanmasından ve beden bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi zararların, değerlendirilmesi ve belirlenmesi için uygun bir yöntemdir.[1143]

İsviçre, Almanya, Avusturya ve İngiltere'de manevi tazminat tarifesi bulunmazken Fransa, İspanya, İsveç ve İtalya'da bu tarifeler kullanılmaktadır. Tarifeler özelikle ölüm ve yaralanma gibi bedensel bütünlüğün zedelenmesinde kullanılsa da tazminat miktarı ve belirleme yöntemleri arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.[1144]

İsviçre hukukunda, Kaza Sigortası Kanunu ile düzenlenen bütünlük tazminatına ilişkin tarifeden yararlanılabileceği, bu tarife doğrultusunda beden bütünlüğünün ihlalinin ağırlık derecesi belirlendikten sonra tazminatın takdir edilebileceği savunulmaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi manevi tazminat konusunda şematik bir tarifenin esas alınmasını reddederek, manevi tazminatın ancak hakkaniyet esasına dayalı olarak belirlenebileceğine işaret etmektedir.[1145]

Alman hukukunda hâkimler, manevi tazminat miktarını belirlerken, emsal yargı kararlarını esas alan tarifelerden yararlanmaktadır. İhlalin türüne göre ödenecek manevi tazminat tutarını gösteren bu tarifelerde, ihlalin meydana getirdiği bedensel zedelenme, yaralanmanın niteliği, bedensel ihlalin sebebi gibi unsurlar belirtilmektedir. Bu tarifeler yardımcı kaynak olarak değerlendirilse de hâkim, esaslı bir gerekçe sunamadıkça bu tarifeden çok fazla sapma gösteremez. Ancak 20-30 yıl öncesine ait bu tarifelerin kullanılması hâlinde hâkimin paranın satın alma durumunu da gözetmesi gerekecektir.[1146]

[1141] Erlüle, 2021, ss. 556-557.
[1142] Atlan, 2015, s. 113.
[1143] Atlan, 2015, s. 109.
[1144] Atlan, 2015, ss. 109–110. Antalya, 2017b, s. 88.
[1145] Keskin, 2016, ss. 309–310.
[1146] Keskin, 2016, s. 308. Erlüle, 2021, s. 553-554.

Öğreti tarafından hazırlanan veya kanun ekinde yer alan bu tarifeler, benzer ihlaller konusunda yol göstermekle beraber bir takım metodolojik sorunlara yol açmaktadır. Ayrıca sadece tabloların esas alınması kişilik hakkının piyasa değeri olduğu anlamına gelmektedir. Tablolarda yeterli ayrıntı olmaması, karşılaştırılabilir olayların azlığı, çalışmalarla desteklenmemesi ve başka bilim disiplinlerinin de etkili olması eleştirilmektedir.[1147]

Bu tarifelerin yardımcı kaynak olmakla beraber subjektif unsurları eksik olması sebebiyle eleştirilmekte ancak objektif manevi zararı ortaya koyması açısından yol gösterici olduğu kabul edilmektedir. Bu hâliyle bireysel sonuçların değerlendirilmemesi sebebiyle hakkaniyete uygun düşmeyeceği ve Türk hukuku açısından kabul edilmeyeceği savunulmaktadır.[1148]

13.3. Emsal Kararlar ile Karşılaştırma Yöntemi

Emsal kararlar, İngiliz common law sisteminin omurgası niteliğinde olup her yeni dava, sistemi ayakta tutan yeni bir sütun olarak kabul edilmektedir.[1149] İngiliz hukuk siteminde emsal davaların ne zaman takip edilmeye başlandığı bilinmese de 17.yy'dan itibaren bağlayıcı bir niteliğe bürünmüşlerdir.[1150]

Emsal mahkeme kararları, kıta Avrupası'nda özellikle İsviçre hukukunda manevi tazminatın belirlenmesinde önemli bir kaynak niteliğindedir. Düzenli olarak yayınlanan bu kararlarla, hâkimin benzer olaylarda benzer kararlara hükmedilmesi amaçlanmaktadır. [1151] Hâkim, manevi tazminat miktarını belirlerken, tek aşamalı karşılaştırma yöntemi çerçevesinde takdir yetkisini kullanır. .Karşılaştırılabilir davalar temelinde tazminat miktarı, özel koşullar dikkate alınarak her bir dava için belirlenir. Federal Yüksek Mahkeme, karşılaştırma için kullanılan içtihatların çok eskiye dayanmamasını, bunların dikkatle karşılaştırılmasını ve 25 yılı aşan kararların ancak sınırlı bir şekilde dikkate alınabileceğini belirtmektedir.[1152]

[1147] Antalya, 2017b, s. 89.
[1148] Antalya, 2017b, s. 90.
[1149] King, E. ve Hawley, J. (1959). İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi. AÜHFD, XVI(1–4), 178–233. s. 190.
[1150] King, Hawley, 1959, s. 191.
[1151] Keskin, 2016, ss. 308–309.
[1152] Landolt, 2009, s. 128.

Manevi tazminat miktarlarını belli bir tarifeye bağlamak mümkün değilse de benzer yargı kararlarının kullanılması hâkim için yol gösterici olacaktır.[1153] Bu yöntem yerleşmiş kararların esas alınmasını öngördüğünden yargı uygulaması metodu olarak da adlandırılmaktadır. Hâkim, miktarı belirlerken somut olayla karşılaştırma yapabilir, yerleşmiş yargı uygulamasını dikkate alır. Nitekim TMK m.1 doğrultusunda, hâkimin takdir yetkisini kullanırken sınırlı uyma yükümlülüğü gereği, yerleşik yargı kararlarını da dikkate almalıdır.[1154]

Hâkim, ihlal edilen kişilik değerlerinin aynı olduğunu tespit ettikten sonra emsal karardan yararlanabilir. Bu sebeple sadece objektif temel manevi zarar ve benzerlik varsa objektif yönüyle manevi zarar etki eden diğer unsurlar değerlendirilmelidir.[1155]

Ancak Türk hukukunda bu konuda yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Yayınlanmış mahkeme kararlarında, konunun niteliği ve tazminat miktarı konusunda yararlanma imkanı da sınırlıdır. Kişilik hakkı sürekli gelişen bir hak olduğundan bu kararlara sıkı sıkıya bağlı kalmak hukuk gelişimini engelleyecektir. Ayrıca iki olay arasında tam bir benzerliği bulabilmek mümkün değildir. Bu sebeple manevi tazminat miktarının belirlenmesine, ne bir kanuni ne de emsal karar tarifeleri sistemleri bağlanamaz. Diğer taraftan hâkim, miktarı belirlerken paranın değer kaybını da dikkate almalıdır.[1156]

Hâkimin emsal kararları nasıl uygulayacağına dair açık kurallar bulunmadığından çoğu zaman keyfi uygulamalara yol açacağından eleştirilmektedir.[1157] Nitekim İsviçre uygulamasında da yüksek mahkemenin takdir hatalarına çoğunlukla sessiz kaldığı[1158] ve keyfi bir denetim yapıldığı, sadece esaslı bir takdir hakkı varsa bunun düzelttiği belirtilmektedir.[1159]

13.4. İki Aşamalı Yöntem

Klasik yöntemin manevi tazminatın belirlenmesinde yeterince şeffaf olmaması ve hesaplanabilir olmaması sebebiyle öğretideki yeni eğilimin eleştirileri doğrultusunda iki

[1153] Ertaş, 1990, ss. 106–107.
[1154] Antalya, 2017b, s. 86.
[1155] Antalya, 2017b, s. 87.
[1156] Ertaş, 1990, s. 107.
[1157] Çelik, 2019b, s. 100.
[1158] Atlan, 2015, s. 113.
[1159] Atlan, 2015, ss. 116–117.

aşamalı yöntem geliştirilmiştir.[1160] İki aşamalı yöntemde, manevi zararın tespiti ve bu tespite göre manevi tazminatın belirlenmesi ayrı aşamalarda gerçekleştirilir.

Tazminatın belirlendiği ilk aşamada; bütün genel, objektif ve ispatlanabilir olgular tespit edilerek, belirlenecek "*taban manevi tazminat*" değeriyle ilişkilendirilir.

"*Taban manevi tazminat*", manevi tazminatın ölçülemez olması sebebiyle genel hayat tecrübelerine, öğretiye ve geleneklere dayalı şekilde, istatistik ve tablolara veya emsal kararlara bağlı oluşturulabileceği kabul edilmektedir.[1161] Bütünlük tabloları ve tıbbi bulgular bu aşamada kullanılmaktadır.[1162] Taban manevi tazminatın belirlenmesinde ANTALYA[1163] ve ÇELİK[1164], bizim de katıldığımız üzere, BAÜ esas alınması gerektiğini savunmaktadır.

Tazminatın belirlendiği ikinci aşamada; somut olayın özellikleri dikkate alınarak taban manevi tazminat, somut olayın özelliklerindeki sapma oranı doğrultusunda arttırılır veya indirilir.[1165] Sapma ortalamanın altına doğruysa zarar verenin, yukarı yönlüyse zarar görenin ispat etmesi gerekir.[1166]

Klasik yöntem hâkimin takdir yetkisine dayandığından manevi tazminatta objektifleşmeyi sağlamada yeterli değildir. Ayrıca iki aşamalı yöntem, bu konuda geliştirilen bütün yöntemleri kullanarak, bu yöntemlerin ortak amacını teşkil eden manevi tazminatın objektifleştirilmesine en uygun yöntem olduğu savunulmaktadır.[1167]

İki aşamalı yöntem, İsviçre hukuku öğreti ve uygulamasında büyük ölçüde kabul gördüğü gibi Türk hukuku öğretisinde de üzerinde çalışılan bir yöntemdir.[1168]

13.5. Türk Hukukunda Kullanılan Yöntem

Türk hukukunda, hâkimin takdir yetkisi genişliği nedeniyle, benzer olaylarla ilgili emsal kararlar arasında bile oldukça farklı kararlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple

[1160] Atlan, 2015, s. 125. Keskin, 2016, s. 311. Antalya, 2017b, s. 91. Arıkan, 2020, s. 124. Erlüle, 2021, s. 557.
[1161] Atlan, 2015, s. 126. Keskin, 2016, ss. 311–312. Erlüle, 2021, s. 558.
[1162] Atlan, 2015, s. 130.
[1163] Antalya, 2017b, s. 241.
[1164] Çelik, 2019b, s. 110. Çelik, 2020, ss. 18–19.
[1165] Atlan, 2015, s. 125. Antalya, 2017b, s. 92. Erlüle, 2021, s. 559.
[1166] Erlüle, 2021, s. 559.
[1167] Keskin, 2016, s. 312.
[1168] Atlan, 2015, s. 134vd. Keskin, 2016, s. 311. Antalya, 2017b, s. 91vd. Erlüle, 2021, s. 557.

hâkimin takdir yetkisinin objektif kriterlerle bağlanması tazminattaki takdir farklılıklarını azaltacaktır.[1169]

ERLÜLE, Türk hukuku uygulamasında bedensel zedelenmeye bağlı manevi zararlarda hükmedilen miktarların Avrupa ülkelerine göre oldukça az olduğunu ve aynı zamanda kararlar arasında da büyük farklar olduğunu ifade etmektedir.[1170]

ATLAN, ileri sürülen yöntemlerinin hepsinin genel amacının manevi tazminatın objektif bir temele dayandırılması olduğu, somut bir dayanaktan yoksun olduktan sonra tazminat kararının objektif ölçütlere göre verilip nesnel olarak gerekçelendirilmesi nihayetinde hâkim takdirine dayanacağından, klasik yöntemin objektifliği sağlamaya yeterli olmayacağını belirtmektedir. Diğer taraftan iki aşamalı yönteme yapılan eleştirileri yerinde bulmayarak; kanun hükmünün hâkimin iki aşamalı yöntemi uygulamasına engel olmadığını, ayrıca iki aşamalı yöntemde objektif ve subjektif tüm unsurların değerlendirilebildiği belirtmektedir. Yazara göre en ideal yöntem; tüm yöntemleri barındıran ve hatta risklerin de önceden belirlenmesini sağlayabilen, İsviçre hukukunda güncel hâle gelen iki aşamalı yöntemdir.[1171]

KESKİN, yasa koyucunun hâkimin takdir yetkisini zorunlu kıldığını, ancak benzer olaylarda benzer tazminatların sağlanması da gerektiği, ancak subjektif değerlendirmelerin farklılıkları kaçınılmaz hâle getireceğini, iki aşamalı yöntemin bu konuda çözüme elverişli olduğunu, emsal kararların kullanılmasının da yardımcı olabileceğini belirtmektedir.[1172]

ANTALYA, Türk hukukunda tarife bulunmadığını, bulunsa bile subjektif unsurların değerlendirilemeyeceğinden hakkaniyete uygun olmadığını, bu sebeple objektif ve subjektif görüşün olumsuz yönlerini dışlayan olumlu etkilerini bünyesine alarak hâkimin somut olaya uygun ve adil karar almasını sağlayan iki aşamalı yöntemin kullanılmasını önermektedir.[1173]

DEMİR, manevi tazminat somut olayın özelliklerine göre belirlenecekse hâkime yol gösterecek birtakım çizelgelerin gerekli olduğunu, böylece manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin belirsizliğin giderilebileceğini ve kararlar arasında birlik ile hukukî güvenliğin sağlanacağını belirtmektedir.[1174]

[1169] Ertaş, 1990, s. 107.
[1170] Erlüle, 2021, s. 560.
[1171] Atlan, 2015, ss. 132–133.
[1172] Keskin, 2016, s. 315.
[1173] Antalya, 2017b, s. 91.
[1174] R. Demir, 2020, s. 32.

ÇELİK, uygulamada, manevi tazminat talebinde bulunan tarafların taleplerini hiçbir ölçü ve hesaba dayandıramadıklarından, avukatların bile ne isteyeceğini bilmediklerini,[1175] diğer taraftan hâkimlerin de aynı dönemde benzer olaylar için farklı tazminatlara hükmettiklerinin görüldüğünü, kararlarda sadece 22.06.1966 tarih ve 7/7 sayılı İBK gerekçesindeki ifadelerin tekrarlandığını belirtilmektedir.[1176] Bu sebeple manevi tazminat, maddi tazminata benzer şekilde bir değer birimi üzerinden hesaplanmalı, bu hesaplamada yasada düzenlenen indirim nedenleri uygulanmalı ve sonunda özel durumlar da gözetilerek belirlenmelidir.[1177]

13.6. Kullanılan Yöntemlerin Değerlendirilmesi ve Önerimiz

Türk hukuk uygulamasında manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılan klasik yöntem, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Eleştiriler, manevi tazminatın belirlenmesinde objektifliğin ve standardın belli bir oranda bile sağlanamamasında yoğunlaşmaktadır. Bunun en önemli sebepleri ise; hâkimin takdir yetkisinin somut bir dayanağının olmaması ve gerekçede kullanılan, somutlaştırma çabası içerisindeki ifadelerin bile tekrardan ibaret olması gibi gerekçelerle, denetimin de sağlıklı olmadığı gösterilmektedir. Ancak öğretideki eleştirilere karşın yasa koyucunun, hâkimin takdir yetkisine verdiği önem ortadadır. Bu sebeple hâkimin takdir yetkisi tamamen ortadan kaldırılamayacağı gibi somut olayın özelliklerinin her durumda objektifleştirmenin imkansızlığı karşısında, kaldırılması da hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu doğrultuda, takdir yetkisi korunmalı ancak sorunların çözümü için yetkinin çerçevesi belirlenmelidir.

Nitekim çeşitli yargı uygulamalarında kullanılan çeşitli yöntemlerin ortak amacı, hâkimin takdir yetkisinin çerçevesinin belirlenmesi ve uygulamadaki belirsizliğin giderilerek hakkaniyetin sağlanmasıdır. Aksi takdirde, bir yöntem veya ölçüt bulunmamasının daha büyük adaletsizliklere yol açacağı ortadadır. Dikkat edileceği üzere tarife, emsal karar, iki aşamalı gibi tüm yöntemler ve hatta klasik yöntem bu ortak amaca hizmet etmekte ancak usûl farklılıkları göstermektedir.

[1175] Benzer eleştiri İsviçre hukukunda da dile getirilerek avukatlar ile müvekkillerinin bu konuda karşı karşıya geldikleri belirtilmektedir. Bundesampt für Justiz, 2004, s. 36.

[1176] Çelik, Ç. A. (2021b). Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar -Cilt III (C. 3). Aristo. ss. 83–84.

[1177] Çelik, 2021b, s. 104.

İki aşamalı yöntem, esasında tüm bu yöntemleri bünyesinde barındırarak, hâkimin takdir yetkisi içerisinde kullanılmalarına imkan sağlamaktadır. Hatta tüm bu yöntemlerin sistematik bir bileşkesi olarak da kabul edilebilir.

Özellikle doğası gereği somutlaştırılabilen bedensel zedelenmelerde ve zaten somut olan ölümde, yöntemin ilk aşaması olayı ve zararı objekleştirme olduğundan, iki aşamalı yöntem kanımızca altın standarttır. Ancak bu noktada karşımıza çıkan sorunlardan birisi, hâkimin objekleştirmeyi nasıl sağlayacağı ve objektifleştirmede kullanılacak yöntemin belirlenmesidir. Öğretide buna yönelik somut bir öneri olmasa da esasında emsal kararlar ve tarife yönteminin temel amacı da budur.

Diğer taraftan yargı uygulamasında da somutlaştırılması nispeten daha kolay maddi zararlarda bile kullanılacak yöntem belirsizdir. Yargı uygulamasında çeşitli dönemlerde çeşitli bütünlük zararı cetvellerinin kullanıldığı görülse de AYM [1178] bilim ve teknolojideki gelişmelerin meydana getireceği değişikliklere işaret etmektedir. Bu sebeple kişilik hakkının da gelişimi gözetildiğinde, bedensel zedelenme kaynaklı manevi zararın objektifleştirilmesinde bütünlük zararı cetvellerinin kullanılması yeterli ve mümkün olmadığı gibi uygun da değildir.

Bu durum karşısında yapılması gereken, bütünlük zararı cetvellerinde olduğu gibi bedensel zararı objektifleştirme imkanı veren, aynı zamanda bilirkişi görüşüne muhtaç olmadan, hâkimin ve hatta tarafların kendi başlarına değerlendirebileceği tekniklikten uzak ve takdir yetkisini kullanmaya imkan sağlayan bir bedensel zarar cetvelinin belirlenmesi gerekir. Nitekim öğretide de manevi zararı tespitine yönelik bedensel bütünlük cetvellerin önerildiği görülse de kanımızca bu öneriler uygun tekniğe sahip değillerdir ve bu sebeple içeriği doldurulamayıp, takdir yetkisiyle bağlantısı eksik kalmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, bedensel zedelenmelerde manevi zararın objektifleştirilmesini sağlayan cetvel arayışı içerisinde, ceza hukukunda TCK m.89 ile düzenlenen yaralanma gruplarının bu amaca uygun nitelikte olduğu görülmüştür.

Ceza hukukunda tanımlanan bu gruplar her ne kadar özel hukuk öğretisine uzak görünse de TMK m.1/2 amir hükmü ile düzenlenen hukukun kaynakları içerisinde, kanunla düzenlenen ve yargı uygulamasında kullanılan gruplardır ve hukuk hâkiminin kullanmasında engel de bulunmamaktadır. Nitekim sağlık hukukunun hem kamu hem de

[1178] AYM 2019/40E, 2020/40K, 17.07.2020, RG: 09.10.2020/31269, §85,86 (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

özel hukuk ile ilişkili olduğundan sağlık hukukuna yabancı olmayan bir kurumdur. Ayrıca bu gruplarla ilgili öğreti ve uygulamanın, geniş bir bilgi birikimi ve tecrübesi bulunmaktadır. Hukuk hâkimini, yeni yasal düzenleme ve kurallar belirleyerek yeni arayışlar içerisine sürüklemeden, mevcut hukuk kurallarını uygulaması beklenebilir.

Kanun ile düzenlenen bu gruplandırmayı hâkimin takdir yetkisi doğrultusuna ihlalin ağırlığı ile bütünleştirdiğimizde manevi zararın objektif ağırlığı çerçevesi karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçeve, hem ihlalin ağırlığı hem de manevi zararın objektif ağırlığını belirleme konusunda hâkimin takdir yetkisini korumakta, kullanmasını sağlamakta ve daha da önemlisi hâkimin bilirkişiye başvurma ihtiyacı hissetmeden, takdir yetkisine objektif bir temel oluşturmaktadır.

Manevi zararın objektif ağırlığının çerçevesini bu şekilde belirledikten sonra karşımıza çıkabilecek diğer sorun da bu çerçevenin parasal karşılığını belirlemektir. Bedensel zedelenmeden kaynaklanan manevi tazminatta, taban manevi tazminatın belirlenmesi ayrıntılı bir çalışma gerektirdiği gibi belirlenecek sabit miktar, paranın satın alam gücünden sürekli etkileneceğinden bu miktarın sürekli güncellenmesi de gerekecektir. Öğretide de önerildiği üzere, başta ekonomik ve siyasi olmak üzere multidisipliner çalışmalar ile belirlenen, üzerinde toplumsal mutabakatın sağlandığı, yasal zeminde sürekli güncellenen, ispat edilemeyen çalışma gücü kaybı için de kullanılan ve herkes için eşit olan, BAÜ esas alınması gerektiğini kabul ediyoruz.

İlk aşamada, manevi tazminatın objektif ağırlığının çerçevesi belirlendikten sonra ikinci aşamada, bu çerçeve temelinde ortaya çıkan miktar, somut olayın özelliklerindeki sapma oranı doğrultusunda arttırılır veya indirilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

14. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

Manevi tazminat konusu, maddi tazminata göre farklı kural ve usûllere tabidir. Manevi zarar ve tazminatındaki bu farklılık karşısında, karşımıza çıkan diğer bir konu da manevi zararın giderilmesine yönelik manevi tazminat talebi ve bu talep ile ilgili ortaya çıkan özel konuların çözümlenmesi gereğidir.

14.1. Manevi Tazminatı Talep Hakkı

14.1.1. Talep Hakkının Niteliği

Manevi tazminat talebinin, kişiye sıkı sıkıya bağlık bir hak olup olmadığı konusu manevi tazminatın amaç ve işlevindeki görüşler doğrultusunda farklılaşmaktadır.[1179] Manevi tazminat talebi irade açıklamasıyla açığa vurulduktan sonra zarar görenin kişiliğine bağlı olmaktan çıkması, manevi tazminatın amaç ve işlevinin bir sonucudur.[1180]

Manevi tazminatta tatmin veya denkleştirme işlevini benimseyen subjektif görüş, manevi tazminat talebini de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak görmektedir.[1181] Subjektif görüşte ihlal yeterli olmayıp ihlalin yanında zararın da hissedilmesi gerektiğinden, manevi tazminat talep bizzat zarar görene ait, devri ve geçmesi söz konusu olmayan, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır.[1182] Objektif teori çerçevesindeki diğer görüş ise, kişilik hakkı değerlerini şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğunu kabul ederken manevi tazminat talebini ise sıkı sıkıya bağlı bir hak değil de tamamen bir alacak hakkı olarak gördüğünden bu hak, devredilebilir ve mirasçılara geçebilir.[1183] Üçüncü bir karma görüş ise manevi tazminat talebinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ancak zarar görenin

[1179] Gürsoy, 1973, s. 11.
[1180] Karahasan, 2001, s. 67.
[1181] Tekinay vd., 1993, s. 689.
[1182] Tekinay vd., 1993, s. 690.
[1183] Serozan, R. (1990b). Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali. İçinde: Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (ss. 279–289). İstanbul Üniversitesi. s. 279. Kırca, 1999, s. 261. Eren, 2015, ss. 788–789. Atlan, 2015, s. 73. Erlüle, 2021, s. 569.

irade açıklamasıyla beraber bu hakkın malvarlığı alacağı hakkına dönüştüğü ve malvarlığı alacağına dönüşen talep hakkının devredebileceğini savunmaktadır.[1184]

Objektif teoriyi benimsediğimizden, manevi tazminatın; kişilik hakkı ile ilişkili olsa da kişilik hakkı gibi, tamamen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı görüşündeyiz. Öncelikle manevi tazminat para ile takdir edildiğinden, alacak hakkı olarak da kabul etmek mümkündür.[1185] Diğer taraftan karma teori de zarar görenin subjektif iradesine bağlıdır ve zarar görenin irade açıklamasının gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Karma görüşe göre; irade açıklamasının gerçekleşemediği veya ispatlanamadığı durumlarda bu hakkı ileri sürmek mümkün olmadığından, hukukun kabul edemeyeceği adaletsiz durumlar söz konusu olacaktır.[1186] Manevi tazminat talebinin ileri sürülmesi gerekliliği subjektif teori açısından da sorunludur. Örneğin hastanın bilinç problemi olmayıp manevi zararı hissedebilecek durumda olmasına karşın konuşma, ifade veya hareket gibi çeşitli duysal ve motor kayıp sebebiyle ileri sürme yeteneğinden teknik olarak mahrum olabilir. Ancak kanun, talebin ileri sürülmesini, belirli bir şekli işaret etmese de, aramaktadır. Bu sebeple subjektif ve karma teori, manevi zararı hisseden ancak ileri süremeden ölen kişinin hakkını korumada işlevsiz kalmaktadır.

Yasa koyucunun da manevi tazminat talebinin devri veya mirasçıya intikaline TMK m.25/4[1187] ile belirli koşullar altında izin verdiğinden, manevi tazminat talebini kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak düzenlemediğini ve karma görüşü benimsediğini görmekteyiz.[1188] Bu sebeple manevi tazminat talep etme hakkı, mutlak haklardan biri olan kişilik hakkından farklıdır ve sorumluluk borcu açısından, sadece alacaklı ile borçlu arasında olan bir bağ olması dolayısıyla, nispi haklardandır.[1189] Her ne kadar subjektif görüşü benimsemesek de karma görüş doğrultusundaki bu düzenlemenin, subjektif teoriye dayanan tatmin görüşünü benimseyen Yargıtay uygulaması ile de uyumlu olduğu görülmektedir.

TMK 25/4, manevi tazminat talebi hakkının devrini ve mirasçıya geçmesini ayrı şekilde düzenlenmektedir.

[1184] Tandoğan, 2010, s. 335. Narter, 2014, s. 1132. Keskin, 2016, s. 267. Antalya, 2017b, s. 41.
[1185] Erlüle, 2021, s. 569.
[1186] Serozan, 1990b, s. 286.
[1187] "*Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez*."
[1188] Atlan, 2015, s. 72. Antalya, 2017b, s. 41. Erlüle, 2021, s. 570.
[1189] Genç Arıdemir, 2011, s. 82.

14.1.2. Talep Hakkının Devri

TMK m.25/4 hükmü ile, manevi tazminat talebinin başkasına devri mümkündür. Ancak manevi tazminatı şahsa sıkı sıkıya bağlayan subjektif görüşe göre talep devredildiğinde zarar görenin tatmin amacı ortadan kalktığından devri mümkün değildir.[1190]

EREN'e göre; manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmesi subjektif teori ve tatmin görüşünün bir sonucu olsa aslında manevi tazminat talebi malvarlığına ilişkin, sıkı sıkıya bağlı olmayan bir alacak hakkıdır.[1191] Manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp alacak hakkı olduğundan, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın devredilebilmesi gerekir.[1192]

Karma görüş doğrultusundaki TMK m.25/4 hükmü, talebin devri için zarar veren karşı tarafın kabulü arandığından, karma görüş tarafından da eleştirilmektedir.[1193] Ancak bu kabul, devrin alacak niteliğini değiştirmeyip sadece devrin geçerliliğine yöneliktir. Zira; zarar verenin kabulü olmadığında TBK m.184/2 ile düzenlenen alacağın devri sözü verme geçerli olacaktır.[1194]

14.1.3. Talep Hakkının Mirasçılara Geçmesi

TMK m.25/4 hükmü, manevi tazminat talebinin, miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmeyeceğini düzenlenmektedir. Yasa koyucu bu düzenleme ile yine manevi tazminat talep hakkını bir malvarlığı alacak hakkı olarak görmediğini ve karma teori çerçevesinde kişiye bağlı, özel nitelikli bir talep hakkı olduğunu göstermektedir. Bu sebeple manevi tazminatın talebinin devri konusunda bahsettiğimiz eleştiriler mirasçılara geçmesi için de geçerlidir. Ancak mirasçılara geçişinde zarar verenin kabulü aranmamış, sadece zarar gören tarafından ileri sürülmüş olmasını yeterli görerek kolaylık sağlamıştır.[1195]

[1190] Bilmen, 1940, s. 810. Tandoğan, 2010, s. 334.
[1191] Eren, 2015, s. 789.
[1192] Atlan, 2015, s. 73. Keskin, 2016, s. 267. Erlüle, 2021, s. 574.
[1193] Keskin, 2016, s. 267. Antalya, 2017b, s. 42.
[1194] Antalya, 2017b, s. 42.
[1195] Y.17.HD. 2014/5642E, 2015/14707K, 21.12.2015;
"Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez (TMK. m. 25/4). Davacı ..., çocuğu olan desteği kaybetmesi nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı ..., yargılama safhasında, 14/05/2013 tarihinde vefat etmiştir. Bu durumda mahkemece, ***davacı ...'nın, manevi tazminata ilişkin***

İdari yargılama açısından İYUK m.26/1 ile yargılama sırasında zarar gören kişinin ölümü hâlinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verileceği, m.26/2 ile yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edileceği düzenlenmektedir. Zarar gören kişinin ölümü hâlinde, sağlığında açtığı davayı takip hakkının mirasçılara intikal edebilmesi, daya konu uyuşmazlığın terekeye dahil bulunan bir hak ya da borca ilişkin bulunmasına bağlıdır.[1196] Danıştay manevi tazminat talep hakkını kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmektedir. Bununla beraber istisna olarak; zarar görenin ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini açıklamış olması hâlinde manevi tazminat isteme hakkını mirasçılara geçeceğini ve mirasçıların açılmış davaya devam edebileceklerini de kabul etmektedir.[1197]

Manevi zararı subjektif teoriye göre değerlendiren geleneksel görüşe göre manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunda hukukun bağladığı asıl sonuç, tazminat talep kararı yürürlüğe konmadıkça yani somutlaşmadıkça, miras yoluyla intikal edemez.[1198] Böylece, bu istemi ileri sürme konusundaki son söz hak sahibine bırakılmış olur ve kişilik hakkı ihlal edilen kişiyle birlikte mezara gömülmesi gerekli birtakım sırların ortaya dökülmesi önlenmiş olmaktadır.[1199]

Manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmaması sebebiyle zarar gören dava edemeden öldüğü takdirde tazmin veya telafisinden feragat edilmediği sürece mirasçılara tanımak için yasal bir engel bulunmamaktadır [1200] ve kanuni temsilci tarafından da ileri sürülmesi mümkündür.

Tıbbi uygulama hatası sebebiyle zarar gören çocuklarda tazminat talebi hakkı genel olarak kanuni temsilci olan veliye aittir. Veli aynı zamanda aşağıda açıklayacak

---

haklarının mirasçılarına geçtiğinin kabul edilerek mirasçılarının davaya dahil edilip davaya devam etmeleri halinde sonucuna göre karar verilmesi gerekirken *yanılgılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."*

[1196] Mangal, 2010, s. 106.

[1197] D.15.D. 2016/451E, 2017/2689K, 18.05.2017;

"***Manevi tazminat hakkı kural olarak zarar görene ait bir haktır***. *Ancak zarar gören ölmeden önce* ***dava açmış veya dava açma iradesini açıklamış ise, manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal eder****. Mirasçılar açılmış davaya devam edebilirler. Bu durumda ölen davacı 'nın manevi tazminata dair haklarının da, mameleki ilgilendirmesi karşısında, mirasçılara geçtiğinin kabulü gerekir. Adı geçen davacının mirasçıları, miras bırakanlarının manevi tazminat istemine dair olan bölümünü de usûlüne uygun mirasçılık ve yetki belgesi ile takip etmiş olduklarına göre Mahkemece ölen 'nın mirasçıları lehine de manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken manevi tazminat hakkının mirasçılara geçmeyeceği gerekçesiyle bu talebin reddedilmiş olmasında hukuka uyarlılık bulunmamaktadır.*"

[1198] Bilmen, 1940, s. 810. Töre, 1970, s. 533.

[1199] Serozan, 1977, s. 110. Serozan, 1990b, s. 279.

[1200] Kudat, 1966, s. 55.

olduğumuz üzere, çocuğun ağır bedensel zararı hâlinde kendi adına da manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir. Manevi tazminat talebinde bulunduktan sonra, çocuğun vefatı hâlinde velinin hem kendi adına hem de yasal mirasçısı olduğu çocuğu adına, aynı anda manevi tazminat davasını devam ettirebilmektedir.[1201]

Cenin, tam ve sağ doğduğunda haklara sahip olacağından kişilik hakkı ihlal edilen veya yakını sıfatıyla ana rahminde olduğu dönem için manevi tazminat talebinde bulunabilir.[1202] Yeni doğan bebeğin kısa sürede ölmesi hâlinde de mirasçılarının bebek adına manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri ileri sürülmektedir.[1203] Ayrıca henüz ana rahmine düşmemiş cenin de TMK m.521 doğrultusunda artmirasçı olarak atanması hâlinde TMK m.583 gereği manevi tazminat talep hakkına sahip olabilir.

Öğretideki baskın görüş, manevi tazminat talebinin ileri sürülmesi için mutlaka dava yolu gerekli olmayıp, zarar görenin iradesini herhangi bir yolla göstermesi veya göstermek için harekete geçmesi yeterli olduğudur.[1204] İrade açıklaması hakkında bir şekil şartı öngörülmemiş olduğundan miras bırakanın dava açılması için avukata vekalet vermiş olması, ihtar çekmesi, mektup yazması veya iradesini sözlü olarak açıklaması örnek olarak gösterilebilir.[1205] Ancak GÖKCAN, sadece dava açma değil noter ihtarnamesinin de ileri sürme koşulunu yerine getireceğini, fakat iradenin sözlü olarak tanıklar huzurunda açıklanmasının veya vasiyetnameye yazılmış olmasının, bu hakkın mirasçılara devri için yeterli olmayacağını savunmaktadır.[1206] Kanımızca "ileri sürmek" ifadesi geniş bir ve belirsiz bir şekli ifade etse de en azından talep edilen hakkın belirli olması gerekmektedir. Bu sebeple vasiyetname veya tanıklar huzurunda irade beyanı

[1201] AYM Arif Koca ve Zübeyde Koca, B. No: 2015/8483, 15.01.2020 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

§29. "*Temyiz süreci devam ederken H.K. 3/5/2012 tarihinde yaşamını yitirmiştir. Ankara 45. Noterliği tarafından düzenlenen mirasçılık belgesine göre başvuruculaın her biri 1/2 oranında miras payı sahibidir*."

§40. "*Bununla birlikte Danıştay Onbeşinci Dairesi tarafından H.K.nın açtığı tazminat davasının devam ettirilmesinde başvuruculaın meşru bir menfaatinin bulunduğunun değerlendirildiği ve bu sebeple başvuruculaın karar düzeltme taleplerinin esasının incelendiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de başvuruculaın anılan davayı devam ettirmede ve akabinde bireysel başvuruda bulunmada menfaatlerinin olmadığı söylenemez. Dolayısıyla kızları H.K.nın maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesinde başvuruculaın meşru menfaatlerinin bulunduğu sonucuna varılmıştır*."

[1202] Büyüksağiş, E. (2005). Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım. AÜHFD, 54(4), 119–148. Antalya, 2017b, s. 42.

[1203] Gülel, 2018, s. 98.

[1204] Töre, 1970, s. 533.Tandoğan, 2010, s. 335. Narter, 2014, s. 1132. Keskin, 2016, s. 265. Kılıçoğlu Yılmaz, 2016, s. 52. Antalya, 2017b, s. 42. Oğuzman, Öz, 2020, s. 291. Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 454.

[1205] Kılıçoğlu Yılmaz, 2016, s. 53.

[1206] Gökcan, 2016, s. 844.

şekli şart için yeterli olsa da örneğin vasiyetname ile genel ve belirsiz bir manevi tazminat talep hakkının verilmesi kanunun amacını aşacağından manevi tazminat talebine ilişkin zarar verici olayın gösterilmesi gerekir.

Hâl böyleyken manevi zararı objektif teori çerçevesinde kabul ettiğimizde; manevi tazminat zarar bağlı bir alacak olduğu için, talep için herhangi bir kısıtlama olmamalı ve zarar görenin ileri sürmesine gerek de bulunmamalıdır.[1207] Aksi takdirde miras bırakanın ileri sürememesinden kaynaklı haksız sonuçlar söz konusu olabilecektir.[1208] Ancak bunun için mirasçıların mirası reddetmemesi gerekir.[1209] Örneğin yeni doğan bebeğin kısa sürede ölümü hâlinde, manevi tazminat talebini ileri sürmesi mümkün olamayacağından bebek adına manevi tazminat talebinde de bulunulamayacaktır. Ancak zarar görenin yakınlarının talepte bulunması söz konusu olsa da bu talep, doğrudan bebeğin gördüğü zarar için değil, bebeğin ölümünden kaynaklanan zarar içindir.

Burada tartışılması gereken diğer bir mesele de henüz zarar ve hatta hukuka aykırı fiil gerçekleşmeden manevi tazminat talebinin hasta tarafından ileri sürülmesi hâlinde mirasçılarına geçip geçemeyeceği konusudur. Tıbbi uygulamalarda diğer haksız fiillerden farklı olarak, fiil için zarar görenin rızası arandığından genel olarak fiil öngörülebilir niteliktedir. Bu sebeple her ne kadar fiilin hukuka uygunluğuna rıza gösterilmiş olsa da fiilin hukuka aykırılık teşkil etme ihtimali de öngörülebilir. Örneğin hasta ameliyata girmeden önce tıbbi uygulama hatasından kaynaklı bir zarar meydana gelmesi hâlinde tazminat talebinin mirasçılara geçmesini, fiilden önce ileri sürmesi pratikte mümkündür. Ancak zarar ve hatta hukuka aykırılık söz konusu olmadan ileri sürülme hukuken geçerli midir? Öncelikle Biyotıp Sözleşmesi m.9 ve HHY m.24/5[1210] doğrultusunda hastanın önceden açıklanmış isteği göz önünde bulundurulması gerekli olduğundan önceden açıklanmış isteğin manevi tazminat talebini kapsadığı düşünülebilir. Ancak önceden açıklanmış istek, hükümden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahale ile sınırlı olup hukukî bir kurum olan manevi tazminat talebi ile ilişkilendirilmesi uygun değildir. Diğer taraftan TMK m.25/1 ile saldırı tehlikesinin önlenmesi için dava açılabileceği düzenlense de TMK m.25/3-4 gereği, manevi tazminat için öncelikle hukuka aykırı bir saldırı ve buna bağlı bir zarar meydana gelmesi gerekir. Bu sebeple henüz hukuka aykırılık ve zarar meydana

[1207] Keskin, 2016, s. 270. Erlüle, 2021, s. 574.
[1208] Serozan, 1990b, s. 286.
[1209] Töre, 1970, s. 534.
[1210] "*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır*."

gelmeden manevi tazminat talebinin ileri sürülmesi, manevi tazminat talebi hakkının mirasçılara geçtiği anlamına gelmeyecektir.

14.1.4. Talep Hakkının Haczi

Manevi tazminatı subjektif teori çerçevesinde değerlendirdiğimizde, haczedilmesi de uygun görünmemektedir. Çünkü manevi tazminatın amacı zarar görenin hissettiği zararın giderilmesi iken haciz ile tazminatın zarar gören yerine üçüncü kişiye ödenmesi söz konusudur.[1211] Diğer bir görüş ise manevi tazminatın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, zarar veren kabul etmedikçe veya miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe, devri mümkün olmadığından haczedilemez. [1212] Subjektif teori çerçevesinde diğer bir görüş ise; manevi tazminatın zarar veren tarafından kabul edilmedikçe veya mahkeme tarafından hükme bağlanmadıkça, alacaklıların borçlunun kişisel alanına girerek manevi tazminat talep hakkını mahkemede takip imkanı sağlayabileceğinden, haczedilemeyeceğini savunmaktadır.[1213]

Konumuzla ilgili olarak 2004 s. İcra İflas Kanunu[1214] m.82/11 *"Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar*" ile vücut ve sağlık ile ilgili zararlardan gelen paraların haczedilemeyeceği düzenlenmektedir. Yargıtay da bu paraların içerisine yasadan ve sözleşmeden doğan tazminat taleplerinin de girdiğini bu sebeple sigortadan gelen para da olmak üzere maddi ve manevi ayrım yapılmaksızın tüm paraların haczedilemeyeceğini kabul etmektedir.[1215]

[1211] Gürsoy, 1973, s. 12. Franko, 1973, s. 222. Genç Arıdemir, 2011, s. 90.

[1212] Kuru, B. (1962). Haczi Caiz Olmayan Şeyler. AÜHFD, 19(1), 277–326. s. 279.

[1213] Tekinay vd., 1993, s. 692.

[1214] RG: 19.06.1932/2128.

[1215] Y.12.HD. 2018/4648E, 2018/10248K, 22.10.2018;

"*İİK'nun 82/11. maddesine göre, bir kimsenin (borçlunun) vücut ve sıhhati üzerine zarar verilmesi halinde, o kimseye veya "ölümü halinde" ailesine maddi tazminat olarak verilen veya verilmesi gereken paraların haczedilememesi söz konusudur. Bu tazminat, zarar gören kişinin çalışma gücünü tamamen veya kısmen kaybetmesi halinde, kendisine veya ailesine verilen tazminattır (Prof. Dr. ... İcra ... Hukuku El Kitabı sf: ... paragraf 2). Bu hükmün kapsamına yasadan doğan maddi tazminat istemleri ile (TBK mad 49,53,54) sözleşmeden doğan tazminat istemleri (**örneğin ... sigortaları nedeni ile borçluya ve ailesine ödenen sigorta tazminatları)** girer.*"

Y.12.HD. 2017/4712E, 2017/10938K, 19.09.2017;

"*2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82/11. maddesi uyarınca; vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar haczedilemez. İlgili maddede, **maddi ve manevi tazminatlar yönünden ayrım yapılmadığı**, vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için **verilen veya verilmesi lazım gelen tüm paraların** haczedilemeyeceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir.*" "*O halde mahkemece, İİK'nun*

İİK m.82/11 özel düzenlemesi nedeniyle öğretide de bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanan zararların haczedilemeyeceği kabul edilmektedir.[1216] Ancak öğretide bedensel bütünlük üzerinde durulsa da hüküm sadece vücut bütünlüğü değil sıhhat yani sağlığı da kapsayan geniş bir çerçeveye işaret etmektedir. Bu nedenle sadece vücut bütünlüğü değil, vücut bütünlüğünde zarar meydana getirmeyen ancak sağlıkla ilişkili olan, örneğin hasta hakları ihlali sebebiyle elde edilen manevi tazminat da haciz yasağı kapsamındadır. Hatta hükmün geniş çerçevesinden görüldüğü üzere, sadece kişinin kendisinin değil, zarar veren hekimin sorumluluk sigortasından gelse dahi bu para haczedilemez.

14.2. Manevi Tazminatı Talep Edebilecekler

14.2.1. Zarar Gören

Manevi zararın giderilmesini talep hakkına sahip zarar gören, zarar doğuran olay sonucu kişilik değerlerinde eksiklik gerçekleşen kimsedir ve kanunda açık hüküm bulunmadıkça kişilik hakkı saldırıya uğrayan ile zarar gören aynı kişi olmalıdır.[1217] Sözleşmeye aykırılık durumunda da talep hakkı, sözleşmeye aykırılıktan dolayı zarar gören alacaklınındır.[1218]

Tüzel kişiler hem özel hukuk hem de idare hukuku esaslarına göre genel olarak manevi tazminat talebinde bulunabilseler de[1219] gerçek kişiler gibi yaşama hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü gibi haklara sahip olmayıp tıbbi uygulamaya konu olmadıklarından, tıbbi uygulamadan zarar gören kimse değildir. Bu sebeple tıbbi uygulamaların konusu insan bedeni ve sağlığı olduğundan zarar gören de gerçek kişidir.

Özellikle erkeğin kısırlaştırılması gibi hatalı doğum kontrol hatalarında, eş de meydana gelen hamilelik sebebiyle bedensel olarak doğrudan etkilenmektedir. Bu sebeple tıbbi uygulama her ne kadar erkek üzerinde uygulansa da etki ve sonuçların eş

82/11. maddesine aykırı olarak vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için hükmedilen tüm (paralar) tazminatlar üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken…"

[1216] Keskin, 2016, s. 273. Antalya, 2017b, s. 44. Erlüle, 2021, s. 575.

[1217] Gürsoy, 1973, s. 31. Tandoğan, 2010, s. 333. Keskin, 2016, s. 251. Oğuzman, Öz, 2020, s. 268.

[1218] Genç Arıdemir, 2008a, s. 235.

[1219] Tandoğan, 2010, s. 333. Çağlayan, 2016, s. 243. Antalya, 2017a, s. 158. Tüzel kişilerin manevi tazminat talebini mantıksız bulan aksi görüş: Serozan, 1977, s. 109.○

üzerinde ortaya çıkması sebebiyle bedenen doğrudan etkilendiğinden, erkekle beraber eşinin de zarar gören olarak kabul edilmesi gerekir.[1220]

Gebelik sürecindeki tıbbi uygulamalardaki kusurlu davranışlardan meydana gelen zararlar için tam ve sağ olarak doğan cenin, tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu talep anne karnında cenin iken uğramış olduğu saldırı için değil doğrudan doğruya canlı varlığına, geçmişte kalan sağlık hakkına yönelik ihlal nedeniyle olacaktır. Bu sebeple doğduktan sonra meydana gelen bir ihlalle farkı bulunmamaktadır.[1221] Yaş küçüklüğü sebebiyle bu talebi yasal temsilcisi yapacaktır. Ancak cenin tam ve sağ doğmadığı takdirde hak ehliyeti bulunmayacağından, cenin adına zarar talebinde bulunmak mümkün olmayıp anne sadece kendi zararı için talepte bulunabilecektir.[1222] Aynı doğrultuda manevi tazminat talebinde zarar gören bulunabileceğinden, çocuk ağır olmayan bedensel zarar görmesinden elem duyan anne ve baba manevi tazminat talebinde bulunamayacaktır.[1223]

Küçüğün zarar gören olarak manevi tazminat isteme hakkı, subjektif teori çerçevesinde ayırt etme gücünün varlığı ile bağlantılı şekilde değerlendirilmektedir. Subjektif teoriye göre manevi tazminat olay anının değil gelecekte duyulacak acının karşılığıdır ve bu sebeple ayırt erme gücü olmayan küçük adına, gelecek için manevi tazminat talep edilebilir.[1224] Oysa manevi tazminat davası, sona ermiş bir zarar için açılabilir ve savunduğumuz objektif teori çerçevesinde manevi zarar kişilik değerlerindeki objektif eksilmeyi işaret ettiğinden dolayı kişinin ayırt etme gücü olup olmamasından bağımsızdır. Bu sebeple kişilik hakkı ihlal edilen küçüğün, bu saldırının doğumdan önce veya sonra gerçekleşmiş olması veya bu saldırı neticesinde acı ve elem duyup duymamasının aranmasına gerek bulunmamaktadır.[1225]

Zarar gören küçük olduğunda ortaya çıkan diğer bir tartışma da manevi tazminatın yasal temsilcisi tarafından küçük adına istenip istenemeyeceği konusudur. Manevi

---

[1220] AYM Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş, B. No: 2017/18196, 16.09.2020 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

§33. "…*Olayda vasektomi ameliyatını olan kişi birinci başvurucu olmakla birlikte vasektominin amacının gebeliği önlemek olduğu dikkate alındığında* ***ameliyatın etki ve sonuçlarının doğrudan birinci başvurucunun eşi olan ikinci başvurucunun bedeni üzerinde ortaya çıktığı açıktır****. Bu nedenle ikinci başvurucunun da vasektomi ameliyatının sonuçlarından* ***kişisel olarak ve doğrudan etkilendiği****, dolayısıyla mağdur statüsünün bulunduğu kabul edilmiştir*."

[1221] Serozan, 1977, s. 107. Büyüksağiş, 2005, ss. 133–134.

[1222] Gülel, 2018, s. 98.

[1223] Tandoğan, 2010, s. 336.

[1224] Tekinay vd., 1993, s. 923. Erlüle, 2021, s. 293.

[1225] Eren, 2015, s. 799. Keskin, 2016, s. 253.

tazminat talep hakkı niteliği konusunda açıkladığımız üzere, objektif teori çerçevesinde manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmediğimizden, sıkı sıkıya bağlı olmayan diğer hakların kullanılmasında olduğu gibi ayırt etme gücü olan küçüğün manevi tazminat davası açması, yasal temsilcisinin iznine bağlıdır.[1226] Ancak öğretideki hakim görüş, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bu sebeple ayırt etme gücüne sahip küçüğün yasal temsilcisinin izni olmadan bu hakkı kullanabileceği yönündedir.[1227]

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından da sorun kabul edilen teoriye göre belirlenmektedir. Ancak yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerlidir ve önemli olan kişinin acı ve elemi hissedip hissetmemesi değil, kişilik hakkında meydana gelen objektif eksilmedir ve manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı olmadığından yasal temsilcisi ile ileri sürülebilir. Aynı durum hatalı tıbbi müdahale sonucu ayırt etme gücünü kaybetmiş kişi açısından da geçerlidir. Ayırt etme gücünün ortadan kalması veya ortadan kalkmadan kişinin ölmesi hâlinde durum değişmeyecektir.[1228]

14.2.2. Zarar Görenin Yakınları

Ağır bedensel zararlarda zarar görenin kendisi kadar ve hatta daha fazla şekilde yakınları, etkilenerek ve zarar görenle birlikte yaşam koşulları değişerek zarar görebilmektedir. Özellikle ağır bedensel zarar gören yaşam boyu bakıma muhtaç hâle geldiyse bu durum yakınları için de bir yük oluşturacak, yakınlarının da yaşam biçimi değişecek ve kısıtlanacaktır.[1229]

Öğretide ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen, ağır bedensel zarar ve ölüm hâlinde zarar görene veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği düzenlemesinin Türk yasa koyucusu tarafından TBK m.56/2 ile pozitif bir hukuk kuralı olarak getirilmesi büyük bir yenilik olarak kabul edilmektedir.[1230] Bu düzenleme ile öğretideki zarar

[1226] Eren, 2015, s. 789. Keskin, 2016, s. 254.

[1227] Tandoğan, 2010, s. 333. Franko, 1973, s. 180. Tekinay vd., 1993, s. 922. Helvacı, 2016, s. 84. Genç Arıdemir, 2008a, s. 191.

[1228] Keskin, 2016, s. 258.

[1229] Çelik, 2021a, ss. 528–529.

[1230] Çakırca, S. İ. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi. Journal of Yaşar University, 8(Özel Sayı), 785–807. s. 790. Eren, F. (2016). Türk Borçlar Hukukunda Kişiye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar). İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 57–76). TBB. s. 73.

görenin yakınlarının tazminat isteyip istemeyeceği tartışmaları büyük ölçüde giderilmiştir.[1231]

Yansıma zararın söz konusu olabilmesi için; bedensel zararın ağır bir nitelik taşıması, tazminat talep edebilecek kişilerin manevi zarar uğramış olması ve bu manevi tazminat talep edecek kişilerin zarar görenin yakınları olması gerekir.[1232]

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ölüm veya ağır bedensel zarar dışındaki bedensel zararlarda, yakınların tazminat talep hakkı bulunmamaktadır.[1233]

14.2.2.1. Yansıma Zarar Kavramı

Hükümden görüleceği üzere, zarar görenden ayrı olarak yakınlarının da manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Zarar görenlerin yakınları doğrudan saldırıya uğramamış olsalar da, zarar görenle ilişki nedeniyle üçüncü kişinin kişilik hakkının zedelenmesinden doğan acı ve üzüntü nedeniyle kendilerine ait ayrı ve bağımsız bir talep hakkı bulunan bu zarar, yansıma manevi zarar olarak nitelendirilmektedir.[1234]

Yansıma yoluyla olduğu kabul edilen zarar esasında zarar görenin yakınlarında, zarar görenle ilişkileri nedeniyle kendi kişilik hakkında meydana gelen bir zarar olduğundan bu zarara yansıma zarar demek uygun olmayıp aslında yakınları da bizzat zarar görendir.[1235] Ancak ilk zarar görenin uğramış olduğu ihlal o derece ağır olmalıdır ki zarar gören ile yakınları arasındaki kişisel ilişki bu durumdan sürekli ve ciddi bir şekilde etkilenmeli veya ciddi bir değişime uğrayarak tamamen başka bir şekle girmelidir.[1236] Bu sebeple belirli ağırlıkta olmayan, genel yaşam riski kapsamında değerlendirilecek ihlaller nedeniyle yakınlarının tazminini gerektiren bir manevi zarardan söz edilemez.[1237]

[1231] Şenocak, Z. (2016). Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların manevi Tazminat Talebi. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 599–606). TBB. s. 604.

[1232] Şenocak, 2016, ss. 604–605.

[1233] Savaş, N. (2012). Hekimin Tazminat Sorumluluğu. İçinde: Sağlık Hukuku Makaleleri (ss. 157–177). İstanbul Barosu. s. 165. B. Yılmaz, 2017, s. 313. Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 452.

[1234] Kudat, 1966, s. 56. Antalya, 2017b, s. 68. Oğuzman, Öz, 2020, s. 268. R. Demir, 2020, s. 30.

[1235] Cabıoğlu, 2012, s.22. Keskin, 2016, s. 259.

[1236] Çakırca, 2013, s. 796. Erlüle, F. (2015). Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (2. Baskı). Seçkin. s. 330.

[1237] Turan Başara, 2018, s. 232.

Yansıma zarar; bedensel bütünlüğün ağır şekilde zedelendiği, örneğin zarar görenin ağır şekilde engelli hâle gelmesi, ömür boyu felç kalması, koma hâli gibi hâllerde söz konusu olacaktır. Yargıtay, doğumdan sonra ölen bebeğin kardeşleri için, ileride yaşayacakları ızdırap nedeniyle manevi tazminata hükmetmiştir.[1238]

Sözleşmeye aykırılık durumunda ölen veya ağır zarar gören kişilerin yakınlarının manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılık sebebine dayandırmaları sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırı olacağından [1239] haksız fiil hükümlerine dayandırarak talep edebileceklerini kabul etmek gerekir.[1240]

Öğretide zarar görenin yakınının uğramış olduğu duygu zararı, beden bütünlüğünün ihlalini oluşturacak düzeye ulaşmış olması hâlinde şok zararı olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık duygu zararında, yakının psikolojisinin hastalık tanısı koyulacak derecede bozulmuş olması şartı aranmamaktadır. Bu nedenle zarar görenin yakınlarında zarar bağlı gelişen üzüntü, keder, yas gibi olağan ve geçici ruhsal tepkilerde değil ancak tıbben kanıtlanabilen, tanı konulabilir psikolojik rahatsızlık ve hastalıklarda şok zararından söz edilebilir.[1241]

14.2.2.2. Ağır Bedensel Zarar

Zarar görenlerin yakınları doğrudan saldırıya uğramamış olsalar da, zarar görenle ilişki nedeniyle üçüncü kişinin kişilik hakkının zedelenmesinden doğan acı ve üzüntü nedeniyle kendilerine ait ayrı ve bağımsız bir talep hakkı bulunan bu zarar, yansıma manevi zarar olarak nitelendirilmektedir. Ölümün tespiti konusunda genel olarak bir sorun bulunmamakla beraber ağır bedensel zarar kavramı zararın niteliğine göre değerlendirilir.

Genel olarak zararın ağır bedensel zarar olup olmadığı hâkimin takdirindeki bir konudur. Bu kapsamda kısa süreli ve giderilmesi telafisi mümkün zararların ağır bedensel zararlar değildir ancak kalıcı ve nispeten uzun tedaviyi gerektiren zararlar, ağır bedensel zarar olarak nitelendirilmektedir.[1242] TBMM Adalet Komisyonu Raporu'na göre ağır

[1238] Y.4.HD. 1983/7784E, 1983/8331K, 12.10.1983; Aktaran: N. Savaş, 2012, s. 166.

[1239] Çakırca, S. İ. (2011). Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar Kuramı. İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi. s. 153.

[1240] Genç Arıdemir, A. (2008b). İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yakınların Manevi Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi ve Kararda Varılan Sonucun Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. İÜHFM, LXVI(1), 255–274. s.266.

[1241] Erlüle, 2021, s. 335.

[1242] Şenocak, 2016, s. 605.

bedensel zararın tespitinde zarara uğrayan organların önemi, oluşan iş-görmezlik derecesinin oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumların gözetilmesi gerekir.[1243]

ÇELİK, ağır bedensel zarar olarak ilk başta yaşam boyu bakıma muhtaç olma hâlinin gelmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği m.15 ile düzenlenen bakıma muhtaç olma hâllerine işaret etmektedir.[1244] ŞENOCAK da ameliyat sonucu engelli kalma, ışın tedavisi veya estetik müdahale sonucunda yüzde düzelemeyen kalıcı iz veya doğum sırasında çocuğun sakatlanması gibi hâlleri ağır bedensel zarara örnek olarak göstermektedir.[1245] Diğer taraftan yüksek mahkemelerin küçüklerde meydana gelen ağır sayılamayacak bedensel zararlarda dahi yakınları için manevi tazminata hükmettikleri görülmektedir.[1246]

Yargıtay; kaza sonrası zarar görenin ayaklarını ancak yere sürüyerek yürüyebildiği ve %60 oranında malul kalmasını,[1247] kaza nedeni ile her iki kolu dirsekten bilek altına kadar 3. derecede yanan, eller ve kollar işlevini kaybederek her iki kolunu organik ve fonksiyonel olarak yitirerek % 62 oranında malul kalınmasını,[1248] kaza sonucu %75 engelli hâle gelen ve yargılama sırasında ölen zarar görenin durumunu[1249], konuşma bozukluğu ile yüzde sabit eser ile %33,2 oranındaki maluliyeti[1250], yüzde meydana gelen

---

[1243] *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)*, 2008, s. 267.

[1244] Çelik, 2021a, s. 532.

a) Kuadripleji, parapleji, dipleji ve sigortalının yaşamını kendi başına yürütmesine engel hemipleji veya merkezi sinir sisteminin sfinkter bozuklukları ile birlikte olan diğer hastalık ve arızalar.

b) Süreli veya sürekli ruh sağlığı ve hastalıkları kliniğinde kalmayı gerektiren ve tedavi edilemeyen psikotik hastalıklar.

c) İki gözde de yüzde yüz (tam) görme kaybı.

ç) İki elin kaybı.

d) Bir kolun omuzdan ve bir bacağın kalçadan kaybı.

e) Her iki bacağın alttan en az 1/3'ünün kaybı.

f) Tedavisi olanaksız bir hastalıktan ileri gelen ağır beslenme bozuklukları ve kaşeksiler.

g) Yukarıda tespit edilen hastalık ve arızalar dışında kaldığı halde tedavi edilemeyen, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olan ağır hastalık ve arızalar.

[1245] Şenocak, 2016, s. 604.

[1246] Y.13.HD. 2019/4358E, 2020/5451K, 29.6.2020,

[1247] YHGK 2019/405E, 2020/949K, 25.11.2020(Yargıtay Karar Arama).

[1248] YHGK 21-2219/411, 28.03.2014; Aktaran: Erlüle, F. (2016b). 66098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması. MÜHF-HAD, 22(3), 1087–1117. s. 1111.

[1249] Y.17.HD. 2019/6652E, 2020/5710K, 15.10.2020.

[1250] Y.17.HD. 2013/11966E, 2014/18407K, 11.12.2014;

"*Yerel Mahkeme, davacı kazada yaralanan C.. C.. yönünden manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, eşi ve çocuklarının manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir.*

sabit eseri[1251] yakınlarına manevi tazminat verilmesini gerektiren ağır bedensel zarar olarak kabul etmiştir. Ancak Y.17.HD. ağır bedensel zarar için koma, omurilik felci, cinsel iktidarsızlık, bakıma muhtaçlık gibi sürekli ve radikal değişiklikleri aramayıp bacakta kısalık, aksayarak yürüme gibi durumları da yakınlarına manevi tazminat gerektirecek bedensel ağrı zarar olarak kabul etmektedir.[1252] Y.13.HD.'nin de tıbbi uygulama hatası sonucu zarar gören küçüklerin yakınları için manevi tazminata hükmetme eğiliminde olduğu görülmektedir.

Danıştay da benzer şekilde, doğum sonrası fenilketonüri tarama programı çerçevesinde gerekli olan testin yapılmayarak geç tanı konulması ve özel diyet programına geç başlanılması sonucu mental retardasyon gelişmesi sebebiyle %57 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmesinden dolayı yakınlarına manevi tazminata hükmetmiştir.[1253]

ÇELİK, %60 üzerindeki engellilik oranını kesin olarak ağır bedensel zarar olarak kabul etmektedir.[1254] Ağır bedensel zararın tespiti engellilik veya maluliyetle doğrudan ilişkili olmasa da yargı uygulamasında, %60 ve üzerindeki engellilik veya maluliyetin ağır bedensel zarar olarak kabul edilebildiği görülmektedir.

Ağır bedensel zararın belirlenmesi, somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdirinde olsa da kanımızca TCK m.89/3 (ve aynı doğrultuda TCK m.87/2) ile belirtilen hâller[1255] ağır bedensel zarar olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber TCK m.89/1 (TCK m.86/1) ile düzenlenen hâller ise ağır bedensel zarar kapsamında değerlendirilmemelidir.

Davacıların, yaralanana yakınlık dereceleri ile kaza neticesinde davacı C.. C..'ın hafif derecede organik beyin sendromu, kafatasında çökük, psikomotor yavaşlama ve yüzündeki sabit eser nedeni ile %33,2 oranında malul olmuş olması göz önüne alındığında, davacılar S. C., C. C. ve M. C. uygun bir manevi tazminat verilmesi gerekirken bu davacılar yönünden istemin tümden reddedilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."

[1251] Y.4.HD. 2012/1528E, 2013/176, 14.01.2013;

"*davacılardan ...'ın kazaya bağlı sağ humerus kırığı nedeniyle hayati tehlike geçirmediği anlaşılmış ise de, şahsın ancak 45 günde iyileşebildiği, diş kaybı yaşadığı, yüzünde sabit eser niteliğinde yara izi kaldığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda; adı geçenin anne ve babası olan diğer davacıların da,* ***olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup****; bu bakımdan,* ***ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadıkları*** *benimsenmelidir*."

[1252] Erlüle, 2021, s. 422.

[1253] D.10.D. 2018/725E, 2018/5625K, 06.06.2018.

[1254] Çelik, 2021a, s. 533.

[1255] *a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi,*
b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesi,
c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolması,
d) Yüzünün sürekli değişikliği,
e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesi.

14.2.2.3. Yakını Kavramı

Mevzuatta yakın kavramı tanımlanmamaktadır. Bu sebeple hâkimin somut olaya göre, takdir yetkisini kullanarak, yakının kim olduğuna karar vermesi gerekir (TMK m.4).

Ancak TMK ve TBK'da kullanılma alanları gözetildiğinde yakın kavramı sadece aile ya da hısımlık bağını değil sevgi, şefkat ve bağlılık hislerine göre yakın arkadaş veya dost gibi kişileri de tanımlamaktadır. Ancak bu kavram belirsizliği sadece Türk hukukunda değil İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında da geçerlidir.[1256] Aynı belirsizlik hasta yakını kavramı için de geçerli olsa da hasta yakını kavramı, buradaki yakın kavramından çok daha geniş ve belirsiz alanı işaret etmektedir.

İsviçre hukukunda yakınlarının ölümünden öncelikle ölenin eşi, çocuğun ölümü hâline çocuğun anne ve babası, anne-babanın ölümü hâlinde çocukları, belli koşullarda kardeşlerini ve nişanlısı lehine hükmedilmesini öngören derecelendirme teorisi kullanılmaktadır.[1257] Ancak eş ve çocuklardan oluşan çekirdek aile üyeleri, manevi tazminat hakkına sahip yakını kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.[1258]

Yakın kavramının çerçevesini belirlerken ağır bedensel zarar gören veya ölenle yakını arasında düzenli ve yoğun bir yakınlık ilişkisi ve ihlal nedeniyle yakının etkilenmiş olması titizlikle aranmalıdır.[1259] Yoğun yakın ilişki, aile ve hısımlık ilişki ve derecesinden bağımsız olup aile mensubu olmak kendiliğinden manevi tazminat talep hakkı vermemektedir. Ancak manevi tazminat isteyebilecekleri dar aile kavramı içinde sınırlamanın uygun olacağı da savunulmaktadır.[1260] Yakını kavramının belirlenmesi için duygusal ilişki ve etkilenme unsurlarının somut olayda değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle yakın ile zarar gören kişi arasında yoğun ve sıkı bir ilişki yanında yakınların hissettiği duygusal acının da manevi tazminatı haklı kılması aranmalıdır.[1261] Bu doğrultuda, failin ihmaliyle çok sevdiği birinin ölümüne sebep olması ve bu sebeple failin çok fazla etkilenmesi hâlinde manevi tazminata hükmedilmeyebileceği örnek verilmektedir.[1262]

[1256] Erlüle, 2021, s. 296.

[1257] Antalya, 2017a, s. 193.

[1258] Landolt, 2009, s. 133.

[1259] Kudat, 1966, s. 54. Gürsoy, 1973, s. 20. Karahasan, 2001, s. 92. Tandoğan, 2010, s. 335. B. Yılmaz, 2017, s. 129. Er vd., 2021, s. 657.

[1260] Çelik, 2021c, s. 324.

[1261] Karahasan, 2001, s. 92. Safiye Yılmaz, 2011, s.77. Narter, 2014, s. 1138. Erlüle, 2016b, s. 1115. Antalya, 2017b, ss. 69–71. Yüzbaşıoğlu, 2020, s. 456.

[1262] Tandoğan, 2010, s. 341.

Yakınları kavramı ile benzerlik gösteren diğer bir kavram da destek kavramıdır. Destek kavramı için sözleşmesel veya yasal bir yükümlülük gerekmeyen bir bakım ilişkisi aranmaktadır. Bu hâliyle tıpkı yakınları kavramı gibi hukukî değil fiili bir durumu işaret eder. Bu sebeple destekten yoksun kalanlar ile yakını kavramı farklı olmakla beraber örtüşebilmeleri de mümkündür.[1263] Aralarındaki benzerliğe rağmen temel farkları; destek için bakım ilişkisi aranırken yakın kavramı için duygusal ilişki esas alınmaktadır.[1264]

Bu sebeplerle yakını ifadesi; zarar görenle arasında kan bağı, hısımlık, destek ilişkisi[1265] veya mirasçılık aranmaksızın,[1266] zarar görenle arasında meyana gelen olay neticesinde genel yaşam standartları dışında etkilenecek kadar yoğun, sıkı ve düzenli ilişki bulunan gerçek kişiler olarak tanımlanmaktadır.[1267] Bu kişilerin birden fazla olması hâlinde her birinin müstakil zararından dolayı müstakil talep hakkı bulunmaktadır.[1268]

Yargıtay kural olarak yakını kapsamını eş, çocuklar, anne ve baba şeklinde çok yakınlarla sınırlı tutmaktadır.[1269] Kişinin gelini[1270], nişanlısı, birlikte yaşanılan kişi,[1271] çok yakın arkadaş, yakın kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.[1272] Ancak ölenle aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağı ile zarar nedeniyle derinden sarsıldıklarını ispat etmeden, sadece sık sık görüşme, aynı yerde oturma gibi gerekçelerle manevi tazminata hükmedilmemektedir.[1273] Diğer taraftan çocuk cenin hâlindeyken babanın ölmesi olayında, doğan çocuk için manevi tazminata hükmedileceğine karar vermiştir.[1274]

[1263] Şenocak, 2016, s. 601.

[1264] Şenocak, 2016, s. 602. Erlüle, 2021, s. 299.

[1265] Şenocak, 2016, s. 602.

[1266] Tandoğan, 2010, s. 336. B. Yılmaz, 2017, s. 313.

[1267] Kıraç, E. (2017). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi. İzmir Barosu Dergisi, 82(2), 11–48. ss. 29–30.

[1268] Franko, 1973, s. 182.

[1269] Kıraç, 2017, s. 25.

[1270] Y.4.HD. 2004/10682, 2005/5058;

"*... dava, ölümlü trafik kazası nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı,* ***ölenin gelini ve yeğenidir.*** *Adı geçen davacının eşi çok önceden ölmüş olmasına rağmen, dava konusu olay sonucu ölen kayınpederi ile* ***kişisel ilişkilerini sıkı şekilde devam ettirdiği****, hatta iki çocuğunun ölen tarafından bakılıp büyütüldüğü anlaşılmaktadır. Böylece aralarındaki akrabalık bağları ve kişisel ilişkilerin derecesi gözetildiğinde davacı yararına da manevi tazminat takdiri gerekir."* Aktaran: B. Yılmaz, 2017, s. 130.

[1271] Erlüle, 2021, s. 333.

[1272] Genç Arıdemir, 2008a, s. 114.

[1273] Narter, 2014, s. 1138.

[1274] Y.10.HD. 1341/6711, 27.10.1977; Aktaran: Gürkan, 2013, s. 105.

"*Manevi tazminat istemek hakkı bir medeni hak olduğuna göre, bu haktan istifadenin MK md.27/2' de belirtildiği üzere ... henüz doğmamış çocuklar için dahi söz konusu olacağı kuşkusuzdur. Manevi tazminat olay tarihinden başlayıp, ilgilinin kural olarak ölümüne kadar devam edecek süre İçinde, uğraması mümkün manevi eksikliklerini karşılamayı amaçlar. Başka bir anlatımla tüm yaşam boyu*

İdari yargıda yakını kavramı biraz daha geç ve ağır şekillenerek önceleri ölen kişinin yakınları tarafından açılan manevi tazminat davalarında aile kavramı dar yorumlanmıştır.[1275] Ancak günümüzde Danıştay'ın örneğin kardeşlere manevi tazminat verilmeyeceği yönündeki görüşünden vazgeçtiği görülmektedir. [1276] Danıştay kararlarında ölenin; anne-babasının, eşinin, çocuklarının, ölümü idrak yeteneği olan kardeşinin, nişanlısının, sıkı bir duygusal bağı olan akrabalarının, akrabası olmasa bile anne-baba gibi büyütüp yetiştirenin ve evlilik dışı dini nikahla birlikte yaşadığı kişilerin manevi tazminat talebinde bulunabileceğine yer verilmektedir.[1277]

Manevi tazminat alacaklısı birden fazla yakın varsa, bunlardan her birine talep ettikleri miktar ile niteliğinin açıklattırılması ve kararda da davacılara eşit miktarda değil her biri için belirlenecek manevi tazminat miktarına hükmedilmesi gerekir.[1278]

ANTALYA, zarar görenin yakınları için hükmedilecek manevi tazminat miktarının, her bir yakın için ayrı ayrı yüzde oranı belirlenmesini ve bu oranın ölüm hâlinde belirlenecek üst sınır ile çarpılması ile hesaplanmasını önermektedir. Buna göre:[1279]

"Eş	*%40-50*
Nişanlı	*%10-20*
Birlikte yaşayan	*%20-30*
Anne ve baba	*%30-40*
Çocuklar	*%30-40*
Kardeşler	*%10-20*
Büyükbaba ve büyükanneler	*%10-20*
Amca, hala, dayı ve teyzeler	*%5-10"*

14.3. Arabuluculuk ile Talep

14.3.1. Genel Olarak

Tıp hukuku alanında ihtisaslaşmış mahkemelerin bulunmaması, açılan davalarda konularına göre farklı mahkemelerde yargılama yapılması ve uygulama farklılıkları gibi

uğranılacak zarar söz konusudur. Salt bu açıdan bakıldığı takdirde dahi, ölen kimsenin oğlunun olay sırasında babasının ölümünün acısını duymayacak kadar küçük yaşta olmasının, manevi tazminat verilmemesine dayanak yapılamayacağı belirginleşir. Kaldı ki babasız olmanın bilinçsiz evresinde dahi, çocuk üzerinde olumsuz duygusal etkileri olacağı da bilimsel bir gerçektir."

[1275] Mangal, 2010, s. 50.
[1276] Mangal, 2010, s. 52.
[1277] Çağlayan, 2016, ss. 249–252.
[1278] Töre, 1970, s. 544.
[1279] Antalya, 2017b, s. 249.

sebeplerle tıbbi uygulama alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arayışına girilmiştir.[1280] Arabuluculuk, dava yoluna göre çok daha hızlı ve ekonomik bir süreç olup aynı zamanda bu sürecin tarafsız ve bağımsız bir kişi tarafından yürütülmesi, tarafların eşit haklara sahip olması, kendi iradeleriyle kendi ortak çözümlerini üretebilmeleri ve en önemlisi tüm hususların kişilik hakkı gereği tamamen gizlilik ilkesine dayalı olması önemli avantajlar sağlamaktadır.[1281]

Bu sebeplerle 6235 s. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu [1282] (HUAK) ile arabuluculuk sistemi getirilmiştir. Kanun'un m.1(2) fıkrasında "*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*" ifadesi ile arabuluculuk sisteminin çerçevesi belirtilerek m.2/b fıkrasında arabuluculuk; "*Sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen bir çözüm yöntemi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımda görüleceği üzere arabuluculuk ihtiyari bir çözüm yöntemi olarak tanımlanırken 2018 yılında HUAK'a eklenen m. 18/A (Ek: 6/12/2018-7155/23)[1283] ile istisnai durumlar için "*dava şartı olarak arabuluculuk*" düzenlenmiştir.

Bu düzenleme nedeniyle tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklarında açılacak davada yargı yolu ve görevli mahkeme, bilhassa uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığının tespiti; eğer uygunsa dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı hususunun belirlenmesi önemlidir. Böylece arabuluculuğa elverişli konularda, doğrudan dava yoluna gitmeden, ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurularak manevi tazminat talebinde bulunabilmek mümkündür. Diğer taraftan uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmasına rağmen arabuluculuğa gitmeden dava açılması hâlinde,

[1280] Akçınar, Ş. (2019). Sağlık Hukukunda Arabuluculuk ve Uygulama Avantajları. İçinde: H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 1 (ss. 880–888). Adalet. s. 880.

[1281] Dursun, O. (2018). Sağlıkta Arabuluculuğun Defansif Tıp ve Yalın Hastane Uygulamalarına Etkileri. İçinde: İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 671–686). Seçkin. s. 681.

[1282] RG: 22.06.2012/28331.

[1283] RG: 19.12.2018/30630.

konunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı değerlendirilecek ve dava şartı arabuluculuk kapsamında ise usûl hukuku kuralları gereği arabuluculuk süreci başlatılacaktır.

14.3.2. Dava Şartı ve İhtiyarı Arabuluculuk

Dava şartı olarak arabuluculuk, doğrudan usûl hukukuna ilişkin, yargılamaya dair bir kurumdur. Ancak ihtiyari arabuluculuk ise yargı öncesi ile ilişkili olup uyuşmazlığın yargı makamlarına taşınmadan, tarafların serbest iradeleri ile çözümünü amaçlamaktadır. Bu sebeple yargıya taşınan tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlığın dava şartına tabi olup olmadığının belirlenmesi ve uyuşmazlık dava şartına tabi ise usûl hukuku kurallarının uygulanması gerekir.

14.3.2.1. İdareye Açılan Davalar

HUAK m.1(2) "*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır*" şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm doğrultusunda; idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıkları dışındaki, kamu hukukunu ilgilendiren tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklar, HUAK ile düzenlenen arabuluculuk kapsamına girmemektedir.[1284] Bu sebeple Sağlık Bakanlığı gibi idare aleyhine açılacak davalar, tam yargı davası şeklinde idare mahkemelerinde açıldığı için arabuluculuğa elverişli değildir.[1285] Ancak yargılama sonunda Sağlık Bakanlığı'nın kusuru bulunan hekim veya diğer sağlık meslek mensubuna karşı açacağı rücu davaları, hukuk mahkemelerinde görüleceğinden, idarenin rücu davaları arabuluculuğa elverişlidir. Mevcut düzenlemede rücu davaları dava şartı kapsamında olmayıp arabuluculuğa başvuru ihtiyari olarak da yapılabilir.[1286]

[1284] Somer, P., Civaner, M., Bektaş, S., Akçınar, Ş., Dursun, O. ve Aslan, I. (2020). Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk (S. Kutlay ve Ş. Akipek Öcal (Ed.)). Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı. s. 118.

[1285] Asiltürk, M. (2014). Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesinde Uygulanabilirliği. Terazi Hukuk Dergisi, 9(95), 29–40. s. 39. Somer vd., 2020, s. 119.

[1286] Somer vd., 2020, s. 119.

14.3.2.2. Sigorta Kaynaklı Davalar

Tıbbi uygulama hatasından zarar gören, uğradığı zararın tazmini talebini hekime yöneltebileceği gibi doğrudan hekimin sigorta şirketine de yöneltebilir. Hekimin mesleki sorumluluk sigortası veya hastanın özel sağlık sigortası açısından sigorta şirketlerine açılacak olan davalar, ticaret mahkemelerinde görülmektedir. Diğer taraftan 7155s. Kanun ile eklenen TTK m.5/A doğrultusunda, mutlak ticari davalar ve nisbi ticari davalar 01.01.2019 tarihinden itibaren dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Sigorta şirketlerinin dahil olduğu davalar açıkça mutlak ticari dava olduğundan, sigorta şirketlerinin dahil olduğu tüm tıbbi uygulama hatası davaları, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa tabidir.[1287]

14.3.2.3. Tüketici Hukuku Kaynaklı Davalar

Özel hukuk ilişkileri içerisinde hasta tüketici olarak kabul edildiğinden, tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tazminat davaları tüketici mahkemelerinde çözümlenmektedir. Bu davalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlığı kapsamında olduğundan, arabuluculuğa elverişlidir.

Diğer taraftan 7251 s. Kanun[1288] ile tüketici mahkemelerinde görülmekte olan davalar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Böylece tıp hukuku alanının önemli bir bölümünü oluşturan ve 2014 yılından bu yana tüketici mahkemelerinde görülmekte olan tıbbi uygulama hatalarından doğan tazminatlara ilişkin, hasta ile özel hukuk kişileri arasındaki tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklı davalar da dava şartı arabuluculuk usûl kuralları içerisinde çözümlenmelidir.[1289]

15. MANEVİ TAZMİNATTA GÖREVLİ MAHKEME

Türk yargısı; anayasa, idari ve adli olmak üzere üç temel kola ayrılmaktadır. Yargı kolu kavramı Anayasa'da kullanılmamakla birlikte; öğreti ve HMK'da, aynı usûle tabi ve genel çerçevesi itibariyle benzer olan uyuşmazlıkların oluşturduğu bütünü tanımlamak

[1287] Somer vd., 2020, s. 119.
[1288] RG: 28.07.2020/31199.
[1289] Somer vd., 2020, s. 120.

için kullanılmaktadır.[1290] Öğretide ve mevzuatta genel olarak yargı yolu kavramı yerine daha dar bir anlama sahip olan görev kavramı kullanılmaktadır. Yargı yolu, HMK'da görevden farklı düzenlenirken İYUK'da görev kavramına dahil edilmiştir. Görev, bir uyuşmazlığın aynı yargı koluna dahil ancak farklı nitelikteki mahkemelerden hangisi tarafından görüleceğini ifade ederken; yargı yolu, daha geniş biçimde, bu uyuşmazlığın hangi yargı kolu tarafından çözüleceğini belirtmektedir.[1291]

Anayasa, m.142 "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* amir hükmü ile görev, yetki ve yargılama usûllerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine hükmetmektedir. HMK m.1 ile Anayasa'nın bu amir hükmü tekrar ifade edilerek, göreve ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğunu belirtmiştir. Görevin kamu düzeni ile ilgili oluşunun en önemli sonuçlarından biri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan olmadığından görev sözleşmesi yapılamaz, görevli olmayan bir yargı yerini görevli hâle getiremezler.[1292]

Tıbbi uygulamaların hukuka uygunluk şartları genel olarak hizmet sunucusuna göre değişmemektedir. Ancak özellikle hizmet sunucusunun niteliğine göre, farklı yargı kollarına tabi olmaktadır.

Yargı yolu, Anayasa gereği kamu düzenine ilişkin olduğu için hâkim tarafından kendiliğinden gözetilir ve buna ilişkin itiraz taraflarca her aşamada ileri sürülebilir. Yargı yolunun sözleşme ile değiştirilmesi de mümkün değildir. Dava görevsiz mahkemede açılırsa, hâkim davadan el çeker ve davaya devam edemez. [1293]

Zira yargı yolu uygunluğu, kamu düzenine ilişkin bir dava şartıdır ve bu sebeple usûli kazanılmış hak teşkil etmez. Nitekim AYM de yargı yolunu kendiliğinden gözetmektedir.[1294]

15.1. İdari Yargı Kolu

İdari yargı, idareye tanınan yetkiler dahilinde yapılan idari faaliyetlerin usûlüne uygun yapılıp yapılmadığının denetimi ve doğacak zararların tazmini ihtiyacı

[1290] Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2018). Medeni Usûl Hukuku (4. Baskı). Yetkin. s. 27.

[1291] Tandoğan Özbaykal, N. (2019). Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi. s. 8.

[1292] HMK m.1 gerekçesi.

[1293] Pekcanıtez vd., 2012, s. 130. Çağlayan, 2018, s. 127.

[1294] Tandoğan Özbaykal, 2019, s. 9.

doğrultusunda ortaya çıkmıştır.[1295] İdari yargılama hukukunun ve idari yargının amacı, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuksal denetimi ve böylece kamu yararının korunması olduğundan medeni yargıdan ayrılır.[1296] İdarenin ne tür faaliyetlerinin idare hukuku alanına girdiğinin yani hukukunun uygulama alanının tespiti, idari yargının da görev alanını belirlemektedir.[1297] İdari yargı kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar, genel yargı kolu olarak da adlandırılan adli yargıda görülmektedir.[1298]

Yukarıda açıkladığımız üzere tıbbi uygulamaların sağlık hizmetinin genel olarak kamusal nitelikte olduğu ve özel kişilerce sunulsa bile idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.[1299] Denetim sorumluluğunun yerine getirilmesi idarenin hizmet kusuru açısından değerlendirilerek sorumluluğunda gidilmesi, idare hukukunun temel ilkesidir. Sağlık hizmetinin özel bir kişiye gördürülüyor olması idarenin denetim ve gözetim sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.[1300]

Özel bir hastanede 17.10.2000 tarihinde yapılan guatr ameliyatına bağlı ölümde, idare mahkemesi "*Özel D. Hastanesinde yapılan guatr ameliyatı sonrasında yaşadığı komplikasyon nedeniyle, zamanında ve gereken müdahalenin yapılmaması sonucu hayatını kaybetmesinde, Hastane üzerinde denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen ve tespit olunan aykırılıkları gidermek için yasal müeyyideleri kullanma yetkisine sahip olmasına rağmen, bu yetkileri kullanmayan davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğunda çelişme yoktur*." şeklinde hüküm kurarak maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir.[1301]

Kural olarak özel sağlık kişilerince yürütülen tıbbi uygulamalarda idarenin sorumlu tutulması söz konusu değildir.[1302] İdarenin özel hukuk kişilerinden sağlık hizmeti alması veya idare tarafından sunulması gereken hizmetin özel hukuk kişilerinden sağlanması hâlinde, özel hukuk kişilerinin sunduğu bu sağlık hizmetlerinde de idarenin sorumluluğu

[1295] Bilge, N. (1965). Medeni Yargılama Hukuku Dersleri (6. Bası). Ajans-Türk Matbaası. s. 28.
[1296] Tandoğan Özbaykal, 2019, s. 12.
[1297] Çağlayan, 2018, s. 132.
[1298] Arslan vd., 2018, s. 74.
[1299] Ayrıntılar için Bölüm 2.4. "Sağlık Hizmet Sunucuları"
[1300] Çınarlı, 2016, s. 216.
[1301] İstanbul 3. İdare Mahkemesi (2001/1622E, 2003/1505K) kararı üzerine D.10.D. (2004/12187E, 2007/3052K, 25.05.2007) kararı maddi tazminat yönünden onamış, manevi tazminat miktarını fazla bularak bozmuştur. Aktaran: Çınarlı vd., 2021, ss. 143-144. Bozma Kararı üzerine İstanbul 3. İdare Mahkemesi (2008/101E, 2008/1412K, 10.07.2008) hükmünü kurmuştur.

Talep; ölenin eşi için 80.000YTL. manevi tazminat. İlk derece mahkemesi eş için 40.000YTL tazminata hükmetmiştir. Danıştay'ın eş için hükmedilen 40.00YTL'yi fazla bulması üzerine ilk derece mahkemesi eş için 10.000YTL tazminata hükmetmiştir. (Olay tarihi brüt asgari ücret 118,8YTL)

İdarenin özel sağlık kuruluşunu denetleme sorumluluğuyla ilgili örnek karar; D.15.D. 2015/7128E, 2016/606K, 04.02.2016, Aktaran: Çınarlı, 2016, s. 221.
[1302] Ersöz, 2012, s. 34.

devam etmektedir.[1303] Nitekim vakıf üniversitelerince sunulan sağlık hizmetleri de idare hukuku kapsamında değerlendirilmektedir.[1304]

İdari eylem ve işlemler ile idarenin sorumluluk sebeplerinden kaynaklanan her türlü zararda görevli yargı kolu idari yargıdır.[1305] Bu sebeple manevi tazminat talebi için öncelikle davaya konu tıbbi uygulamanın, idare hukuku alanına girip girmediği tespit edilmelidir. Tıbbi uygulama idare hukukunun kapsamında değilse adli yargıya gidilmelidir.

Yargıtay, devlet hastanesinde yapılan ameliyat sonucu hastanın özel hastaneye sevk edilmesi ve burada yapılan ameliyata bağlı vefat emesi olayıyla ilgili olarak ilk derece mahkemesinin davayı reddetmesini bozmuş ve devlet hastanesi ile ilgili sorumluluğun idari yargıda ve fakat özel hastane açısından sorumluluğun değerlendirilmesinin ise adli yargıda belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.[1306]

[1303] Ersöz, 2012, s. 36.

[1304] YHGK 2012/4-729E, 2013/163K, 30.01.2013 (Yargıtay Karar Arama):

*"2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiş olup, bu yasa kapsamında dava dışı **M. Üniversitesi 4282 sayılı kanun ile kurulmuştur. Üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi halka sunduğu sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğindedir davalı çalışanı da kamu görevlisidir.***

*... Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, **davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla** doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır.*

*Davacının bu iddiası, içerikçe **davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır**.*

*Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. **Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.**"*

[1305] Çınarlı vd., 2021, s. 242.

[1306] Y.13.HD. 2017/3553E, 2020/1732K, 10.02.2020;

*"Dava, davacıların yakını ...'un ameliyat edilmesi ve sonrasında gerçekleşen olaylar sonucu vefat etmesi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkindir. Davacı ... Bakanlığına bağlı ... Devlet Hastanesi ile bu hastanede Devlet Memurları Kanununa tabi olarak çalışan doktor ...'u da zarardan sorumlu tutarak eldeki davayı açmıştır. Bu davalıların sorumluluğuna dayanak yapılan olgular, kamu hizmetiyle ilgili ve hizmet kusuruna ilişkindir. Hal böyle olunca, idarenin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idareye karşı idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. 6100 Sayılı HMK'nın 114. maddesinde de yargı yolu dava şartları arasında sayılmış olup dava şartlarının mevcudiyeti mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilmelidir. Ayrıca kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi, ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. **Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup, dava o kurum aleyhine açılmalıdır.** O halde, mahkemece Anayasa'nın 129/5 maddesi uyarınca davalı doktorun kamu görevlisi olup; doğrudan kendisine karşı dava açılmasının mümkün olmadığı hususu da gözetilerek, bu davalılar yönünden tefrik kararı verilmesi ve **davaya yalnızca davalı ... ... Hastanesi Özel ... Hizmetleri A.Ş. yönünden devam edilmesi ve yalnızca bu davalı yönünden inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekirken,** tüm davalılar yönünden davanın esasına girilerek davanın reddine karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup, kararın bozulmasını gerektirmiştir."*

15.2. Adli Yargı Kolu

Tıbbi uygulamalarda taraflar ve taraflar arasındaki ilişkilere göre, hukukî ilişkinin niteliği de değişebilmektedir. Hâl böyleyken TBK m.60 düzenlemesi ile görüldüğü üzere, taraflar arasındaki sorumluluğun birden fazla nedene dayandırılması da mümkündür. Nitekim tıbbi uygulamalarda hâkim, sözleşme veya haksız fiil ilişkisine göre hüküm kurabilir. [1307] Değişen hukukî ilişkinin niteliğine göre görevli mahkeme de değişebilmektedir.

HMK m.2 adli yargıdaki genel görevi düzenleyerek; şahıs varlığına ilişkin davalarda ve aksi düzenlenmedikçe diğer dava ve işlerde görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talepleri için asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Tıbbi uygulamaların da genel olarak vekalet veya eser sözleşmesine dayandığından, bunlara ilişkin davalar gerek sözleşme gerekse haksız fiil sorumluluğundan kaynaklansın asliye hukuk mahkemeleri görevliydi.

Ancak 6502 s. TKHK ile eser ve vekalet sözleşmesi dahil birçok sözleşme tüketici hukuku kapsamına alınmıştır. Böylece tıbbi uygulamalardan doğan tazminat sorumluluğu da tüketici hukuku kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır.[1308]

Bu durumda akla gelen sorulardan birisi de tıbbi uygulamalar genel olarak TKHK uyarınca tüketici hukukuna tabi olsa da zarar gören TBKm.60 doğrultusunda, örneğin haksız fiil sorumluluğuna giderek, genel yetkili asliye hukuk mahkemesine başvurabilir mi? Kanımızca TBK'ya göre hem özel hem de yeni olan TKHK, m.83/2 "*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması,* ***bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını*** *ve* ***bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez****.*" hükmü ile tıbbi uygulamalardan zarar görenin, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak asliye hukuk mahkemesine gitmesine engel olmaktadır. Bu sebeple tıbbi uygulamalardan kaynaklanan davalarda görev ve yetki TKHK m.73vd hükümlerine göre belirlenmelidir.

Ancak uygulamada, çalıştığı yer veya statüsü fark etmeksizin, hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortasına karşı doğrudan asliye ticaret mahkemesinde dava açıldığı da görülmektedir.[1309] Kanımızca bu durum Anayasa m.129/5 ile düzenlenen "*Memurlar ve*

[1307] Gökcan, 2017, s. 1083.
[1308] Ayrıntılar için Bölüm 4.2.1.4. "Tüketici Hukuku"
[1309] Hakeri, 2021b, s. 992. Y.11.HD. 12519/19742, 15.12.2014.

diğer kamu görevlilerinin ***yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları****, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak,* ***ancak idare aleyhine açılabilir.***" amir hükmüne açıkça aykırıdır. Kamu görevlisi olarak çalışan ve bu hizmet ilişkisinde yetkisini kullanarak, kusuru sebebiyle zarara yol açan hekimin sigortasına karşı adli yargıda dava açılamaz. Bu davalar Anayasa amir hükmü karşısında hem husumet hem de görev açısından sakattır.

Nitekim özel hukuk çerçevesinde gerçekleşen tıbbi uygulamalar için asliye ticaret mahkemesinde dava açılması, TKHK m.83/2 sebebiyle adli yargı içerisindeki görev açısından da sakattır.

Bu hâlde, aynı olay için iki ayrı mahkemenin görevli sayılması gibi kabul edilemeyecek bir durum ortaya çıkmaktadır.[1310] Bu belirsizlik ve farklı uygulama sebebiyle, olayın idari yargıda karara bağlanarak ödeme yapılmasına rağmen hekimin sigortasına karşı tahkime de başvurulduğu ve tahkim kararına karşı temyize de gidilmesi şeklinde garip durumlar dahi yaşanmaktadır.[1311]

Ancak Yargıtay özel dairesi, bu davaların 6102 s. Türk Ticaret Kanunu m.1401vd maddeleri esas alınarak açıldığı ve sigorta şirketinin sorumluluğunun TTK m.1473 gereği kaynaklandığını belirterek, uyuşmazlığın TTK hükümleri uygulanarak çözülecek olduğundan görevin de asliye ticaret mahkemesi olduğuna karar vermektedir.[1312]

15.3. İnsan Zararlarında Özel Düzenleme İhtiyacı

Yasa koyucu tarafından HMK m.3 ile TBK m.55/2 arasında amaçsal ve işlevsel bütünlüğü sağlayabilmek amacıyla, idarenin fiil ve eylemlerinden doğan bedensel zararlarda asliye hukuk mahkemesinin görevli olması ve bu mahkemelerin özel hukuk

---

[1310] Çelik, 2019b, s. 141.

[1311] Y.11.HD. 2019/1216E, 2019/5753K, 24.09.2019.

"***Dava, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkin olup, Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyetince*** *davacının talebinin kabulüne, davalı vekili tarafından yapılan itiraz üzerine İtiraz Hakem Heyetince de itirazın reddine karar verilmiştir.*

Ayrıca, sigortalı doktor tarafından yapılan müdahalenin hatalı olduğu iddiası ile **aynı olay nedeniyle Ordu İdare Mahkemesi'nin 2015/667 Esas sayılı dosyasında yapılan yargılama** sırasında alınan…

Öte yandan, Ordu İdare Mahkemesi'nin 2015/667 E-2018/631 K. sayılı dosyasında verilen 26.4.2018 tarihli karar uyarınca davacı tarafa ödeme yapıldığı iddiasında bulunularak **ilgili ödeme belgelerinin de sunulduğu** anlaşılmakla, işbu ödeme olgusu da değerlendirilmek suretiyle mükerrer ödemeye sebebiyet vermeyecek şekilde hüküm tesisi gerekirken anılan hususun nazara alınmaması da doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."

[1312] Y.11.HD. 13942/9470, 12.12.2016; 4358/6839, 07.11.2018; Aktaran: Hakeri, 2021b, s. 993.

hükümlerine göre karar vermesi hedeflenmiştir.[1313] Bu doğrultuda yasa koyucu HMK m.3 ile; her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarla ilgili asliye hukuk mahkemelerini görevli kılmış idi.

AYM bu hükmü; *"Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir*." gerekçesiyle iptal etmiştir.[1314]

Yasa koyucunun HMK m.3 ile amacını; insana verilen zararlar ve onun tazmini çerçevesinde "tazminat hukuku"nun, insan hakları ekseninde temellenen özel bir disipline dönüştüğü, insan zararlarının tazmini hukukunda hangi yargı kolu görevlendirilmelidir sorusuna cevap arandığı; özünü kaybeden bir insanın davasının görev alanı tartışması ile karşılaşması hâlinde askeri, idari, adli yargı kolları arasındaki on yılları aşan seyahati, Uyuşmazlık Mahkemesinin zamanına ve oluşumuna göre farklı çözümleri, süre aşımı, kısmi dava, tazminat miktarı (hesaplama farklılığı) riskleri, çok farklı hukuk alanlarının

[1313] Tekçe, F. N. (2016). Manevi Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme. MÜHF-HAD, 22(3), 2623–2641. s. 2633.

[1314] AYM, 2011/35E, 2012/23K, 16.02.2012, RG: 19.05.2012/28297 (AYM Kararlar Bilgi Bankası) gerekçenin devamı:

"Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez."

farklı çözümler üretmesi sorunları; sorunun çözümünde temel yaklaşım, insan zararlarında görev belirlenirken zararı doğuran sebebin ait olduğu alanın yapı ve niteliği yerine, zararın süjesini (insanı) esas alan bir ölçütün temel alınması gerektiği; "*alan ölçütü mü, zarar ölçütü mü*" karşılaştırmasında özne insan olduğunda elbette "*zarar ölçütü*" denilmesi gerektiği; idari yargının, insan zararlarını borçlar hukuku hükümlerine göre hesaplayıp sonuca bağladığını; idare hukuku ve idari yargı hukukunun temel alacağı somut hukuk normlarına sahip olmadığı; bu davaların baskın karakterinin, olaya yol açan maddi sebebin hukukî niteliği (idari hizmetin mahiyeti) değil, zararın bağlı olduğu insan ve insan zararının hesaplanması ilke ve değerleri ortaya koymak olduğu belirtilmektedir.[1315]

Madde gerekçesinde, uygulamadaki eşitsizliğin görülerek, yasa koyucunun çözüm arayışını bu şekilde sonuçlandırmak istediği görülmektedir. Nitekim hüküm ile TBK m.55/2 uyumu, bu amaca yönelik bütünlük göstermektedir. Ancak AYM de haklı olarak, işaret ettiği üzere idare hukuku ile özel hukuktaki kusur kavramına yaklaşım ve sorumluluğun belirlenmesi oldukça farklı olup idarenin kusursuz sorumluluğu özel hukuka göre çok daha geniştir.

AYM'nin bu kararına karşın özellikle sağlık hizmetlerinden kaynaklanan özel sorunlar nedeniyle, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan tazminat davaları için ortak bir yargı usûlü belirlenmelidir.[1316]

İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluşuna İlişkin Kanun Teklifi'nin de TBMM'ye sunulduğu görülmektedir.[1317] Öğretide bu teklif desteklendiği[1318] gibi özellikle Anayasa'ya aykırılığı, idari yargının alanını daraltması[1319] ve özel mahkemelerin hukukî ilişkilerin niteliğine göre belirlenmesi gerektiği[1320] sebepleriyle eleştirilmektedir.

[1315] Adalet Komisyonu Raporu'ndan.

[1316] Çınarlı vd., 2021, s. 243.

[1317] Kanun Teklifi: 27/2, 514/2E, 09.07.2018.

[1318] Çelik, Ç. A. (2016). Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları. MÜHF-HAD, 22(3), 765–802. s. 801.

[1319] Akyılmaz, B., Evren, Ç. C., Türkoğlu Üstün, K., İsbir, B., Karagöz Cin, E., Albal, H. ve Çıtak, H. A. (2015). İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış. GÜHFD, 2, 167–198. S.197. Yılmaz, Serdar. (2015). İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak "İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi" Üzerine Bir Değerlendirme. Ankara Barosu Dergisi, 3, 112–181. s. 174.

[1320] Atalı, M. (2016). Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi. İçinde: S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 269–273). TBB. s. 271.

İnsanın haklarının evrenselliği ve evrensel eşitlik ilkesi karşısında insanın bedensel zararlarının da eşit olması gerektiğine ve teoride kabul edilen bu gerçeğin uygulamada gerçekliğe ulaşması gerektiğine inanıyoruz. Bu amaç dahilinde çeşitli çözüm yolları bulunabilir.

Kanımızca öncelikli çözüm, her yerde mümkün olmasa bile en azından yargı bölgeleri merkezlerinde, insan zararları mahkemesi kurulmasıdır. Heyet şeklinde oluşturulacak bu mahkemelerde, idarenin kusur/ kusursuz sorumluluğunu değerlendirmek üzere idari yargı hâkimi de görev almalıdır. Ayrıca mahkemenin kurulumunda, AYM kararı ve öğretideki eleştiriler dikkate alınmalıdır.

Eğer insan zararları mahkemesi uygun görülmezse ÇINARLI'nın önerdiği üzere en azından tıbbi uygulama hataları için ortak bir yargı usûlü belirlenmesi de uygundur. Bu şekilde genel olarak kusur sorumluluğuna dayalı tıbbi uygulama hatası davalarında, usûl birliği sağlanarak somut gerçeğe ulaşılacak ve kararlar arasındaki eşitsizlik ortadan kalkacaktır.

Son önerimiz ise görevli mahkemeler arasında iş bölümü yapılarak, bedensel zararlardan kaynaklı davaların aynı mahkemede görülmesi sağlanmalıdır.

16. DAVA AÇMA SÜRESİ

Dava açma, Anayasa m.36 ile düzenlenen temel bir haktır. Tüm özgürlüklerde olduğu gibi dava açma hakkı da belirli bir süreyle, kanunla sınırlandırılmaktadır.[1321] Yasa koyucu, hem şahsa ilişkin hakların talebini hem de kamu kurumlarına düşen görevlerin yerine getirilmelerini, sosyal hayatın sağlanması açısından, belirli zaman dilimleri ile sınırlamış ve bu sınırlara uyulmaması hâllerini çeşitli sonuçlar bağlamıştır.[1322]

Hem medeni yargıda hem de idari yargıda, dava açma hakkının süre ile sınırlanması söz konusudur. Medeni ve idare yargılama hukuku arasında büyük ölçüde benzerlikler olsa da önemli birtakım farklılıklar da bulunmaktadır.[1323] Medeni yargıda zamanaşımı, alacak hakkını ortadan kaldırmayan ancak alacak hakkının uzun süre kullanılmamış olması sebebiyle dava edilebilme hakkını ortadan kaldıran, hakkı yargı önünde süreyle sınırlayan hukukî bir olgudur. Bu bakımdan, hakkı ortadan kaldıran hak düşürücü

[1321] Çağlayan, 2018, s. 304.

[1322] Arat, A. (2004). Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı. ŞÜHFD, 12(3–4), 193–228. s. 194.

[1323] Çağlayan, 2018, s. 304.

sürelerden farklıdır.[1324] Ancak idari yargıda, dava açma süresi, idari davaların açılabileceği kanunen belirli ve sınırlı zaman olarak tanımlanmakta, Danıştay'a göre kamu düzenine dair hak düşürücü süre olduğundan, taraflarca her aşamada ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından kendiliğinden de dikkate alınır.[1325]

Örneğin; medeni yargıda zamanaşımı süresi dışında açılan davayı mahkeme usûlden reddedilemezken, idari yargıda dava açma süresi davanın ön şartlarından olup ilk incelemede ele alınır ve kamu düzeninden, hak düşürücü süre olarak kabul edilirler.[1326] Ayrıca TBK m.154/2 zamanaşımı süresini kesen sebepler arasında, dava açılmış olmasını saymaktadır. Ancak idari yargıda dava açma süreleri maddi hukukla değil yargılama hukukuyla ilgili olduğundan bu kuralın idari yargıda uygulanma kabiliyeti yoktur.[1327]

Bu sebeple manevi tazminat talebi için dava açma hakkı süre ile kısıtlanmakta ve bu süre, başta adı olmak üzere, temel hukukî özellikleri yargı yerine göre farklılık arz etmektedir. Öncelikle bu süre; idari yargıda dava açma süresi olarak tanımlanan, hak düşürücü, usûl hukukuna dair bir kavramken, medeni yargıda zamanaşımı olarak tanımlanan, hak düşürücü olmayan, maddi hukuka dair bir kavramdır.

Tıbbi uygulamalardan kaynaklı hukukî uyuşmazlıklarda dava açma süresi veya zamanaşımı konusu, uyuşmazlığın esasının dayandığı hukuksal kavrama ilişkin yasal düzenleme ve ilkeler doğrultusunda belirlenmektedir. Ayrıca dava açma süresiyle ilgili belirtmek gerekir ki; zarar meydana geldikten çok sonra, bütün acılar yatıştıktan ve yeni duruma alışır hâle geldikten sonra manevi tazminat talep edilmesi hâlinde bu talep reddedilmemelidir ancak bu durumda tazminat miktarının daha az belirlenmesinde bir engel olmadığı gibi takdir hakkının bu yönde kullanılması gerekliliği kabul edilebilir.[1328]

Dava açma süresi, genel hükümlerle düzenlenen bir konudur. Konunun kapsamının genişliği sebebiyle, tıbbi uygulamalarda özgü durumların olduğunu düşündüğümüz, sürenin başlangıcı ve ceza zamanaşımı süresi ile sınırlı olarak değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

[1324] Ertaş, Ş. (2014). Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı. DEÜHFD, 16, 3093–3104. s. 3093.
[1325] Çağlayan, 2018, s. 304.
[1326] Çağlayan, 2018, s. 304.
[1327] Kaplan, G. (2019). İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları. InULR, 10(2), 660–676. s. 660.
[1328] Orhunöz, 1999, s. 87.

16.1. Sürenin Başlangıcı

Tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat taleplerinde her iki yargı düzeninde de öncelikle temel olarak belirlenmesi gereken, bu sürenin başlangıcıdır. Süre genel olarak, tazminat yükümlüsünün ve zararın öğrenilmesi ile başlamaktadır.[1329]

Sürenin başlangıcı konusunda; medeni yargıda TBK m.72 "*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır*." hükmü doğrultusunda ihlalin sebep olduğu zarar yanında zararı giderecek olan tazminat yükümlüsünün de öğrenilmesi aranmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımının temel amaç ve işlevi, sorumlu kişinin belirsiz bir süre boyunca tazminat altında tutulmaması için sorumluluğun zamanla sınırlandırılmasıdır. Bu nedenle özellikle sözleşme dışı sorumluluk hâllerinde, azami bir süre ile sınırlandırılarak objektif bir zaman noktası belirlenmiştir.[1330]

İdari yargıda ise İYUK m.13 doğrultusunda, idari eylemle hakkı ihlal edilen kişinin, "…*idari dava açmadan önce, bu eylemi yazılı bildirim veya başka bir suretle öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir*." Bu taleplerinin reddedilmesi hâlinde, ret kararının tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde tam yargı davası açmaları gerekmektedir. Ancak özel hukukta olmayan ve idari yargıya özgü ön başvuru kurumuyla, hakkı ihlal edilenlerin dava açmalarının önüne, günümüzde anlamını yitiren bir engel konulması, kişilerin yargıya başvurmasının öteleyerek, hak arama hürriyetini engelleyici niteliktedir. Bu sebeple; hak ihlaline uğrayanlar, idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında da, tıpkı özel hukuktaki tazminat davalarında olduğu gibi idareye başvuru şartı olmaksızın, haklarını yargı önünde arayabilmelidir.[1331]

[1329] Tandoğan, 2010, s. 356.

[1330] Havutçu, A. (2010). Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı. DEÜHFD, 12(Özel S.), 579–605. s. 592.

[1331] Gönen, Y. (2016). Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul Ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması. İÜHFD, 7(1), 451–478. ss. 465–466.

16.1.1. Tazminat Yükümlüsünün Öğrenilmesi

Tıbbi uygulamalarda ihlal idare tarafından gerçekleştirildiğinde, Anayasa gereği idari yargıya gidildiği ve zararı gidermekle yükümlünün idare olması sebebiyle husumetin de idareye yöneltildiğinden ayrıca tazminat yükümlüsünün aranmasına gerek olmadığı ortadadır. Bu sebeple, idari yargıda süre belirlenmesinde, ihlalin öğrenilmesi yeter ve gereklidir.

İdare hukuku kapsamı dışındaki özel hukuk ilişkilerine dayanan tıbbi uygulamalarda, zarar veren ve tazminat yükümlüsü, genel olarak idare dışındaki kişilerdir. Kural olarak, husumetin yöneltilebilmesi için, ihlalin sebep olduğu zararın yanı sıra tazminat yükümlüsünün de aranması gerekmektedir.

Zarar gören kişi, dava açacağı kişi ve onun sorumluluğunu doğuran durumları öğrenmek zorundadır. Genel olarak kusur sorumluluğunda sorumlu kişi zarar veren iken, sebep sorumluluğunda ise kanunun kendisine tazminat yükümlülüğü bağladığı kişidir.[1332] Ancak dikkat edilmesi gereken, tazminat yükümlüsü kesin olarak bilinmelidir, yani tahmin edilmesi veya şüphe duyulması yeterli değildir.[1333]

Adın yanlış bilinmesi, düzeltme imkanı olması hâlinde zamanaşımını etkilememektedir. Ayrıca tazminat yükümlüsünün sorumluluğunun hukukî dayanağının da bilinmesine gerek bulunmamaktadır. Zararın giderilmesinde birden fazla kişi, değişik sebeplerle yükümlü ise, her birinin sorumluluğunu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir[1334] ve her yeni öğrenilen sorumlu için yeni bir zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.[1335] Bu durum, sorumluluk sigortalarında, sigortacıya karşı açılan tazminat davaları bakımından da söz konusudur.[1336]

Örneğin; tıbbi uygulamalar genel olarak rızaya dayalı ve sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleştiğinden tazminat yükümlüsü olarak kusurlu hareketiyle zarar veren hekimin, hekimi çalıştıran özel veya tüzel kişinin ve/veya hekimin sigortacısının tazminat yükümlüsü olarak gösterilmesi mümkündür.

[1332] Eren, 2015, s. 832.

[1333] Savaş, F. B. (2008). Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı. TBB Dergisi, 74, 121–148. s. 130. Gökcan, 2016, s. 931.

[1334] F. B. Savaş, 2008, s. 131.

[1335] Çelik, 2019b, s. 492.

[1336] Altın, H. (2020). Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması. AÜHFD, 69(1), 1–32. s. 14.

16.1.2. Zararın Öğrenilmesi

Özellikle tıbbi uygulamalarda zarar; hemen ortaya çıkmayabilir, hemen tamamlanmayabilir veya hemen öğrenilemeyebilir. Örneğin hasta dosyasının kaybedilmesi, kayıtların eksik tutulması veya ameliyat sırasında batında unutulan yabancı cisim, bir ilaç tedavisinin olumsuz etkileri hemen ortaya çıkmayabileceğinden öğrenilmesi de olumsuz etkilerinin ortaya çıkması ile olmaktadır.

Zararın öğrenilmesinden amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık, nitelik ve kapsamını öğrenmektir. Bunlar belirlenmeden tazminat talebinin sebep, şart ve miktarı değerlendirilemez. Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesi ve zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirmektedir. Bu sebeple zarar veya zarara sebep fiil devam ettiği sürece zarar görenin, zararı öğrenmesi mümkün değildir. [1337] Bu doğrultuda zararın devam etmesiyle haksız fiilin devam etmesi aynı şey olmayıp haksız fiil devam ettikten sonra da zarar devam edebilir.[1338]

Bedensel zedelenmeye bağlı zarar ve miktarının, tıbbi bakım ve tedavi sonunda düzenlenecek hekim raporuna bağlı olduğu, sürenin başlaması için en son zararı belirten bu raporların düzenlenmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir. [1339] Kişinin kendisine yapılan tıbbi uygulamanın sonuçlarını algılayabilmesi veya zararı öğrenebilmesinde sürenin katı olarak belirlenmesi hakkaniyet ilkesine aykırı olacaktır.[1340]

Danıştay, idari eylemlerden doğan zararın miktarının olayın meydana geldiği anda tam olarak bilinemeyebileceğini [1341] ve zarar çok sonra ve çeşitli sebeplerle öğrenilebileceğinden sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini[1342] çeşitli kararlarında belirtmektedir.

[1337] Eren, 2015, s. 831.
[1338] Tandoğan, 2010, s. 357.
[1339] Eren, 2015, ss. 831–832. Erlüle, 2021, s. 577.
[1340] Çınarlı vd., 2021, s. 282.
[1341] D.15.D. 2016/8258E, 2017/7124K, 30.11.2017; 2016/4542E, 2017/2891K, 23.05.2017.
[1342] D.15.D. 2015/8536E, 2016/1678K, 14.03.2016;

"*Anılan Yasa hükmünde idareye başvuru için öngörülen, bir yıllık sürenin, idari eylemin tamamlandığı ve* ***yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerekmektedir****. Esasen, idari eylemin tamamlandığı ve zararın tam olarak ortaya çıktığı tarih dikkate alınmadan bir yıllık sürenin hesaplanması, bazı hallerde dava açma hakkının kullanılamaması sonucunu doğuracaktır. Zararın ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldırır biçimde süre hesabı yapılmasının ise, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır.*

Yasayla öngörülen tam yargı davaları idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu nedenle tam yargı davasının açılabilmesi için eylemin idariliğinin ve ***yol açtığı zararın ortaya çıkması zorunludur.***

Bu sebeple, eylemin tamamlanma tarihi, teşhis ve tedavinin tarihi değil, aynı tedaviye ilişkin son müdahale tarihi olarak kabul etmektedir.[1343]

Yargıtay, Danıştay ile benzer şekilde, zararın öğrenilmesini zarar verici olayın değil, zararın varlığı, niteliği, unsurları ve kapsamının kesin olarak bilinmesi olarak kabul etmekte ve zarar verici eylemin sonuçları ve zarar tam olarak ortaya çıkmadıkça zarar görenin zararı öğrendiğinden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu sebeple zararı soyut olarak değil somut olarak bilinebilir olmasını aramaktadır.[1344]

AYM de eylemin idariliğinin veya yol açtığı zararın ya da arasındaki illiyet bağının eylemden çok sonra anlaşıldığı veya ortaya konulabildiği durumlarda dava açma süresinin bu tarihlerden sonra başlayacağını, idari eylemlerin neden olduğu bedensel zararların ancak kesinleşen sağlık raporlarıyla tam olarak öğrenilmesinin mümkün olabileceğini kabul etmektedir. [1345] Ayrıca AYM, bu sağlık raporlarının, zararın öğrenilmesine elverişli nitelikte olmasını aramaktadır. Bu sebeple olay tarihi üzerinden ondokuz yıl sonra alınan sağlık raporunun, bu süre zarfında sürekli veya kesintili şekilde tedavi gördüğüne dair bir bilgi olmaması sebebiyle, dava açma süresine etkili olmadığını belirtmektedir.[1346]

Gelişmekte olan zararlar için, yani zarar bilinmekle beraber genişliği zaman içerisinde öğrenilecek ise zamanaşımı bu durum öğrenildiği zaman başlayacaktır.[1347] Yargıtay bu durumu "*gelişen durum*" olarak tanımlayarak sona ermedikçe zamanaşımının başlamayacağını kabul etmekte ancak bu gelişen durumun raporun geç alınması gibi bir sebeple gecikmeye bağlı tutulamayacağını, zararın sona erdiğinin bilinebilmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Somut olayda, 2003 yılında meydana gelen

---

... Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, ***bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme, bilirkişi raporu ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir****."*

[1343] Çınarlı vd., 2021, s. 282.

[1344] YHGK 2017/1593E, 2020/535K, 07.07.2020 (Yargıtay Karar Arama);

"Zamanaşımı süresinin tespitinde, zarar ve zararın öğrenilme tarihinin önemi açıktır. Bu noktada da, zararın ne zaman öğrenildiği önem kazanmaktadır. Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açılmasına ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartların öğrenilmiş olması demektir. Zararın öğrenilmesi, zarar verici olayın değil, zararın varlığı, niteliği, unsurları ve kapsamının kesin olarak bilinmesi demektir. Zarar verici eylemin sonuçları ve zarar tam olarak ortaya çıkmadıkça zarar görenin zararı öğrendiğinden söz edilemez.

... Bu durumda soyut öğrenme, kesin bir bilgi edinememe ve zararın unsurlarını (örneğin sakatlık derecesi ya da ne gibi beden rahatsızlığı oluştuğu) bilememe durumunda zarar ve sonuçları öğrenilmiş sayılamaz. Bu gibi durumlarda da, zamanaşımı kesin öğrenmeden sonra başlamalıdır. Aksi takdirde gerçek zarar karşılanmamış ve hak kaybına sebebiyet verilmiş olacaktır."

[1345] İlker Yılmaz, B. No: 2015/19041, 24/5/2018, §49.

[1346] Abdullah Erol, B. No: 2016/2357, 18/7/2019, §44.

[1347] Gökcan, 2016, s. 930.

kaza için SGK sürekli iş göremezliği %0 olarak belirlemiş, bunun üzerine 2005 yılında dava açılmış, yargılamada sürekli iş göremezlik %9,3 olarak 2013 yılında kesinleşmiştir. Yargıtay kesinleşen kararı zararın öğrenilmesi olarak kabul etmiş ancak, 2014 yılında maddi ve manevi tazminat miktarı için yapılan ıslah talebini on yıllık zamanaşımı süresi sebebiyle reddetmiştir.[1348] Görüleceği üzere olayda, zarar bulunmadığını gösteren rapora karşı açılmış bir dava bulunmaktadır. Yargılama süresinde gelişen durum nedeniyle zarar meydana gelmiş ve Yargıtay zamanaşımı konusunda, yargılama sürecinde alınan raporu değil kesinleşen hükmü esas almaktadır.

Yargıtay başka bir kararda ise; 1994 Ocak ayında doğan bebeğin doğum sırasında erkeklik organı ve anüsünün bulunmadığının fark edildiği, 1999 Aralık ayında alınan raporla sürekli iş göremezliğinin belirlendiği, 2000 Kasım ayında ek dava ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulduğu, ilk derece mahkemesinin zamanaşımı başlangıcını 1999 yılında alınan rapor tarihi olduğu ve ek davanın bu rapor üzerinden bir yıl geçmemesi nedeniyle kabul ettiği davada, bebekteki uzuv noksanlığının basit bir fizik muayene ile anlaşılabilecek düzeyde olması, bu noksanlıkların zaman içerisinde artabilecek veya düzelebilecek nitelikte olduğuna dair bir bilgi bulunmaması, davacıların doğumla birlikte bu zararın mevcudiyetinden haberdar olmaları ve ayrıca davacılara haber verilmesine gerek olmaması sebebiyle zamanaşımının doğum tarihi ile başlaması gerektiğine hükmederek kararı bozmuştur.[1349]

Diğer bir durum da, henüz doğmamış ve ileride doğması öngörülemeyen (gelişen), daha sonra ortaya çıkan zararlar varsa zamanaşımı yine zararın öğrenildiği tarihte

---

[1348] YHGK 2017/1081E, 2020/28K, 21.01.2020 (Yargıtay Karar Arama);

"… ortaya çıkan ***zara****r, kendi özel yapısı içerisinde* ***sonradan değişme eğilimi gösteriyor****, kısaca zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, "****gelişen durum****" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hâllerde, zararın kapsamını belirleyecek husus gelişmekte olan bu durumdur ve* ***bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığının öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır****.*

Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen "gelişen durum" kavramı uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (örneğin, buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Başka bir anlatımla, gelişen durum kavramı salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder (Hukuk Genel Kurulunun 06.11.2002 tarihli ve 2002/4-882 E., 2002/874 K.; 10.06.2015 tarihli ve 2014/21-282 E.,2015/1548 K.; 01.03.2017 tarihli ve 2014/21-2372 E., 2017/379 K. sayılı kararları). Nitekim tüm bu hususlar Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2019 tarihli, 2018/21-523 E., 2019/70 K. sayılı kararında da aynen benimsenmiştir."

[1349] Y.13.HD. 2001/9800E, 2001/11883K, 21.12.2001; Aktaran: Öztürk, 2004a, ss. 115–116.

başlayacaktır ve ilk zarardan bağımsız olarak ele alınmalıdır.[1350] Örneğin %37 maluliyet oranı ile kesinleşen mahkeme kararından sonra artan zarar nedeniyle alınan yeni raporda maluliyet %43,2olarak belirlenmiş ve aradaki %6,2 oranında artan maluliyet için zamanaşımı, ilk olayla ilişkili ancak artan zararı gösteren rapor ile başlayacaktır.[1351]

Gelişen zarara örnek olarak hasta dosyasının kaybedilmesi veya kayıt eksikliği gösterilebilir. Hasta, kendisiyle ilgili tıbbi dosyasının kaybolduğunu veya hakkında eksik kayıt tutulduğunu bilemeyebilir, kaldı ki normal şartlarda hastanın bunları kontrol etme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak ileride ortaya çıkan bir durum sebebiyle hastanın eski tıbbi bilgilerine ihtiyaç duyduğunda bu eksiklik fark edilmiş olabilir. Zarar, ihmal ile meydana gelmiş olsa da zamanaşımının, yirmi yıl sonra, zararın öğrenilmesiyle yani eksikliğin fark edilmeyle başlaması gerekir. Nitekim hukuk aykırılık tek başına tazminat için yeterli olmayıp, hukuka aykırı ancak henüz bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Hukuka aykırı fiilin, haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için diğer koşullar yanında bir zarara neden olması da gereklidir ve bir zarar bulunmadıkça, fiilin hukuka aykırılığından söz edilebilirse de henüz haksız fiil olarak kabulü ve buna bağlı olarak tazminat talebi mümkün değildir.[1352] Örneğin asbest maruziyetinde zarar, maruziyetin kesilmesinden yaklaşık 30 yıl sonra akciğer kanseri olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlarla ilgili açılan davaları İsviçre Federal Mahkemesi zamanaşımı nedeniyle reddetmiş olsa da İHAM, 2014 yılında Moor vs. İsviçre kararı[1353] ile İsviçre aleyhine hüküm kurmuştur.[1354] Yargıtay da, depremlerle ilgili olarak, zamanaşımını binanın tamamlanıp teslim edildiği tarih değil, zararın meydana geldiği tarihten yani deprem tarihinden itibaren kabul etmektedir.[1355] Binadaki hasarın depremden önce bilinememesi gibi bu durum, dosyasındaki eksikliği bilme imkanı olmayan hasta için de geçerlidir.

[1350] Eren, 2015, s. 832. F. B. Savaş, 2008, s. 133. Gökcan, 2016, s. 930.

[1351] Y.11.HD. 6410/1301, 21.12.1994; Aktaran: Karahasan, M. R. (1996b). Tazminat Hukuku Tazminat Davaları ve Yargılama Usulü. Beta. ss. 462–463.

[1352] Havutçu, 2010, ss. 588–589.

[1353] İHAM B. No: 52067/10 ve 41072/11, ECHR (069) 2014, 11.03.2014; Aktaran: Akkayan Yıldırım, A. (2016). Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi. İÜHFM, LXXIV(1), 185–219. s. 208.

[1354] Akkayan Yıldırım, 2016, s. 188.

[1355] F. B. Savaş, 2008, s. 137.

16.2. Ceza Zamanaşımı Etkisi

Tıbbi uygulamalar hukuka aykırı gerçekleştirildiğinde çoğu zaman suç niteliği de söz konusu olabilmektedir ancak hukuka aykırı haksız fiil ile suç, birbirinin aynısı değildir.[1356] TBK m.72 "*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*" düzenlemesi ile haksız fiil aynı zamanda suç niteliğinde ise, haksız fiile özgü zamanaşımı geçmiş olsa bile tazminat talebi için ceza zamanaşımı süresinin uygulanması kabul edilmiştir.

Cezalandırma, tazminata göre daha ağır bir yaptırımıyken, ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesi hâlinde tazminat davasının daha önce zamanaşımına uğraması tutarlı bir çözüm değildir. Bu sebeple yasa koyucu, medeni hukukta, ceza davası devam ettiği sürece, tazminat davasının da devam edebileceğini hüküm altına almıştır. Burada söz konusu olan ceza veya infaz değil ceza davası açma (dava zamanaşımı) süresidir.[1357] Ayrıca uzamış ceza zamanaşımı süresi, eyleme verilecek ceza miktarına göre değil, eylemin uyduğu maddede öngörülen cezanın üst sınırına göre belirlenecektir.[1358] Bu sebeple taksirle öldürme (TCK m.85/1) suçunun üst sınırı altı yıl olduğundan uzamış ceza zamanaşımı onbeş yıl (TCK m.66/1-d), taksirle yaralama (TCK m.89) suçu için sekiz yıldır (TCK m.66/1-e).

Belirtmek gerekir ki TBK ile düzenlenen bu kural medeni yargıda söz konusu olup idari yargıda bu veya benzer bir kural bulunmamaktadır. Bu sebeple idarenin ajanı tarafından gerçekleştirilen eylemin konusu suç olsa da idari yargıda genel dava açma süresi söz konusudur ve konusunun suç olması dava açma süresi üzerine bir etkisi bulunmamaktadır. Halbuki daha önce bahsettiğimiz üzere AYM, tıbbi uygulama hatalarında bireysel başvuru için tüketilmesi gereken esas yolun tazminat talebi olduğunu kabul etmektedir.[1359] Hâl böyleyken eylem aynı zamanda suç teşkil ettiğinde, örneğin taksirle ölüm meydana geldiğinde medeni yargıda uzamış ceza zamanaşımı ile onbeş yıl içerisinde tazminat talebi mümkünken idari yargıda bu talebin bir yıl ile sınırlı kalması ile aradaki zamansal uçurum, hakkaniyete aykırı bir durum yaratmakta ve AYM ile işaret edilen tazminat yolunun kullanımını oldukça kısıtlamaktadır.

[1356] Tandoğan, 2010, s. 347.
[1357] Eren, 2015, ss. 834–835.
[1358] Çelik, 2019b, s. 495.
[1359] Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 03.04.2014, §47.

TBK m.72 ile düzenlenen bu hükmün uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; zarar verici fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi belirlenmiş olmasıdır.

16.2.1. Suç Teşkil Eden Fiil

TBK m.72/1'in uygulanabilmesi için zarar verici fiilin, ceza kanunlarına göre suçun hem objektif hem de subjektif unsurlarını taşıması gerek ve yeterlidir.[1360] Ceza zamanaşımı fiilin işlendiği tarihten başladığından, zararın öğrenilmesi değil fiilin işlenmesi esas alınmalıdır. Ayrıca ceza davası zamanaşımı suç fiili işleyen için söz konusu olduğundan, aynı fiil yüzünden sorumlu olmakla beraber kendi fiilleri suç teşkil etmeyenler için, örneğin sigortacılar için uygulanmaz.[1361]

Zarar verenin bu fiil sebebiyle kovuşturulması veya cezaya mahkum edilmesi şart değildir. Ceza hâkimi, fiilin suç olduğuna karar vermiş ve karar kesinleşmişse, TBK m.74 gereği, hukuk hâkimi bu kararla bağlıdır. Ayrıca zarar veren, ceza ehliyeti olmaması, suçun unsurlarının oluşmadığı veya suçu işlemediği için beraat ettiyse hukuk hâkimi bu hâlde de konuyu inceleyemez. Buna karşılık, ceza kararı mevcut değilse veya delil yetersizliğinden beraat hâlinde, hukuk hâkimi konuyu bağımsız olarak inceleyebilir.[1362]

[1360] Eren, 2015, s. 835. Tekinay vd., 1993, s. 724. Oğuzman, Öz, 2020, s. 77.

[1361] Oğuzman, Öz, 2020, ss. 77–79. Altın, 2020, s. 23.

[1362] Tandoğan, 2010, s. 362. Eren, 2015, s. 835. Gökcan, 2016, s. 934. Altın, 2020, s. 12.
YHGK 2017/2112E, 2020/850 K, 10.11.2020 (Yargıtay Karar Arama);

"22. Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine (davasına) etkisi, hukukumuzda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 53. [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 74.] maddesinde düzenlenmiş olup; hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları karşısında ilke olarak bağımsız kılınmıştır. Bu ilke, ceza kurallarının kamu yararı yönünden bir yasağın yaptırımını; aynı uyuşmazlığı kapsamına alan hukuk kurallarının ise kişi ilişkilerinin Medeni Hukuk alanında düzenlenmesi ve özellikle tazmin koşullarını öngörmesi esasına dayanmaktadır.

23. 818 sayılı BK'nın "Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk Arasında Münasebet" başlıklı 53. maddesinde; "Hâkim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez." şeklindeki bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hâkimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, hukuk hâkiminin yukarıda açıklanan bu bağımsızlığı sınırsız değildir. ***Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir****. Başka bir deyişle, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını belirleyen ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır.*

24. Yargıtayın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması

Bu sebeple tıbbi uygulamalar genel olarak bedene yöneldiğinden, aykırılığı hâlinde örneğin taksirle yaralama da suçu da teşkil edebileceğinden genel olarak uzamış ceza zamanaşımı söz konusu olacaktır. Eylemin aynı zamanda suç teşkil ettiğini göstermek için herhangi bir ceza yargı makamına başvurmak gerekli değildir. Kesinleşmiş ceza kararı veya delil yetersizliği dışındaki beraat kararı olmadıkça hukuk hâkiminin eylemin suç niteliği taşıyıp taşımadığını da değerlendirmesi gerekir. Ancak zamanaşımı hak düşürücü bir kurum olmayıp taraflarca ileri sürülmesi gerektiğinden, hâkimin araştırması için taraflarca ileri sürülmesi gerekir.[1363]

16.2.2. Ceza Zamanaşımı Süresi Daha Uzun Olmalı

Ceza kanununun öngördüğü zamanaşımı süresi, sorumluluk hukukundaki süreden daha uzun olmalıdır. Bu süre, haksız fiiller için belirlenen hem iki yıllık hem de on yıllık zamanaşımı süresi için uygulanır. Ceza zamanaşımı süresi, on yıllık süre yönünden fiilin işlendiği, iki yıllık süre içinse zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren başlamaktadır.[1364]

Örneğin tıbbi uygulama hatası sonucu ölüm meydana geldiyse onbeş yıl uzamış zamanaşımı söz konusu olacaktır. Ancak ölüm meydana gelmeyip sadece yaralanma söz konusu ise iki yıllık zamanaşımı süresi sekiz yıla çıkacak ancak on yıllık süre değişmeyecektir. Ölümle sonuçlanmayan batında unutulan yabancı cisim olayında, unutulma olayının yani zararın onbeş yıl sonra öğrenilmesi hâlinde uzamış zamanaşımı söz konusu olmayacak, öğrenme tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı söz konusu olacak, yani olaydan onbeş ile onyedi yıl içinde dava açılabilecektir.

---

olanaklı değildir. ***Somut olayda, ceza yargılamasında davalı hakkında CMK'nın 223/2-e maddesi uyarınca kesin ve yeterli delil elde edilememesi sebebiyle beraat kararı verilmiş olup, maddi vakıaya yönelik olarak bir tespit yapılmamıştır. Bu nedenle verilen beraat kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı hususu her türlü tereddütten uzak biçimde kabul edilmelidir.***

26. ... hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin belirlediği kusur oranı ve delil yetersizliğine dayalı beraat kararı ile bağlı olmadığı, ancak maddi vakıanın bağlayıcı nitelikte olduğu, somut olay bakımından ise ceza mahkemesince bağlayıcı nitelikte olacak şekilde bir maddi vakıa tespiti yapılmadığı, bilirkişi raporları ve kaza tutanağı ile iddia ve savunmanın örtüşmediği, bilirkişi raporlarına dayalı olarak karar verilemeyeceğinden mahkemece kusurun tespiti konusunda yapılan araştırma ve incelemenin yeterli kabul edilemeyeceği, tarafların iddia ve savunmaları ile kusur durumunun tespit edilebilmesi için kaza ile ilgili ceza dosyası, hasar dosyası ve tüm belgeler getirtilmek suretiyle, araçların kaza anındaki konumu ve kusur oranının tespiti bakımından, imkân dâhilinde kazanın yaşandığı gün ve saate benzer bir vakitte teknik bilirkişiler eşliğinde taraflar ve tutanak tanıkları ile diğer tanıklar olay yerinde dinlenmek suretiyle keşif yapılarak kusur oranının eş söyleyişle hangi tarafın ışık ihlali yaptığının ***kesin ve net bir biçimde belirlenmesinin gerektiği,…"***

[1363] Bağcı, K. (2016). Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi. TAAD, 7(28), 287–312. ss. 292–293.

[1364] Tandoğan, 2010, s. 361.Eren, 2015, s. 836. Altın, 2020, s. 21.

16.2.3. Ceza Zamanaşımı Etkisinden Kaynaklanan Sorunlar

Tıbbi uygulama hatası iddialarında önce ceza yargılamasına başvurulduğu, kusurun ceza yargılaması ile somut olarak ortaya çıkacağı gerekçesi ile ceza yargılaması sonucuna göre tazminat talebinde bulunulduğu görülmektedir. Bu hâlde tazminat davasında görevli mahkeme ise bu gerekçeyi esas alarak dava açma süresini belirleyebilmektedir. AYM ise haklı olarak bu gerekçeyi ve uygulamayı eleştirerek, tıbbi ihmal sonucu ölüm iddiaları için ceza yargısının beklenilmesine gerek olmadığına, tazminat davalarının ceza yargılamasından bağımsız olarak kusuru tespit etme ve gerekli giderimi sağlama imkanına sahip olduğuna işaret etmektedir.[1365]

Tıbbi uygulamanın kamuya bağlı sağlık kuruluşlarında gerçekleştirildiğinde tam yargı davaları personele değil idareye karşı açılacağından uzamış ceza zamanaşımından bahsetmek mümkün olmayacaktır.[1366]

Taksirle yaralama olayında medeni hukukta sekiz yıllık uzamış zamanaşımı, idari yargıda ise ölüm hâlinde bile bir yıllık dava açma süresi söz konusudur. Bu sebeple, yukarıda bahsettiğimiz üzere uzamış ceza zamanaşımı süresi kurumunun sadece medeni hukuka özgü olup benzer bir kurumun idare hukukunda bulunmaması sebebiyle ortaya çıkan zamansal uçurum hakkaniyet ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim AYM'nin tıbbi ihmalden kaynaklanan ihlal iddialarında bireysel başvuru için ceza değil tazminat yolunun tüketilmesini araması karşısında, hak arama özgürlüğü anlamında da hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaktadır. Nitekim değil uzamış ceza zamanaşımı

[1365] AYM Goncagül Satı ve diğerleri, B. No: 2017/17800, 03.11.2020, § 40 (AYM Kararlar Bilgi Bankası);

"*Tıbbi ihmal sonucu ölüm iddialarının bulunduğu durumlarda devletin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı bağlamında etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünün muhakkak bir ceza soruşturması ile yerine getirilmesine gerek olmadığı, tazminat ve/veya disiplin yollarının ihdas edilmesi ile de bu yükümlülüğün yerine getirilebileceği hatırlatılmalıdır (içtihatlar için bkz. § 34). Bu bağlamda, somut olayda başvurucuların idarenin hukuksal sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından muhakkak ceza yargılamasının bitmesini beklemesine ise gerek bulunmamaktadır. İdari yargıdaki tam yargı davası, ceza soruşturmasının sonucundan bağımsız olarak devletin yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını tespit etme ve gerekirse tazminata hükmetmek suretiyle uygun giderim sağlama kapasitesini haizdir. Başvurucular yüksek vekâlet ücreti ödeme durumu ile karşı karşıya kalma riski nedeniyle tam yargı davası açmak için ceza soruşturmasının sonuçlanmasını beklemek zorunda kaldıklarını ifade etmişlerse de tıbbi ihmal davalarının niteliği dikkate alındığında bu argümanın dava açılması için ceza soruşturmasının beklenmesini haklı kılacak nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yargılama süresinin hesaplanmasında 2005 ile 2014 yılları arasındaki dönemin dikkate alınması mümkün görülmemiştir. Bu durum karşısında, 11/2/2014 yılında açılan davanın Dairenin 13/12/2016 tarihli kararıyla sona ermesi arasında geçen toplam 2 yıl 10 aylık sürenin makul olduğu ve böylece yaşam hakkı yönünden bir ihlale neden olamayacağı anlaşılmıştır.*"

[1366] Özkaya, N., Kılıç, Y. ve Yırgın Yılmaz, C. (2016). "Vücut Bütünlüğü İhlali" Kavramının Tıbbi Uygulama Hatalarında Tazminat Çerçevesinde Değerlendirilmesi. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 234-242. s. 240.

süresi, medeni hukuktaki iyi yıllık zamanaşımı süresi karşısında idari yargıdaki ön başvuru sonrası bir yıllık hak düşürücü süre ile ilgili farklılık, eşitlik ilkesine aykırılık ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanması nedeniyle eleştirilmektedir.[1367]

Uzamış ceza zamanaşımının eylemin failine karşı açılan davalarda uygulanmasında sorun bulunmamakla beraber, failin ölümü hâlinde mirasçıları hakkında ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda; failin ölümü hâlinde mirasçıların daha avantajlı bir durumda olmaları düşünülemeyeceğinden, bu kişilere karşı açılan davalarda da bu düzenlemenin uygulanması gerekmektedir.[1368]

Yargıtay, 2006 yılında yeni doğanın doğum sırasında zarar görmesi ve kalıcı böbrek hasarı şeklinde gelişen zarar nedeniyle 2012 yılında açılan tazminat davası ile ilgili olayda, taraflar arasında vekalet hükümlerine tabi sözleşme ilişkisi bulunsa da, davalı doktorun eyleminin aynı zamanda suç teşkil etmesi nedeniyle, sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğunun somut olayda yarıştığı ve dava tarihi itibariyle TBK m.72 hükmü gereğince zamanaşımının gerçekleşmemiş olduğuna karar vermiştir.[1369]

Zamanaşımı süresi içerisinde genel af çıkması sebebiyle uzamış ceza zamanaşımı süresinin uygulanması ortadan kalktıysa, normal iki yıllık zamanaşımı süresi af tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.[1370]

[1367] Gönen, 2016, ss. 472–473.

[1368] Oğuzman, Öz, 2020, s. 72. F. B. Savaş, 2008, ss. 142–143.

[1369] YHGK 2017/778E, 2019/329K, 21.03.2019 (Yargıtay Karar Arama):

"*Davacılar BK anlatımıyla alacağın muaccel hâle geldiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde sözleşmeye aykırılık iddiasıyla tazminat isteminde bulunmak yerine, öncelikle ceza kanunu önünde davalı doktorun eylemlerinin kusurlu olduğunu ve meydana gelen zarar ile bu kusur arasında illiyet bağının bulunduğunu tespit etmiş, hemen akabinde 09.10.2012 tarihli dava ile doktor ve BK 50. maddesi hükmüne göre doktorla birlikte sorumlu olan hastanenin haksız fiillerinden doğan zararlarını tazmin etmelerini talep etmiştir. Dava dilekçesinde açıkça davalıların suç teşkil eden hukuka aykırı eylemleri nedeniyle doğan zararlarının tazmini istenerek haksız fiile ilişkin BK 41 ve devam hükümlerine dayanıldığı gibi, kusurlu eylem aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinde düzenlenen ve 66/1-e maddesi gereğince kamu davası sekiz yıllık zamanaşımına tabi olan taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçuna vücut verdiğinden BK'nın 60/2 maddesi hükmü açıkça davacılar lehinedir.*

Hâl böyle olunca taraflar arasında vekâlet hükümlerine tabi sözleşme ilişkisi bulunmakla birlikte, davalı doktorun eylemi aynı zamanda suç teşkil eder mahiyette de olduğundan, yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere ***sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğunun somut olayda yarıştığı ve dava tarihi itibariyle BK 60/2 maddesi hükmü gereğince zamanaşımının gerçekleşmemiş olduğu tartışmasızdır.***

Özel Daire bozma kararında da bu hususa işaret edilmiş ise de, kararda "Davalılardan doktor hakkında Ankara 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2009/91 esas sayılı dosyasında bu olay nedeniyle mahkûmiyet kararı verildiği anlaşılmaktadır" denilmiş olması, ceza kovuşturmasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinin sabit olması karşısında, dosya içeriği ile tam örtüşmemektedir. Ancak bu yanılma işin esasına ve varılan sonuca etki edecek mahiyette sayılamaz. ***Zira tazminat davalarında BK 60/2 hükmünün işlerlik kazanabilmesi için haksız fiilin suç teşkil eder mahiyette olması yeterli olduğundan, ayrıca ceza davası açılması veya fiilin mahkûmiyet ile cezalandırılması aranmaz.***"

[1370] Tandoğan, 2010, s. 364. Oğuzman, Öz, 2020, s. 78. F. B. Savaş, 2008, s. 146.

17. MANEVİ TAZMİNATIN ŞEKLİ

TBK m.56 gereği bedensel bütünlüğün zedelenmesi hâlinde para ile manevi tazminat ödenmesi gerekir. TBK m.58/1'de manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini talep edilebileceği düzenlense de TBK m.58/2'de m.56'dan farklı olarak manevi tazminat ödenmesi yerine diğer bir giderim biçiminden bahsedilmektedir. TBK m.58/2manevi tazminatın biçimini belirlemede hâkime takdir yetkisi vermektedir.

17.1. Talep Edilen Şekil ve Hâkimin Takdir Yetkisi

Kural olarak manevi tazminat taleplerinin bir miktar para olması gerektiği ve davacının para dışında bir giderim biçimini doğrudan talep edemeyeceği ileri sürülmektedir.[1371] Bu görüş, takdir yetkisi tamamen hâkimde olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.[1372] Davacının manevi zararın giderilmesi için para talep etmesi gerektiği kabul edilse de hâkimin takdir yetkisi kapsamında, talepten bağımsız olarak paraya alternatif diğer giderim biçimlerine hükmedebilecektir. Böylece manevi tazminat talebi para ile sınırlı olsa da giderim biçiminin hâkimin takdirinde olduğu ileri sürülebilir.[1373] Ancak zarar gören para talebinde bulunduysa hâkim başka bir giderim biçimine hükmedememelidir. Yargıtay da bu görüşte olup manevi tazminat talebi karşısında kınama ile yetinilmesini uygun görmemektedir.[1374] Aksi bir durum için kişilik hakkı ihlali sebebiyle kınama kararı talep eden davacı lehine, kınama kararı yerine manevi tazminata hükmedilmesi Yargıtay tarafından yerinde görülmüştür.[1375]

TBK m.58/2 doğrultusunda davacının para dışında bir giderim biçimi talebinde de bulunabileceği ileri sürülmektedir. Bu durum hem kanunun amacı hem de hâkimin takdir yetkisinde tamamen serbest olmadığı ilkesine uygun niteliktedir. Bu hâlde manevi

---

[1371] Gürsoy, 1973, s. 38.Dural, Öğüz, 2015, s. 159. Atlan, 2015, s. 85.

[1372] Antalya, 2017a, s. 507.

[1373] Çakırca, 2013, ss. 794–795. Oğuzman, Öz, 2020, s. 269. Atlan, 2015, s. 85. Antalya, 2017b, s. 283.

[1374] YHGK 2017/1392E, 2020/542K, 08.07.2020 (Yargıtay Karar Arama).

[1375] YHGK 2017/4-1398E, 2019/132K, 12.2.2019 (Yargıtay Karar Arama):

"*Zira yukarıda belirtildiği üzere, davacının sözlerinin davalının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği konusunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Hâkim tarafından* ***takdir hakkı kullanılmak suretiyle, tecavüzü kınayan bir karar yerine bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine*** *hükmedilmiştir. Özel Dairece hâkimin takdir hakkının bu yönde kullanılmasının nedeninin sorgulanması yerine olsa olsa manevi tazminat miktarının öğreti ve uygulamada geliştirilen ilkelere göre az ya da çok olması konusunun denetlenebileceği kabul edilmelidir*."

tazminatın parayla giderilmesine öncelik tanınmalı ve para dışında giderim biçimi talep edildiyse bu talep de göz önünde bulundurulmalı, para talebini kabul etmişse de diğer giderim biçimlerini ekleyebilmelidir.[1376] Diğer taraftan her ne kadar kanunda diğer biçimlere işaret edilse de manevi tazminatın konusunun sadece para olabileceği ileri sürülmektedir.[1377] Diğer bir görüşe göre, manevi tazminat esas olarak para ile belirlenmeli ve diğer giderim biçimlerine paraya ek olarak hükmedilebilir.[1378] Ayrıca öğretide; diğer giderim biçimlerinin manevi tazminat değil, haksız saldırının tespiti veya önlenmesi, durdurulması olduğu ve bu sebeple zarar ve kusur şartı aranmadığı savunulmaktadır.[1379]

Manevi tazminat biçimi esas olarak para olduğundan tazminatın şartları sağlandıysa talep hâlinde sadece paraya hükmedilmelidir. Davacı sadece para talep etse dahi hâkim paraya ek diğer giderim biçimlerine da hükmedebilir fakat uygulamada, talep edilmeyen bir giderim biçimine hükmedilmeyeceği kanaatindeyiz.

Diğer taraftan kanunda diğer giderim biçimleri öngörüldüğünden ve hâkimin takdir yetkisinin talepten tamamen bağımsız olmadığı gözetildiğinde, talebin para olmadığı durumların da değerlendirilmesi gerekir. Örneğin hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisi gözetildiğinde hasta, kendisi için basit olabilecek bedensel zararı için hekimden sadece özür bekleyebilir. Nitekim uygulamada da hastaların bedensel zararları için değil de güven ilişkisinin sarsılmasından dolayı dava ve şikayet yoluna gittikleri görülebilmektedir.

17.2. Manevi Zararı Giderim Biçimi

Manevi zararın giderim biçiminin belirlenmesinde, TBK m.58/2'de düzenlenen diğer giderim biçimlerinin ölüm ve bedensel bütünlüğün zedelenmesinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Ancak TBK m.56, TBK m.58'in özel bir uygulaması olduğundan, diğer giderim biçimleri ölüm ve bedensel zararlarda da uygulanabilir niteliktedir.[1380]

[1376] Atlan, 2015, s. 86.
[1377] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 178.
[1378] Eren, 2015, ss. 797–798.
[1379] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 180. Tekinay vd., 1993, ss. 682–683.
[1380] Keskin, 2016, s. 289. Antalya, 2017b, s. 284.

17.2.1. Para ile Giderim

TBK m.56 ve 58'de manevi tazminat şekli kural olarak, bir miktar para şeklinde tanımlanmaktadır. Bu sebeple öğretide[1381] olduğu gibi uygulamada[1382] da manevi zararın genel olarak para ile giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Zararın manevi olmasına karşın para, maddi değeri olan bir eşya olduğundan en iyi önlem değil son çaredir (*pis-aller*)[1383] ve manevi zararı gidermede yetersiz olsa da mevcut düzendeki en elverişli araçtır[1384]. Manevi zararları karşılamak için paranın kullanılması, hiçbir zaman manevi kaybı yerine koyduğu veya manevi varlığın bir kısmının onunla mübadele edildiği anlamına gelmez.[1385]

Manevi tazminatın belirlenmesinde idari yargıya yol gösterebilecek özel bir düzenleme bulunmamakla beraber idari yargıya özgü tek kural, nakden tazmin ilkesinin geçerli olmasıdır.[1386] İdari yargı hâkiminin idareyi "*aynen tazmin*"e mahkum etmesi hâlinde idareye bir "*yapma borcu*" yüklemesi, dolayısıyla idareye emir vermesi anlamına geleceğinden ve hâkimin idareye emir vermesi yasak olduğundan, sadece "*nakden tazmin*"e hükmedebilir.[1387] Bu anlamda idarenin manevi zarardan sorumluluğu, mali ve

[1381] T. Kanık, 1950, s. 1176. Taşatan, C. (2016). Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerinde. İçinde: B. Baysal (Ed.), Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016 (ss. 471–485). On İki Levha. s. 474. Sulu, 2016, s. 2750. R. Demir, 2020, s. 31.

[1382] YHGK 2017/1398E, 2019/132K, 12.02.2019 (Yargıtay Karar Arama);

"Hâl böyle olunca, davacının manevi zararının bir miktar paranın ödenmesi ile giderilebileceği, para dışında bir tazmin şeklinin benimsenmesi ile yeterli tatminin sağlanmayacağı, davalının ancak parasal tazminat niteliğinde bir ödeme ile eylemin kötülüğünü idrak edebileceğini kabul eden direnme kararı yerindedir."

[1383] Serozan, 1990a, s. 90. Antalya, 2017a, s. 174. Antalya, 2017b, s. 286.

[1384] Arıdemir, 2008, s. 13. Atlan, 2015, s. 62. Keskin, 2016, s. 133. Hatemi ve Gökyayla, 2017, s. 185.

AYM 1968/33E, 1969/12K, 11.02.1969, RG:02.07.1969/13238;

"***Para bugün için hâlâ mübadele aracı ve hesaplaşma birimi olarak fiyatların adlandırılmasında, borçların yerine getirilmesinde, eşya ve hizmet karşılıklarının ödenmesinde, değerlerin, servetlerin ölçülmesinde kullanılan en elverişli tek buluş olduğuna göre, manevî zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir.*** *Paranın manevî zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhî tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevî varlıkların hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevî kayıpları için herhangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk genel olarak uğradığı haksız saldırıların hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğe, ferahlığa kavuşur.*"

[1385] Narter, 2014, s. 1018.

[1386] Çağlayan, 2016, s. 262.

[1387] Safiye Yılmaz, 2011, ss. 97–98. Y. Özdemir, 2019, s. 134.

mal varlığı sorumluluğuyla sınırlıdır.[1388] AYM de yargının idareyi belli bir işleme zorlayamayacağını ve idarenin mal varlığıyla sorumlu olduğunu belirterek nakden tazmine işaret etmektedir.[1389]

Bir miktar para sermaye şeklinde toptan ödenebileceği gibi TBK m.51/2 doğrultusunda irat biçiminde de ödenebilir. Sermaye şeklindeki ödemede tazminat miktarının arttırılması, eksiltilmesi ya da kesilmesi mümkün değildir.[1390] Ancak Türk yargı uygulamasında irat şeklinde manevi tazminat ödenmesine rastlanmasa da[1391] ölüm hâlinde, zarar sonlanmış olacağından, toptan sermaye ödenmesi daha uygun görünmektedir. Nitekim, zarar görenin, zamanın geçmesiyle ortadan kalkacak olan bir zarar için, çok zaman sonra dahi, belirli dönemlerde tazminat talep etmesinin uygun olmadığı belirtilmektedir.[1392]

İrat biçimindeki ödeme özellikle süreklilik gösteren zararların giderilmesinde daha etkilidir. Zararın türüne göre kademeli, geçici veya sürekli olabilen irat biçimi, manevi zararın gidişatını ve süresinin daha iyi hesaplanabilmesi açısından daha avantajlıdır. İrat biçimi için takdir yetkisi hâkimde olsa da hâkimin, zarar görenin iradesine aykırı olarak irat biçimine karar vermemelidir.[1393] Ayrıca irat biçiminde ödeme, mevcut emekli maaşı gibi güncel olarak belirlenmelidir. [1394] Bu sebeple, önerimiz doğrultusunda irat biçimindeki ödeme de BAÜ ile belirlenebilir. İdari yargıda açısından da zararın ağırlaşması söz konusuysa irat şeklinde ödenmesine karar verilebilir.[1395]

Bir diğer husus da TBK m.76 ile düzenlenen geçici ödemeler, tazminatın kısmi olarak ödenmesi, ön ödeme niteliği taşımaktadır. Geçici ödeme, maddi ve manevi

---

[1388] Y. Özdemir, 2019, s. 135.

[1389] AYM 1963/162E, 1964/19K, 13.03.1964, RG: 11.06.1964/11725;

"*İdare Hukukunun ilkelerine göre idari eylem ve işlemler dolayısıyle kişinin uğrayacağı zararların* ***ancak para ile tazmin edilmesi gerekli olup****, uğranılan zararın aynen giderilmesi ve eski halin geri getirilmesi söz konusu değildir. İptal kararları kendiliğinden eski hali geri getirecek bir hukuki sonuç doğurmaz.* ***Yargı mercii idareyi belli bir hal şekli uygulamaya zorluyamaz****. idare kamu hizmetinin gereklerini göz önüne alarak iptal kararının ışığı altında hakkaniyet esaslarına göre yeni bir karar vermek zorundadır. Bu bakımdan yürütmenin durdurulmasının yasaklanmasını, aynen tazminin istenemiyeceği düşüncesiyle, hak arama hürriyetine aykırı saymak mümkün değildir. Kaldı ki Anayasanın 114 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve* ***idareye ancak malî bir sorumluluk yüklenebileceği ilkesi*** *açıklanmış bulunmaktadır. Nitekim Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporunda bu madde açıklanırken idarenin (Malî sorumluluğu) esasının konulmuş olduğunun belirtilmesi de bunu göstermektedir*."

[1390] Keskin, 2016, s. 286.

[1391] Franko, 1973, s. 160. Erlüle, 2021, s. 533.

[1392] Franko, 1973, s. 161.

[1393] Keskin, 2016, s. 287.

[1394] Landolt, 2009, s. 132.

[1395] Atay, Odabaşı, 2010, s. 198.

tazminat arasında ayrım yapmayıp, kanunda açıkça yasaklanmamakla beraber manevi tazminat talepleri bakımından geçici ödeme, manevi tazminatın niteliği ile bağdaşmadığı için mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir.[1396]

17.2.2. Diğer Giderimler

Manevi tazminat her zaman için bir miktar paradan ibaret değildir.[1397] Zararın para dışındaki diğer giderim biçimlerine örnek olarak; kınama kararı, kararın yayınlanması, tazminat parasının üçüncü kişiye ödenmesi, sembolik bir miktarın ödenmesi, özür dileme, isnadın geri alınması, zarar göreni memnun edilecek bir şey verilmesi sayılabilir.[1398] Para dışındaki tazmin türleri manevi tazminat olarak değil, saldırının önlenmesi, durdurulması olarak düşünülmeli ve böylece zarar ve kusur şartları aranmamalıdır.[1399]

Hâkimin para dışındaki diğer giderim biçimlerine hükmedebilmesi; davacının sorumlunun edaya mahkum edilmesini talep etmeden sadece ortada bir saldırının varlığının tespit olunmasını (tespit davası şeklinde) talep edip edemeyeceği; davacının, nakdi tazminat dışında talepte bulunmamasına rağmen, hâkimin buna ek olarak diğer tür bir tazmin şekline karar verip veremeyeceği ve davacı tarafından sadece nakdi veya ayni bir tazmin şekli istenmiş olmasına rağmen, istenilenin yerine diğer bir tazmin şekline karar verilip verilemeyeceği gibi tereddütler söz konusu olduğu savunulsa da hâkim, taleple bağlılık ilkesi gereği talep çerçevesinde, bu gibi şekillerde karar verme serbestliğine sahiptir.[1400] Bu şekilde hâkim, alternatif veya kümülatif bir takdir yetkisi çerçevesinde tazminat ödenmesine hükmedebileceği gibi diğer bir giderim yöntemini de ikame veya ilave edebilir. [1401]

Diğer taraftan zarar görenin faili açık veya örtülü şekilde affetmesi hâlinde manevi tazminata hükmedilmeyebileceği savunulmaktadır.[1402] Uygulamada, özür beyanı veya isnadın geri alınması giderim şekli olarak kabul edilirken[1403], zarar görenle zarar verenin,

---

[1396] Akipek Öcal, 2020, s. 73.

[1397] Ertaş, 1990, s. 67.

[1398] Karahasan, 2001, s. 63. Keskin, 2016, s. 289. Antalya, 2017b, s. 281. Arıdemir, 2008, ss. 68–69.

[1399] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 180. Tekinay vd., 1993, ss. 682–683. Eren, 2015, s. 798.

[1400] Gürsoy, 1973, ss. 33–38. Franko, 1973, s. 198. M. Kılıçoğlu, 2014, s. 1129.

[1401] A. Kılıçoğlu, 1990, s. 105. Narter, 2014, s. 1153.

[1402] Tandoğan, 2010, s. 342. Cabıoğlu, 2012, s. 36.

[1403] Y.4.HD. 2018/952E, 2020/1756K, 09.06.2020; 2015/10411E, 2017/2819K, 11.05.2017; *"Kişide oluşan manevi zararın giderilmesi bakımından hâkimin olayın özelliklerine, fail ve mağdurun durumlarına, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmenin niteliğine göre manevi tazminat*

bedensel zarardan sonra evlenmeleri hâlinde derdest manevi tazminat davasının reddedildiği bildirilmektedir[1404]. Ancak diğer bir görüş ise özür dileme veya affetme gibi giderim biçimlerinin sorumluluğun şartı olarak değil tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır ve zarar gören failden hiçbir şey talep etmeyeceğini belirtmedikçe tazminat ortadan kalkmaz. [1405] Tazminat talebinden sonra davadan vazgeçme ve davadan feragat kurumları bulunmaktayken bunları kullanmayan zarar görenin, faili özellikle örtü olarak affettiğinden bahisle tazminata hükmetmemek objektif teori çerçevesinde hukuka uygun değildir. Ancak yargılama sırasında zarar görenin açık affı, HMK m.307 doğrultusunda davdan feragat olarak değerlendirilebilir ve bu durumda tazminata hükmedilmez.

Ayrıca günümüz tazminat anlayışına uygun olmasa da, tıbbi hataların metalaştırılması tehlikesi karşısında hastanın hekimi bağışlamasının tazminatın yerine geçebilecek en uygun sonuç olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bağışlanmadan verilen yargı kararı sadece bir illüzyondan ibaret olup amaç zarar gördüğü inancında olan hastanın tatmin edilmesidir.[1406]

TBK m.58/2, para ile tazminat ödenmesi yerine diğer bir giderim biçimi belirlenebileceğini düzenledikten sonra bu diğer giderim biçiminin paraya da eklenebileceğini belirtmektedir. Bu nedenle asıl amaç manevi zararı tamamen giderilmesi olduğundan paranın yeterli olmadığı durumlarda diğer giderim biçimlerine de karar verilebilecektir.[1407] Para tazminatı ile diğer giderim biçimlerinin birleştirilmesi hâlinde, diğer tazminat türünün zararın üzerindeki objektif etkisi dikkate alınarak tazminat miktarının belirlenmelidir.[1408]

Tartışılması gereken diğer bir durum da tazminatın üçüncü bir kişiye ödenmesi talebidir. Ancak zarar gören, manevi tazminatın üçüncü bir kişiye, örneğin bir derneğe verilmesine hükmedilmesini talep edemez. Mahkeme kararları ancak taraflar arasında hüküm meydana getirdiğinden bu talep kabul edilemez. Eğer zarar gören davacı,

---

olarak bir miktar paranın ödenmesine veya TBK'nın 58/2 (Borçlar Kanunu 49/3.) maddesi gereğince tazminat yerine diğer bir tazmin yoluna başvurması mümkündür. Bahsedilen madde gereği diğer tazmin yöntemleri konusunda örnekseme yapılarak haksız saldırının kınanması ve kınama kararıyla birlikte bu kararın basın yoluyla ilan edilmesi yöntemlerine değinilmişse de bu yöntemler sınırlı olmayıp hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda, ***özür beyanı, isnadın geri alınması vb. bir tazmin şeklinin benimsenmesi de düşünülebilir***."

[1404] BGE 63 II 220, Aktaran: R. Demir, 2020, s. 31.

[1405] Franko, 1973, s. 151. Antalya, 2017a, s. 172.

[1406] Oğuz, 2008, s. 30.

[1407] Tandoğan, 2010, s. 343. Atlan, 2015, s. 315. Keskin, 2016, s. 304.

[1408] Keskin, 2016, s. 304.

mahkeme huzurunda aldığı tazminatı bağışlayacağını beyan ederse de bu beyan davacıyı sadece ahlaken bağlar.[1409] Bu doğrultudaki diğer bir görüşe göre; usûl kuralları üçüncü bir kişiye ödemeye imkan verse bile TMK m.25/4 hükmü gereği, manevi tazminat karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemeyeceğinden, manevi tazminatın bu şekilde giderilmesi mümkün değildir.[1410] Ancak bu görüşün aksi olarak, manevi tazminatın; gerek davacı açısından, paranın davacı tarafından ödenmesi nedeniyle tatmin, gerekse davalı açısından manevi zararın giderilmesi açısından telafi işlevini yerine getirilmiş olması nedeniyle bu şekildeki bir tazmin, para dışındaki diğer giderim biçimi olarak kabul edilebilir. TBK m.58/2 ile örnekleyici olarak düzenlenen diğer giderim biçimleri açısından, üçüncü kişiye ödenmesi talebi usûle de aykırı düşmeyecektir.[1411]

Danıştay'ın yerleşik uygulamasına göre manevi zarar para ile tazmin edilmektedir. Danıştay'ın manevi zararın sadece para ile giderilmesi gerektiğine ya da aksi yönde başka türlü giderilemeyeceğine dair bir karar bulunmadığı savunulurken[1412] yeni tarihli bir kararında, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu olduğunu belirtmektedir.[1413] Diğer taraftan idare yargılamada da bu konuda özel hüküm bulunmasa da para dışındaki diğer giderim biçimlerinin tanınması gerekir.[1414] Aksi yönde bir görüş, medeni hukuk kıyasını kabul etse de manevi tazminatın amacı gözetildiğinde sermaye şeklinde ödenmesi gerektiğidir.[1415] Kanımızca manevi tazminat konusunun TBK m.55 doğrultusunda idare hukukunda da uygulandığı gözetildiğinde TBK ile düzenlenen ve özel hukuk öğretisinde kabul edilen tazminat biçimlerinin idare hukukunda uygulanabilmesi gerekir.

Tıbbi uygulamalara konu olabilecek diğer bir hüküm; 6502 s. TKHK m.73/7 ile genel olarak tüketici davaları ile ilgili kararlarda, verilen kararların yayımlanmasını talep hakkı davacıya verilmektedir. Bu talep hâkim tarafından kabul edilirse masrafı davalıdan alınmak üzere ulusal düzeyde yayımlanan gazetelerin en az üçünde bu karar derhal ilan

---

[1409] Gürsoy, 1973, s. 40. Tandoğan, 2010, s. 344.

[1410] Antalya, 2017a, s. 181.

[1411] Kocayusufpaşaoğlu, 1980, s. 165.

[1412] Güran, S. (1992). Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat. İstanbul Üniversitesi SBF Dergisi, 0(1), 157–162. s. 161.

[1413] D.2.D. 2020/1868E, 2020/3341K, 11.11.2020;

"…manevi tazminatın, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazmin aracı olduğu; manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışının ***manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kıldığı****…"*

[1414] Atay, Odabaşı, 2010, s. 197.

[1415] Asker, S. (2020). Güncel Yargı Kararları Işığında tam Yargı Davalarında Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi. YBHD, 5(1), 235–272. s. 261.

edilir. Bu hüküm, manevi tazminat kararı hükmünün yayımından farklı olup bu hükmün uygulanması için manevi tazminat talebinin ve şartlarının bulunması aranmamaktadır.[1416]

18. MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENME ANI VE FAİZ

Faizin başlangıcı konusunda zarar tarihi, talep tarihi, hüküm tarihi gibi tazminatın belirlenme tarihini belirleyen tarihlere göre değişiklik arz etmektedir. Tazminatın belirlenmesindeki bu farklılıklar doğrultusunda faizin başlangıç tarihi de değişmektedir.

18.1. Manevi Tazminatın Belirlenme Anı

Kural olarak manevi tazminatın belirlenme anı psikolojik ve ruhsal acının çekilmeye başlandığı, yani genellikle olayın meydana geldiği tarihtir.[1417]

Ancak bu yaklaşım eleştirilmekte ve olay tarihi ile hüküm tarihi arasında geçen sürede paranın alım gücü kaybının zarar göreni maddi açıdan haksızlığa uğrattığı, paranın alım gücünün düşmesi ve yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle tazminatı belirleme anının olay tarihi değil karar tarihinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır.[1418] Mahkeme kararlarında her ne kadar olay veya talep tarihinden itibaren faiz işletilmeye hükmedildiği görülse de manevi tazminatın zarar tarihine göre belirlendiğine dair bir değerlendirme veya ifade bulunmamaktadır. Bu sebeple hâkimin manevi tazminatı, genellikle uzun süren yargılama sonundaki hüküm tarihine göre belirlediği düşünülebilir. Nitekim incelediğimiz kararlarda hükmedilen tazminat miktarı bu düşüncemizi desteklemektedir.

Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m.117/2 gereğince, manevi tazminatın belirlenme anı kural olarak ihlalin sona erdiği an olarak kabul edilmeli ve bu tarihten itibaren faiz işletilmelidir. Ancak hüküm tarihi sırasında fiil devam ediyorsa, faiz hüküm anından itibaren başlatılmalıdır.[1419]

TBK m.117/2 doğrultusundaki bu uygulama, zarar görenin talep edeceği tazminat miktarını belirlemesi açısından daha uygun olacaktır. Tıbbi uygulama hataları davalarının kesinleşmesinin uzun yıllar sürmesi yanında mevcut enflasyon da gözetildiğinde, dava

[1416] Tutumlu, 2015, s. 252.
[1417] Atlan, 2015, s. 242. Antalya, 2017b, s. 299.
[1418] Keskin, 2016, s. 337.
[1419] Antalya, 2017b, ss. 299, 301.

açma sırasında, hüküm tarihine göre talep edilecek miktarı belirlemek oldukça zor ve hatta imkansızdır. Manevi tazminatın hüküm tarihine göre belirlenmesi hâlinde; enflasyon ile yıllar sürebilecek hüküm tarihi birlikte değerlendirildiğinde, oldukça yüksek miktarlarda tazminat talep edilmesi ve buna bağlı yüksek miktarda harç ödenmesi söz konusu olacaktır. Aksi takdirde, davacı talep miktarını ancak zarar tarihi veya talep tarihine göre belirleyebileceğinden uzun yıllar süren yargılama sonunda talep edilen bu miktar enflasyon karşısında eriyecektir. Hâkimin, taleple bağlılığı karşısında bu eriyen miktardan daha fazlasına hükmedebilmesi de mümkün olmayacaktır.

Yargıtay uygulamasında manevi tazminatın belirleme anı olarak fiil esas alınmakta ve bu andan itibaren faiz başlatılmaktadır.[1420] İdari yargıda ise maddi zarar için olay tarihi esas alınmakla beraber bu itibaren faiz işletilmekte ancak manevi tazminat için böyle bir uygulama yapılmayıp faizi de kapsayacak şekilde maktu bir miktara hükmedilmektedir.[1421] Ancak uygulamada talep tarih ve miktarı üzerinden bir belirleme yapıldığı da görülmektedir.

Bu kabule rağmen manevi zarar, maddi zararın aksine zararın meydana geldiği anda somut ve objektif bir biçimde hesaplanabilir olmayıp nihayetinde hâkim takdirine bağlı olduğundan, gerek zarar gören gerekse fail açısından zarar tarihinde somut olarak belirlenebilir değildir. Genel olarak zarar görenin, talep ettiği miktarı talep ettiği tarihe göre belirlemesi mümkün olup yargılamada açısından da manevi tazminatın belirlemesinde bu tarihin esas alınması uygulama standardı sağlayacaktır. Ayrıca tazminat talebinde bulunurken mevcut BAÜ üzerinden istenebileceğinden, paranın satın alam gücünden kaynaklanan bir kayıp da yaşanmayacak ve hâkim hüküm tarihine göre belirlediği miktarı geçmişe göre uyarlama zorluğuyla karşılaşmayacaktır. Bu sebeple kanımızca yargıda belli bir standardın oluşması için manevi tazminatı belirleme tarihi olarak en uygunu, manevi tazminatın yargı veya idari başvuru yoluyla talep edildiği tarihteki BAÜ üzerinden belirlenmesi olacaktır.

18.2. Manevi Tazminatta Faiz Uygulamaları

Manevi tazminatın maddi tazminattan farklı olmadığından, maddi tazminatta olduğu gibi faiz yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir.[1422] Zararın kapsamına faiz de

[1420] Antalya, 2017b, s. 300. Keskin, 2016, s. 337.
[1421] Eroğlu Durkal, 2017, s. 197.
[1422] Gürsoy, 1973, s. 30. Orhunöz, 1999, s. 59. Tutumlu, 2015, s. 253.

dahil olduğundan zararın meydana geldiği andan itibaren faiz yürütülmelidir. Bu hâliyle zarar miktarı, faiz yürütüldükten sonra meydana gelen ana paradır.

18.2.1 Faiz Başlangıcı

18.2.1.1. Genel Olarak

Öğretide bir görüş, faizin başlangıcı için olay tarihinin esas alınmasını savunmaktadır.[1423] Bu görüşe göre zararın tespiti, zararın tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi olup zararın başlangıç anı değildir. Gelişen zararlar ise olay tarihinde verilen zararın bir uzantısı niteliğindedir ve zarar veren daima temerrüt hâlinde olduğundan "*fur semper in moro*" ilkesi gereği faiz olay tarihi ile başlamalıdır.[1424]

Diğer taraftan bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, faiz zararın bir unsuru olduğundan, faizin başlangıç anı olay tarihi değil zararın gerçekleştiği ve tazminatın belirlendiği tarih olarak kabul edilmelidir ve bu sebeple zararın gerçekleştiği andan kararın verildiği ana kadar geçen süre için faize hükmedilmelidir.[1425] Bu görüşe göre faizin başlatıldığı an ile zararın belirlendiği an uyum içerisinde olmalıdır. Manevi zarar için olay tarihi esas alınırsa faiz de buna göre belirlenmeli ve ihlal sona erdiğinde manevi zarar belirlenerek faiz işlemeye başlamalıdır.[1426]

Ancak mahkemenin taleple bağlılık kuralı gereği faize karar verebilmesi için davacının faiz talep etmesi gerekir. Eğer faiz başlangıç tarihi belirtilmediyse faiz başlangıcı için dava tarihi esas alınmalıdır.

18.2.1.2. Yargı Kollarında Faiz Uygulamaları

Öğretideki tartışmalar bir tarafa gerek adli yargı gerekse idari yargı uygulamasında faiz başlangıç tarihi konusunda farklılıklar söz konusudur.[1427] AYM manevi tazminata hangi tarihten itibaren faiz işletilmesi gerektiği konusunu, hukuk kurallarının

[1423] Karahasan, 2001, s. 820. Gökcan, 2016, s. 855. Antalya, 2016b, s. 299. Çelik, 2019b, s. 570.
[1424] Çelik, 2019b, s. 570.
[1425] Oğuzman, Öz, 2020, s. 529. Eren, 2015, s. 728. Antalya, 2017b, s. 299.
[1426] Antalya, 2017b, s. 299.
[1427] Gökcan, 2016, s. 855. Antalya, 2017b, s. 299. Çelik, 2017a, s. 355. Çağlayan, 2018, s. 703.

yorumlanmasına ilişkin bir mesele olarak derece mahkemelerinin takdirine bırakmaktadır.[1428]

Yargıtay'ın genel olarak, faiz başlangıcı için haksız fiil tarihini esas aldığı görülmektedir.[1429]

Danıştay önceki kararlarında manevi tazminata faiz yürütülmesini kabul etmemekte ve bunun nedenini, zararı değerlendirme zamanıyla değil manevi zarar ve manevi tazminatın niteliğiyle ilgili olduğunu belirtmektedir. Bu hâlde idari yargıda kısmi dava açılması, ıslah, asıl davadan sonra faiz için ek dava açılması gibi imkanlar bulunmadığı dönemlerde, zarara uğrayanlar için haksız sonuçlar söz konusu olmaktaydı.[1430]

Danıştay'ın içtihatlarına göre faiz; idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğranılan zararların giderilmesi istemiyle başvurulmasına karşın idarenin, zararı kendiliğinden ödemeyip yargı kararıyla tazminata mahkum edilmesiyle, temerrüde düştüğü tarihten tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için söz konusudur. Faizin başlangıcı genel olarak, zarar konu olay veya zarar tarihi değil idarenin temerrüde

[1428] Eliçe Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/5228, 20/3/2019;

"§63. ***Manevi tazminata hangi tarihten itibaren faiz işletileceği hususu hukuk kurallarının yorumlanmasına ilişkin bir mesele olarak derece mahkemelerinin takdirindedir.*** *Bariz takdir hatası veya keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesinin derece mahkemesinin bu takdirine müdahale etmesi mümkün değildir. Somut olayda derece mahkemesinin faizin başlangıç tarihine ilişkin yorumunun keyfî veya bariz takdir hatası içerdiği hususunda herhangi bir kanaate ulaşılamamıştır."*

[1429] Y.3.HD. 2020/3216E, 2020/4491K., 21.09.2020;

"... manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile, Küçük ... için 160.000,00.-TL. manevi tazminat, anne ... için 40.000,00.-TL. manevi tazminat , baba ... için 40.000,00.-TL. manevi tazminat miktarların ***dava tarihi olan 17/09/2014 tarihinden itibaren yasal faizi ile*** *müşterek ve müteselsilen davalılardan alınarak davacılara verilmesine fazlaya ilişkin talebinin reddine karar verilmiş, davacılar ve davalılar tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.*

...davacıların davalılara karşı açmış olduğu manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile Küçük ... için 100.000.-TL., anne ... için 25.000.-TL., baba ... için de 25.000.-TL. ***manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 19/12/2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile*** *müşterek ve müteselsilen davalılardan alınarak davacılara verilmesine..."*

[1430] Kaplan, 2006, ss. 130–131. Çağlayan, 2016, ss. 258–259.

düştüğü yani idareye başvuru tarihi[1431] olarak kabul edilmektedir.[1432] Eğer idareye başvurulmadan önce adli yargıda dava açıldıysa, dava dilekçesinin idareye tebliğ tarihi idarenin temerrüde düştüğü tarih olarak kabul edilerek faiz başlatılmalıdır.[1433] Ancak öğretide bu uygulama eleştirilerek, olay tarihi esas alınması gerektiği savunulduğu gibi[1434] bizim de katıldığımız görüşe göre, faizin zarara bağlı olduğu ve paranın değer kaybı gözetildiğinde faizin, zararın gerçekleştiği andan itibaren hesaplanması gerekir.[1435]

Diğer taraftan faiz başlangıcı için olayın özelliğine göre istisnai durumlar da bulunabilir. Örneğin sigorta şirketinden tazminat istenmesi durumunda faiz başlangıcı, sigorta şirketine başvuru ve başvurunun yasal sürede reddi ile temerrüde düşmesi ile başlamalıdır.[1436] Diğer bir örnek olarak, haksız fiil nedeniyle ölümden sonra doğan çocuk adına açılan manevi tazminat davasında faiz başlangıcı çocuğun doğum tarihi olarak

---

[1431] D.15.D. 2015/7239E, 2016/221K, 25.01.2016;

"*2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabileceği kuralı yer alıp, anılan maddede, idari eylemler nedeniyle* ***uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi****, adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibariyle yasal faiz uygulanması, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.*

2577 Sayılı Kanunda, tam yargı davalarında tazminat miktarı yönünden faize, dava dilekçesindeki miktar yönünden davanın kabul edilmesi halinde, , idarenin temerrüde düştüğü tarih olan başvuru dilekçesi ile idareye başvurulduğu tarihten itibaren hükmedilmelidir.

Bakılan davada, davacılar tarafından, 06/06/2011 tarihli dilekçeyle idareye başvuru yapıldığı, davacı tarafından ***idarenin temerrüde düşürüldüğü tarih olan başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken****, tazminat miktarına olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*"

[1432] Çelik, 2017a, s. 356. Çınarlı vd., 2021, s. 316.

DİDDK 2019/2059E, 2020/569K, 02.03.2020 (Kazancı);

"*Öte yandan, davacılardan müteveffanın annesi S. Polat için 75.000-TL, babası Nedim Ercan için 75.000-TL, kardeşi Polat Ercan için 75.000-TL olmak üzere toplam 225.000-TL manevi* ***tazminatın idareye başvuru tarihi olan*** *04.11.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesi gerektiği sonucuna varılarak,*"

[1433] Küfüdür, 2020, s. 715. Çınarlı vd., 2021, s. 317.

İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 09.09.2015, §50;

"*Başvuru konusu olay açısından öncelikli olarak Ankara 3. İdare Mahkemesinin, Danıştay Onbeşinci Dairesi tarafından düzeltilerek onanan kararında, başvurucuya uygulanan teşhis ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı ve olayda ağır hizmet kusuru bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davacıların maddi ve manevi tazminat istemlerinin kabulüne, 340.000,00TL maddi, 45.000,00-TL manevi tazminatın* ***adli yargı yerinde dava açma tarihi olan 12/10/2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle*** *birlikte davacılara ödenmesine karar verildiği görülmektedir.*"

[1434] Çelik, 2017a, s. 356. Küfüdür, 2020, s. 716.

[1435] Çağlayan, 2018, s. 709.

[1436] Çelik, 2019b, s. 570.

belirlenebilir.[1437] Bu doğrultuda gebelik takibinde ceninde meydana gelen zarar için de bebek adına istenecek faiz başlangıcının olay tarihi değil zarar ancak tam ve sağ doğum ile belirleneceğinden doğum tarihinin esas alınması gerekir.

Faiz alacağı, tazminat ile istenmemişse ayrı bir dava ile istenebilir. Ancak TBK m.113 gereği, asıl alacak ödendiğinde, faiz alacağı saklı tutulmadıysa faiz alacağı da sona ermektedir. Bu sebeple asıl tazminat alacağı ödenmediği sürece bu alacağın faizi istenebilir. TBK m.131 hükmü gereğince, faiz alacağı da asıl alacağın zamanaşımına tabi olduğundan, asıl alacak uzamış ceza zamanaşımına tabi olduğunda faizde de bu durum uygulanır.[1438]

18.2.2 Uygulanacak Faiz

Zararın ortaya çıkarak tazminatın belirlenmesiyle hükmün kurulması arasında belirlenecek faiz, temerrüt değil kanuni faizdir. Temerrüt faizi, davanın karara bağlanmasından tazminatın ödenmesine kadar geçen süre için söz konusu olmaktadır.[1439]

Uygulanacak faizin oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun[1440] doğrultusunda belirlenmektedir. Kanun'un m.1 hükmü, "*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hâllerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılır. Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.*" doğrultusunda 01.01.2006 tarihinden bu yana kanuni faiz oranı ve sözleşmeyle tespit edilmemişse temerrüt faiz oranı %9 olarak uygulanmaktadır.

Uygulamada yasal faiz dışında faizlerin talep edildiği ve kararlarda yasal faiz dışındaki faizlere hükmedildiği görülse de bu kararlar yasal faiz olarak düzeltilmektedir.[1441]

[1437] Gökcan, 2016, s. 855.
[1438] Gökcan, 2016, s. 936.
[1439] Eren, 2015, s. 729. Çağlayan, 2018, s. 710.
[1440] RG: 19.12.1984/18610.
[1441] Y.13.HD. 2016/29362E, 2018/10672K, 14.11.2018;
"... mahkeme kararının hüküm bölümünün 1 ve 2. bendindeki "ticari faiziyle" ibaresinin çıkartılarak yerine aynen "yasal faiziyle" ibaresinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA..."

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÖRNEK YARGI KARARLARININ İNCELENMESİ

Çalışmamız kapsamında uygulamadan yola çıkarak, başta uygulama ve öğretiye yol gösterebilecek tıbbi uygulamalardan kaynaklanan manevi tazminat kararlarının inceleme ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Böylelikle tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunda hem yargı uygulamasının yaklaşımı irdelenmiş olacak hem de manevi tazminatın objektifleştirilmesi doğrultusunda manevi zararın objektif ağırlığı önerimizin somut kararlarla karşılaştırma imkanı doğacaktır.

Belirtmek gerekir ki aşağıda değerlendirdiğimiz yargı kararlarına ne yazık ki belirli bir sistematik içerisinde ulaşılmamıştır. Kanımızca çalışmamızdaki en büyük eksiklik budur. Bunun öncelikli nedeni ise yargı kararlarının yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi belirli bir kategori çerçevesinde yayımlanmamasıdır. Ayrıca; olay/zarar tarihi, tazminat talep tarihi, kusur değerlendirmesi ve ağırlığı, zararın nitelik ve niceliği, tazminata hükmedilen tarih, hükmedilen tazminat miktarı gibi manevi tazminatın değerlendirilmesinde büyük öneme sahip olan standart hususların bile temyiz mahkemesi kararlarının çoğunda bir arada bulunmamasıdır. Halbuki yargı kararlarında bu gibi hususların açıkça belirtilmesi, manevi tazminatta hukuk birliğinin sağlanması için zorunludur. Diğer taraftan kanımızca manevi tazminat miktarları konusunda yaptığımız bu çalışmanın benzerinin eksik ve hatta olmayışının en büyük sebebi de yargı kararlarındaki bu kategori ve bilgi eksikliğidir.

Çalışmamızda tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat ile ilgili kararlar dört ana grupta incelenmiştir. İlk grup ölümle sonuçlanan ihlaller, ikinci grup ağır bedensel zararlar, üçüncü grup ölüm veya ağır bedensel zararla sonuçlanmayan bedensel zararlar ve dördüncü grup ise tıbbi uygulama neticesinde bedensel olmayan zararlarla ilgili kararlar değerlendirilmiştir.

Kararlar, karara konu olaylar açıklandıktan sonra davacı tarafın talepleri belirlenmiş ve sonrasında yargı mercilerinin çözümleri sunularak, önerimiz doğrultusunda değerlendirmesi yapılmıştır. Kararların incelenmesi ile oluşturduğumuz tablolar ile daha özet ve somut veriler göz önüne çıkarılmış ve böylece olay ve kararların belirli bir sistematik içerisinde görülmesi amaçlanmıştır.

Tablo 4. Yıllara Göre BAÜ

01.01.2000 - 30.06.2000	109.800.000.-TL
01.07.2000 - 31.12.2000	118.800.000.-TL
01.01.2001 - 30.06.2001	139.950.000.-TL
01.07.2001 - 31.07.2001	146.947.500.-TL
01.08.2001 - 31.12.2001	167.940.000.-TL
01.01.2002 - 30.06.2002	222.000.750.-TL
01.07.2002 - 31.12.2002	250.875.000.-TL
01.01.2003 - 31.12.2003	306.000.000.-TL
01.01.2004 - 30.06.2004	423.000.000.-TL
01.07.2004 - 31.12.2004	444.150.000.-TL
01.01.2005 - 31.12.2005	488,70.-TL
01.01.2006 - 31.12.2006	531,00.-TL
01.01.2007 - 30.06.2007	562,50.-TL
01.07.2007 - 31.12.2007	585,00.-TL
01.01.2008 - 30.06.2008	608,40.-TL
01.07.2008 - 31.12.2008	638,70.-TL
01.01.2009 - 30.06.2009	666,00.-TL
01.07.2009 - 31.12.2009	693,00.-TL
01.01.2010 - 30.06.2010	729,00.-TL
01.07.2010 - 31.12.2010	760,50.-TL
01.01.2011 - 30.06.2011	796,50.-TL
01.07.2011 - 31.12.2011	837,00.-TL
01.01.2012 - 30.06.2012	886,50.-TL
01.07.2012 - 31.12.2012	940,50.-TL
01.01.2013 - 30.06.2013	978,60.-TL
01.07.2013 - 31.12.2013	1.021,50.-TL
01.01.2014 - 30.06.2014	1,071,00.-TL
01.07.2014 - 31.12.2014	1.134,00.-TL
01.01.2015 - 30.06.2015	1.201,50.-TL
01.07.2015 - 31.12.2015	1.273,50.-TL
01.01.2016 - 31.12.2016	1.647,00.-TL
01.01.2017 - 31.12.2017	1.775,50.-TL
01.01.2018 - 31.12.2018	2.029.50.-TL
01.01.2019 - 31.12.2019	2.558,40.-TL
01.01.2020 - 31.12.2020	2.943,00.-TL
01.01.2021 - 31.12.2021	3.577,50.-TL

19. ÖLÜMLE SONUÇLANAN İHLALLER

19.1. Ameliyat ve Takip Sürecine Bağlı Ölümler

Göz ameliyatı sırasında meydana gelen hipoksi

Goncagül Satı ve diğerleri, B. No: 2017/17800, 03.11.2020

Olay: 2003 yılında P.S.'nin gözüne ağaç dalının çarpması neticesinde, göz perdesinde yırtık oluşmuştur. P.S. 04.02.2004 tarihinde F.Ü. EAH'ne tedavi edilmek üzere götürülmüştür. Yapılan muayene ve operasyonlar sonrasında P.S.'nin gözüne silikon takılmıştır. Takılan silikonun çıkarılması için P.S. 13.12.2004 tarihinde yeniden ameliyata alınmışsa da ameliyatın ilk on dakikası içinde oksijen satürasyonu düşmüş, yoğun bakıma kaldırılmış ve bitkisel hayata girmiştir. P.S. aynı hastanede 04.07.2005 tarihinde vefat etmiştir.

2008 yılında kovuşturma başlanmış; 2009 yılında ATK 1. ATİK bilirkişi raporunda, P.S.nin ölümüne neden olan bradikardi ve hipertansiyonun nedeninin belirlenemediği ve uygulanan tedavinin tıbben uygun bulunduğu; 2010 tarihli YSŞ raporunda, intraoperatifin ilk on dakikası içinde oksijen satürasyonunun düştüğünün anlaşıldığı, bunun hastanın oksijensiz kalmasına bağlı bir olaydan kaynaklandığı, anestezi fişinde ve periferik oksijen satürasyonu takibine ait kayıt olmadığı, intraoperatif monitörizasyon esnasındaki yetersizlikten dolayı hipoksinin geç fark edilmesi sonucu toksik beyin hasarı gelişip bunun hastanın ölümüne yol açtığı belirtilmiştir.

2013 yılında ACM, sanıklar K.G. ve H.Ç.nin 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve HAGB kararı vermiştir.

Talep: Davacılar 11.02.2014 tarihinde, idarenin hizmet kusurunun bu yargılama faaliyeti ile somut olarak ortaya çıktığını belirterek, ölenin çocukları L.S., G.S., Y.S. ile eşi Ş.S., manevi zararları için ayrı ayrı 100.000TL olmak üzere toplam 400.000TL manevi tazminat talep etmiş, 20.03.2015 tarihinde tam yargı davası açmışlardır.

Yargılama ve Karar: İdare mahkemesi, davacıların her birine ayrı ayrı olmak üzere 25.000TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Karar, D.15.D. 04.05.2016 tarihli ilamı ile onanmıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2005 2014	Ameliyatta anestezide ihmal Hipoksiye bağlı ölüm	Ölüm Ağır	2016 D.15 25.000x4	23,3x4=93,2 (48)

Değerlendirme: Meydana gelen zarar ölüm olduğundan, dava açma süresinin zararın öğrenildiği tarih olan ölüm tarihi ile başlatılması gerekmektedir. Ayrıca tazminat davası ile de kusur belirlenebileceğinden ayrıca ceza yargısına başvurmaya ve bu yargılamanın beklenilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple dava açma süresinin, ceza yargılaması kararına göre değil zararın meydana geldiği ölüm tarihinden, ölümün hemen gerçekleşmemesi hâlinde ise en geç ölüm tarihinden itibaren belirlenmesi gerekir.

Diğer taraftan davacılar için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 23,3 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu varsayıldığında, hükmedilen miktarın (23,3 BAÜ) önerimiz (48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak yine önerimiz gereği, yakınları için belirlenecek toplam miktar zarar görenin kendisi için takdir edilecek miktarı geçmemeli ve bu sebeple aynı olay için takdir edilecek toplam manevi tazminat miktarı 48 BAÜ ile sınırlandırılmalıdır.

A. Apandisit ameliyatı sonrası takip ve tedavide ihmal

Cavide Sevinç ve diğerleri, B. No: 2014/10703, 05.10.2017

Olay: Davacıların yakını Ö.T., 06.11.2005 tarihinden itibaren bulantı, kusma ve karın ağrısı şikayeti ile iki defa devlet hastanesi acil servisine başvurmuş, üriner enfeksiyon düşünülen hasta, tetkik ve tedavi sonucu rahatlaması üzerine poliklinik kontrolü ile taburcu edilmiştir.

Hasta, 07.11.2005 tarihinde saat 22.45'te üçüncü kez aynı hastanenin acil polikliniğine müracaat etmiş, yapılan bazı tetkiklerden sonra genel cerrahi uzmanından konsültasyon istenmiştir. Genel cerrah, hastayı muayene ederek genel cerrahi servisine yatırmış ve 08.11.2005 tarihinde gece saat 01.30 sıralarında akut apandisit ön tanısı ile ameliyata almıştır. Ameliyat sonrasında hastanın olağan ağrı ve yakınmaları olmuş ancak ameliyattan iki gün sonra 10.11.2005 tarihinde sabaha karşı hastada ani bilinç kaybı görülmüştür. Bunun üzerine hasta önce özel bir hastaneye sevk edilerek yoğun bakım

ünitesine alınmıştır. Genel durumu kötü olan hasta, yapılan müdahalelere rağmen kurtarılamayarak 12.11.2005 tarihinde vefat etmiştir.

Talep: Davacılar, 26.9.2006 tarihinde idari başvuru ile manevi zararlarının tazmin edilmesi talebinde bulunmuşlardır. İdari başvurunun reddedilmesi üzerine 08.12.2006 tarihinde Kocaeli 1. İM.'de, ölenin anne, babası ve üç kardeşi için toplam 290.000TL manevi tazminat talebi ile tam yargı davası açılmıştır.

Yargılama ve Karar: ATK 3. ATİK bilirkişi raporunda; apendektomi yapılmasının doğru olduğu ancak, ameliyat sonrası hastaneye geliş şikayetleri aynen devam etmesine rağmen kan elektrolitlerinin hiç araştırılmamış olduğu ve mevcut patoloji anlaşılmadan hastanın sevk edildiği, başvurduğu hastanede gerekli tetkikler yapılarak uygun tedaviye başlanıldığı ancak geç kalındığı, geri dönüşümsüz evreye girdiği için hastanın muhtemelen dehidratasyon ve elektrolit dengesi bozukluğundan kaybedildiği, bu nedenle ameliyat sonrası yapılan takip ve tedavinin uygun olmadığı belirtilmiştir.

İM 11.07.2008 tarihli kararla, hizmet kusur nedeniyle davacılar lehine toplam 35.000TL manevi tazminata hükmetmiştir. Tarafların temyizi üzerine D.10.D. 01.07.2009 tarihli ilamla, hükmedilen manevi tazminat miktarının idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmaması gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur. Bozma üzerine idare mahkemesi, 04.05.2011 tarihinde davacılar lehine toplam 85.000TL manevi tazminata hükmetmiş ve karar D.15.D. 09.05.2013 tarihli ilamıyla onanmıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2005 2006	Apandisit ameliyatı Ameliyat sonrası takipte ihmal	Ölüm Orta	2011 İM 17.000x5	32x5=160 (24-36)

Değerlendirme: İlk derece mahkemesinin tazminat miktarı (13,2 BAÜ) ihlal ve manevi zararın objektif ağırlığı karşısında ve de önerimizin (24-48BAÜ) altında kalmıştır. Nitekim, Danıştay bu kararı bozarak, manevi tazminatın kusurun ağırlığı doğrultusunda daha yüksek bir tutarda belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bozma kararı sonrası müştereken 85.000TL manevi tazminata hükmedildiğinden, her bir davacı için ortalama 17.000TL takdir edildiğini kabul edebiliriz. Takdir edilen manevi tazminat miktarı, dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 32 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin orta derecede olduğu

varsayıldığında, hükmedilen miktarın önerimiz (24-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak önerimiz gereği yakınları için belirlenecek toplam miktar zarar görenin kendisi için takdir edilecek miktarı geçmemeli ve bu sebeple 48 BAÜ ile sınırlandırılmalıdır.

Kalp krizinin teşhis edilememesi

Y.13.HD. 2019/485E, 2019/9453K, 07.10.2019

Olay: Mirasçı olan davacılar, müteveffanın 26.03.2012 tarihinde rahatsızlanması üzerine şiddetli göğüs ağrısı nedeni ile özel hastaneye götürüldüğünü, kalp grafiği EKG'sinin çekildiğini, EKG'de yer alan segmentlerin durumuna göre müteveffanın kalp krizi geçirdiğinin açık ve net bir şekilde anlaşılır olmasına rağmen müteveffaya davalı doktor tarafından üst solunum yolu enfeksiyonu teşhisinin konulduğunu, akabinde de soğuk algınlığı tedavisinde kullanılan birtakım ilaçların reçete edilerek ve önemli bir durumunun olmadığı söylenerek bir de iğne vurulup hastaneden gönderildiğini, müteveffanın doktorun "önemli bir şeyin yok" demesine güvenerek evine geldiğini ve yattığını, ancak aynı gün sabah saatlerinde yatağında ölü olarak bulunduğunu belirtmektedirler.

Talep: Doktorun ağır kusuru neticesinde müteveffanın o sırada kalp krizi geçirdiğini fark edemediğini beyan ederek maddi ve müteveffanın eşi için 60.000TL ve dört kızı için ayrı ayrı 60.000TL manevi tazminatın ölüm tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesince, maddi ve eşi için 40.000TL, iki kızı için ayrı ayrı 20.000TL, diğer iki kızı için ayrı ayrı 10.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara verilmesine hükmedilmiştir.

BAM, davacılar ve davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2012 -	Kalp krizi teşhis edilememesi	Ölüm Ağır	2019 AHM 40.000 20.000x2	112,8 (48) 45,1 22,5

			10.000x2	11,2

Değerlendirme: Kalp krizinin, klinik ve EKG bulgusu olmasına rağmen teşhis edilememesi neticesinde ölüm meydana geldiği anlaşılmaktadır. Diğer iki kızına daha az manevi tazminata hükmedilmesinin, karardan anlaşılmasa da yakını olan zarar görenin durumu (evli olma, ayrı yaşama gibi) ile ilgili olduğu düşünülmektedir.

Olayla ilgili takdir edilen eş için 40.000TL (45,1 BAÜ) ve iki kızı için ayrı ayrı 20.000TL (22,5 BAÜ)ve diğer iki kızı için 10.000TL (11,2BAÜ) manevi tazminat miktarının olay tarihine göre toplam 112,8 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Ölüme sebep olan ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, eş için hükmedilen miktarın (45,1 BAÜ) önerimiz (48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak yakınlarının sayısının fazla olması, hükmedilen toplam miktar açısından ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır.

Hemoroid ameliyatı, Bilgilendirme için makul süre gerekliliği

Y.13.HD. 2016/7094E, 2019/3740K, 21.03.2019

Olay: 20.01.2012 tarihinde davalı hastaneye hemoroid tedavisi için giden müteveffanın, davalı doktor tarafından muayene edildiği, doktorun ameliyat edeceğini belirterek müteveffaya karşı odaya geçmesini söylediği, kısa bir süre sonra odaya girip çıkanlar olduğu, davacı ...'nın odaya girdiğinde doktorların kalp masajı yaptıklarını gördüğü ve akabinde ...'nın vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Talep: Ameliyat için hazırlık yapılmadığı, anestezi uygulanırken damar yolu açılmadığı, hastanın monitöre bağlanmadığı, kalp masaj aletinin ameliyat yerinde bulunmadığı ve sonradan getirildiği, narkoz ve anestezi uzmanın ameliyat sırasında hazır bulunmadığını, ayrıca bilgilendirme ve rıza alınması yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürerek ve olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacı baba için 50.000TL, davacı anne için 50.000TL, davacı kardeş için 30.000TL manevi tazminatın davalılardan tahsili talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, maddi ve baba için 10.000TL, anne için 10.000TL, kardeş için 6.000TL manevi tazminatın 20.01.2012 tarihinden itibaren yasal faiziyle ödenmesine karar verilmiştir.

Yargıtay; bilgilendirmenin makul bir süre önce yapılmadığı nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının, meydana gelen zararın ağırlığı karşısında,

manevi huzuru gerçekleştirmeye yeterli bulunmadığı dikkate alındığında takdir edilen manevi tazminat miktarının az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2012 -	Hemoroid ameliyatı Bilgilendirmede hata	Ölüm Orta	2019 Y.13 10.000x2 **(AZ)** 6.000 **(AZ)**	11,2x2 6,8 (24-36)

Değerlendirme: Hemoroid sorunu için gidilmesi üzerine yan odada yapılan tıbbi müdahale ile ölümün meydana geldiği olayda bilgilendirmenin makul sürede yapılmadığı kabul edilmektedir. Olayla ilgili anne-baba için ayrı ayrı 10.000TL ve kardeş için 6.000TL takdir edilen manevi tazminat miktarının olay tarihine (2012) göre yaklaşık 11,2 ve 6,8 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Ölüme sebep olan ihlalin hafif derecede olmadığı kabul edildiğinde hükmedilen miktarın (11,2 ve 6,8 BAÜ) önerimizin (24-36 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir. Nitekim Yargıtay da miktarın az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Sistoskopi sırasında hatalı ilaç

D.15.D. 2017/414E, 2019/59K, 09.01.2019

Olay: Müteveffa, 07.04.2010 tarihinde prostat şikayeti ile devlet hastanesine başvurmuş, kendisine sistoskopi önerilmiş, 09.04.2010 tarihinde müdahaleye alınmış, müdahale sırasında serum takılması istenilmiş ve takılmıştır. Serum takıldıktan hemen sonra hastada yolunda gitmeyen tepkilerin görülmeye başlandığı, takılan serumun serviste yatan diğer hastalara verilmek üzere hazırlanmış Marcaine içeren ilaç taşıdığının anlaşıldığı, buna yönelik tedaviye başlandığı, ileri yaşam desteği gereksinimiyle üniversiteye sevk edildiği, burada da yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtarılamadığı ve vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Talep: Davacılar maddi ve müteveffanın eşi için 40.000TL, iki kızı için ayrı ayrı 20.000TL manevi tazminatın ölüm tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istenilmiştir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesinde alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, maddi ve müteveffanın eşi için 40.000TL, diğer iki davacı için ayrı ayrı 20.000TL manevi tazminatın, idareye başvuru tarihi olan 11.05.2015 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idare tarafından ödenmesine karar verilmiştir.

BİM, istinaf başvurusunun reddine, Danıştay kararın onanmasına hükmetmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 2015	Sistoskopi, hatalı ilaç	Ölüm Ağır	2019 D.10 40.000 20.000x2	33,3 16,6x2 (48)

Değerlendirme: Sistoskopi işleminde hatalı ilaç kullanılması sonucu ölüm meydana gelmiştir. Olayla ilgili eş için 40.000TL ve her iki kızı için ayrı ayrı 20.000TL takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine (2015) göre hesaplandığında yaklaşık 33,3 ve 16,6x2 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Ölüme sebep olan ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde eş için hükmedilen miktarın önerimizin (48 BAÜ) altında olduğu ancak hükmedilen toplam miktarın (66,6 BAÜ) ise önerimizin üzerinde olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 5. Ölümle Sonuçlanan İhlaller ve Manevi Tazminat

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2005 2014	Ameliyatta anestezide ihmal Hipoksiye bağlı ölüm	Ölüm Ağır	2016 D.15 25.000x4	23,3(x4) (48)
2005 2006	Apandisit ameliyatı Ameliyat sonrası takipte ihmal	Ölüm Orta	2011 İM 17.000x5	32(x5) (24-36)
2010 2015	Sistoskopi, hatalı ilaç	Ölüm Ağır	2019 D.10 40.000 20.000x2	33,3 16,6x2 (48)
2012 -	Kalp krizinin teşhis edilememesi	Ölüm Ağır	2019 AHM 40.000 20.000x2 10.000x2	45,1 22,5 11,2 (48)
2012	Hemoroid ameliyatı	Ölüm	2019 Y.13	11,2x2

-	Bilgilendirmede hata	Orta	10.000x2 **(AZ)** 6.000 **(AZ)**	6,8 (24-36)

2005 ile 2012 yılları arasında meydana gelen tıbbi uygulamaya bağlı ölüm olayları için 2011 ve 2019 yılları arasında verilen kararlarda, ölenin yakınları başına 17.000TL ile 40.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bu miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 11,2 ile 45,1 BAÜ arasında olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Yargıtay, ölenin yakını için hükmedilen 10.000TL (11,2 BAÜ) manevi tazminatı az bulmuştur. Bu sebeple ölüm olaylarında taban önerimiz 12 BAÜ olduğundan, kararların taban önerimiz ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Ancak kararlarda dikkati çeken, ölenin yakınlarının sayısı arttıkça hükmedilen manevi tazminat miktarının da buna bağlı olarak arttığıdır. Bu durumda yakınları için hükmedilen toplam manevi tazminatın 29,2 ile 160 BAÜ arasında değişmektedir. İnsanın eşitliği ve öngörülebilirlik ilkeleri karşısında, yakınları sayısının, hükmedilen manevi tazminatlar arasında bu kadar derin farklar yaratmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, yukarıda açıkladığımız üzere, manevi tazminat için bir tavan miktarın belirlenmesi zaruriyeti daha net görülmektedir.

19.2. Küçük Ölümleri

Gebenin takibinde ihmal ve yenidoğanın ölümü

Kamile Can ve Kenan Can, B. No: 2014/14328, 26.10.2017

Olay: Başvuruculardan Kamile Can, gebeliğinin 37. haftasında sancılarının başlaması üzerine 04.10.2001 tarihinde devlet hastanesine başvurmuştur. Gebelik süresince takiplerini yapan doktor, kendilerine önemli bir şey olmadığını, doğuma daha bir ay olduğunu ancak istiyorlarsa hastaneye yatış yapılabileceğini söylemiştir. Davacılar, takip altında olmanın daha iyi olacağını değerlendirerek hastaneye yatış işlemini gerçekleştirmişlerdir. Hastane kayıtlarına göre, çekilen ultrasonografide bebeğin somatik kranial cilt altında ödem görülmüştür. Saat 18.00 sıralarında doğum sancıları başlaması üzerine hastanede kadın doğum uzmanı bulunmadığından başka bir hastaneye sevk edilmiş, sevk üzerine gidilen hastanede doğum gerçekleşmiş ve bebek dünyaya gelmiştir.

Bebek solunum cihazına bağlanarak kuvöz bakımına alınmış ancak saat 23.15 sıralarında hayatını kaybetmiştir.

Talep: Davacılar, uğradıkları manevi zararların tazmini için toplam 25.000TL ödenmesi istemiyle doktor ile Sağlık Bakanlığı aleyhine 03.10.2002 tarihinde AHM'de tazminat davası açmışlar ancak mahkeme, açılan kamu davası sonucunu bekleyerek 2012 yılında doktor hakkında husumet yönünden, idare hakkında ise görev yönünden ret kararı vermiştir.

Davacılar, 28.02.2013 tarihinde Sağlık Bakanlığı aleyhine, 25.000TL manevi tazminat talebi ile tam yargı davası açmıştır.

Yargılama ve Karar: Aksaray İM dava konusu olayda hizmet kusuru bulunduğunu kabul ederek toplam 5.000TL manevi tazminatın davanın açıldığı tarihten itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte başvuruculara ödenmesine hükmetmiştir.[1442]

Başvuruculaların anılan karara karşı yaptıkları itiraz, Konya BİM, belirlenen manevi tazminat miktarının idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığına vurgu yaparak, davanın açıldığı tarihten itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte toplam 20.000TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.[1443]

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2002	Yenidoğan ölümü Doğum takibinde ihmal	Ölüm Ağır	2014 BİM 10.000x2	39,9x2=79,8 (48)

Değerlendirme: Öncelikle 2002 yılında açılan bir dava ile ilgili, açılan kamu davasının sonucu beklenerek, 12 yıl gibi bir sürede karar verilmiş olması adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.[1444]

İlk derece mahkemesinin tazminat miktarı 10 BAÜ kadar, ihlal ve manevi zararın objektif ağırlığı karşısında oldukça düşük kalmıştır. Bizim de önerimiz, ölüm meydana gelen olaylarda hafif kusur hâlinde bile 12 BAÜ hükmedilmesi gerektiğidir. Nitekim, BİM kusurun ağırlığı nedeniyle bu kararı bozarak, manevi tazminat miktarını daha yüksek bir tutarda belirlemiştir. Bu karar sonucu manevi tazminat miktarı, dava tarihine göre her bir davacı için 40 BAÜ kadardır. Bu sebeple ihlalin, orta derecede olduğu kabul

[1442] 2013/308E, 2013/999K, 12.09.2013.
[1443] 2014/795E, 2014/1690K, 03.07.2014.
[1444] *Kamile Can ve Kenan Can*, B. No: 2014/14328, 26/10/2017, §36.

edilirse önerimizden (24-36 BAÜ) daha fazla, ağır derecede olduğu kabul edilirse de önerimizden (48 BAÜ) daha az belirlendiği anlaşılmaktadır. Ancak önerimiz gereği yakınları için belirlenecek toplam miktar zarar görenin kendisi için takdir edilecek miktarı geçmemeli ve bu sebeple 48 BAÜ ile sınırlandırılmalıdır.

Küçüğün ölümüne sebep olmayan hizmet kusurları

DİDDK 2019/2059E, 2020/569K, 02.03.2020[1445]

Maddi tazminatın reddine ancak manevi tazminat kabulü

Olay: Davacılardan anne S. ile baba N.'nin müşterek çocuğu, P.'nin kardeşi olan 1995 doğumlu müteveffa E.S., 06.04.2009 tarihinde karın ağrısı şikayeti ile devlet hastanesine götürülmüştür. Yapılan muayene sonucu "akut apandisit" tanısı konulmuş ve anestezi uzmanı olmaması nedeniyle ertesi gün ameliyat yapılması planlanmıştır.

07.04.2009 tarihinde gerçekleştirilen apendektomi ameliyatı sonrasında hasta 10.04.2009 tarihinde taburcu edilmiş, taburcu edildikten iki gün sonra odasında baygın vaziyette bulunması üzerine götürüldüğü acil serviste yapılan muayene ve tetkikler sonrasında hastaya, "akut batın + postoperatif infeksiyon" tanısı konulmuştur. Ameliyatı yapan doktorun hastanede bulunmaması ve uzman doktora da ulaşılamaması üzerine hasta, sevk edilmiş, ancak sevk için ambulans ve sağlık ekibi tahsis edilmemesi üzerine yakınları tarafından götürülmüştür.

Götürülen hastanede yapılan muayene ve tetkikler sonucunda hasta ameliyata alınmış, ameliyatta "apandisit güdüğünde kaçak olduğu" tespit edilerek, gerekli cerrahi işlemler yapıldıktan sonra yatarak tedavisine devam edilen hastanın durumunun bozulması üzerine, 17.04.2009 tarihinde ileri tetkik ve tedavi için üniversite hastanesine sevk edilmiştir. Yoğun bakım servisinde yaklaşık bir aya yakın tedavi gören hasta, 11.05.2009 tarihinde "çoklu organ yetmezliği + sepsis" nedeniyle hayatını kaybetmiştir.

Talep: Ameliyatı gerçekleştiren doktorun ve idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek 04.11.2009 tarihinde idari başvuru yapılmış, daha sonra idari yargıda S. için maddi ve 100.000TL manevi, N. için 100.000TL manevi, P. için 100.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi talep edilmiştir.

[1445] Kazancı.

Yargılama ve Karar: Bursa 3. İM, 06.07.2017 tarihli kararıyla D.15.D. 22.01.2015 tarihli bozma kararına uyarak, dava konusu olayda ameliyatı gerçekleştiren doktor ve davalı idarenin hizmet kusurlarının bulunup bulunmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırmış ve ATGK 06.10.2016 tarihli raporunda [1446] özetle; "Kişinin ölümünün akut apandisit ameliyatı sonrası apendiks güdüğünün atmasına bağlı gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği" şeklinde görüşüne karşın gerçekleştirilen apendektomi ameliyatı sonrası meydana gelen güdük kaçağından dolayı çoklu organ yetmezliğine bağlı olarak vefat etmesinde, gerek ameliyatın yapılması gerekse zamanında tanı konulup tedaviye başlanmamış olmasının doktorun bilgisizlik veya tecrübesizliğinden kaynaklandığı, ameliyat yapılmasına karar verilen hastanın anestezi uzmanı olmadığından bahisle ameliyatının ertelenmesinin idarenin yeterli personeli istihdam etmediğini ortaya koyduğu ve idarenin hizmet kusuruna sebebiyet verdiği, hekime ulaşılamamasının hekim sorumluluğu ile bağdaşmadığı ve hizmetin iyi işlemediğinin de göstergesi olduğu, hastanın içinde bulunduğu klinik tablo göz önüne alındığında ambulans ile yardımcı sağlık personeli eşliğinde sevki gerektiği hâlde ambulans tahsis edilmeden gönderilmesinde ilgili hekim ve idarenin kusurlu olduğu, her ne kadar taburcu olduğu gün yapılan muayenelerde olumsuz bir durum olmadığı belirtilmişse de, hastanın taburcu olduktan sonra durumunun değişebileceğinin göz ardı edilerek kontrolünün sağlanmadığı, sonuç olarak gerek doktorun bilgisizlik veya

[1446] "*Kişinin ölümünün akut apandisit ameliyatı sonrası apendiks güdüğünün atmasına bağlı gelişen komplikasyonlar (sekonder peritonit, intra abdomial apse, eventrasyon, evisserasyon, nekrotizan faciit, sepsis) sonucu meydana geldiği; mevcut bulgularla kişiye ameliyatın önerilmiş olmasının yerinde olduğu, tetkiklerin tamamlanmamış olması ve anestezi uzmanı doktor bulunmaması nedeniyle söz konusu durumda Op.Dr.M. S.'a kusur atfedilemeyeceği, ayrıca ölümün ameliyat sonrasında gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu dikkate alındığında söz konusu durumun ölüm sonucu üzerinde etki ve katkısının bulunmadığı; Op. Dr. M. S.'a neden ulaşılamadığı hususunun adli tahkikatla aydınlatılmasının uygun olduğu, bununla birlikte kişinin gerekli muayene ve tetkiklerinin yapılarak zamanında Yalova Devlet Hastanesi'ne sevk edilmiş olduğu dikkate alındığında söz konusu bu durumun ölüm üzerinde etki ve katkısının bulunmadığı; akut batın, postop infeksiyon ön tanısıyla sevk edilen kişinin sorulduğu üzere ambulans ile hastane personeli eşliğinde sevk edilmesinin daha uygun olduğu, bu işlemin neden yapılmadığı hususun adli tahkikatla aydınlatılmasının uygun olduğu, bununla birlikte kişinin kısa süre içerisinde hastaneye ulaştırılmış olduğu ve özel araçla getirilmesinin klinik durumunda kötüleşmeye neden olmadığı birlikte değerlendirildiğinde; söz konusu bu ambulans ile sevk edilmeme hususunun ölüm üzerinde etki ve katkısının bulunmadığı; tıbbi belgelerde kayıtlı verilere göre kişinin karın ağrısı şikayeti nedeniyle başvurduğu hastanede apendektomi yapıldıktan sonra yapılan izlemlerde genel durumunun iyi olduğu, taburcu olduğu gün yapılan muayenelerde olumsuz bir durum olmadığı, kişinin ölümüne neden olan güdük kaçağının ameliyat sonrası görülen bir komplikasyon olduğu, tanısının konularak uygun tedavisinin ve takiplerinin yapıldığı, birlikte değerlendirildiğinde uygulanan ameliyat ve sonrası yapılan takip ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu cihetle; kişinin muayene takip ve tedavisine katılan hekimlere ve yardımcı sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığı; ambulans ile hastane personeli eşliğinde sevk edilmesi işleminin neden yapılmadığı hususunun adli tahkikatla aydınlatılmasının uygun olduğu ve Op.Dr.M. S.'a neden ulaşılamadığı hususunun adli tahkikatla aydınlatılmasının uygun olduğu, mevcut verilerle Orhangazi Devlet Hastanesi İdaresi'ne atfı kabil kusur bulunmadığı…"*

tecrübesizliğinden kaynaklanan hizmet kusuru gerekse idarenin işleyişinden kaynaklanan hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle maddi ve anne S. için 75.000TL, baba N. için 75.000TL, kardeş P. için 75.000TL manevi tazminatın idareye başvuru tarihi olan 04.11.2009 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile davacılara ödenmesine karar vermiştir.

D.15.D. 08.03.2018 tarihli kararıyla;[1447] ATK 1.ATİK ve ATGK raporlarında, ölüm olayı nedeniyle davalı idareyi tazminat ödemekle sorumlu tutmaya elverişli maddi ve hukuksal bir durumun var olmadığı, gerçekleşen ölüm olayı ile tıbbi müdahaleler arasında bir illiyet bağının varlığından hukuken söz etme imkanı da bulunmadığı sonucuna varıldığı, bu nedenle maddi tazminatın kabulü yönünde verilen mahkeme kararında hukuken isabet bulunmadığı, öte yandan, dosyada yer alan bilimsel raporlar uyarınca, meydana gelen ölüm olayı ile sunulan sağlık hizmeti kapsamındaki tıbbi uygulamalar arasında uygun illiyet bağı kurulamamış ise de, hastanın içinde bulunduğu klinik tablo göz önüne alındığında ambulans ile yardımcı sağlık personeli eşliğinde sevki gerektiği hâlde ambulans tahsis edilmeden gönderilmesi, ameliyat yapılmasına karar verilen hastanın ameliyatının anestezi uzmanı olmadığından bahisle ertelenmesi ve hekime ulaşılamaması hususlarının ölüm üzerinde etki ve katkısı bulunmamakla birlikte oluşan kusurun niteliği gereği davacıların duydukları elem ve üzüntüye karşılık olarak manevi tazminat taleplerinin kabulü gerektiği sonucuna varılarak, kararının maddi tazminatın kabulüne yönelik kısmının bozulmasına, manevi tazminatın kabulüne ilişkin kısmının onanmasına karar vermiştir.

İM 08.07.2019 tarihli kararıyla; maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne yönelik ilk kararda ısrar edilmiştir. DİDDK, davayı maddi tazminat açısından değerlendirmiş, raporlarda ameliyatı gerçekleştiren hekime ve davalı idareye kusur atfedilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında, sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinin ve davacıların yakınının vefatına bu durumun neden olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı, dava konusu maddi tazminat isteminin kısmen kabulü yolundaki İM ısrar kararında hukukî isabet görülmediği gerekçesiyle maddi tazminat kararını bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009	Küçük	Ölüm	2017 İM	108,x3=324

[1447] 2017/3161E, 2018/2383K.

2009	Ameliyat komplikasyonu İhmaller ölüme etkili değil	Ağır	75.000x3	(48)

Değerlendirme: Yargılama sırasında hizmet kusuru tespit edilmiş ancak hizmet kusuru ile ölümle arasında nedensellik bulunmadığı kabul edilerek idare mahkemesinin ölümle ilişkili maddi tazminat kararı, daire ve genel kurul tarafından bozulmuştur. Hizmet kusur nedeniyle ölümün meydana gelmediğinin Danıştay tarafından da kabulü karşısında ölenin yakınlarına, ölüm sebebiyle manevi tazminat hükmedilmesi uygun değildir. Manevi tazminat ancak hizmet kusuru nedeniyle ölen veya ölenin yakınları için hükmedilir. Hâl böyleyken hizmet kusuru nedeniyle, kusurdan kaynaklı zarar için zarar görene manevi tazminat ödenebilir. Olay için örneğin ameliyatın ertelenmesi, sevkin gerçekleştirilememesi gibi hususlarda sadece bununla sınırlı olarak, görülen manevi zarar için manevi tazminata hükmedilebilir.

Yargılama sonucunda, ölenin yakınları için her birine ayrı ayrı 75.000TL, toplamda 225.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Her bir yakın için takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 108,3, toplamda 324 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Hizmet kusurunun ölüme de yol açmadığı kabul edildiğinde hem ayrı ayrı hem de toplam miktar oldukça yüksektir.

Hizmet kusuru ile ölüm arasında nedensellik kurulamadığından ölüm zararının hatalı olarak manevi tazminat ile telafi edilmeye çalışıldığını düşündürmektedir. Ancak manevi tazminatın anlam ve amacını aşan bu çözüm arayışının manevi tazminat kurumunun ilke ve kurallarına aykırı olduğu, kuruma zarar verdiği kanaatindeyiz. Bu çözüm arayışı yerine hizmet kusurunun yol açtığı (ölüm olmayan) bedensel zararın tespit edilmesi ve bu zarar üzerinden maddi ve gerekirse manevi tazminatın belirlenmesi gerekir.

Küçüğün düşmesi sonucu acil ameliyat

Y.13.HD. 2019/410E, 2020/2267K, 17.2.2020

Olay: Küçüğün 20.10.2009 tarihinde evde düşerek yaralanması sonucu tedavi için götürüldüğü özel hastanede acil olarak ameliyat edilmesi ve 21.10.2009 tarihinde vefatına ilişkindir.

Olayla ilgili ceza yargılamasında alınan ATK raporunda, doktorun kusurundan dolayı ölümün meydana geldiği belirlenmiştir.

Talep: Davacılar maddi tazminat ile davacı anne için 50.000TL, davacı baba için 50.000TL, iki kardeş için ayrı ayrı 20.000TL, iki torun için ayrı ayrı 10.000TL manevi tazminatı 21.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: Yerel mahkemece, maddi ve davalılardan anne ve baba için ayrı ayrı 40.000TL, iki kardeş için ayrı ayrı 10.000TL, iki büyük (anne/baba) için 5.000TL manevi tazminatın olay tarihi olan 21.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davacılara verilmesine karar verilmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009 -	Düşme sonucu acil ameliyat Hekim kusuru	Ölüm Ağır	2020 Y.13 40.000x2 10.000x2 5.000x2	57,2x2 14,4x2 7,2x2 (24-48)

Değerlendirme: Düşme sonucu yapılan ameliyatta bilirkişi hekimin kusuru sebebiyle ölümün meydana geldiğini belirtmiştir. Olayla ilgili anne-baba için ayrı ayrı 40.000TL ve iki kardeş için 10.000TL takdir edilen manevi tazminat miktarı olay tarihine (2012) göre hesaplandığında yaklaşık 57,2 ve 14,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Ölüm sebep olan ihlalin hafif derecede olmadığı kabul edildiğinde hükmedilen miktarın (57,2x2, 14,4x2 ve 7,2x2 toplam 158,7BAÜ) önerimizin (24-48 BAÜ) üzerinde görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 6. Küçük Ölümleriyle Sonuçlanan İhlaller ve Manevi Tazminat

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2002	Yenidoğan ölümü Doğum takibinde ihmal	Ölüm Ağır	2014 BİM 10.000x2	39,9x2 (48)
2009 2009	Küçük Ameliyat komplikasyonu İhmaller ölüme etkili değil	Ölüm Ağır	2017 İM 75.000x3	108,x3 (48)
2009	Düşme sonucu acil ameliyat	Ölüm	2020 Y.13	57,2x2

-	Hekim kusuru	Ağır	40.000x2 10.000x2 5.000x2	14,4x2 7,2x2 (24-48)

2001 ile 2009 yılları arasında meydana gelen tıbbi uygulamaya bağlı küçük ölüm olayları için 2014 ile 2020 yılları arasında verilen kararlarda, ölenin yakınları başına 5.000TL ile 75.000TL arasında, anne ve baba özelinde ise 10.000TL ile 75.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Anne ve baba için ayrı ayrı hükmedilen miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 39,9 ile 108 BAÜ arasında olduğu görülmektedir.

Yetişkin ölümlerine nazaran küçük ölümleriyle sonuçlanan olaylarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarının daha yüksek olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda ölen küçüğün yakınları sayısı arttıkça hükmedilen toplam manevi tazminat miktarı da artmaktadır ve yakınları için hükmedilen toplam manevi tazminat 79,8 ile 324 BAÜ aralığındadır. Ayrıca, küçük ölümleriyle ilgili olarak, ihlal doğrudan ölüme sebep olmayıp maddi tazminatı gerektirmediği durumlarda bile hükmedilen manevi tazminat miktarı, doğrudan ölüme sebep olan, yetişkine yönelik ihlallerine göre daha yüksektir.

20. AĞIR BEDENSEL ZARARLAR

20.1. Gebelik ve Doğum ile İlgili Ağır Bedensel Zararlar

Ebe yardımlı doğumda brakial paralizi, hekimin geç değerlendirmesi

Özlem Korkut ve diğerleri, B. No: 2014/14571, 04.04.2018

Olay: Davacı, 14.07.2001 tarihinde devlet hastanesinde ebe tarafından epizyotomi yapılarak doğurtulmuştur. Doğum sonrasında bebeğe "doğumsal brakial paralizi" teşhisi konulmuş, sinir zedelenmesi sonucu başvurucunun sağ kolunu kullanamamasıyla sonuçlanan kalıcı bir engellilik oluştuğu tespit edilmiştir.

Talep: Davacılar (anne, baba ve bebek) 30.05.2003 tarihinde uzman doktorun bulunmaması ve buna bağlı olarak gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle sağ kolunda kalıcı engelliliğe sebep olunduğu gerekçesiyle Antalya 1. İM'de tam yargı davası açmışlardır. Davada, anne ve baba için ayrı ayrı 25.000TL, bebek için 50.000TL manevi tazminat talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Yargılama sırasında 21.07.2005 tarihli bilirkişi raporunda, sürekli iş görmezlik oranının %35,2 olduğu; 30.06.2006 tarihli bilirkişi raporunda, pleksus brakialis felcinin komplikasyon olarak değerlendirildiği; 21.03.2007 tarihli ek raporda, doğumlarda mutlaka bir uzman doktor bulunması gerekmediği, ebenin de doğum yaptırabileceği, bebekte doğum sırasında omzunun takılmasının hiçbir şekilde öngörülemeyeceği, bu nedenle önceden önlem alınamayacağı, idarenin sağlık personelinin eyleminden dolayı kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

Antalya 1. İM 13.03.2008 tarihli kararıyla, idarenin ağır hizmet kusurunu gerekli kılacak koşulların bulunmadığını belirterek, maddi ve manevi tazminat davasını reddetmiştir. Karar, D.10.D. 11.11.2009 tarihli kararıyla manevi tazminat yönünden kısmen bozulmuştur. Bozma gerekçesinde; ilk muayenesinin icapçı doktor tarafından yapılmış olmasına karşın doğumun seyri ve doğum sırasında yaklaşık üç saatlik süre içerisinde herhangi bir doktor tarafından takip edilmediği, bu yönüyle anneye verilen sağlık hizmetinin eksiksiz ve kusursuz olduğundan söz edilemeyeceğini, idarenin kamu hizmetini eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymalarının manevi zararın varlığı ve manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli olduğunu belirtilmiştir.

Bozma sonrası yapılan yeniden yargılama sonucunda Antalya 1. İM, manevi tazminat istemi yönünden verilen bozma kararına uymuş ve 15.12.2011 tarihli kararla anne ve babaya ayrı ayrı 12.500TL, bebek için 25.000TL manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bu karar D.15.D. 08.05.2014 tarihli kararıyla onanmıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2003	Hekimin geç muayenesi Doğumda sağ brakial paralizi %35,2 iş göremezlik	Ağır Orta	2011 İM 25.000 +12.500x2	81,6 (12-36) +40,8x2

Değerlendirme: Bilirkişi raporlarında zarar komplikasyon kapsamında değerlendirmiş ve doğum sırasında mutlaka bir uzman hekim bulunmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme ve Danıştay, kusur bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat talebini reddederken hastanın doğum sırasında hekim tarafından takip edilmemesini hizmet kusuru olarak değerlendirmiş ve manevi tazminata hükmedilmiştir.

Bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere, her doğuma uzman hekimin katılması şart olmayıp ebeler, 1219 s. TŞSTİDK m.51 ile düzenlenen mesleki görev ve yetkileri çerçevesinde doğumu tek başlarına gerçekleştirebilirler. Uzman hekim doğuma refakat etse, hatta bilfiil katılsa bile ve anneyi daha önce değerlendirmiş olması meydana gelen istenmeyen sonuca neden olmayacaktır. Ayrıca annede bedensel bir zarar meydana gelmediği de gözetildiğinde uzman hekimin anneyi geç değerlendirmiş olması da çocukta meydana gelen bedensel zarar için manevi tazminata gerekçe olarak gösterilemez. Nitekim maddi tazminat da reddedilmiştir.

Bu sebeple bedensel zarara sebep bir kusur bulunmadığından meydana gelen bedensel zarar için manevi tazminata hükmedilmesi hukuka aykırıdır. Kusur bulunmadığından bahisle maddi tazminat reddedilirken, hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmesi kendi içerisinde çelişkili bir durumdur. Kusur varsa maddi tazminata da hükmedilmeli, kusur yoksa manevi tazminat da reddedilmelidir. Eğer bu manevi tazminat, bedensel bir zarar olmaksızın sadece hekimin üç saat sonra değerlendirmesi için ise oldukça fahiştir.

Diğer taraftan takdir edilen manevi tazminat miktarı da tartışmaya muhtaçtır. Zararın doğum olayı ile gerçekleştiği ortadadır. Manevi tazminat, zarar tarihine göre hesaplandığında o tarihteki 170 BAÜ, dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 82 BAÜ kadardır. Ölümün meydana geldiği olaylarda bile bu kadar yüksek miktara hükmedilmezken ve kusur olmadığı gerekçesiyle manevi tazminat reddedilirken, maddi olarak bedensel zarara sebep olmadığı kabul edilen ihlal için bu kadar yüksek oranda manevi tazminata hükmedilmesi bir diğer çelişkidir.

Çocuğun engelli doğacağının tespit edilebilecek olması

Hekim tarafından ileri tetkik istenmemesi

İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 09.09.2015

Olay: Davacı Meliha Başer, 04.03.2002 tarihinde gebe olduğunu öğrenmiş, gebelik sürecinde gerekli kontroller Doktor H.İ.A. tarafından yapılmıştır ve 05.11.2002 tarihinde davacı İlker Başer dünyaya gelmiştir. Doğum sonrasında İlker Başer'de dengesiz hareketler gözlemlenmesi üzerine çocuğun "*korpus kallosum agenezisi*" sebebiyle sağlıklı olarak dünyaya gelmediği anlaşılmıştır.

Talep ve Yargılama: Davacılar, Sağlık Bakanlığı ve ilgili doktor aleyhine, 12.10.2005 tarihinde Ankara 2. AHM maddi ve manevi tazminat davası açmışlardır. Davalılar, idari yargının görevli olduğu konusunda itirazlarda bulunsa da bu itirazlar reddedilmiştir.

Mahkemece alınan 21.05.2007 tarihli bilirkişi raporunda, doktorun yetersizliği ve ihmalinin söz konusu olmadığı; 12.05.2008 tarihli raporda, *"...rahatsızlığın esasen gebelik sürecinde, anne karnında iken tespitinin kolay olmadığı, ultrasonograf ilk incelemede fetusun beynindeki yan vertikül genişlemesinin 10 mm'nin üstünde olduğunun belirlenmesi halinde kuşku duyulmasının gerektiği ve daha ileri basamak obstetrik muayene ile fetal beyin MRI incelemesinin yapılmasının lüzumlu olduğu... yapılan USG incelemeleri sonucunda, yan vertikal genişlemesinin 18 mm olarak ölçüldüğü,... anne adayı Meliha Başer'in gebelik kontrollerinin eksik işlediği, yürütülen tıp hizmetinde hizmet kusuru bulunduğunun ortaya konulduğu, kusur oranının dağıtımı yapılarak 4/8 oranında H.İ.A.'nın, 4/8 oranında da davalı idarenin kusurlu olduğunu.."* belirtilmiştir.

Mahkeme, 31/12/2008 tarihli kararıyla, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın görev yönünden, doktor aleyhine açılan davanın ise husumet yönünden reddine karar vermiştir. Kararı temyiz üzerine, Y.4.HD. 08.06.2009 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesinin kararının, davalı doktor yönünden bozulmasına karar vermiştir.

22.10.2009 tarihli sağlık kurulu raporunda, *"...ağır özürlü., sürekli., raporun geçerlilik süresi: süreklidir. Özür durumuna göre Tüm Vücut Fonksiyon Kaybı Oranı: %99*" tespit edilmiş; 12.07.2011 tarihli raporda, hastanın gelişim kaybı bulgularının tek başına "*korpus kallosum agenezisi*" ile açıklanamayacağı ve bunun da tek başına tahliye endikasyonu için yeterli olmayacağı; 21.12.2011 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen "*31 haftalık gebelikte yan vertikül genişlemesi saptadığı, ancak hastanın gelişim kaybı bulgularının tek başına (korpus kallosum agenezisi) olarak değerlendirilemeyeceği ve bunun da tek başına tahliye endikasyonu için yeterli olmadığı, hamileliği sonlandırmayan davalı hekimin kusurunun bulunmadığı*" kanaati doğrultusunda, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Karar, Yargıtay tarafından onanmıştır.[1448]

Davacılar ayrıca, Ankara 2. AHM'nin Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın görev yönünden reddine ilişkin verdiği kararın Yargıtay tarafından onanması üzerine, 02.09.2009 tarihinde Ankara 3. İM'de tam yargı davası açmışlardır.

Ankara 3. İM, 04.02.2013 tarihli kararıyla, 12.05.2008 tarihli raporu hükme esas alarak, hastanede yürütülen tetkik ve tedavilerde gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği,

[1448] Y.4.HD. 2012/8346E, K.2012/11540K, 03.07.2012.

sağlık hizmetinin sunumunda kusurlu davranıldığı gerekçesiyle maddi ve 45.000TL manevi tazminatın, adli yargı yerinde dava açma tarihi olan 12.10.2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine karar vermiştir. Karar, D.15.D. tarafından manevi tazminat açısından onanmıştır.[1449]

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2002 2003	Bebek Gebelikte ileri tetkik istenmemesi %99 ağır engelli	Ağır Ağır	2014 İM 10.000 +10.000x2	31 (24-48) +31x2

Değerlendirme: Hekimin, somut şüpheli duruma rağmen ileri tetkik istememesi sebebiyle hizmet kusuru olduğu tespit edilerek maddi ve manevi tazminata karar verilmiştir. Bu sebeple ihlalin ağır derecede olduğu kabul edilebilir.

Yargılama sonucunda müştereken 45.000TL manevi tazminata hükmedildiğinden, her bir davacı için ortalama 15.000TL takdir edildiğini kabul edebiliriz. Takdir edilen manevi tazminat miktarı, dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 31 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu varsayıldığında, hükmedilen miktarın önerimiz (24-48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

[1449] D.15.D. 2013/9520E, 2013/6570K, 01.10.2013.

"Temyize konu mahkeme kararında davanın kabulüne hükmedilmesine karşın maddi ve manevi tazminat tutarlarının sehven "360.000,00-TL maddi ve 25.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulüne" şeklinde yazıldığı, davacıların talebinin "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat" olduğu anlaşıldığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/2. maddesi uyarınca kararın sonuç kısmında yapılan maddi hatanın "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat" şeklinde düzeltilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca davalı idare ile müdahilin temyiz istemlerinin reddine, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin davanın kabulü yönünde verilen 07/02/2013 günlü, E:2009/1139; K:2013/164 sayılı kararının, hüküm fıkrasında yer alan "360.000,00-TL maddi ve 25.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulüne" ibaresinin "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulü" şeklinde düzeltilmesi suretiyle ONANMASINA, 6459 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesine göre artırılan maddi tazminat miktarı ile ilgili olarak YENİDEN BİR KARAR VERİLMEK ÜZERE dosyanın, adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, 01/10/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Dış gebelik olarak değerlendirilen gebeliğin sonlandırılması

Y.13.HD. 2016/20094E, 2019/10401K, 23.10.2019

Olay: Davacılar, dört yıllık evli olduklarını, çocuk sahibi olmak istediklerini, hamilelik şüphesi duyunca davalı özel hastaneye başvurduklarını, diğer davalı doktor tarafından da davacı annenin muayene edildiğini, doktorun sürekli rutin kontrole gittikleri ve güvendikleri doktor olduğunu, yaptığı muayene sonucunda dış gebelik teşhisi koyduğunu ve acil ameliyat önerdiğini, doktora güvendiklerinden başka bir doktora gitmediklerini, laparoskopik yöntemle dış gebelik ameliyatın yapıldığı, bu davranışın çok erken, alelacele ve yanlış tanıya dayandığını, ameliyat sonrası yapılan kontrolde B-HCG değerlerinin yükselmesi üzerine kanser ilacı olan metotreksat ilacı kullanması gerektiğinin söylendiğini, oysaki bu sırada gebeliğinin devam ettiğini, doktorun bu ihtimali değerlendirmesi gerekirken ilacı kullandırdığını, bu ilaç sonrası yeniden yapılan kontrolde yine B-HCG değerlerinin yüksek çıkması üzerine doktorun daha yüksek görüntüleme cihazı olan başka bir görüntüleme merkezine yönlendirdiğini, burada yapılan ultrasonda hâlen gebe olduğunun açık bir şekilde anlaşıldığını ancak kanser ilacı kullanıldığı için gebeliğin sonlandırılmak zorunda kaldığını belirtmektedir.

Talep: Hekimin ve onu çalıştıran hastanenin doğru teşhis ve tedavi yapılmamasında kusurlu olduğunu ileri sürerek duydukları elem ve ızdırabın bir karşılığı olarak davacı anne için 300.000TL, davacı baba için 100.000TL manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile tahsilini istemişlerdir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, anne için 5.000TL, baba için ise 1.000TL manevi tazminatın olay tarihi olan 13.04.2012 tarihinden işleyecek yasal faizi ile tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine, karar verilmiştir.

Yargıtay, dava konusu olayın gelişimi, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve özellikle dört yıllık evli olan ve çocuk sahibi olmak isteyen çiftin ilk bebeklerini kaybetmesi karşısında, mahkemece takdir edilip hükmedilen manevi tazminat oranı duydukları elem ve ıstıraba göre çok az olduğunu belirterek kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)

2012 -	Gebeliğin dış gebelik olarak hatalı teşhisi, gebeliğin sonlandırılması	Ağır Ağır	2019 Y.13 5.000 **(AZ)** +1.000 **(AZ)**	5,6 (24-48) +1,1

Değerlendirme: Yargılama sonucunda olay tarihine göre takdir edilen manevi tazminat miktarının; anne için 5.000TL yaklaşık 5,6 BAÜ, baba için 1.000TL yaklaşık 1,1 BAÜ olduğu görülmektedir. Meydana gelen bedensel zararın ağır ve ihlalin de ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (24-48 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir. Nitekim Yargıtay da miktarın az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Hekim refakatsiz ebe ile epizyotomili doğum, Anal sfinkter yırtığı

D.15.D. 2013/9450E, 2018/8545K, 27.12.2018

Olay: Davacı bebek hareketlerinde azalma şikayeti ile 10.09.2009 tarihinde devlet hastanesine müracaat etmiş, kadın doğum servisine yatırılmış, NST takibine alınmıştır. Doğum sancılarında artma tespit edilen davacı ambulans ile 13.09.2009 tarihinde diğer bir devlet hastanesine sevk edilmiştir. Sevk edildiği devlet hastanesinde doktor tarafından yapılan muayenesinin ardından 13.09.2009 tarihinde ebe eşliğinde normal yolla epizyotomi ile kız bebek dünyaya getirmiştir. Epizyotomi tamiri ebeler tarafından yapılmış ve davacı 15.09.2009 tarihinde taburcu edilmiştir.

Davacı, doğumdan on gün sonra 23.09.2009 tarihinde üniversite hastanesine başvurmuş, yapılan muayenede "*sağ medyolateralden rektuma kadar uzanan, vajen sağ yan duvarda yer yer açık olan epizyotomi hattı, rektumda birkaç tane submukozada sütür palpasyonla görüldü*" kaydı düşülmüştür.

Davacı doğumdan yaklaşık altı ay sonra 26.02.2010 tarihinde gaz ve gaita tutamama şikayetleri ile "kronik anal fissür (derin makat çatlağı)" tanısı konularak "fissürektomi (çatlak olan bölümü çıkarma)" işlemi yapılmış, aynı gün taburcu edilmiştir.

Talep: Davacılar, kadın ve kocası, 18.01.2010 tarihine idareye başvurmuşlar, idarenin istemi reddi üzerine tam yargı davası açılarak normal doğum eylemi sonrasında fistül gelişiminde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı iddia edilen maddi ve toplam 28.000TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istenilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece alınan ATK raporunda "*ebenin normal doğum yaptırabileceği, epizyotomi açıp onarabileceği, tüm normal doğumlarda rektum zedelenmesi ve fistülün komplikasyon olarak gelişebileceği, idare ve sağlık personeline kusur atfedilemeyeceği*" görüşüne karşın mahkeme, ... Devlet Hastanesi'ne müracaat eden davacının daha ileri bir merkezde doğumunun uygun olacağı düşüncesi ile ... Devlet Hastanesi'ne sevk edilmesine karar verildiği hâlde, buradaki doğumda doktor bulundurulmaması ve doğumun tamamen ebelerin kontrolüne bırakılması nedeniyle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, davacılar tarafından uğranılan maddi zarar kanıtlanamadığından maddi tazminat isteminin reddi gerektiği, manevi tazminat istemi yönünden fistül gelişimin her normal doğumda nadir de olsa %03-6 oranında görüldüğü, doğumun ebe yerine doktor tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda bu komplikasyonun ortaya çıkma ihtimalinin daha düşük olabileceği, doğumu doktorun yaptırması hâlinde bu komplikasyonun oluşmayabileceği gerekçesiyle toplam 24.000TL manevi tazminat isteminin kabulüne karar vermiştir.

Danıştay, bilirkişi raporunda; idarenin hizmeti kusurlu işlettiğine ilişkin hukuken kabul edilebilir bir kanıt bulunmadığı anlaşıldığından idarenin hizmet kusuruna dayanılarak değil, ancak davacıların sevk edildikleri daha ileri bir tıp merkezinde doğumun uzman doktor tarafından gerçekleştirileceği yönünde bir beklenti içine girmeleri, doğumun ebeler tarafından yaptırılmasının bu nedenle davacılarda sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği şeklinde şüphe, endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, manevi tazminat isteminin bu gerekçe ile kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken bir başka gerekçeyle manevi tazminatın kısmen kabulü yolundaki mahkeme kararı sonucu itibariyle hukuka aykırı bulunmadığı gerekçesiyle kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009 2010	Ebe yardımlı epizyotomili doğum Anal sfinkter yırtığı	Orta Orta	2018 D.15 12.000 +12.000	16,4 (9-27) 16,4

Değerlendirme: Ebelerin epizyotomi yetkisi bulunsa da orada bulunan hekimin denetim ve gözetim sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sebeple ilk derece mahkemesinin gerekçesine katılmakla beraber Danıştay'ın hizmet kusurunu gösteremeyip maddi

tazminatı reddetmek için bu şekilde bir gerekçe geliştirdiği kanaatindeyiz. Keza sırf uzman hekim tarafından doğum yaptırılacağı beklentisi manevi zarara yol açacak düzeyde haklı bir beklenti olarak kabul edilemez.

Kararda anal sfinkter yırtığı ve buna bağlı bedensel zararın ağır nitelikte kabul edilerek, bu sebeple eş için de manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Ancak kanımızca onarılan bir organ işlev zayıflamasının ağır bedensel zarar olarak kabul edilmesi uygun değildir.

Gebe ve kocası için takdir edilen toplam 24.000TL manevi tazminattan bahsedilse de her bir zarar gören için ayrı ayrı miktarın belirlenmesi gerekir. Takdir edilen toplam manevi tazminatın ortalamasını aldığımızda 12.000TL, talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 16,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Onarılan anal sfinkter yırtığının orta derecede bedensel zarar olduğu ve hekimin gerekli denetim ve gözetim görevini yerine getirmese bile ebelerin tek başlarına epizyotomi yetkisi bulunduğundan ihlalin de orta derece olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (9-24 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Denklik belgesine sahip olmayan hekim, ölü doğum

Y.13.HD. 2015/41488E, 2018/4944K, 24.04.2018

Olay: Davacılardan D.'nin davalı hastanede dava dışı doktor J. tarafından gebelik süreci boyunca takip edildiği, 29.08.2011 tarihinde davacı D.'nin karnındaki bebeğinden herhangi bir hareket hissetmemesi nedeniyle davalı hastaneye gittiği, burada davalı doktor R. tarafından kontrol edilerek taburcu edildiği, eve gelindiği esnada başlayan kanama neticesi tekrar gidilen hastanede bu defa doğumun başladığının söylenerek kendisinin bir ebe nezaretinde doğumhaneye alındığı, acil çağrısı üzerine davalı doktorun doğumhaneye geldiği, ancak anne karnındaki bebeğin kaybedildiği, daha sonra davalı doktorun aslında yabancı uyruklu olup denklik belgesine sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacılar, davalının hekimlik yetkisine sahip olmaması sebebiyle maddi ve 50.000TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yargılama ve Karar: Yargılama esnasında alınan 23.10.2013 tarihli bilirkişi raporuna göre; gebelik bulgularına göre yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu,

sağlık personeli ve hekimlerin kusurlarının bulunmadığı belirtildiğinden mahkemece, davacıların maddi tazminat taleplerinin reddedilmiştir.

Raporda doğuma katılan sağlık personeli ve doktorun kusurunun bulunmadığını belirtmiş ise de ceza yargılamasında, davalılardan R.'nin doğuma iştirak ettiği, ancak Türkiye'de doktorluk/ebelik yapma yetkisinin bulunmadığı, ilgili yasal prosedürü tamamlamadan fiilen davalı hastanede çalıştırıldığı, doğuma başka doktor girmiş gibi epikriz düzenlendiği, ayrıca doğuma yeterlilik belgesi bulunmayan doktorun katılarak doğumda bebeğin vefatının davacıların derin acı ve üzüntü yaşamasına sebep olduğu gerekçesiyle davacı D. için 5.000TL, davacı M. için 5.000TL manevi tazminatın dava tarihi itibariyle işleyecek yasal faizi ile birlikte verilmesine hükmedilmiştir.[1450]

Yargıtay kararı, bilirkişi raporundaki çelişki nedeniyle, açıklayıcı bir rapor alınması gerekçesiyle bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2011 2012	Anne karnında ölüm Denkliği olmayan hekim	Hafif Ağır	2014 İM 5.000 +5.000	5,9 (24-36) +20,5x2

Değerlendirme: Denklik belgesine sahip olmayan hekimlerin, tıbbi müdahaleleri hukuka aykırı sayılmasa da mesleki ve idari kurallara aykırılık teşkil etmektedir.[1451] Bu sebeple müdahalenin kendisi hatalı olmasa da bir hukuka aykırılık söz konusudur. Bu hukuka aykırılık bedensel zarar sebep olmasa da kişilik hakkını ihlal ederek bir zarar meydana getirdiğinde manevi tazminata hükmedilmesi yerindedir.

Yargılama sonucunda takdir edilen 5.000TL manevi tazminat miktarı, dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 5,9 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle tıbbi müdahalede hata olmadığından ölü doğuma sebep olmadığı kabul edildiğinde bedensel zararın ağır olmadığı ve hatta hafif derecede olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan, hekimin yetkisiz çalışması şeklindeki hukuka aykırılık, ağır niteliktedir. Bu kabuller doğrultusunda, hükmedilen miktarın önerimizin (18-36 BAÜ) altında olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Yargıtay'ın, bilirkişi raporundaki çelişki nedeniyle bozma kararı verdiğini göz önünde bulundurmak gerekir.

[1450] Bakırköy 1.AHM 2012/210E, 2014/543K, 25.12.2014 (yayımlanmamış karar).
[1451] Hakeri, 2021a, s. 263.

Normal doğum sırasında vajen ve anüs yırtığı

Kusur olmadığından dolayı maddi tazminat reddedilirken manevi tazminatın kabulü bozma sebebidir

Y.13.HD. 2016/19129E, 2018/2574K, 28.02.2018

Olay: Davacı, 05.09.2011 tarihinde, davalı özel hastanede normal doğumla 4080gr ağırlığında bebek dünyaya getirmiştir. Ancak doğum sırasında anüs ve vajen duvarlarında meydana gelen yırtıklar sebebiyle davacı, ameliyat olmuştur.

Talep: 03.10.2013 tarihinde davacı ve diğer davacı eşi; davalı hastanede diğer davalı hekim gözetiminde doğum yaptığı, anatomisi özellikle kilolu bebek yönünden normal doğuma müsait olmadığı hâlde bu hususta davalı doktor tarafından herhangi bir muayene ve inceleme yapılmaksızın normal doğumun gerçekleştirildiği, doğum sonrası anüs ile vajen damarlarının patlayıp yırtılması sonucunda son derece zor günler yaşandığı ve bununla ilgili ameliyat geçirdiği, hâlen tamamen sağlığına kavuşamadığı, davacıların bu süreçte yaşamış oldukları olumsuz durum nedeniyle psikolojilerinin bozulduğunu, bu nedenlerle Ç. için maddi ve 60.000TL manevi, eşi T. için maddi ve 40.000TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yargılama ve Karar: Yargılama sırasında ATK 2. ATİK 27.07.2015 tarihli raporu ve üniversiteden alınan 16.12.2015 tarihli bilirkişi raporlarında; normal doğumlarda bu tip komplikasyonların nadir de olsa (% 1) her türlü özene rağmen oluşabildiği, bu vakada komplikasyonun zamanında teşhis edildiği, gerekli müdahalenin yapıldığı, buna rağmen şahısta rektovaginal fistül tespiti üzerine şahsın genel cerrahi uzmanına yönlendirildiği, bu süreçte yer alan hekimlere veya sağlık kurumlarına herhangi bir kusur bulmanın doğru olmayacağı kanaati bildirilmiştir.

Mahkeme, bilirkişi raporlarını esas alarak, kusur olmadığı gerekçesiyle maddi tazminat talebini reddetmiş ancak Ç'nin doğum öncesinde ve hamilelik döneminde fiziki olarak muayene edilmeyip, anatomisi itibariyle normal doğuma uygun olup olmadığının belirlenmemiş olması, ayrıca bebeğin muhtemel kilosunun 3.400gr olabileceği belirtilmesine rağmen bebeğin 4.080 gr olarak doğmasının ve tüm teknolojik imkanlara rağmen bebeğin muhtemel kilosunun 680gr farkla belirlenmesi ve bebeğin mevcut kilosunun normal doğumda problem yaratma ihtimalinin belirlenmemiş olması, davalılar yönünden başlı başına kusurlu davranış olduğunun mahkemece değerlendirilmesi

suretiyle, Ç. için 10.000TL, davacı T. için 5.000TL manevi tazminatın olay tarihi olan 05.09.2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan alınarak davacılara verilmesine karar vermiştir.[1452]

Yargıtay; bilirkişi raporlarının açık, gerekçeli ve denetime elverişli olup, iddiaları ve olayı aydınlatmaya yeterli olduğu, davalı tarafa izafe edilecek kusur bulunmazken, isabetli olarak maddi tazminat talebinin reddedilmesine rağmen, davalı tarafa hiçbir kusur izafe edilmemesine rağmen, manevi tazminat talebinin de tümden reddi gerekirken, yanılgılı değerlendirmeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi usûl ve yasaya aykırı olup, kararın bozulması gerektiğine karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2011 2013	Normal doğum Anüs ve vajen yırtığı	Orta Orta	2016 AHM 10.000 +5.000	11,9 (9-27) +6

Değerlendirme: Öncelikle karar, kusur olmaksızın manevi tazminata hükmedildiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından haklı olarak bozulmuştur. Diğer taraftan anüs ve vajen yırtığının en fazla orta derecede bedensel zarar olarak değerlendirilmesi gerekirken, ağır bedensel zarar olarak kabul edilerek yakını için de manevi tazminata hükmedilmesi kanımızca hatalıdır. Anüs ve vajen yırtığı orta derecede bedensel zarar olarak değerlendirilebilir. Ayrıca ilk derece mahkemesi, bilirkişi raporları aksine kusur olduğunu kabul ederek manevi tazminata hükmetmektedir. Kanımızca mahkeme, teknik bir konudaki bilirkişi raporları aksine kusur olduğu kanaatine vardığında doğrudan hüküm tesis etmek yerine, bu konuyu açıklayıcı görüş istemelidir. Ancak mahkeme görüş istemek yerine bir taraftan kusur olmadığı gerekçesiyle maddi tazminatı reddederken diğer tarafta kusur gerekçesiyle manevi tazminatı kabul etmiştir. Bu durum da haklı olarak bozmayı gerektirmiştir.

Yargılama sonucunda takdir edilen 10.000TL manevi tazminat miktarı, olay tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 11,9 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve bedensel zararın ağır olmadığı ve orta derecede olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan, bilirkişi raporlarında hata tespit edilmese de doğum öncesi değerlendirmedeki hata ve tekrar

[1452] Bakırköy 8. AHM 2013/457E, 2016/62K, 17.02.2016 (Yayımlanmamış karar).

ameliyat geçirme dururumu orta derecede ihlal olarak kabul edilebilir. Bu kabuller doğrultusunda, hükmedilen miktarın önerimiz (9-27 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

İkiz gebelikte hatalı amniosentez, Önlenebilir Down Sendromu

Davacıların %50 kusuru

D.15.D. 2015/9826E, 2017/5596K, 17.10.2017

Olay: Anne, ikiz hamile olması nedeniyle gebelik kontrolü için üniversite hastanesine başvurmuştur. 09.12.2007 tarihinde yapılan doğum ile bebeklerden birinin kız, birinin erkek olmasına rağmen yapılan amniosentez işlemine ait test sonuçlarına göre iki bebeğin de sağlıklı olduğu ve test sonuçlarında iki bebeğin de cinsiyetinin kız olarak belirtildiği görülmüş, 19.02.2008 tarihindeki raporla öğrenilen erkek bebekte olan Down sendromunun amniosentez işleminin hatalı yapılmış olması nedeniyle tespit edilemediği, ancak annenin amniosentez işlemine ait test sonuçları çıktıktan sonra anılan işlemi yapan doktora veya davalı idareye bağlı hastaneye başvurmamış / kontrole gitmemiş olması nedeniyle amniosentez işleminin hatalı yapılmış olduğunun fark edilemediği, bebeklerden birinin kız, birinin erkek olduğu fakat iki bebeğin de kız olduğunun belirtildiği, sonuçların amniosentez işlemini yapan doktor tarafından görülmesi ve değerlendirilmesi durumunda bu durumun fark edilebileceği, bu nedenle olayda amniosentez işleminin hatalı yapılmış olmasında davalı idarenin hizmet kusuru olmakla birlikte erkek bebekte olan Down sendromunun tespit edilememesinde annenin amniosentez işlemine ait test sonuçları çıktıktan sonra anılan işlemi yapan doktora veya davalı idareye bağlı hastaneye başvurmamış / kontrole gitmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Talep: Gebelik takibinin yapıldığı üniversite hastanesinde erkek bebekte "Down sendromu" olduğunun tespit edilememesi nedeniyle 06.10.2008 tarihli ihtarname ile maddi ve manevi zararın tazmini idareden talep edilmiş, zımnen ret üzerine 19.12.2008 tarihinde maddi ve her üç davacı için 40.000TL manevi tazminatın doğum tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece alınan ATK bilirkişi raporlarında, hekimin aynı şart ve hâllerde bir kadın doğum uzmanından beklenen özeni göstermediği ve uygulamasının tıbbi eksiklik olduğu, ikiz gebelikte gebelik süresince Down sendromunun

tespit edilmesi durumunda sağlıklı olan bebeğe zarar verilmeden Down sendromu olduğu düşünülen diğer gebeliğin sonlandırılma işleminin yapılmasının mümkün olduğunun oybirliği ile mütalaa olunduğunun belirtildiği görülmüştür.

Diğer taraftan amniosentez işleminin hatalı yapılmış olmasında davalı idarenin hizmet kusuru olmakla birlikte erkek bebekte olan Down sendromunun tespit edilememesinde annenin amniosentez işlemine ait test sonuçları çıktıktan sonra anılan işlemi yapan doktora veya davalı idareye bağlı hastaneye başvurmamış / kontrole gitmemiş olmasının da etkisinin olduğu, bu nedenle erkek bebekte olan Down sendromunun tespit edilememesinde tarafların %50 oranında müterafik kusurları kabul edilmiştir.

Mahkeme, idarenin %50 kusur oranını dikkate alarak maddi ve her bir davacı için ayrı ayrı 10.000TL olmak üzere toplam 30.000TL manevi tazminata, idareye başvuru tarihi olan 06.10.2008 tarihinden itibaren işletilecek yasal faize karar verilmiştir.

Danıştay, kararın manevi tazminat ile ilgili kısmını onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2007 2008	İkiz gebelikte hatalı amniosentez, Önlenebilir Down Sendromu Davacıların %50 kusuru	Ağır Ağır (%50)	2017 D.15 10.000x3	15,7x3 (24-48) (12-24)

Değerlendirme: İkiz gebelik sürecinde hatalı amniosentez sonucu Down sendromunun tespit edilememesi ve önlenebilen doğumun gerçekleşmesi olayında kusur kabul edilmekle beraber annenin de kontrole gitmemesi tespite engel olarak değerlendirilmiş ve %50 zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmiştir. Zarar görenin kusuru ancak nedensellik bağını kestiği takdirde tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırırken nedensellik bağını kesmediği durumlarda tazminatın miktarında indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir.

Takdir edilen 10.000TL manevi tazminatın, başvuru tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 15,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede, ihlalin de ağır derecede olduğu ancak zarar görenin kusuru da dikkate alındığında kusur oranında indirim yapılması gerektiği kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimiz ile (24-48, %50 indirim ile: 12-24 BAÜ) uyumlu olduğu görülmektedir. Nitekim Danıştay da kararı onamıştır.

Değerlendirmemiz

Tablo 7. Doğum Olayı ile İlgili Ağır Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2003	Hekimin geç muayenesi Doğumda sağ brakial paralizi %35,2 iş göremezlik	Ağır Orta	2011 İM 25.000 +12.500x2	81,6 (12-36) +40,8x2
2002 2003	Bebek Gebelikte ileri tetkik istenmemesi %99 ağır engelli	Ağır Ağır	2014 İM 10.000 +10.000x2	31 (24-48) +31x2
2012 -	Gebeliğin dış gebelik olarak hatalı teşhisi, gebeliğin sonlandırılması	Ağır Ağır	2019 Y.13 5.000 **(AZ)** +1.000 **(AZ)**	5,6 (24-48) +1,1
2011 2012	Anne karnında ölüm Denkliği olmayan hekim	Hafif Ağır	2014 İM 5.000 +5.000	5,9 (24-36) +20,5x2
2007 2008	İkiz gebelikte hatalı amniosentez, Önlenebilir Down Sendromu Davacıların %50 kusuru	Ağır Ağır (%50)	2017 D.15 10.000x3	15,7x3 (24-48) (12-24)
2009 2010	Ebe yardımlı epizyotomili doğum Anal sfinkter yırtığı	Orta Orta	2018 D.15 12.000 +12.000	16,4 (9-27) 16,4
2011 2013	Normal doğum Anüs ve vajen yırtığı	Orta Orta	2016 AHM 10.000 +5.000	11,9 (9-27) +6

Öncelikle kararlardan görüldüğü üzere doğum olayı ile ilgili gerek annede gerekse cenin veya bebekte meydana gelen zararlar, ağır bedensel zarar olarak kabul edilmektedir. Cenin veya bebekte meydana gelen zararların genel olarak ağır bedensel zarar ile kabulünde bir sorun olmamakla beraber cenin veya bebeğin zarar görmeksizin, sadece annenin zarar gördüğü olayların da ağır bedensel zarar gibi kabul edilerek eş için doğrudan manevi tazminata hükmedilmesi kanımızca uygun değildir. Bu sebeple, sadece annenin zarar gördüğü doğum olaylarında meydana gelen bedensel zararın ağır bedensel zarar olup olmadığı mutlaka değerlendirilmelidir.

2001 ile 2012 yılları arasında meydana gelen gebelik takibi ve doğuma bağlı cenin veya bebekle ilişkili ağır bedensel zararla ilgili yedi kararda; zarar ve ihlalin ağırlığına bağlı olarak zarar gören için 5.000TL ile 25.000TL arasında, zarar görenin yakınları için

ise 5.000TL ile 12.500TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Zarar gören için hükmedilen miktarlar, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 5,6 ile 81,6 BAÜ arasında değişmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan; dördünün önerimizle uyumlu olduğu ve bir kararın da önerimizin altında olmakla beraber Yargıtay tarafından da miktarın az olduğu gerekçesiyle bozulduğu göz önünde bulundurulduğunda beş kararın önerimizle uyumlu olduğu görülmektedir. Diğer iki karardan biri önerimizin çok üzerinde iken diğeri ise oldukça altındadır.

Bu sebeple önerimizin, doğum olayı ile ilgili meydana gelen ağır bedensel zararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarları ile uyumlu olduğu söylenebilir.

20.2. Küçüklerde Bilgilendirme Eksikliğine Bağlı Ağır Bedensel Zarar

Bilgilendirme eksikliği nedeniyle çocuğun görme engelli olması

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan, B. No: 2014/13327, 8.3.2018

Olay: Davacıların 21.12.2004 tarihinde, ileri derecede prematüre kız çocukları doğmuş, Antalya Devlet Hastanesi yeni doğan ünitesinde bakıma alınmış ve dört haftalık olduğunda taburcu edilmiştir.

20.04.2005 tarihinde bebek beş aylık olduğunda, bir başka devlet hastanesinde prematüre retinopatisi (ROP) teşhisi konulmuş ve erken doğuma bağlı olarak bebeğin her iki gözünde de görme yetisinin olmadığı tespit edilmiştir. "Türkiye Prematüre Retinopatisi Rehberi 2016" isimli yayında ROP tedavisinin mümkün olduğu belirtilerek erken tanı ve tedavinin önemli olduğu vurgulanmış, ayrıca çeşitli tedavi yöntemlerine de yer verilmiştir.

Talep: Davacılar 22.09.2005 tarihinde Sağlık Bakanlığına müracaat tazminat talep etmişler ve kendi adlarına asaleten ve bebek adına velayeten, Sağlık Bakanlığı aleyhine Antalya 1. İM'de ayrı ayrı maddi ve 15.000TL manevi tazminat talebi ile tam yargı davası açmışlardır.

Yargılama ve Karar: Bebeğin tedavisini yürüten hekim, 30.06.2006 tarihinde davaya katılma dilekçesi ile taburcu işlemleri sırasında aileye bebeğin ilgili bölümlerde kontrole getirilmesi konusunda bilgi verildiğini beyan etmiştir.

18.07.2007 tarihli ATK 3. ATİK bilirkişi raporunda; "*prematüre bir bebekte doğumdan sonraki dört ile altıncı haftalar arasında ilk göz muayenesinin yapılması gerektiği, bebek dört haftalıkken bebeğin taburcu edilmesinden sonraki ilk iki hafta içinde göz muayenesinin yapılmasının uygun olduğu ve bu hususun aileye bildirilmiş olması gerektiği, taburcu belgesinde bebeğin genel kontrole çağrıldığının kayıtlı olduğu ancak kontrole geldiğine dair bir tıbbi kaydın bulunmadığı, hekimin aileye göz muayenesi hakkında öneride bulunduğuna dair beyanının mahkemece kabulü halinde idarenin hizmet kusuru bulunmadığı*" ifade edilmiştir.

Mahkeme, 23.01.2008 tarihinde, bilirkişi raporunu esas alarak, ağır hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Karara karşı temyiz dilekçesinde; bebeğin doğum ve tedavi hizmetlerindeki eksiklik nedeniyle kör olduğunu iddia etmediklerini, hekimin göz muayenesi konusunda bilgilendirme görevini yerine getirilmediğini belirterek; hekimin göz muayenesinin gerekliliği konusunda kendilerini uyarmadığını, tıbbi konularda bilgilerinin olmaması nedeniyle bebeği göz muayenesine götürmediklerini, dolayısıyla teşhis ve tedavinin zamanında yapılmaması nedeniyle bebeğin her iki gözünde görme kaybı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Karar, D.10.D. 27.01.2012 tarihli kararıyla, göz muayenesine ilişkin durumun davacılara bildirildiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı, dolayısıyla hatırlatma görevinin yerine getirilmediği ve ilk muayenede geç kalınması nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunduğu, hizmet kusuru nedeniyle manevi zararın tazmini gerektiği, ancak bebeğin taburcu olduğu tarihte göz muayenesi gerekliliği bulunmadığı gerekçeleriyle maddi tazminat reddini onarken manevi tazminat istemi reddini bozmuştur.

Mahkeme, bozma kararına uymuş ve 05.09.2014 tarihli kararla davacılara müştereken 30.000TL manevi tazminat ödenmesine hükmetmiş ve hüküm, D.15.D. 12.11.2015 tarihli kararla onanmıştır.

AYM, derece mahkemesi kararlarında ihmal sonucu teşhis ve tedavide gecikme olduğu kabul edilmesine karşın başvuruculaın bebeğinin manevi zararlarının yanı sıra maddi bakımdan da zarara uğradığı hususunun dikkate alınmadığı, söz konusu maddi zararların tespiti ve hesaplanması konusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılmadığının anlaşıldığı, hekimin bilgilendirme ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle başvuruculaın bebeğinin rahatsızlığının zamanında tespit ve tedavi

edilmemesinden kaynaklandığını belirterek, maddi tazminata hükmedilmemesi sebebiyle ihlal ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2005 2005	Bebek Bilgilendirme eksikliği Gözlerde görme kaybı	Ağır Orta	2014 İM 10.000 +10.000x2	20,5 (24-36) +20,5x2

Değerlendirme: Mahkeme ve Danıştay kararlarına göre; bebeğin taburcu olduğu tarihte göz muayenesi gerekliliği bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat talebi reddedilirken göz muayenesine ilişkin durumun davacılara bildirildiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığı, dolayısıyla hatırlatma görevinin yerine getirilmediği ve ilk muayenede geç kalınması nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunduğunu kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmiştir. Hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilirken maddi tazminatın reddedilmesi kendi içerisinde çelişkili bir durumdur. Kusur varsa maddi tazminata da hükmedilmeli, kusur yoksa manevi tazminat da reddedilmelidir.

Olayda, hekim tarafından genel bir bilgilendirmenin yapıldığı ancak bu bilgilendirmenin risk bilgilendirmesini kapsamadığı ve bu sebeple eksik olduğu anlaşılmaktadır. Bilgilendirmedeki bu eksikliğin hizmet kusurunu oluşturduğu ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Hekimin bilgilendirmedeki kusuruna rağmen eksik de olsa kontrol gerekliliği şeklinde bir bilgilendirme kaydı söz konusudur. Bu sebeple ihlalin orta derecede olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan ailenin bu öneriye uymaması, zarar görenin kusuru açısından tazminatta bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

Yargılama sonucunda müştereken 30.000TL manevi tazminata hükmedildiğinden, her bir davacı için ortalama 10.000TL takdir edildiğini kabul edebiliriz. Takdir edilen manevi tazminat miktarı, dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 20,5 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin orta derecede olduğu varsayıldığında, hükmedilen miktarın önerimiz (24-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Risk bilgilendirmesinde eksiklik, çocuğun yüzünde kalıcı hasar

Eliçe Aydın ve diğerleri, B. No: 2015/5228, 20.3.2019

Olay: 13.04.2006 tarihli sağlık raporuna göre 2002 doğumlu Eliçe'de çok ileri derecede işitme kaybı söz konusudur ve yeniden işitebilmesi için cerrahi bir müdahale ile kendisine koklear implant uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle 17.10.2006 tarihinde ameliyat olmuş ancak koklea bulunamadığı için implant takılamamış ve ameliyata son verilmiştir.

Ameliyat sonrasında Eliçe, güldüğünde çenesinin sola doğru kayması ve sol göz kapağının kapanmaması nedeniyle ilaç tedavisi görmüştür. İlaç tedavisinin sorunları gidermede yeterli olmaması üzerine 12.12.2006 tarihinde yeniden aynı kurumda, aynı sağlık ekibinin katıldığı bir ameliyata daha alınmış ve oluşan hasarın giderilmesine çalışılmıştır. Ancak ikinci ameliyata rağmen başvurucunun yüzünde meydana gelen sağlık sorunu giderilememiştir.

Talep: Davacılar idari başvuru yapmış ancak talepleri zımnen reddedildiğinden, yüzün sol kısmındaki kalıcı bozukluk sebebiyle maddi ve manevi zararların tazmini için 17.12.2007 tarihinde İstanbul 3. İM tam yargı davası açmışlardır.

Yargılama ve Karar: ATK 3. ATİK 12.05.2010 tarihli bilirkişi raporunda; sol koklear implant ameliyatında implantın kulağın anatomik koşulları uygun olmadığı için takılamadığı, gelişen fasiyal paralizinin bu tür ameliyatların olası komplikasyonlarından olduğu ve tıbbi uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme 17.04.2012 tarihli kararında, hizmet kusuru bulunmaması sebebiyle maddi tazminat talebini reddederken davacıların ve yakınlarının ameliyatın sürecinin gecikmesi ve ameliyat öncesi olası riskler hususunda bilgilendirildiğini gösterir belgenin mevcut olmadığını, dolayısıyla gerekli bilgilendirmenin yapıldığının ispatlanamadığını, bu durumun davacılarda elem ve üzüntünün artmasına sebep olan bir kusur olduğunu belirterek dava açma tarihinden itibaren davacı Eliçe için 50.000TL, diğer davacılar için 25.000TL ödenmesine karar vermiştir. Karar, D.15.D. 21.11.2014 tarihli ilamıyla onanmıştır.

AYM, ikinci ameliyat sonrası müdahalenin tıbben doğru yapılıp yapılmadığı ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin bir hizmet kusuru olduğu tespit edildiği hâlde bu hizmet kusurunun neden maddi zararların karşılanmasını gerekli

kılmadığı hususunda ilgili ve yeterli gerekçe ortaya konulamadığını belirterek yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2006 2007	Küçük Bilgilendirme eksikliği Yüzün sürekli değişikliği	Ağır Ağır	2012 İM 50.000 +25.000x2	85,5 (24-48) +42,7x2

Değerlendirme: Olay, işitme kaybı nedeniyle endikasyon doğrultusunda, tıbbi standartlara uygun bir şekilde ameliyat yapılması ile ilgilidir. Ameliyat sırasında uygun bölge bulunamadığı için implant yerleştirilememiş ve ameliyat sonlandırılmıştır. Ameliyattan sonra da ameliyata bağlı yüzün sol tarafındaki sinirlerin hasar gördüğü ve yüzde kalıcı hasar meydana geldiği görülmüş ve bu istenmeyen sonuç komplikasyon olarak değerlendirilmiştir.

Kural olarak ameliyat öncesi bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Ancak bu komplikasyon hakkında bilgilendirme yapıldığına dair bir belge bulunmadığı gibi usûle uygun bilgilendirme yapıldığı ispatlanamamıştır. Bu nedenle karar verme hakkı ihlal edilerek kişilik hakkına karşı hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirilmiştir. Bu fiil sonucu meydana gelen maddi ve manevi zararın giderilmesi gerekir.

Mahkeme ve Danıştay kararlarına göre; meydana gelen zararın komplikasyon olduğu gerekçesiyle maddi tazminat talebi reddedilirken komplikasyon bilgilendirmesinin yapılmaması sebebiyle manevi tazminata hükmedilmiştir. Hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilirken maddi tazminatın reddedilmesi kendi içerisinde çelişkili bir durumdur. Kusur varsa maddi tazminata da hükmedilmeli, kusur yoksa manevi tazminat da reddedilmelidir. AYM de haklı olarak bu duruma işaret etmiş ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Yargılama sonucunda zarar gören için 50.000TL, yakınları için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Yüzde kalıcı hasarın ağır bedensel hasar olarak kabulü ve zarar görenin çocuk olması karşısında yakınları için de manevi tazminata hükmedilmesi yerindedir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 85,5 BAÜ olduğu anlaşılmakta ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu varsayıldığında, hükmedilen miktarın önerimizden (24-48 BAÜ) oldukça yüksek olduğu görülmektedir.

Bu kadar yüksek miktara takdir edilmesindeki sebeplerden biri komplikasyon gerekçesiyle reddedilen maddi tazminatın, manevi tazminat ile denkleştirilmesi düşüncesi olabilir. Halbuki bilgilendirmedeki kusur nedeniyle maddi tazminata da hükmedilmiş olsaydı manevi tazminatın bu kadar yüksek belirlenmesine gerek olmayacak ve maddi ve manevi tazminat arasındaki ayrım daha net ortaya konabilecektir. Diğer taraftan yeniden yargılama sonrası maddi tazminata hükmedilse bile manevi tazminat kararı kesinleştiğinden hükmünü koruyacaktır. Bu durumda maddi tazminata hükmedilmediğinden manevi tazminatın yüksek belirlenmesi ve ayrıca maddi tazminata hükmedilmesi ile hem zarar görenin sebepsiz zenginleşmesi hem de tazminat sorumluluğunun artması ile hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacaktır.

20.3. Küçüklerde Teşhis ve Tedaviye Bağlı Ağır Bedensel Zararlar

Eldeki sinir kesisine müdahale edilmemesi nedeniyle ameliyat

Sağ el 4. ve 5. parmaklarda kalıcı sinir hasarına bağlı işlev zayıflaması

Mehmet Gürbüz ve diğerleri, B. No: 2015/9093, 08.05.2019

Olay: 1995 doğumlu Tuğçenur Gürbüz'ün, 06.03.2004 tarihinde çay bardağının kırılması sonucu sağ el bileği kesilmiştir. Bismil Devlet Hastanesi'nde küçüğün eline dikiş atılarak taburcu edilmiş, elin 4. ve 5. parmaklarında kasılma gözlenmesi üzerine Diyarbakır 600 Yataklı Asker Hastanesine müracaat edilmiş, bu hastanede gerçekleştirilen ameliyat sonrası 18.06.2004 tarihli sağlık kurulu raporunda, nekahette sağ ulnar sinir lezyonu tanısına yer verilmiştir.

Davacılar, şüpheliler hakkında şikayette bulunmuşlar ancak Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.

Talep: Davacılar 06.05.2004 tarihli dilekçe ile idari başvuru yapmış, başvurunun reddinden sonra Bakanlık ve doktor aleyhine 16.06.2004 tarihinde Bismil AHM'de tazminat davası açmışlardır. AHM, 29.09.2006 tarihinde uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Yargılama ve Karar: Davacılar, Bakanlık aleyhine Diyarbakır 2. İM'de; içte kesi olan siniri kaynatma operasyonu yapılmadan dikiş atıldığı, bu işlemi yapan A.T.'nin hiçbir tıbbi bilgiye sahip olmadığı, işlemin doktor gözetiminde yapılmadığı, hatalı

müdahale sonucu kızlarının iki parmağının sakat kaldığını belirterek tam yargı davası açmışlardır.

ATK 3. ATİK, 24.09.2008 tarihli bilirkişi raporunda; sağ el 4 ve 5. parmaklardaki hasarı tanımlayarak, "*sağ el bileğinde meydana gelen sinir kesisinin ilk girişim sırasında dikilebileceği gibi sekonder dikiş tatbikinin de uygulanan cerrahi girişim yöntemlerinden birisi olduğu, sinirin 1 ay sonra dikilmesinin eksik girişim niteliğinde olmadığı, reeksplorasyonda da dikiş uygulanmayıp nöroliz (sinirin yapıştığı dokudan kurtarılması) yapılmış olmasının bu görüşü destekler nitelikte olduğu, bu nedenle doktorun yaptığı işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu*" belirtilmiştir.

Mahkeme, bilirkişi raporunu esas alarak hizmet kusuru olmadığı gerekçesiyle 09.04.2009 tarihinde davayı reddetmiştir. D.15.D. maddi tazminat kısmını onamış, sinir kesisinin ilk müdahalede dikilmemesi nedeniyle yaklaşık iki ay sonra ameliyat yapıldığı, davacıların duydukları acı ve üzüntü nedeniyle doğan manevi zararların tazmini gerektiği gerekçesiyle manevi tazminat kısmını bozmuştur.

Bozma kararı üzerine Diyarbakır 2.İM 14.05.2015 tarihinde anne ve babanın her birine 2.000TL, Tuğçenur Gürbüz'e ise 10.000TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Karar, temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiştir.

AYM, mahkemenin davanın reddine ilişkin karar gerekçesinde bilirkişi raporunu yeterli görerek hükme esas aldığını belirtmiş ise de bilirkişi raporunda dikme işleminin ilk anda yapılmayıp sonraya bırakılmasında hangi kriterlerin esas alındığı, buna ilişkin tıbbi zorunluluk hâllerinin neler olduğu, somut olayda bu hâllerin mevcut olup olmadığı hususlarında bir açıklamaya yer verilmediği, dolayısıyla doktorun sinir kesisini ilk girişimde dikmeme yönündeki tercihinin dayanağı ortaya konulmadığı gibi ilk girişimde kesinin dikilmiş olması hâlinde parmaklarda hareket kısıtlılığı meydana gelip gelmeyeceği, halihazırda mevcut kısıtlılığın iş gücü kaybına yol açıp açmadığı konusunda da bir değerlendirme yapılmadığını, Danıştay'ın sinir onarımının sonraki bir tarihe bırakılmasını sadece manevi zarar yönünden hizmet kusuru olarak değerlendirip, maddi tazminat yönünden böyle bir çıkarımda bulunmamasını ihlale gerekçe olarak göstererek yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2004	Küçük	Orta	2015 İM	23,6

2004	Tedavide gecikme Sağ el 4-5. parmak sinir hasarı	Orta	10.000 +2.000x2	(9-27) +11,8x2

Değerlendirme: Küçükte meydana gelen bedensel zararın anne ve babada acı ve üzüntüye sebep olması kabul edilse de bedensel zararlarda zarar görenin yakınlarının tazminat isteyebilmesi için bu bedensel zararın ağır olması gerekmektedir. Sağ elde meydana sinir hasarına bağlı 4 ve 5. parmakların işlevinin sürekli zayıflaması şeklindeki bedensel zararın, yakınlarının manevi tazminat istemesini gerektirecek ölçüde ağır olup olmadığı tartışılmamış ve iş göremezlik veya engellilik oranı belirlenmemiştir. Halbuki uygulama ve öğretideki değerlendirmelerden, parmaklarda meydana gelen zararın ağır bedensel zarar olarak nitelendirilmesi şüphelidir. Bu sebeple zarar görenin yakınlarına hükmedilecek manevi tazminat için öncelikle bedensel zararın ağırlığı değerlendirilmelidir.

Parmaklarda meydana gelen zararın, duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması olarak tanımlanması nedeniyle orta derecede değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan ihlalin derecesi tartışılabilir. Ancak bilirkişi raporunda zararın komplikasyon olarak değerlendirilmesi ve kesinin sekonder iyileşmeye bırakılmasının tıp kurallarına uygun olduğu gözetildiğinde ihlalin ağır derecede olmayacağı kabul edilmelidir.

Yargılama sonucunda zarar gören için 10.000TL, yakınları için ayrı ayrı 2.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 23,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Meydana gelen bedensel zararın orta derecede ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (9-27 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Tedavide dikkatsizlik, küçüğün ayak parmaklarının kesilmesi

Y.3.HD. 2020/3216E, 2020/4491K, 21.09.2020

Olay: Küçük, doğum sonrası bel ve boyun ameliyatı geçirmek zorunda kalmış, ameliyat sonrası fizik tedavi uygulanmış, tedavinin ikinci haftasında kullanılan havlunun fazla ısıtılmasından dolayı küçüğün ayağı yanarak dolaşım bozukluğu nedeniyle sol ayak baş parmağı ve sonra diğer parmakları kesilmiştir.

Karar: Derece mahkemesi; küçük için 160.000TL, anne için 40.000TL, baba için 40.000TL. manevi tazminata, dava tarihi olan 17.09.2014 tarihinden itibaren yasal faizi ile davacılara verilmesine karar vermiştir. Karar için istinaf yoluna başvurulmuştur. Gaziantep BAM, maddi tazminat davasının kabulü, manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile küçük için 100.000TL., anne için 25.000TL., baba için de 25.000TL. manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 19.12.2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile davacılara verilmesine karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2012 2014	Küçük Tedavide dikkatsizlik Ayak parmaklarının kesilmesi	Ağır Ağır	2020 Y.3 100.000 +25.000x2	106,3 (24-48) +26,5x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda zarar gören için 100.000TL, yakınları için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 106,3 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin de ağır derecede olduğu varsayılsa bile, hükmedilen miktarın önerimizin (24-48 BAÜ) oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

Küçüğün kolunun kırılması, tedavi hatası sebebiyle kolun kesilmesi

Y.13.HD. 2018/3646E, 2019/11286K, 14.11.2019

Olay: Davacılar, kızları olan 2008 doğumlu küçüğün 21.06.2013 günü kolunun kırıldığını, açık yarası olmasına rağmen davalı doktor tarafından hemen aynı gün alçıya alındığını, 3 gün sonra kontrole gelinmesi gerektiğinin doktor tarafından belirtildiğini, kolun morarması ve ağrıması üzerine hastaneye 23.06.2013 tarihinde yeniden gidildiğini, ancak tekrar eve gönderildiklerini, daha sonra kan toplaması ile hastaneye gidildiğini ve küçüğün ameliyata alındığını, düşme sırasında açık yaraya toprak girerek mikrop kaptığını belirten davalı doktorun üniversite hastanesine gönderdiğini, 24.06.2013 günü küçüğün kolunun kesildiğini belirtmektedirler.

Talep: Davacılar, maddi ve küçük için 100.000TL, baba ve anne için ayrı ayrı 20.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsilini talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesince, davacıların maddi tazminat davasının kabulü ile küçük için 75.000TL, anne ve baba için ayrı ayrı 15.000TL manevi tazminatın olay tarihi 21.06.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle tahsiline karar vermiştir.

BAM ve Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2013 -	Küçüğün kolu kırılması Tedavi hatası sebebiyle kolun kesilmesi	Ağır Ağır	2019 Y.13 75.000 +15.000x2	76,6 (24-48) +15,3x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda zarar gören küçük için 75.000TL, yakınları için ayrı ayrı 15.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Küçük için takdir edilen manevi tazminat miktarının, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 76,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin de ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (24-48 BAÜ) oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

28 haftalık prematüre doğum, her iki gözde görme kaybı

Y.13.HD. 2018/2851E, 2019/10482K, 24.10.2019

Olay: Bebeğin 28.01.2009 tarihinde davalı şirkete ait hastanede henüz 28 haftalık olarak doğduğu ve kuvöze alındığı, çocuk hastalıkları uzmanı davalı doktor tarafından kontrol ve takiplerinin yapıldığı, kendileri tarafından prematüre bebeklerde görülme sıklığı fazla prematüre retinopatisi (ROP) hususunda doktorun uyarılması ile göz doktoru tarafından muayene edilip sorun olmadığının bildirilmesi üzerine bebeğin 62 gün kuvözde kaldıktan sonra 28.03.2009 tarihinde taburcu edildiği, davacı annenin şüphesiyle tıp fakültesi hastanesine götürüldüğü, bebekte ROP teşhisi konulduğu, yapılan lazer

uygulamalarından sonuç alınamadığı, kendilerine çocuğun kuvözdeyken getirilmesi gerektiğinin ve dolayısıyla çok geç kalındığının söylendiği, akabinde sağ ve sol gözler için yapılan ayrı ayrı ameliyatlardan da sonuç alınamadığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davalı hastane ve sorumlu hekimin gerekli muayeneyi yapmaması, eksik ve yanlış değerlendirme yapması, kontrollerin aksatılması, bebeğin tam teşekküllü bir hastaneye sevkinin zamanında yapılmaması, tıbbi standartların uygulanmaması, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle davalıların tam kusurlu olduklarını ileri sürülerek maddi ve bebek için 70.000TL, anne için 50.000TL, baba için 50.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsilini istemişler; birleşen davada ise asıl davada gösterilen sebeplerle göz doktoru olan davalının da sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürerek maddi ve bebek için 35.000TL, diğer davacıların her biri için 25.000TL manevi tazminatın yasal faizi ile davalıdan tahsilini istemişlerdir.

Yargılama ve Karar: yerel mahkemece asıl ve birleşen davalarda maddi ve manevi tazminat taleplerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

BAM 18.HD. hem asıl hem de birleşen davalar yönünden istinaf başvurularının esastan kabulüne, kararların kaldırılmasına, asıl dava yönünden; manevi tazminat davalarının kısmen kabulüyle bebeğe velayeten açılan davada 35.000TL, diğer davacılar için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminatın birleşen davadaki taleple tekerrür oluşturmayacak şekilde davalı şirketten tahsiline, birleşen dava yönünden; bebeğe velayeten açılan davada 35.000TL, diğer davacılar için ayrı ayrı 25.000,00 TL manevi tazminatın asıl davadaki tazminatla tekerrür oluşturmayacak şekilde dava tarihinden itibaren işleyecek değişik oranlardaki yasal faizi davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009 -	28 haftalık prematüre doğum ROP, her iki göz görme kaybı	Ağır Ağır	2018 Y.13 35.000 +25.000x2	52,5 (24-48) +37,5x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda zarar gören için 35.000TL, yakınları için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Bebek için takdir edilen manevi tazminat miktarının, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 52,5 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin de ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (24-48 BAÜ) biraz üzerinde olduğu görülmektedir.

Bebeğin göz rahatsızlığına yönelik komplikasyon yönetimi

Sol göz görme kaybı, %32,3 kalıcı maluliyet

Y.13.HD. 2016/29361E, 2018/10305K, 06.11.2018

Olay: Davacıların müşterek kızı E., sekiz aylıkken göz yaşı bezi tıkanıklığı şikayetiyle 20.05.2009 tarihinde davalı hastaneye götürüldüğü, davalı doktor tarafından hemen sol gözü ameliyat edilmiş olup yarım saat sonra taburcu edildiği, göz etrafında şişliğin artması nedeniyle başvuru üzerine sekiz gün yatırıldığı ve durumun düzeldiği söylenerek göz hâlen kapalıyken taburcu edildiği, gözün üzerinde beyaz bir perde olması sebebiyle üniversite hastanesine götürüldüğü ve burada yatarak tedavi sonunda sol gözünün görme yeteneğini kaybettiği anlaşılmaktadır.

Olayla ilgili ceza davası açılmış ve ATK 3. ATİK'den farklı tarihlerde alınan iki bilirkişi raporunda; hastanın ilk giriş muayenesinde akıntılı göz iltihabı (dakriosistit-göz yaşı kesesi iltihabı) olduğu bildirildiği, bu tür akıntılı göz iltihaplarında tedbir olarak yaklaşık 1 hafta 10 gün lokal damla şeklinde ve gerekirse sistemik olarak antibiyotik tedavi yapılması gerektiği tıbben bilindiğinden, bu tedaviyi yapmayan ve hastaya ilk gördüğü gün göz yaşı kesesi tıkanıklığını açmak için sonda-lavaj işlemi yapan hekimin bu eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığı bildirilmesi üzerine, hekimin cezalandırılmasına ve HAGB karar verilmiş, karar kesinleşmiştir.

Talep: 12.12.2012 tarihinde, sol gözdeki görme kaybı sebebiyle maddi ve E. için 200.000TL, davacılar O. ve T. için 75000'er TL manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte verilmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece alınan 11.08.2014 tarihli bilirkişi raporunda daha öncekine benzer görüş bildirilmiş ve 24.12.2014 tarihli bilirkişi raporunda %32,3 kalıcı beden gücü kaybı tespit edilmiştir.

Mahkeme, maddi ve küçük E. için 20.000TL, anne ve baba için ayrı ayrı 10.000TL manevi tazminata olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile verilmesine hükmetmiştir.[1453] Yargıtay, hükmedilen miktarı az bularak kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009 2012	Küçüğün sol göz görme kaybı %32,3 maluliyet Tedavi ve yönteminde hata	Ağır Ağır	2016 AHM 20.000 **(AZ)** +10.000x2 **(AZ)**	30 (24-48) +15x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda mahkemesince zarar gören için 20.000TL, yakınları için ayrı ayrı 10.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay, miktarın az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 30 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede olduğu, olayın meydana geliş şekli açısından ilk başta hatalı tedavi seçimi ile takiplerde ihmalin devam etmesi ve zarar görenin küçüğün görme kaybı yaşadığı dikkate alınıp ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (24-48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak zarar ve ihlalin ağırlığı karşısında manevi tazminat miktarının üst sınıra yakın verilmesi kabul edilebilir.

Fenilketonüri teşhisi gecikmesi

D.15.D. 2018/725E, 2018/5625K, 06.06.2018

Olay: Dava, davacıların doğum hastanesinde 17.05.2002 tarihinde doğan çocuklarına fenilketonüri tarama programı çerçevesinde gerekli olan testin yapılmaması, geç tanı konulması, özel diyet programına geç başlanılması nedeniyle mental retardasyon arızasına duçar olması sebebiyle %57 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmesine ilişkindir.

Talep: Küçüğün ömrünün sonuna kadar bakıma muhtaç olması nedeniyle maddi ve her üç davacı için ayrı ayrı 30.000TL manevi tazminatın idareye başvuru tarihi olan

[1453] Osmaniye 2. AHM 2012/478E, 2016/4K, 12.01.2016 (Yayımlanmamış karar).

25.06.2002 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle 2003 yılında İdare Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır.

Yargılama ve Karar: 04.102004 tarihli üniversiteden alınan bilirkişi raporunda, bebek 45 günlük iken gönderilen idrar ve kan örneklerinde fenilalaninde artış saptanarak bebeğe fenilketonüri tanısının konduğu, aynı örnekten kantitatif fenilalanin ölçümü yapılarak tanının kesinleştirildiği, hastalığın neden olabileceği beyin hasarının yaşam boyu devam edecek olan fenilalaninden kısıtlı diyet uygulaması ile önlenebileceği, adı geçen hastaya bu tedavinin bebek 45 günlükken başlandığı, hastalık tedavi edilmediği takdirde ağır beyin hasarı yaratacağı ve kişinin öz bakımını yapamayacak kadar ağır engelli olacağı belirtilmiş; ATK raporunda ise %57.0 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş sayılacağı yönünde rapor verilmiştir.

İdare Mahkemesinin 27.12.2005 tarihli kararıyla davanın reddine karar verilmiş ve bu karar, D.10.D. 17.02.2009 tarihli kararı ile bozulmuştur.

Bozma kararı doğrultusunda mahkeme, kısmen maddi ve 90.000TL manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmiştir. Bu karar manevi tazminat açısından kesinleşmiş ancak ıslah edilen maddi tazminat açısından bozulmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2002 2002	Fenilketonüri teşhis gecikmesi %57 kazanma gücü kaybı	Ağır Ağır	2018 30.000 +30.000x2	56,5 (24-48) +56,5x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda mahkemesince zarar gören için 30.000TL ve yakınları için de ayrı ayrı 30.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

Takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında her bir davacı için yaklaşık 56,5 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır derecede olduğu kabul edilerek teşhisteki 45 günü aşmayan gecikme nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu varsayılsa bile, hükmedilen miktarın önerimizin (24-48 BAÜ) oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

Hatalı muayene sonucu küçüğün kızlık zarının yırtılması

Y.13.HD. 2015/34901E, 2018/6348K, 29.05.2018

Olay: Davacılardan küçük M.'nin lise 2.nci sınıf öğrencisiyken, 10.10.2005 tarihinde rahatsızlığı nedeniyle gidilen hastanede davalı doktor tarafından gerçekleştirilen ve genç kız muayenesine uygun olmayan kontrol ameliyesi nedeniyle kızlık zarı zarar görmüştür.

Talep: Davacı M'nin fiziksel ve ruhsal acı, diğer aile fertlerinin ise psikolojik anlamda elem ve üzüntü çektiklerini ileri sürülerek M. için 20.000TL anne için 7.000TL, baba için 7.000TL ve kız kardeşi için 6.000TL manevi tazminatın davalılardan tahsil edilmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, 07.04.2015 tarihinde, davacı lehine 30.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile verilmesine hükmedilmiştir.[1454]

Yargıtay; küçük, anne, baba ve kardeş için toplam 40.000TL manevi tazminat istenmiş olduğu; mahkemece M.'nin olayı nedeniyle babası, annesi ve kardeşi manevi tazminat istemiş ise de, bunlar için hüküm verilmesi zuhulen unutulduğu belirtildiği, bu hâliyle hüküm altına alınan 30.000TL'nin tamamının küçük yararına öngörülse de küçük için 20.000TL istenmiş olduğu, davacıların talep sonucunda gösterdiği taleplerinden birisi için bu talep aşılmak suretiyle hüküm kurulmuşken davacıların diğer talepleri konusunda da herhangi bir değerlendirme yapılmamış ve hüküm kurulmamış olması bozma sebebi olarak gösterilmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2005 2006	Küçük, hatalı muayene Kızlık zarı bozulması	Ağır Ağır	2015 AHM 30.000 (Talep 20.000)	40,9 (24-48)

Değerlendirme: Zarar gören için 20.000TL ve yakınları için toplam 20.000TL talep edilse de mahkemenin hataen sadece zarar görene 30.000TL ve yakınlarına hiç tazminata hükmetmediği görülmektedir. Mahkemenin açıklamasından, yakınları için de

[1454] Gaziosmanpaşa 2. AHM, 2006/13E, 2015/153K, 07.04.2015 (Yayımlanmamış karar).

manevi tazminata hükmedilmesi düşünüldüğü ancak bunun unutulduğu, takdir edilen miktarın sadece küçük için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu sebeple taleple bağlılık ilkesi de gözetildiğinde, küçük için takdir edilen manevi tazminatın 20.000TL olduğu varsayılabilir.

Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 40,9 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın duyu veya organlardan birinin işlev yitirilmesi kapsamında ağır derecede olduğu, olayın etkileri ve zarar görenin küçük olduğu dikkate alınıp ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (24-48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 8. Küçüklerde Teşhis ve Tedaviye Bağlı Ağır Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2004 2004	Küçüğün tedavisinde gecikme Sağ el 4-5. parmak sinir hasarı	Orta Orta	2015 İM 10.000 +2.000x2	23,6 (9-27) +11,8x2
2012 2014	Küçüğün tedavisinde dikkatsizlik Ayak parmaklarının kesilmesi	Ağır Ağır	2020 Y.3 100.000 +25.000x2	106,3 (24-48) +26,5x2
2013 -	Küçüğün kolunun kırılması Tedavide hata, kolun kesilmesi	Ağır Ağır	2019 Y.13 75.000 +15.000x2	76,6 (24-48) +15,3x2
2009 -	28 haftalık prematüre doğum ROP, her iki göz görme kaybı	Ağır Ağır	2018 Y.13 35.000 +25.000x2	52,5 (24-48) +37,5x2
2009 2012	Küçüğün sol göz görme kaybı %32,3 maluliyet Tedavi ve yönteminde hata	Ağır Ağır	2016 AHM 20.000 **(AZ)** +10.000x2 **(AZ)**	30 (24-48) +15x2
2002 2002	Fenilketonüri teşhis gecikmesi %57 kazanma gücü kaybı	Ağır Ağır	2018 30.000 +30.000x2	56,5 (24-48) +56,5x2
2005 2006	Küçük, hatalı muayene Kızlık zarı bozulması	Ağır Ağır	2015 AHM 30.000 (Talep 20.000)	40,9 (24-48)

2004 ile 2014 yılları arasında küçüklerde teşhis ve tedaviye bağlı meydana gelen ağır bedensel zararlarla ilgili yedi kararda; zarar gören küçükler için 10.000TL ile 100.000TL arasında, yakınları için ise 2.000TL ile 30.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören küçükler için 23,6 ile 106,3 BAÜ arasında, zarar gören küçüklerin yakınları için 11,8 ile 56,5 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan üç tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve diğer dört kararın önerimizin üzerinde olduğu görülmektedir. Ancak önerimizin üzerinde hükmedilen miktarlar arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Örneğin; yakın tarihlerde meydana gelen ve karar verilen, küçüğün kolunun kesilmesi olayında zarar gören küçük için 75.000TL (76,6 BAÜ) manevi tazminata hükmedilirken ayaktaki parmakların kesilmesi olayında 100.000TL (106,3 BAÜ) ile %40 kadar daha fazla manevi tazminata hükmedilmesi, zararlar arasındaki fark karşısında hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmekte ve zarar ile hükmedilen miktarlar arasındaki değişkenliği göstermektedir. Bu sebeple manevi tazminatın önerimiz doğrultusunda objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

20.4. Komplikasyon Yönetiminde Hata

Yüzün sürekli değişikliği

Y.13.HD. 2016/29362E, 2018/10672K, 14.11.2018

Olay: Davacı S.'nin özel bir tekstil atölyesinde makineci olarak çalışmakta olduğu, hastaneye kulağındaki rahatsızlığının tedavi edilmesi amacıyla başvurduğu, davalı doktor tarafından acil olarak ameliyat olması yönündeki teşhisi doğrultusunda 13.08.2010 tarihinde diğer davalı doktor tarafından ameliyat edilerek taburcu edildiği, ameliyattan sonra yüz felci geçirdiği, ameliyat edilen kulağın bulunduğu taraftaki sağ göz kapağının kapanmadığı, gözünün bulanık görmeye başladığı, davalı hastaneye başvurduğunda kusmadan dolayı sinirlerinde sıkışma olabileceği, fizik tedavi görmesi hâlinde sorunların ortadan kalkacağının söylendiği, davacının başka bir hastanede fizik tedavi gördüğü, EMG sonuçlarında kulak ameliyatı sebebiyle yüz sinirlerinde kopma olduğunun tespit edildiği, bunun üzerine ameliyat olduğu, yüzünde oluşan felcin ortadan kalkmadığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, kulağında ve yüzünde kalıcı hasar meydana gelerek maluliyetine sebep olunduğundan maddi ve 100.000TL manevi tazminatın ameliyat tarihi olan 13.08.2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: AHM tarafından ATK 3. ATİK'ten alınan üç ayrı raporda; işitme kaybının organlarından birinin işlevinin yitirilmesi ve yüzde sabit iz niteliğinde olduğu, hastanın postoperatif hekim tarafından kontrol edilmesinin gerektiği, ancak kontrol edildiğine dair bir kayda rastlanmadığı, mevcut durumun komplikasyon yönetimi açısından bir eksiklik olarak değerlendirildiği, davacının %26,2 oranında meslekte kazanma gücünden kaybetmiş sayılacağı, maluliyet oranının sürekli olduğu belirtilmektedir.

Mahkeme, maddi tazminat ile 60.000TL manevi tazminatın 13.08.2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari faiziyle davacıya verilmesine karar vermiştir.[1455] Yargıtay kararı, "ticari faiz" ibaresini, "yasal faiz" olarak düzelterek onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 2011	Yüzün sürekli değişikliği %25,2 maluliyet Komplikasyon yönetiminde kusur	Ağır Ağır	2015 AHM 60.000	78,9 (24-48)

Değerlendirme: Takdir edilen 60.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 78,9 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır olduğu, kulak ameliyatlarında sinir hasarı komplikasyonunun kontrol edilmemesi ve komplikasyon yönetiminin yapılmayarak, tekrar ameliyat olunması karşısında ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimizden (24-48 BAÜ) oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Ancak dikkati çeken diğer bir durum, her ne kadar faizin zarar tarihinden itibaren başlatılmasına hükmedildiğinden tazminatın zarar tarihine göre belirlendiği kabul edilse bile miktarın hüküm tarihine göre belirlendiği varsayıldığında, manevi tazminatın 47,1 BAÜ olarak önerimizle uyumlu olduğu dikkati çekmektedir.

[1455] Bakırköy 2. AHM 2011/50E, 2015/596K, 30.12.2015 (Yayımlanmamış karar).

20.5. Hatalı Teşhis, Tedavi ve Ameliyat

Karaciğer kisti patlamasına müdahale edilmemesi

Y.13. HD. 2018/4135E, 2020/3689K, 04.05.2020

Olay: Davacılardan N'nin karaciğerinden kaynaklanan rahatsızlıklar sebebiyle gittiği davalı hastanede genel cerrahın yaptığı muayene sonucunda ameliyat olmasına karar verildiği, 24.10.2000 tarihinde aynı doktor tarafından ameliyat edildiğini, ancak ameliyattan sonra durumunun daha kötüye gittiği, davalı doktorun bu konuda uyarıldığı, 26.10.2000 tarihinde hastanın sevkinin yapıldığı, yapılan incelemede hastanede yapılan ameliyatında karaciğerdeki kistin patlatıldığı, vücuda dağıldığı, kistin iyice temizlenmeden ameliyat yerinin kapatıldığı, ameliyat yeri kapatılırken bağırsağın batın bölgesine dikildiği ve dolayısıyla bağırsağın delinmiş olduğu, bağırsaktaki pisliklerin vücuda dağılarak hastanın şok geçirerek büyük bir hayati tehlike ile karşı karşıya geldiğini tespit ettikleri, müvekkilinin delinen bağırsağın dikilmesi için bir ameliyat daha geçirdiği, uzun süre delik kalan bağırsağı dikiş tutmadığı için açık olan karnına bir torba bağlandığı, tedavinin hâlen sürdüğü ve bir ameliyat daha geçirmek zorunda olduğu anlaşılmaktadır.

Talep: tüm bu nedenlerle maddi ve davacı hasta N. için 5.000TL, yakınları D. ve B. için 2.500'er TL manevi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile taraflarına ödenmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, maddi tazminat talebinin kısmen kabulüyle davacı hasta N için 1.500TL, davacı yakınları D. ve B. İçin ayrı ayrı 1.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile ödenmesine karar verilmiştir.

Karar Y.13.HD. 18.04.2018 tarihli kararı ile onanmış, karar düzeltme talebi reddedilmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2000 -	Karaciğer kist ameliyatında hata Kist rüptürü, bağırsak delinmesi, sepsis, tekrar ameliyat	Ağır Ağır	2018 Y.13 1.500 1.000x2	12,6 (24-48) 8,4x2

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminatın zarar tarihine göre hesaplandığında; hasta N. için 1.500TL manevi tazminatın yaklaşık 12,6 BAÜ, yakınları için ayrı ayrı 1.000TL'nin ise 8,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zarar nedeniyle bedensel zararın ağır olarak ve ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen 12,6 BAÜ miktarın önerimizden (24-48 BAÜ) oldukça az olduğu görülmektedir.

Katarakt ameliyatında kusur

D.15.D. 2016/4725E, 2016/6330K, 21.12.2016

Olay: Davalı idareye bağlı EAH'de yapılan katarakt ameliyatı neticesinde davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle sol gözünün görme özelliğinin kaybetmesi ve estetik yönünden oluşan olumsuz görüntü oluştuğu anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, maddi ve 50.000TL manevi tazminatın 17.10.2006 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte ödenmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkeme 15.000TL manevi tazminata hükmetmiş, Danıştay miktarı az bularak kararı bozmuştur.

Mahkeme, bozma kararına uyarak olayın oluş şekli ve zararın niteliği, idarenin kusurunun ağırlığı dikkate alındığında davacının duyduğu elem ve ızdırabı karşılığında bozmadan önceki kararında hükmedilen ve onanarak kesinleşen 15.000TL manevi tazminata ilaveten 35.000TL, toplamda davacının talebi olan 50.000TL manevi tazminata hükmetmiştir. Danıştay bu kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
- 2006	Katarakt ameliyatında kusur Sol göz görme kaybı	Ağır Ağır	2016 D.15 50.000	94,1 (24-48)

Değerlendirme: Kararda idarenin kusurlu olduğu belirtilse de kusurun ağırlığı anlaşılamamaktadır. Ancak Danıştay ilk kararda manevi tazminata hükmedilmesine rağmen miktarı az bularak bozduğundan ihlalin hafif olmadığı kabul edilebilir.

Talep tarihine göre; ilk kararda takdir edilen 15.000TL manevi tazminatın 28,2 BAÜ, bozma kararına uyularak takdir edilen 50.000TL manevi tazminatın ise 94,1 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın ağır olduğu ve ihlalin hafif olmadığı (ve hatta ağır derecede olduğu) kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (24-48 BAÜ) oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Ancak ilk kararda takdir edilen miktarın önerimiz sınırları içerisinde ancak alt sınıra yakın olduğu görülmektedir. Bu miktarın az bulunduğu gözetilerek, önerimizin üst sınırına yakın bir miktara hükmedilmesi de bozma kararına uygunluğu sağlayacaktır.

21. AĞIR OLMAYAN BEDENSEL ZARARLAR

21.1. Hatalı Teşhis ve Tedavi

Bedensel zararla nedensellik kurulamayan hatalı teşhis

Cihan Beyribey, B. No: 2014/19450, 26.12.2018

Olay: Davacı sol ayak bileğinde ağrı şikayetiyle Aralık 2000 tarihinde Erzurum SSK Hastanesine başvurmuş ve başvurucuya ilaç tedavisi uygulanmıştır. Aynı şikayetlerle SSK Ankara İhtisas Hastanesine müracaat etmiş, (beyanına göre 09.03.2001, ATK raporuna göre 28.06.2001 tarihinde) gut artrit tanısı konulmuş ve buna yönelik tedavi uygulanmıştır. Ancak şikayetleri giderek artmış, 30.07.2001 tarihinde ayakta patolojik kırık meydana gelmiş ve üç ay alçıya alınmasına rağmen kırığın kaynamaması üzerine tıp fakültesine sevk edilmiştir. Burada 30.10.2001 tarihinde biyopsi yapılmış, 07.11.2001 tarihinde kemik tümörü olduğu tespit edilmiş, tedavi uygulanmış, durumun kötüleşmesi üzerine 21.12.2001 tarihinde sol bacağı diz altından kesilmiştir.

Talep: 08.09.2002 tarihinde SSK aleyhine, gut rahatsızlığı olduğu yönünde hatalı teşhis ve tedavi yapıldığını, bu nedenle bacağının kesilmesine sebebiyet verildiğini belirterek davalı idarenin ihmalden kaynaklanan hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla tam yargı davası açmıştır.

Yargılama ve Karar: ATK 25.04.2008 tarihli raporunda yer verilen tıbbi belgeler arasında; SSK Ankara İhtisas Hastanesi 09.03.2001 tarihli epikrizinde gut tanısı ile tedaviye başlandığı, 16.10.2001 tarihinde yapılan biyopsi ile osteosarkom (tümör)

tanısının konduğu, tedavi sürecinin beş aylık süre için uzadığı, gut tanısının konduğu tarihte osteosarkom tanısı konulsaydı da bacağın ampütasyona gideceği ve sonucun değişmeyeceği bildirilmiştir.

Mahkeme, bilirkişi raporunu esas alarak, idarenin kusurlu olduğuna yönelik bir belirleme bulunmadığı ve illiyet bağı kurulamadığı gerekçesiyle 05.11.2008 tarihinde davayı reddetmiştir ve D.10.D. 21.11.2012 tarihli kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme aşamasında ise D.15.D. 29.04.2014 tarihli ilamıyla kararın maddi tazminat reddi kısmı onanmış, manevi tazminat isteminin reddine dair kısmı, hastalığın tedavisinde 5 ay gecikme yaşanmasını idarenin hizmet kusuru kabul ederek bozulmuştur.[1456]

Mahkeme tarafından bozma kararına uyulmuş ve 18.02.2015 tarihli kararla, 3.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmiştir.

AYM, yanlış teşhis konulmasından dolayı başvurucunun tedavisinde gecikmenin olduğu, bu suretle sağlık hizmetinin geç işlediği ve idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabul etmektedir. Diğer taraftan olayda zarar ve hizmet kusuru koşullarının mevcut olduğu kabul edildikten sonra zarar ile hizmet kusuru arasında illiyet bağının mevcut olup olmadığı hususunun araştırıldığı, ATK raporunda başvurucuya gut teşhisinin konulduğu tarihte osteosarkom (tümör) tanısı konmuş olsaydı da bacağın ampütasyona gideceği ve sonucun değişmeyeceği tespiti karşısında, meydana gelen maddi zarar ile kusur arasında illiyet bağı kurulamadığı anlaşıldığını, derece mahkemesinin de maddi tazminat talebinin reddine karar verirken gerekçesinde bu hususu vurgulamış olduğunu, bu durumda mahkeme kararının, konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe içerdiğini belirtmektedir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2002	Hatalı teşhis (nedensellik yok) Diz altı kesilmesi	Hafif Ağır	2015 İM 3.000	12 (6-18)

Değerlendirme: Olayda, hatalı teşhis nedeniyle tedavideki gecikme hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir. Ancak bu kusur diz altının kesilmesine sebep olacak

[1456] *"... .zararlı sonuç ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı kurulamadığı durumlarda idarenin maddi zarardan sorumlu tutulması mümkün olmadığından, idarenin sonuca etkisi olmayan hizmet kusurunun uğranılan manevi zararın karşılığı olduğunun kabulü gerekir.*

Buna göre, zamanında tedavi olsaydı şifa bulacağı, dolayısıyla bacağının kesilmeyeceği ümidini her zaman taşıyacağı açık olan davacının uğradığı manevi zararın karşılığı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken bu talebin reddine yönelik mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir."

nedenselliğe ulaşmasa da cüzi sayılacak bir miktar dahi olsa bedensel bir zarara sebep olduğu ortadadır. Ancak AYM dahil mahkemelerin, bu hususu değerlendirmeyip bedensel zararı sadece diz altı kesilmesi açısından değerlendirdikleri görülmektedir. Bu nedenle bedensel zararın hafif derecede olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan teşhis hatalı da olsa bacağın kesilmesine neden olmadığı ve hatanın gecikme olarak kalması karşısında ihlalin ağır dereceye ulaşamadığı kabul edilebilir.

Yargılama sonucunda zarar gören için 3.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı dava tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 12 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Meydana gelen bedensel zararın hafif derecede ve olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin ağır dereceye ulaşmadığı kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (6-18 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Keratakonus ameliyatı sonrası görme seviyesinde azalma

Y.13.HD. 2018/6488E, 2020/1085K, 03.02.2020

Olay: Davacı, gözündeki görme bozukluğundan dolayı "keratakonus" teşhisi konulduğunu, görme düzeyinin lenslerle %90 seviyesine ulaştığını, ancak davalı göz hastanesine ilişkin bir reklamda "keratakonus" hastalığının iyileştirildiğini öğrenmesi üzerine davalı hastaneye başvurarak 02.08.2007 tarihinde ameliyat olduğunu ancak gözünün düzelmediği ve görme seviyesinin %5'lere kadar düştüğünü belirtmektedir.

Talep: Davacı, maddi ve 50.000TL. manevi tazminatın, olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkeme, maddi ve 25.000TL manevi tazminatın 02.08.2007 tarihinden itibaren yasal faiziyle beraber davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2007 -	Keratakonus ameliyatı Görme seviyesinde azalma	Ağır Ağır	2020 Y.13 25.000	42,7 (24-48)

Değerlendirme: Ameliyat sonrası görme seviyesinde azalma sebebiyle takdir edilen 25.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 42,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Görme seviyesindeki azalma %5e kadar düşmesi nedeniyle meydana gelen bedensel zararın ağır olduğu ve maddi tazminata da hükmedildiği gözetildiğinde ihlalin ağır seviyede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (24-48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Prostat ameliyatı sonrası bacaklarda 3.derece yanık

Y.13.HD. 2016/28456E, 2019/11696K, 28.11.2019

Olay: Davacı, davalı özel hastanede prostat teşhisi ile tedavi altına alınıp, 25.06.2010 tarihinde ameliyat edildiğini, ancak ameliyat sırasında el ve ayaklarına bağlanan bantlarda elektrik kaçağı olması nedeniyle bacaklarında 3. dereceden yanık oluştuğunu, söz konusu yanıklar nedeniyle iki ay iş ve güçten mahrum kaldığını, devlet hastanesinde doku nakli ameliyatı olmak zorunda kaldığını ileri sürmektedir.

Talep: Davacı, maddi ve 30.000TL manevi tazminatın yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, davacının maddi tazminat talebinin feragat sebebiyle reddine ve 10.000TL manevi tazminatın 25.06.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davacıya verilmesine hükmetmiştir.

Yargıtay, kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 -	Prostat ameliyatı Bacaklarda 3. derece yanık ve doku ameliyatı	Orta Ağır	2019 Y.13 10.000	13,7 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen 10.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 13,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın orta derecede ve ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (18-36 BAÜ) düşük olduğu görülmektedir.

Spinal anestezi sonrası bacaklarda yanık

Y.13.HD. 2017/8221E, 2019/9925K, 15.10.2019

Olay: Davacı, 26.12.2011 tarihinde davalı şirketin işlettiği tıp merkezinde spiral anestezi yöntemi ile doğum yaptığını, ameliyattan çıktıktan sonra yoğun üşüme duygusu olduğunu doktoruna söylediğini, doktorun hemşireden sırt ve ayaklara sıcak su torbası konmasını söylediğini, ancak sıcak su torbasını hemşire değil temizlik personelinin getirerek sadece ayaklarına koyduğunu, ayaklarının uyuşuk olması sebebiyle torbanın ısısını fark edemediğini, bu nedenle ayaklarında yanıklar oluştuğunu, yanıkları tedavi etmek için hemen taburcu etmediğini, dört gün boyunca tedavi uyguladığını, ancak geçen süre içinde iyileşme meydana gelmediğini, yaradan kültür aldıktan sonra plastik cerrahın görmesi gerektiğini bildirdiğini, bu aşamadan sonra kendi imkanlarıyla tedavi aldığını, kalçadan parça alınmak suretiyle ayaklarına yama işlemi uygulandığını, olaydan dolayı büyük acı ve sıkıntı yaşadığını, sinir uçları açıkta kaldığından büyük acılar yaşadığını, 25 gün yürüyemediğini, her pansuman işlemi için eşinin kucağında gidip dönmek zorunda kaldığını, çocuğuna annelik yapamadığını, doğum için öğretmenlik görevinden ücretsiz olarak izine ayrıldığı için tekrar göreve dönme olasılığının riske girdiğini ileri sürmektedir.

Talep: Davacı maddi ve yaşanan büyük acı ve sıkıntıların telafisi için 1.000.000TL manevi tazminatın faizi ile tahsilini istemiştir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesince, maddi ve 50.000TL manevi tazminatın olay tarihinden işleyen yasal faiziyle birlikte tahsiline karar vermiştir.

BAM ve Yargıtay, manevi tazminat kararını onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2011 -	Spinal anestezi ile doğum Bacaklarda yanık ve ameliyat	Orta Ağır	2019 Y.13 50.000	59,7 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen 50.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 59,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın orta derecede ve ihlalin ise ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (18-36 BAÜ) oldukça yüksek olduğu görülmektedir.

Epidural anestezi sonrası bacaklarda yanık

Y.13. HD. 2017/9039E, 2018/1345K, 07.02.2018

Olay: Davacılardan B'nin 22.10.2010 tarihinde davalı hastanede sezaryen ile doğum yaptığı, doğumdan sonra üşümesi nedeniyle hastane görevlileri olan davalıların talimatı doğrultusunda bacaklarına sıcak termofor konulduğu, ancak epidural uygulaması nedeniyle bacakları uyuşuk olduğundan ve uzun süre gerekli kontrollerin yapılmaması nedeniyle, bacaklarında ciddi yanıklar oluştuğu, yanık et parçalarının döküldüğü, akabinde yanıklar nedeniyle 7 kez ameliyat geçirmek zorunda kaldığı ve kalıcı izler oluştuğu anlaşılmaktadır.

Talep: Doğumdan hemen sonra meydana gelen bu olay nedeniyle maddi ve doğumu yapan B. için 65.000TL manevi, davacı eşi F. için 20.000TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, 30.09.2015 tarihli ve 19.11.2015 tarihli bilirkişi raporlarında iyileşme sürecinin 6 aya kadar uzayabileceği, bu sürede bakıcı yardımına muhtaç olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme, maddi ve B. için 8.000TL, F. için 4.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işeyecek faizi ile tahsiline karar vermiştir. [1457]

Yargıtay; doğum sonrasında kişinin kusurlu davranışıyla aşil tendonlarına varacak kadar ciddi yanık oluşması, bu nedenden dolayı 7 kez ameliyat geçirmesine sebebiyet verilmesi gözetilerek makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken somut olaya uygun düşmeyecek şekilde davacılardan B. yararına 8.000TL manevi tazminata karar verilmiş olmasının usûl ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010	Epidural doğum	Orta	2015 AHM	10,5

[1457] Bakırköy 8. AHM 2011/199E, 2015/689K, 18.12.2015 (Yayımlanmamış karar).

-	Bacaklarda yanık ve yedi kez ameliyat	Ağır	2018 Y. 13 8.000 **(AZ)** +4.000	(18-36) +5,2

Değerlendirme: Epidural anestezi sonrası bacaklara konan ısıtıcı sebebiyle yanık ve yanıklara bağlı yedi kez ameliyat olayıyla ilgili takdir edilen 8.000TL manevi tazminat miktarı olay tarihine (2010) göre hesaplandığında yaklaşık 10,50 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Yanıkların yaşamı tehlikeye sokan bir durum olması nedeniyle orta derecede bedensel zarar olduğu ve yedi kez ameliyat sebebiyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın (10,5 BAÜ) önerimizin (18-36 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir. Nitekim Yargıtay da miktarın az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Süt dişle birlikte sağlam dişin de çekilmesi

Y.15.HD. 2017/1532E, 2018/2978K, 10.07.2018

Olay: Davacı küçük E. çürüyüp üst kısmı dökülen süt dişini aldırmak için annesi ile 10.12.2010 tarihinde gittikleri özel hastanede davalı diş hekimi tarafından hatalı tıbbi müdahalede bulunarak, müdahale gerektiren çürük süt dişinin yanında sağlam dişini de çektiğini, bunun üzerine başhekimliğe başvurulduğu, bu aşamada yapılacak bir şey olmadığı, yapılan hatanın diş teli takılarak düzeltilebileceği yanıtını verdikleri anlaşılmaktadır. Davacı taraf, davalılardan bunun tazminini istemiştir.

Davalı tarafın kabul etmemesi üzerine suç duyurusunda bulunulmuş ve Üsküdar 4. SCM 22.12.2011 tarihli kararıyla davalı hakkında taksirle yaralama suçundan para cezasına hükmedilmiş ve HAGB yer olmadığına karar verilmiştir.

Talep: 10.04.2012 tarihinde davalı hastane ve diş hekiminin hatalı işlemlerde bulunması nedeniyle davacı küçüğün büyük bir üzüntü ve mağduriyet içinde bulunduğu, tüm çocukluk dönemi ve gençlik kızlık döneminde buna bağlı olarak estetik kayıplarla geçeceğinden maddi ve 20.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle davalılardan tahsil edilmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: AHM tarafından yapılan yargılama sırasında ATK, üniversiteler ve diş hekiminden bilirkişi raporu alındığı görülmektedir. Raporlarda özetle,

süt dişin çekimi esnasında yanındaki kalıcı olan dişin de çekildiğinin anlaşıldığı, diş hekiminin gerekli özeni ve dikkati göstermediği cihetle kusurlu olduğunu, organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması ya da yitirilmesi niteliğinde herhangi bir anatomik eksiklik veya fonksiyonel bozukluk tespit edilmediği belirtilmektedir.

Mahkeme, maddi tazminatın kabulüne, davalı doktorun kusuru ile davacının bir diş nedeniyle tedavi görmeyeceği, ortodonti tedavisine ihtiyacı bulunduğu ancak küçüğün yaşadığı olayın da nazara alınarak 2.000TL manevi tazminata karar vermiştir.[1458]

Yargıtay, kusurun ağırlığı, hatalı tedavi nedeniyle davacının kalıcı cismani zarar görmüş olması, bu zararın niteliğine ve giderilmesi için ilaveten yapılacak tedavilerde de çekmek zorunda kalacağı acı ve ızdırabın boyutu, implant işlemi için geçecek süreçlerde eksik diş nedeniyle yaşayacağı olumsuz psikolojik etkiler birlikte değerlendirildiğinde, hükmedilen tazminat miktarının az olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 2012	Küçük Hatalı olarak sağlam diş çekimi	Hafif Orta	2015 AHM 2018 Y.15 2.000 **(AZ)**	2,6 (6-18)

Değerlendirme: Takdir edilen 2.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 2,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın bilirkişi raporları doğrultusunda hafif olduğu ve zarar görenin küçük olması, uzun tedavi süreci ve tedaviye kadar geçecek sürede eksik diş olmasının yaratacağı etki dikkate alındığında ihlalin orta derecede olduğu kabul edilip, hükmedilen miktarın önerimizden (6-18 BAÜ) oldukça düşük olduğu görülmektedir. Keza, Yargıtay da takdir edilen bu miktarı az bularak bozmuştur.

Sağ elde iki parmağın kopmasında tedavi hatası

D.15.D. 2015/7239E, 2016/221K, 25.01.2016

Olay: 07.10.2010 tarihinde davacının testere ile odun keserken sağ elini kaptırması sonucu iki parmağının kopması ile devlet hastanesi acil servisine müracaat ettiği, yapılan

[1458] İstanbul Anadolu 11. AHM 2012/139E, 2015/353K, 2.10.2015 (Yayımlanmamış karar).

ilk müdahale sonrası hastanenin plastik ve rekonstrüktif cerrahi uzmanı tarafından hastanın zamanla yarıştığı ve resmî evrak hazırlamanın zaman alacağı belirtilerek davacı hastanın kendi imkanları ile başka bir devlet hastanesine gitmelerini söyleyerek davacı ve yakınlarına evrak imzalatarak hastaneden ayrılmalarını sağladığı, bunun üzerine diğer devlet hastanesine gittiği, hastanenin ameliyathanelerin dolu olması nedeniyle hastayı kabul etmemesi üzerine en yakın hastane olan özel hastaneye gittiği, burada davacıya müdahale edilerek ameliyata alındığı, ameliyat ücretinin davacı tarafından ödendiği, ameliyat sonrası sağ elinde kesilen iki parmaktan birinde fonksiyon kaybı olduğu diğer parmakta ise güdük kapama işleminin gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, 06.06.2011 tarihinde idari başvuruda bulunmuş ve başvurunun reddi üzerine tedavi işlemlerinin zamanında ve gerektiği gibi yapılmaması nedeniyle maddi ve 50.000TL manevi tazminatın davalı idarelerden olay tarihi olan 07.10.2010 tarihinden itibaren yasal faizi ile tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkeme; yapılan harcama nedeniyle maddi tazminat talebinin kısmen kabulüne ancak yaşanan kaza sonrasında davacının parmaklarında oluşan kalıcı sakatlığın idareler tarafından sunulan sağlık hizmetinin eksik yada yanlış işlemesinden kaynaklanmadığı, dolayısıyla idarelere atfedilecek bir hizmet kusuru tespit edilemediğinden davacının sağ el parmaklarında oluşan kalıcı hasar nedeniyle iş görmezlik, meslekte kazanma gücü ve efor kaybı karşılığı maddi tazminatın reddine, talep edilen manevi tazminatın şartlarının gerçekleşmediği anlaşılmakla manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir.

Danıştay kararı bozmuş ve mahkemece bozma kararına uyularak, 40.000TL manevi tazminatın olay tarihi olan 07.10.2010 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile davalı idare tarafından davacıya ödenmesine karar vermiştir. Karar faiz başlangıcı açısından talep tarihinin esas alınması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 2011	Sağ el iki parmak kopması Sevk ve tedavide hata	Orta Orta	2016 D.15 40.000	50,2 (18-36)

Değerlendirme: Sağ elde iki parmağın kopması organın işlevinin sürekli zayıflaması olarak kabul edilebilirken bu işlev kaybı idarenin kusuruna bağlı

gelişmemiştir. Diğer taraftan hasta acil serviste usûlüne uygun değerlendirilmiş ve tedavi reddine dair imzası alınarak kendi imkanları ile sevki sağlanmıştır. Bu sebeple sevk edilen kurumun hastayı kabul etmemesi bir kusur olarak değerlendirebilir.

Takdir edilen 40.000TL manevi tazminatın, talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 50,2 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın orta derecede olduğu ve zarar görenin küçük olması, ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (18-36 BAÜ) oldukça yüksek olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 9. Hatalı Teşhis ve Tedaviye Bağlı Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2001 2002	Hatalı teşhis (nedensellik yok) Diz altı kesilmesi	Hafif Ağır	2015 İM 3.000	12 (6-18)
2007 -	Keratakonus ameliyatı Görme seviyesinde azalma	Ağır Ağır	2020 Y.13 25.000	42,7 (24-48)
2010 -	Prostat ameliyatı Bacaklarda 3. derece yanık ve doku ameliyatı	Orta Ağır	2019 Y.13 10.000	13,7 (18-36)
2011 -	Spinal anestezi ile doğum Bacaklarda yanık ve ameliyat	Orta Ağır	2019 Y.13 50.000	59,7 (18-36)
2011 -	Spinal anestezi ile doğum Bacaklarda yanık ve ameliyat	Orta Ağır	2019 Y.13 50.000	59,7 (18-36)
2010 2012	Küçük Hatalı olarak sağlam diş çekimi	Hafif Orta	2015 AHM 2018 Y.15 2.000 **(AZ)**	2,6 (6-18)
2010 2011	Sağ el iki parmak kopması Sevk ve tedavide hata	Orta Orta	2016 D.15 40.000	50,2 (18-36)

2001 ile 2012 yılları arasında teşhis ve tedaviye bağlı ağır olmayan bedensel zararlarla ilgili yedi kararda; zarar gören için 3.000TL ile 50.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği, hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 2,6 ile 59,7 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan iki tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve bir kararda hükmedilen miktarın önerimizin altında olup Yargıtay'ın da miktarı az bularak kararı bozduğu görülmektedir. Diğer dört kararda hükmedilen miktarlar açısından, üç

tanesi önerimizin üzerinde olup bir tanesi de önerimizin altındadır. Önerimizin altında olan bir karar ve önerimizin üzerinde olan üç karardan iki tanesi, yakın yıllarda meydana gelen, ameliyat sırasında bacaklardaki yanık olaylarıyla ilişkilidir. Önerimizin altında kalan kararda 10.000TL (13,7 BAÜ) manevi tazminata hükmedilirken önerimizin üzerinde kalan bu iki kararda 50.000TL (59,7 BAÜ) manevi tazminata hükmedilmiştir. Yakın tarihlerde benzer zararlar için hükmedilen miktarlar arasında beş kat fark bulunmaktadır. Bu beş katı fazla manevi tazminata hükmedilmesi hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmekte ve zarar ile hükmedilen miktarlar arasındaki değişkenliği göstermektedir. Bu sebeple manevi tazminatın önerimiz doğrultusunda objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

21.2. Estetik Uygulamalar

Lipoliz işlemine bağlı yanık

Y.15.HD. 2018/3654E, 2018/3508K, 02.10.2018

Olay: Bölgesel zayıflama için davalı hekim tarafından lipoliz (soğuk yağ dondurma) işlemi yapıldığı, 3 seanslık işlem sonucunda vücudunda 1. derece yanık oluştuğu, davacının ağrılarının artması sebebiyle hastaneye başvurduğu, yanığın 3. derece yanık olduğu, bu yüzden karın gerdirme ameliyatı olduğu ve uzun bir süre dik yürüyemediği ve yine uzun bir süre göğüs altından ayak bileğine kadar çok sıkı bir korse takmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, korse takma mecburiyeti olduğunu, bu süreç içerisinde eşine ve çocuklarına karşı sorumluluklarını yerine getiremez hâle geldiğini, maddi ve manevi kayıplar yaşadığını, çalışma hayatını olumsuz etkilediğini belirterek maddi ve 100.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Karar: Mahkemece yapılan yargılama sonunda 15.000TL manevi tazminata karar verilmiştir.[1459]

[1459] Adana 4. TM 2013/710E, 2015/821K, 25.11.2015 (Yayımlanmamış karar).

Yargıtay, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, olayın oluşu, tarafların toplum içerisinde işgal ettiği yer, davalının eyleminin ağırlığının derecesi değerlendirildiğinde 15.0000TL tazminata hükmedilmesinin fahiş olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
- 2013	Lipolize bağlı karında yanık Ameliyat ve 1 yıl korse takma	Orta Hafif	2018 Y.15 15.000 **(ÇOK)**	15,3 (9-27)

Değerlendirme: Takdir edilen 15.000TL manevi tazminat, zarar tarihi bilinmediğinden talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 15,3 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Zarar tarihinin daha eski bir tarih olduğu gözetildiğinde bu oran daha yüksek çıkacaktır.

Meydana gelen bedensel zararın orta olduğu ve meydana gelen sonuca bağlı tekrar estetik ameliyat ve korse takma zorunluluğu doğduğu dikkate alındığında ihlalin orta derecede olduğu kabul edilip, hükmedilen miktarın önerimiz (9-27 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak Yargıtay bu miktarı fahiş bularak bozmuştur. Zarar ve ihlal göz önünde bulundurulduğunda, dava tarihine göre, takdir edilen miktarın en azından fahiş olmadığı kanaatine varılmaktadır.

Estetik diş tedavisi

Hatalı tedavi sebebiyle bedelsiz tedaviye çağırılması ancak hastanın tamamlamaması

Y.15.HD. 2018/3669E, 2018/3580K, 03.10.2018

Olay: Alman vatandaşı davacı, yapılan reklamlar üzerine davalıdan randevu alarak estetik amaçlı diş tedavisi için gelmiştir. 24.12.2012 Cuma günü için alınan randevu bir gün öncesinden pazartesiye aktarılmış, tedavi sekiz güne uzamış, daha sonra takılan implant oturmadığı gerekçesiyle çekilerek bedelsiz olarak kontrole çağırılmıştır. Davacıya gittiği başka bir merkezde hatalı uygulama yapıldığı bilgisi verildiğinden kontrole gitmemiş, davalılara noterden ihtar çektirmiş ve ihtar 18.04.2013 tarihinde temerrüde düşmüştür.

Talep: Davacı 13.12.2013 tarihinde, hatalı ve yarım bırakılan tedavisinden dolayı maddi ve 70.000TL manevi tazminatın 18.04.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece üniversiteden alınan bilirkişi raporundaki yapılan tedavide hataların bulunduğu görüşü doğrultusunda, maddi ve 5.000TL manevi tazminatın temerrüde düştüğü tarihten itibaren yasal faiz işletilerek ödenmesine karar vermiştir.[1460] Yargıtay kararı maddi tazminat açısından bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2012 2013	Estetik diş tedavisi Hatalı tedaviye bedelsiz tedavi Hastanın yarım bırakması	Hafif Hafif	2016 AHM 5.000	5,3 (3-6)

Değerlendirme: Takdir edilen 5.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 5,3 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın hafif olduğu ve hatalı tedavi için kontrole çağırılmasına rağmen tamamlanamadığı dikkate alındığında ihlalin hafif derecede olduğu kabul edilip, hükmedilen miktarın önerimiz (3-6 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Burun ve kulak deformitesine bağlı estetik ameliyatta kemik kırığı

Beklenen komplikasyon olmayıp hekimin kusuru

Y.13.HD. 2016/6167E, 2018/2180K, 20.02.2018

Olay: Davacının, burnundaki ve sol kulağındaki kepçe kulak deformitesi denilen şekil bozukluğunun estetik ameliyat ile giderilmesi için 13.03.2007 tarihinde davalı hastanede davalı tarafından ameliyata alındığı, ameliyattan sonra sol kulak arkasında kist oluştuğu, bunun yanında burun ameliyatı esnasında davalı doktorun ağır kusuru sonucu burun kemiği ile sol elmacık kemiğinin de kırıldığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, maddi ve 20.000TL manevi tazminatın 13.03.2007 tarihinden itibaren tahsiline karar verilmesini istemiştir.

[1460] İstanbul 25. AHM 2013/704E, 2016/265K, 07.06.20016 (Yayımlanmamış karar).

Yargılama ve Karar: Mahkemece alınan 21.11.2011 tarihli ATK raporunda; *"... Septonazoplasti ameliyatı sırasında meydana gelen infraorbital rim kırığının bu operasyonun beklenir bir komplikasyonu olmadığı göz önüne alındığında Dr. T.nin uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı, idareye atfedilebilecek bir kusur olmadığı..."* saptandığı anlaşılmaktadır.

Bilirkişi raporu doğrultusunda mahkeme, maddi tazminat ile 1.500TL manevi tazminatın 13.03.2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar vermiştir.[1461]

Temyiz talebi üzerine Yargıtay; hekimin kusurlu bulunduğu nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının, meydana gelen zararın ağırlığı karşısında, manevi huzuru gerçekleştirmeye yeterli bulunmadığı, yaşanan olayın özellikleri, davacının tespit olunan maluliyet oranı ve olayın oluş şekli nazara alındığında, takdir edilen manevi tazminat miktarının az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2007 -	Estetik ameliyat Burun ve elmacık kemiği kırığı	Orta Ağır	2015 AHM 2018 Y.13. 1.500 (**AZ)**	2,7 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen 1.500TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 2,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Kemik kırıkları sebebiyle meydana gelen bedensel zararın orta derecede olduğu ve kusur ve ihlalin ağır derecede dikkate alındığında, hükmedilen miktarın önerimizin (18-36 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir. Yargıtay da haklı olarak hükmedilen miktarı az bularak kararı bozmuştur.

Göğüs küçültme ameliyatı

İkinci düzeltme ameliyatı, 2,5ay işgücü kaybı, zarar görenin hayat kadını olması sebebiyle mesleğinin etkilenmesi

[1461] Gebze 3. AHM 2008/618E, 2015/317K, 21.05.2015 (Yayımlanmamış karar).

Y.3.HD. 2015/17789E, 2017/2955K, 13.03.2017

Olay: Davacının, göğüslerindeki estetik sorunlar nedeniyle 15.09.2008 tarihinde göğüs küçültme ameliyatı olduğu, ancak operasyon sonrası göğüslerinin çok kötü bir duruma geldiği, iyileşme sürecinin çok uzun sürdüğü, hayat kadını olarak çalıştığından dolayı yapılan bu ameliyat sonrası yaklaşık 2,5 ay işe gidemediği, çalışmaya başladığı dönemde de eskiye nazaran çok daha az gelir elde edebildiğini, ayrıca göğüslerindeki sorunların düzeltilebilmesi için yeniden bir operasyon geçirmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Talep ve Karar: Davacı, bu sürecin kendisini maddi ve manevi olarak çok yıprattığını belirterek maddi ve 100.000TL manevi tazminatın faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile maddi ve 3.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren tahsiline karar verilmiştir.[1462] Karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2008 2010	Göğüs küçültme ameliyatı İkinci ameliyat, 2,5ay işgücü kaybı Hayat kadını, mesleğin etkilenmesi	Hafif Orta	2010 AHM 3.000	4,7 (9-27)

Değerlendirme: Takdir edilen 3.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 4,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın hafif olduğu, geçici iş gücü kaybı, düzeltme ameliyatı ve mesleğin etkilenmesi dikkate alındığında ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (9-27 BAÜ) oldukça az olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 10. Estetik Uygulamalara Bağlı Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)

[1462] İstanbul 2. AHM 2010/96E, 2014/574K, 30.12.2014 (Yayımlanmamış karar).

- 2013	Lipolize bağlı karında yanık Ameliyat ve 1 yıl korse takma	Orta Hafif	2018 Y.15 15.000 **(ÇOK)**	15,3 (9-27)
2012 2013	Estetik diş tedavisi Hatalı tedaviye bedelsiz tedavi Hastanın yarım bırakması	Hafif Hafif	2016 AHM 5.000	5,3 (3-6)
2007 -	Estetik ameliyat Burun ve elmacık kemiği kırığı	Orta Ağır	2015 AHM 2018 Y.13. 1.500 (**AZ)**	2,7 (18-36)
2008 2010	Göğüs küçültme ameliyatı İkinci ameliyat, 2,5ay işgücü kaybı Hayat kadını, mesleğin etkilenmesi	Hafif Orta	2010 AHM 3.000	4,7 (9-27)

2007 ile 2012 yılları arasında estetik uygulamalara bağlı bedensel zararlarla ilgili dört kararda; zarar gören için 5.000TL ile 15.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği, hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 2,7 ile 15,3 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen dört karardan bir tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve iki kararın da önerimizle uyumlu olarak miktarın az veya çok olması sebebiyle Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir. Bu durumda dört karardan üçünün önerimizle uyumlu olduğu söylenebilir.

21.3. Üreme Sağlığı ve Doğum Kontrolü

Doğal yollardan üreme yeteneğinden yoksun kalma

Y.13.HD. 2020/1486E, 2020/3595K, 22.4.2020

Olay: Dava, 01.05.2012 yapılan tıbbi müdahale sonucu doğal yollardan çocuk sahibi olma şansının kaybedildiği iddiasına ilişkindir.

Talep: Davacılar 2013 yılında, maddi ve … için 75.000TL, eş için 50.000TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş ancak BAM, 2019 yılında ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak maddi tazminat talebine yönelik istinaf başvurusunun reddine, davacı ... yönünden 15.000TL, eş için 10.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile verilmesine hükmetmiştir. Yargıtay dava miktarı sebebiyle davalıların temyiz talebini reddetmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2012 2013	Doğal yollardan üreme yeteneğinden yoksunluk	Ağır Orta?	2019 BAM 15.000 +10.000	16,9 (12-36) +11,2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda, zarar gören için 15.000TL, eşi için 10.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarının, olay tarihine göre yaklaşık 16,9 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen üreme yeteneğinden yoksunluk zararının ağır derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli karardan anlaşılamasa da maddi tazminatın reddedilmesinden dolayı ihlalin ağır olmadığı kabul edilebilir. Eğer ihlalin orta derecede olduğu kabul edilirse hükmedilen miktarın önerimiz (12-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Tüplerin bağlanması ve doğum

Y.13.HD. 2018/50E, 2019/10422K, 23.10.2019

Olay: Davacılar; evli ve iki çocuklu olduklarını, hamilelik sürecinin ve doğumun davacı annenin ruh ve beden sağlığını olumsuz etkilediğini, mevcut şartlarda geçimlerini zor sağladıklarını, doğum kontrolünü de layığınca yapamadıklarını, bu nedenle annenin davalı hekimin çalıştığı diğer davalıya ait hastanede sezaryen ile ikinci bebeğini dünyaya getirirken davalı hekimden tüplerinin bağlanmasını talep ettiğini, davalı hekimin anılan işlemi 26.09.2008 tarihinde yaptığını, ancak 03.06.2009 tarihinde bebek beklediklerini öğrendiklerini belirtmektedirler.

Talep: Dünyaya gelen istenmeyen bebek nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek maddi tazminat ile 5.000TL ve 10.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, maddi tazminat ile 5.000TL ve 10.000TL manevi tazminatın bebeğin dünyaya geldiği 06.01.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Yargıtay, davalıların karar düzeltme talebini reddetmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2010 -	Tüp bağlatma talebi Doğum	Orta Ağır	2019 Y.13 10.000 +5.000	13,7 (18-36) +6,9

Değerlendirme: Yargılama sonucunda, zarar gören için 10.000TL, eşi için 5.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarının, olay tarihine göre yaklaşık 13,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen gebelik her ne kadar zarar olarak değerlendirilemese bile gebelik sürecinde yaşanan fizyolojik durumların orta derecede bedensel zarar yol açtığı kabul edilebilir. Diğer taraftan hekimin gerekli kontrol ve önerilerde bulunmadığı varsayıldığında ihlalin de ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (18-36 BAÜ) altında olduğu görülmektedir.

Gebeliğin sonlandırılamaması

Hatalı tedavi ve bebeğin kalbinde delik

Y.13.HD. 2019/4400E, 2019/9924K, 15.10.2019

Olay: Davacılar, annenin mevcut rahatsızlığı ve iki çocuklarının da olması nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasına karar vermek zorunda kaldıklarını, gebeliği sonlandırmak için davalı doktora başvurduklarını, 02.07.2014 tarihinde kürtaj tıbbi müdahalesini gerçekleştirdiğini, işlem sonunda ağrı kesici antibiyotik ilaç verildiğini, bir hafta sonra midesinde oluşan rahatsızlıklar nedeni ile hastaneyi bir çok kez aradığını, ancak randevu alınamadığını, ilerleyen mide rahatsızlığı nedeniyle endoskopi işlemi yapıldığını ve yapılan kontrolde fizyolojik bir sorun bulunamadığını, şikayetlerin sebebinin psikolojik olduğunu düşünen doktorun mide ilaçları ile beraber depresyon ilacını da verdiğini, davacının hamileliğin devam ettiğinden habersiz bir şekilde kendisine verilen tüm ilaçları iyileşme umuduyla kullandığını, yoğun ısrar sonucunda davalı doktora muayeneye gittiğini, doktorun bebeği alamadığını söyleyerek kürtaj işleminin gerçekleşmemiş olduğunu, gebeliğe son verilmek istenirse tekrardan randevu alarak ücret yatırarak ikinci kez kürtaj yapabileceğini bildirdiğini, hastanenin yasal süresi geçmesine

rağmen ikinci kez yapılmasını önerdikleri kürtaj işlemi için bir gece önceden yatış yapılmasını ve kanamalı hasta gibi göstererek akşamdan bebeğin hayatını sonlandırmak için ilaç verip sabah tekrar kürtaj olunması önerisinde bulunulduğunu, bu müdahalenin çok riskli olması nedeniyle bu teklifin kabul edilmediğini, doğuma yaklaşık bir ay kala bebekte sıkıntılar ortaya çıktığını, bebeğin kalbinde açıklık olduğu, 23.02.2015 tarihinde doğum yaptığını, ancak ayak bileklerinin şişmeye başladığını, bununla ilgili olarak çekilen renkli doplerde damarlarda genişleme ve tıkanıklık olduğunun tespit edildiğini, ilaç tedavisine başladığını, bebeğin kalbindeki deliğin, annenin kürtaj işleminden sonra hamile olmadığı düşüncesi ile kullandığı ilaçlardan kaynaklanabileceğinin belirtmektedirler.

Talep: Davalıların kusuru sonucunda dünyaya gelen bebeğin 22 yaşına kadar bakım, bakıcı gideri, iaşe, eğitim giderlerinin ve hastalığın ve sonrasında oluşabilecek rahatsızlıkların tedavisi için gerekli olan tüm giderlerin davalılarca karşılanmasının gerektiğini ileri sürerek, ayıplı hizmet nedeniyle maddi ve anne için 200.000TL, baba için 100.000TL manevi tazminatın 02.07.2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesince, 2016 yılında davanın reddine karar verilmiş, karara karşı davacılar vekili tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.

BAM, maddi ve her bir davacı için 5.000TL olmak üzere toplam 10.000,00 TL manevi tazminatın 02.07.2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte verilmesine hükmetmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2014 -	Gebeliğin sonlandırılamaması Bebeğin kalbinde delik	Orta Ağır	2019 Y.13 5.000 +5.000	4,4 (18-36) +4,4

Değerlendirme: Yargılama sonucunda, anne ve baba için ayrı ayrı 5.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarının, olay tarihine göre yaklaşık 4,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen gebelik her ne kadar zarar olarak değerlendirilemese bile gebelik sürecinde yaşanan fizyolojik durumların orta derecede bedensel zarar yol açtığı kabul

edilebilir. Diğer taraftan hekimin ihlalinin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (18-36 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 11. Üreme Sağlığı ve Doğum Kontrolüne Bağlı Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2012 2013	Doğal yollardan üreme yeteneğinden yoksunluk	Ağır Orta?	2019 BAM 15.000 +10.000	16,9 (12-36) +11,2
2010 -	Tüp bağlatma talebi Doğum	Orta Ağır	2019 Y.13 10.000 +5.000	13,7 (18-36) +6,9
2014 -	Gebeliğin sonlandırılamaması Bebeğin kalbinde delik	Orta Ağır	2019 Y.13 5.000 +5.000	4,4 (18-36) +4,4

2010 ile 2014 yılları arasında üreme sağlığı ve doğum kontrolüne bağlı bedensel zararlarla ilgili üç kararda; zarar gören için 5.000TL ile 15.000TL, zarar görenin yakınları için ise 5.000TL ile 10.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde; zarar gören için 4,4 ile 16,9 BAÜ, zarar görenin yakınları için ise 4,4 ile 16,9 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen üç karardan; iki tanesi önerimizle uyumlu, bir karar ise önerimizin altındadır.

21.4. Enjeksiyon Nöropatisi

Kol kırığı nedeniyle enjeksiyon, sağ ayak düşüklüğü

Y.13.HD. 2017/7236E, 2019/4241K, 28.03.2019

Olay: Davacının 16.09.2007 tarihinde düşerek kolunu kırması ile davalı şirketin işlettiği hastaneye tedavi amacıyla gittiği, ortopedi doktorunun muayenesi sonucu

kendisine iğne yapıldığını ve iğne yapılır yapılmaz o anda sağ ayak bileğinin düştüğü, topallamaya başladığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, bacağında oluşan güç kaybı nedeni ile davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek maddi ve 20.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir

Yargılama ve Karar: Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucu, maddi tazminat talebinin reddine, 10.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2007 -	Enjeksiyon nöropatisi Sağ ayak düşüklüğü	Orta Orta	2019 Y.13 10.000	17 (9-27)

Değerlendirme: Yargılama sonucunda, zarar gören için 10.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı olay tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 17 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın sol bacakta uzuv tatiline sebep olup bedensel zararın orta derecede ve ihlalin de orta derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimiz (9-27 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Enjeksiyon sonrası sol bacakta uzuv tatili

Y.13.HD. 2015/41656E, 2018/5125K, 26.04.2018

Olay: Davacı, sırt ağrısı nedeniyle 14.7.1995 günü davalı özel hastaneye başvurmuş, davalı hekim tarafından muayenesi sonucu diğer davalı hemşirelere enjeksiyon yaptırmış, sol bacakta meydana gelen felç doğrultusunda alınan adli tıp raporunda uzuv tatiline uğradığının açıklanmıştır.

Talep: Davacı, 27.12.1996 tarihinde maddi ve 2.000.000.000TL (eski para) manevi tazminatın olay tarihinden itibaren davalılardan tahsilini istemiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkeme, bozma kararı sonrası 08.04.2014 tarihinde; bilirkişi kurulu raporlarında ve dosya kapsamında hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığı,

yani ilacın yan etkilerinin ve meydana gelecek sonuçların hatırlatılıp hatırlatılmadığı, iğnenin dozajı ve boyutunun davacının bünyesine göre seçilip seçilmediği, alternatif tedavi metotlarının veya daha az riskli yöntemlerin bulunup bulunmadığı, davalı hemşire tarafından iğnenin doğru yerde ve derinlikte zerk edilip edilmediği, müphem kalmış yani bu hususların davalı tarafça ispatlanamadığı ve bu sebeplerle davalı tarafın tam kusurlu olduğu gerekçesiyle maddi ve 2.000TL manevi tazminatın 14.07.1995 olan olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile verilmesine hükmetmiştir.[1463]

Yargıtay, kararı kısmen onarken taraf husumeti açısından bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
1995 1996	Enjeksiyon nöropatisi Sol bacak uzuv tatili	Ağır Orta	2014 AHM 2.000	236,4 (12-36)

Değerlendirme: Her şeyden önce 1996 yılında dava edilen enjeksiyon nöropatisi gibi basit sayılabilecek bir konu hakkında, 2018 yılında, 22 yılı aşkın sürede hâlen bozulmuş olması kabul edilemez. Yargılamanın bu kadar uzun sürmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği açıktır.

Yargılama sonucu 2014 yılında hükmedilen 2.000TL manevi tazminat miktarının makul ve hatta oldukça az olduğu düşünülebilir. Ancak tazminatın zarar tarihine göre belirlenmesi esas olduğundan, zarar tarihindeki BAÜ 8.460.000TL (eski para) olup hükmedilen 2.000TL'nin (eski parayla 2.000.000.000TL) asgari ücretin çok üzerinde bir miktar olduğu, yaklaşık 236,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı olay tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 236,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda manevi tazminatı hüküm tarihine göre belirlemenin hakkaniyete aykırılığı daha somut olarak görülmektedir.

Meydana gelen bedensel zararın sol bacakta uzuv tatiline sebep olup ağır derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli ve tekrar ameliyat olunması dikkate alındığında ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktar, önerimizin (12-36 BAÜ) oldukça üzerindedir.

[1463] Gaziosmanpaşa 1. AHM 2007/471E, 2014/279K, 08.04.2014 (Yayımlanmamış karar).

Hemoroid ağrısı sebebiyle acil serviste enjeksiyon

Kusur yok ancak manevi tazminat

D.15.D. 2017/750E, 2018/2216K, 06.03.2018

Olay: Davacı, 17.11.2003 tarihinde hemoroid ağrısı sebebiyle gittiği acil serviste yapılan iğne sonucu meydana gelen enjeksiyon nöropatisine ilişkindir.

Talep: Davacı, maddi ve 15.000TL manevi tazminatın yasal faizi ile ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Olayla ilgili 17.05.2004 tarihli ön inceleme raporunda, Yüksek Sağlık Şurası'nın meydana gelen olayın enjeksiyona bağlı olduğu, ancak, enjeksiyonu yapan kişinin kimliği belirlenemediğinden sağlık personeline bir kusur yüklenemeyeceğine karar verilmek suretiyle zımnen enjeksiyonun tıbbi kurallara uygun ve gerekli özenle yapılmadığının görüşü karşısında ilk derece mahkemesince maddi ve 15.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

Danıştay, ATK 1. ATİK 04.01.2006 tarihli ve 2. ATİK 08.07.2015 tarihli, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimat veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği yönündeki bilirkişi raporlarına istinaden davada idarenin kusurlandırılarak tazminat ödemekle yükümlü kılınmasına hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle kararın maddi tazminat ile ilgili kısmını bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2003 2004	Hemoroid ağrısı Enjeksiyon nöropatisi, Kusur yok	Orta Hafif	2018 D.15 15.000	35,4 (4,5-9)

Değerlendirme: Yargılama sonucu zarar gören için hükmedilen 15.000TL manevi tazminatın onandığı görülmektedir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine (2004 yılı) göre yaklaşık 35,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın orta derecede olduğu ve maddi tazminatı gerektirmeyen kusur saptanmadığından dolayı ihlalin de hafif olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (4,5-9 BAÜ) oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

Ameliyat sonrası enjeksiyon

D.15.D. 2016/103E, 2017/4145K, 22.06.2017

Olay: Hastaya yapılan ameliyat sonrası kadın hastalıkları ve doğum servisinde tedavisi devam ederken 20.09.2006 tarihinde ebe tarafından yapılan enjeksiyon sonucu 22.09.2006 tarihinde siyatik sinirinde hasar meydana gelmiştir.

Talep: Davacılar 11.01.2007 tarihinde görevsiz adli yargıya başvurmuş ve maddi ve … için 20.000TL manevi, … için 15.000TL manevi, … için 6.000TL manevi, … için 6.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren uygulanacak yasal faizi ile ödenmesine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarında; ebenin görevinden beklenen özen ve intizamı göstermeden kalçadan geçen sinir dokularına yakın bölgeden enjeksiyonla tatbik ettiği, sağ ayağında düşük ayak komplikasyonu gelişmesine sebebiyet verdiği, işgücü kaybı oranının %35,2 olduğunun belirtilmesi üzerine maddi tazminat ve toplam 47.000TL manevi tazminat istemlerinin tamamının kabulüne karar verilmiş olup, hükmedilen tazminat miktarına görevsiz yargı yerinde davanın açıldığı tarih olan 11.01.2007 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar verilmiştir.

Danıştay, kararın manevi tazminat ile ilgili kısmını onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2006 2007	Yatan hasta, hatalı enjeksiyon %35,2 iş gücü kaybı	Orta Ağır	2017 D.15 20.000 +15.000 +6.000x2	35,6 (18-36) +26,7 +10.7x2

Değerlendirme: Kararda zarar görenin yakınları için de manevi tazminata hükmedildiğinden, %35,2 iş gücü kaybının ağır bedensel zarar olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak kanımızca meydana gelen zararın ağır bedensel zarar olarak kabul edilerek yakınları için de manevi tazminata hükmedilmesi hatalıdır. Ayrıca, yakınları için takdir edilen manevi tazminat miktarı, zarar görenin kendisine takdir edilenin üzerindedir.

Yargılama sonucu zarar gören için hükmedilen 20.000TL manevi tazminatın onandığı görülmektedir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre yaklaşık 35,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın orta derecede olduğu ve maddi tazminatı gerektirmeyen kusur saptandığından dolayı ihlalin ağır olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Değerlendirmemiz

Tablo 12. Enjeksiyon Nöropatisine Bağlı Bedensel Zararlar

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2007 -	Enjeksiyon nöropatisi Sağ ayak düşüklüğü	Orta Orta	2019 Y.13 10.000	17 (9-27)
1995 1996	Enjeksiyon nöropatisi Sol bacak uzuv tatili	Ağır Orta	2014 AHM 2.000	236,4 (12-36)
2003 2004	Hemoroid ağrısı Enjeksiyon nöropatisi, Kusur yok	Orta Hafif	2018 D.15 15.000	35,4 (4,5-9)
2006 2007	Yatan hasta, hatalı enjeksiyon %35,2 iş gücü kaybı	Orta Ağır	2017 D.15 20.000 +15.000 +6.000x2	35,6 (18-36) +26,7 +10.7x2

1995 ile 2007 yılları arasında enjeksiyon nöropatisine bağlı bedensel zararlarla ilgili dört kararda; zarar gören için 2.000TL ile 20.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 17 ile 236,4 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen dört karardan iki tanesi önerimizle uyumlu olup diğer iki tanesi ise önerimizin oldukça üzerindedir. Hatta önerimizin üzerinde olan bir kararda hükmedilen manevi tazminat miktarı olay tarihine göre 236,4 BAÜ ile benzerlerinin altı katından fazladır. Bu sebeple manevi tazminatın zarar/talep tarihine göre önerimiz doğrultusunda BAÜ ile objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

21.5. Yanlış Cerrahi

Burun ameliyatı yerine safra kesesi ameliyatı

Y.13.HD. 2016/18785E, 2018/2572K, 28.12.2018

Olay: Davacı, burun tıkanıklığı nedeniyle davalı şirkete ait hastaneye müracaat etmiş, burnunda kemik olduğu belirtilerek 27.05.2014 tarihinde burun ameliyatı olacağı yerde hiç komplikasyonu olmadığı hâlde hastaların karıştırılması sonucu safra kesesi alınmış, ameliyat sırasında hatanın anlaşılması üzerine anestezinin etkisi geçmeden tekrar anestezi verilerek burun ameliyatı yapılmıştır.

Talep: Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hekimin kusurlu bulunduğu [1464], yanlışlıkla yapılan ameliyattan sonra gerekli tedavisinin de yapılmaması nedeniyle alerji meydana geldiği, uzuv kaybına uğradığını ileri sürerek maddi ve 500.000TL manevi tazminata hükmedilmesi istenmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, davalıların kusuru neticesinde davacının %5,2 oranında kalıcı engelli olması sebebiyle maddi ve 5.000TL manevi tazminatın olay tarihi olan 27.05.2014 tarihinden itibaren faizi ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.[1465]

Temyiz talebi üzerine Yargıtay; olayın oluş şekli ve özellikle davacının hata ile uzuv kaybına uğrayacak şekilde safra kesesinin alınması gözetilerek makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyecek şekilde 5.000TL manevi tazminata karar verilmiş olmasını, usûl ve yasaya aykırı kabul ederek kararı bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2014 -	Burun ameliyatı yerine safra kesesi alınması %5,2 kalıcı engellilik	Ağır Ağır	2016 TM 2018 Y.13 5.000 **(AZ)**	4,7 (24-48)

[1464] Konya C. Başsavcılığı'nın yaptığı soruşturma kapsamında istenilen 19.12.2014 tarihli ATK 2. ATİK raporu ile "*Burun ameliyatı olmak üzere yattığı hastanede M.'ye yanlışlıkla yapılan safra kesesi ameliyatının hata olduğu, zincirleme dikkatsizlik sonucu ortaya çıkan bu durumda öncelikle hastanın ameliyathaneye kabulü esnasında ilgili yardımcı personelinin ardından ameliyat masasında hastayı uyutma aşamasında anestezi ekibinin kusurlu olduğu Dr.C'nin ise ameliyat edeceği kişinin kendi hastası olup olmadığını kontrolde yetersizliği söz konusu olduğu, olayın hastanede hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi gerektiği..."*

[1465] Konya 2. Tüketici Mahkemesi 2015/724E, 2016/778K, 21.04.2016 (Yayımlanmamış karar).

Değerlendirme: Takdir edilen 5.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 4,7 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın hafif olmadığı ve ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizden (24-48 BAÜ) oldukça az olduğu görülmektedir.

Yargıtay, hükmedilen bu miktarı az bularak, kararı haklı olarak bozmuştur.

21.6. Yabancı Cisim Unutulması

Fıtık ameliyatında yabancı cisim unutulması

İkinci bir ameliyatla çıkarılması ve iç organların kaybı

Y.3.HD. 2020/3289E, 2020/5633K, 08.10.2020

Olay: Davacının sol kasığındaki ağrılar nedeni ile karın bölgesindeki fıtık teşhisi ile 26.09.2005 tarihinde ameliyat olduğu, ancak söylendiğinin aksine lokal anestezinin yerine genel anestezi uygulandığı, ameliyatta myomlarının patlatıldığının söylendiği, taburcu olduğunun ertesi gününden itibaren ağrılarının devam etmesi ve kusma ve bulantı olması nedeni ile davalılara müracaatlarının da sonuçsuz kalması üzerine dava dışı özel hastaneye acil olarak gittiği ve 04.01.2006 tarihinde yapılan operasyon sonucu batın bölgesinde ameliyat bezinin unutulduğunun ortaya çıktığı ve bu nedenle rahim ve yumurtalıkları ile kalın ve ince bağırsaklarının da bir kısmı alındığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, 2005 yılından bu zamana çekilen sıkıntı ve ıstırapları ile bozulan bedensel ve ruhsal sıkıntılarının dengesi için 100.000TL manevi tazminatın 26.9.2005 tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yargılama ve Karar: İlk derece mahkemesince, maddi ve 20.000TL manevi tazminatın 26.9.2005 tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline karar verilmiştir.

BAM, manevi tazminat ile kısmı onamıştır.

Yargıtay, mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları, zararın miktarı, davacının maruz kaldığı haksız durum ve sıkıntı gözetildiğinde davacı için takdir edilen manevi tazminat miktarının yeterli olmadığına karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2015 -	Batında yabancı cisim İkinci ameliyat İç organların kaybı	Ağır Ağır	2020 Y.3 20.000 **(AZ)**	40,9 (24-48)

Değerlendirme: Yargılama sonucunda derece mahkemesince zarar gören için 20.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. BAM bu kararı onarken Yargıtay, miktarın az olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 40,9 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararda organların da alındığı gözetildiğinde bedensel zararın ağır derecede olduğu, olayın meydana geliş şekli açısından takiplerde ihmalin devam etmesi ve tekrar ameliyat olunması dikkate alınıp ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimiz (24-48 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak zarar ve ihlalin ağırlığı karşısında manevi tazminat miktarının üst sınıra yakın verilmesi kabul edilebilir.

Ameliyatta küçüğün boğazında yabancı cisim

Kendiliğinden çıkması

Y.13.HD. 2019/4358E, 2020/5451K, 29.6.2020

Olay: 7 yaşındaki çocuk, bademcik ameliyatından sonraki süreçte kusarken ağzından kocaman bir bez parçasının gelmiş ve ameliyat sırasında çocuğun boğazında gazlı bez unutulduğu sonradan anlaşılmıştır.

Talep: Davacılar, maddi ve küçük için 50.000TL, yakınları için ayrı ayrı 25.000TL manevi tazminatı 31.01.2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile talep etmişlerdir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, küçük için 20.000TL, yakınları için ayrı ayrı 15.000TL manevi tazminatın 31.01.2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davacılara verilmesine karar verilmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2015 -	Küçük, bademcik ameliyatı Boğazda yabancı cisim Kendiliğinden çıkma	Hafif Orta	2020 Y.13 20.000 +15.000x2	16,6 (6-18) +12,5x2

Değerlendirme: Kararda olay tarihi açıkça belirtilmese de öğreti ve uygulama görüşleri doğrultusunda, faizin olay ile başlatıldığı kabul edildiğinde olay tarihinin 31.01.2015 olduğu varsayılabilir.

Zarar görenin yakınları için manevi tazminata hükmedildiği görülse de meydana gelen bedensel zararın, ağır bedensel zarar olarak nitelendirilmesi şüphelidir. Bu sebeple zarar görenin yakınlarına hükmedilecek manevi tazminat için öncelikle bedensel zararın ağırlığı değerlendirilmelidir. Buna rağmen yakınları için hükmedilen miktarın zarar görene oldukça yakın olduğu ve hatta yakınlarına hükmedilen toplam miktarın, zarar görene göre çok daha fazla olduğu görülmektedir.

Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 16,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olmadığından bedensel zararın hafif derecede olduğu, yabancı cismin kendiliğinden çıkması ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (6-18 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Sezaryende batında yabancı cisim unutulması

İkinci ameliyat ile çıkarılması ve ince bağırsağın bir kısmının da alınması

Y.13.HD. 2016/23291E, 2019/12636K, 16.12.2019

Olay: Davacının 17.04.2010 tarihinde sezaryen ile doğum yaptığı; doğumdan sonra hastanede kaldığı iki gün boyunca aşırı mide bulantısı, kusma, karında aşırı ağrı, şişlik ve baş dönmesi, yüksek ateş şikayetleri olmasına rağmen davalı doktor tarafından taburcu edildiği, taburcu edilmesinden sonra aynı şikayetlerin artarak devam etmesi üzerine, kısa aralıklarla iki defa davalı doktorun nezaretinde hastaneye yatırılarak tedavi olduğu, ancak şikayetlerinin giderilemediği, bunun üzerine Rize 82. Yıl DH'de ultrasonda karın bölgesinde yabancı bir cisim olabileceğinin söylenmesi üzerine, Rize EAH gittiği, ve

23.06.2010 tarihinde yapılan ameliyatta karın bölgesinde sezaryen ameliyatı sırasında kullanılan ve içeride unutulmuş olan sargı bezinin çıkartıldığı ve ince bağırsağın bir kısmının alındığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davalı, ameliyatını yapan doktor ve işveren durumunda olan hastanenin sorumlu olduğu, yaşadığı olaylar nedeniyle acı ve üzüntü çektiği, bu acının maddi bir zarar gibi parayla ölçülebilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle 50.000TL manevi tazminatı olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkeme, 20.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2010 -	Batında yabancı cisim İkinci ameliyat İnce bağırsağın kısmen alınması	Orta Ağır	2019 Y.13 20.000	27,4 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 27,4 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğundan bedensel zararın orta derecede olduğu, yabancı cismin takiplerde anlaşılamayarak ikinci bir ameliyat ile çıkarılması nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Ameliyatta kullanılan ipin hatalı seçimi

Yabancı cisim etkisi yaratarak iki kere ameliyata sebep olma

D.15.D. 2017/944E, 2018/2764K, 20.03.2018

Olay: 30.05.2002 tarihinde prostat ameliyatında hatalı olarak kullanılan prolen ipi nedeniyle mesane içinde devamlı olarak taş oluştuğu, bu nedenle davacının iki defa daha ameliyat olduğu anlaşılmaktadır.

Talep: İdarenin hizmet kusuru nedeniyle maddi ve 30.000TL manevi tazminatın, olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle ödenmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: İdare mahkemesince; bakılan davadan önce AHM'de açılan ve ATK 3. ATİK 24.06.2009 tarihli raporunda; mesane içinde taş oluşumu tespit edildiği, bu taşların mesane boynuna ilk ameliyatta konulmuş prolen iplikten kaynaklanan mesane taşlarının olduğu, prolen ipliğin kendiliğinden erimemesi nedeniyle idrar ile irtibatlı yerde kullanımında yabancı cisim muamelesi görüp taşlaşacağı bilindiğinden yapılan tercihin hatalı olduğu görüşü doğrultusunda dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu kanaatine varılarak 20.000TL manevi tazminatın adli yargıda ilk davanın açıldığı 09.01.2007 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir. Danıştay kararın manevi tazminat kısmını onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2002 2007	Ameliyatta hatalı ip seçimi İki kere ameliyat	Orta Ağır	2018 D.15 20.000	35,6 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 35,6 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğundan bedensel zararın orta derecede olduğu, hatalı seçilen ipi taşlaşarak iki ameliyata daha sebep olması nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Kalp ameliyatında gazlı bez unutulması

Y.13.HD. 2015/41679E, 2017/7400 K, 14.06.2017

Olay: Davacılardan M.'nin 06.04.2007 tarihinde davalı hastanede kalp ameliyatı geçirdiği, ancak yapılan ameliyat sonucunda göğüs-sırt bölgesindeki ağrıların artarak devam ettiği, bu durumu hastane hekimlerine bildirdiğinde kendisine çeşitli ilaçlar verildiği, daha sonra şikayetlerin artması üzerine anjiyo yapıldığı, ağrıların kesilmemesi nedeniyle başka hastanede ameliyata alındığı ve hazırlanan raporda "vücutta kaza ile yabancı cisim bırakma" teşhisinin konulduğu, davalıların ameliyat sırasında vücudun içerisinde sargı bezi unuttukları anlaşılmaktadır.

Talep: Uzun yıllar kalbinde yabancı bir cisimle dolaşmak zorunda kaldığını, eşinin yardımı olmaksızın günlük hayatını idare edemediğini belirterek, maddi ve kendisi için 45.0000TL eşi için 15.000TL olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece, maddi tazminat talebinin reddine, M. için 20.000TL, eş için 5.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte verilmesine karar verilmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2007 -	Göğüste yabancı cisim Yıllar sonra ikinci ameliyat Eş yardımına ihtiyaç	Orta Ağır	2017 Y.13 20.000 +5.000	35,6 (18-36) +8,9

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık zarar gören için 35,6 BAÜ yakını için 8,9 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal, duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğundan bedensel zararın orta derecede olduğu, yabancı cismin uzun süreli takiplerde anlaşılamayarak ikinci bir ameliyat ile çıkarılması nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Apandisit ameliyatında yabancı cisim unutulması

İkinci bir ameliyatla çıkarılması

D.15.D. 2013/4386E, 2016/2236K, 31.03.2016

Olay: Davalı idareye bağlı S.S.K Batman Devlet Hastanesinde 2002 yılında apandisit ameliyatında batın bölgesinde unutulan gazlı bezin 12.03.2009 tarihinde yapılan ameliyatla çıkarılması.

Talep: Batında unutulan gazlı bezin çıkarılmasına kadar geçen süre içinde yaşanan acı ve üzüntü nedeniyle uğranılan 50.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile ödenmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: Batman İM, davacının vücudunda gazlı bez unutulmasıyla davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinde ameliyatı gerçekleştiren sağlık personelin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği, davacının bu yüzden maruz kaldığı sıkıntı ve ikinci kez yapılan ameliyat nedeniyle çektiği acı, üzüntü ve ızdırap nedeniyle davacıya takdiren 20.000TL manevi tazminat ödenmesine, idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine, hükme alınan tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi yönündeki talebin reddine karar vermiştir. Danıştay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2002 2009	Batında yabancı cisim 7 yıl sonra ikinci ameliyat	Orta Ağır	2016 D.15 20.000	30 (18-36)

Değerlendirme: Yargılama sonucunda zarar gören için 20.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 30 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebep olması nedeniyle orta derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli ve tekrar ameliyat olunması dikkate alındığında ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Küçüğün boğazında gazlı bez unutulması

Yaklaşık 15 gün sonra çıkarılması

D.15.D. 2013/4153E, 2016/3522 K, 15.05.2016

Olay: Davacıların çocuğu İ, 30.06.2009 tarihinde V. EAH'ne tekrarlayan bademcik iltihabı, boğazda ağrı, şişlik ve burun tıkanıklığı şikayetleri ile başvuruda bulunmuş, kronik tonsillit tanısı ile 02.07.2009 tarihinde ameliyat edilerek ertesi gün taburcu edilmiş, 06.07.2009 tarihinde kontrole geldiği, yapılan kontrolde şikayetlerinin zamanla geçeceği söylenerek gönderildiği, şikayetlerinin artması üzerine sağlık ocağına başvurmuş ve aynı gün dizanteri teşhisi ile acil servise sevk edilmiş, buradaki tedaviye

rağmen şikayetlerinin geçmemesi nedeniyle 15.07.2009 tarihinde özel hastaneye gitmiş, burada oturmakta iken solunum darlığı yaşaması üzerine yapılan müdahale havayolunu tıkayan cismin spanç olduğu tespit edilmiştir.

Talep: 30.06.2009 tarihinde yapılan ameliyat sırasında davacıların çocukları İ.'nin boğazında gazlı bez unutulduğundan zararın tazmini talebiyle 06.11.2009 tarihinde idari başvuru yapılmış ve başvurunun reddi üzerine davacılardan her birisi için 10.000TL olmak üzere toplam 30.000TL manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tazmini istemiyle Van 2. İM'de dava açılmıştır.

Yargılama ve Karar: Mahkemece; ameliyatı yapan doktorun ve ameliyat ekibinin gerekli tıbbi dikkat ve özeni göstermediği görüldüğünden, davalı idare tarafından sunulan kamu hizmetinin kötü işlediği, olayın gelişimi ve sonucu dikkate alınarak ve ilgililerin durumu itibariyle, manevi zarara karşılık olarak takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat olayın niteliği ile idarenin bu olaydaki sorumluluğunun özelliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde davacılardan anne ve baba için 1.000TL, çocuk İ. için 3.000TL olmak üzere, toplam 5.000TL manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir. Danıştay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2009 2009	Küçük Boğazda yabancı cisim 15 gün sonra çıkarılma	Orta Orta	2016 D.15 3.000 +1.000x2	4,3 (9-27) +1,4x2

Değerlendirme: Yargılama sonucunda zarar gören için 3.000TL, her bir yakını için ayrı ayır 1.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 4,3 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebep (TCK m.89/2-e) olup orta derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli ve tekrar ameliyat olunması dikkate alındığında ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (9-27 BAÜ) oldukça altında olduğu görülmektedir.

Ameliyatta gazlı bez unutulması

D.15.D. 2015/5823E, 2015/8715K, 10.12.2015

Olay: 07.12.2005-14.12.2005 tarihleri arasında devlet hastanesinde ameliyat olan davacının, ameliyat sırasında vücudunda gazlı bez unutulmuştur.

Talep: İdarenin hizmet kusuru nedeniyle 10.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Yargılama ve Karar: Dava reddedilmiş, ret kararı Danıştay tarafından bozulmuştur. Bozma kararı üzerine, 12.08.2014 tarihli ıslah dilekçesi ile tazminat miktarı 100.000TL'ye çıkarılmıştır.

Bozma kararına uyan mahkeme, manevi tazminat talebinin 10.000TL'lik kısmının kabulü, faiz isteminin reddine karar vermiştir. Danıştay manevi tazminatı kısmını onarken faiz isteminin reddi kararını bozmuştur.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2005 -	Vücutta yabancı cisim	Orta Ağır	2013 D.15 10.000	20,5 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 20,5 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal, duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğundan bedensel zararın orta derecede olduğu, ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde ise hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Doğum sırasında rahimde yabancı cisim unutulması

Rahim içi enfeksiyon ve yabancı cismin cerrahi müdahale ile çıkarılması

Y.13.HD. 2013/9235E, 2013/23014K, 26.09.2013

Olay: Davacının, 20.09.2010 tarihinde vakumla doğum yaptığı, ertesi günü muayene edilmeden taburcu edildiğini, aşırı ağrı şikayetiyle tekrar müracaatında dikişlerin normal olduğu söylenip ilaç verildiği, şikayetleri artınca doğumdan 23 gün

sonra yapılan kontrolde rahim içinde unutulan 3 adet gazlı bezin cerrahi müdahaleyle çıkartıldığı, oluşan enfeksiyon uzun süre tedavi gördüğü anlaşılmaktadır.

Talep ve Karar: Davacı, manevi zararı için 150.000TL manevi tazminatın doğum tarihinden itibaren faiziyle ödenmesini talep etmiş; mahkeme, 20.000TL manevi tazminatın 20.9.2010 tarihinden itibaren yasal faiziyle ödenmesine karar vermiştir.

Yargıtay, olayın oluş şekli gözetildiğinde manevi tazminat miktarının yeterli olmadığına karar vermiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
2010 -	Rahimde yabancı cisim Cerrahi müdahaleyle çıkarma	Orta Ağır	2013 Y.13 20.000 (**AZ**)	26,2 (18-36)

Değerlendirme: Takdir edilen manevi tazminat miktarı zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 26,2 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. İhmal duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olduğundan bedensel zararın orta derecede olduğu, yabancı cismin takiplerde anlaşılamayarak cerrahi bir müdahale ile çıkarılması nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde, hükmedilen miktarın önerimiz (18-36 BAÜ) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak zarar ve ihlalin ağırlığı karşısında manevi tazminat miktarının üst sınıra yakın verilmesi kabul edilebilir.

Safra kesesi ameliyatında yabancı cisim unutulması

İkinci bir ameliyatla çıkarılması

D.10.D. 2005/6693E, 2007/5655K, 26.11.2007

Olay: Davacı, idareye bağlı Numune Hastanesi'nde 1992 yılında safra kesesinden ameliyat olmuş ve karın boşluğunda unutulan gazlı bez 25.10.2002 tarihinde yapılan ameliyatla çıkarılmıştır.

Talep: Karın boşluğunda bulunan gazlı bez nedeniyle yaşanan ağrı ve benzeri sağlık sorunları nedeniyle idari başvuru yapılmış, idari başvuru reddi üzerine 30.000YTL manevi tazminatın yasal faizi ile ödenmesi talep edilmiştir.

Yargılama ve Karar: İstanbul 6. İM, davacının karın boşluğunda unutulan gazlı bez nedeniyle oluşan manevi zararın, davalı idarece kusurlu yürütülen sağlık hizmetinden kaynaklandığı anlaşıldığından 30.000YTL manevi tazminatın yasal faizi ile davacıya ödenmesine karar vermiştir.[1466] Danıştay kararı onamıştır.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ MZOA
1992 2003	Batında yabancı cisim 10 yıl sonra çıkarılma	Orta Ağır	2007 D.10 30.000	98 (18-36)

Değerlendirme: Yargılama sonucunda, zarar gören için 30.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Zarar gören için takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 98 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Meydana gelen bedensel zararın yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebep olup orta derecede olduğu kabul edilirken olayın meydana geliş şekli ve tekrar ameliyat olunması dikkate alındığında ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde hükmedilen miktarın önerimizin (18-36 BAÜ) oldukça üzerinde olduğu görülmektedir.

Kararda maddi tazminat talep edildiği bilgisi bulunmamakla beraber maddi tazminat hakkında karar verilmediği görülmektedir. Bu sebeple kadar yüksek miktara takdir edilmesinin nedeni bedensel zarar konu maddi tazminatın, manevi tazminat ile denkleştirilmesi düşüncesi olabilir. Ancak manevi tazminatın anlam ve amacını aşan bu çözüm arayışı yerine, eğer talep edildiyse maddi tazminatın koşulları açısından değerlendirme yapılması, eğer maddi tazminat talep edilmediyse de taleple bağlılık ilkesi gereği maddi tazminatı denkleştirme düşüncesiyle manevi tazminat miktarının arttırılmaması gerekir.

[1466] İstanbul 6. İM 2003/1549E, 2004/1454K, 30.09.2004 (Yayımlanmamış karar).

Değerlendirmemiz

Tablo 13. Adli Yargı Kararlarında Yabancı Cisim Unutulması

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar/ İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2015 -	Batında yabancı cisim İkinci ameliyat İç organların kaybı	Ağır Ağır	2020 Y.3 20.000 **(AZ)**	40,9 (24-48)
2015 -	Küçük, bademcik ameliyatı Boğazda yabancı cisim Kendiliğinden çıkma	Hafif Orta	2020 Y.13 20.000 +15.000x2	16,6 (6-18) +12,5x2
2010 -	Batında yabancı cisim İkinci ameliyat İnce bağırsağın kısmen alınması	Orta Ağır	2019 Y.13 20.000	27,4 (18-36)
2007 -	Göğüste yabancı cisim Yıllar sonra ikinci ameliyat Eş yardımına ihtiyaç	Orta Ağır	2017 Y.13 20.000 +5.000	35,6 (18-36) +8,9
2010 -	Rahimde yabancı cisim Cerrahi müdahaleyle çıkarma	Orta Ağır	2013 Y.13 20.000 (**AZ**)	26,2 (18-36)

2007 ile 2015 yılları arasında vücutta yabancı cisim unutulmasına bağlı bedensel zararlarla ilgili beş adli yargı kararında; zarar gören için aynı miktarda 20.000TL manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların zarar tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 16,6 ile 40,9 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen beş kararın da önerimizle uyumlu olduğu görülürken bu kararlardan iki tanesi, miktar az olduğu gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur. Ancak bu bozulan kararlarda hükmedilen miktar önerimizin üst sınırının oldukça altında olup önerimizin üst sınırına yakın miktara hükmedilmesi hâlinde önerimiz ile uyumlu olması söz konusu olabilecektir.

Tablo 14. İdari Yargı Kararlarında Yabancı Cisim Unutulması

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	Zarar/ İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ (MZOA)
2002 2007	Ameliyatta hatalı ip seçimi İki kere ameliyat	Orta Ağır	2018 D.15 20.000	35,6 (18-36)
2002 2009	Batında yabancı cisim 7 yıl sonra ikinci ameliyat	Orta Ağır	2016 D.15 20.000	30 (18-36)
2009	Küçük	Orta	2016 D.15	4,3

2009	Boğazda yabancı cisim 15 gün sonra çıkarılma	Orta	3.000 +1.000x2	(9-27) +1,4x2
2005 -	Vücutta yabancı cisim	Orta Ağır	2013 D.15 10.000	20,5 (18-36)
1992 2003	Batında yabancı cisim 10 yıl sonra çıkarılma	Orta Ağır	2007 D.10 30.000	98 (18-36)

2002 ile 2009 yılları arasında vücutta yabancı cisim unutulmasına bağlı bedensel zararlarla ilgili beş idari yargı kararında; zarar gören için 3.000TL ile 30.000TL manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 4,3 ile 98 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen beş karardan üçünün önerimizle uyumlu olduğu, bir kararın önerimizden az bir kararın ise önerimizden oldukça fazla olduğu görülmektedir. Önerimizin oldukça üzerinde olan kararda, talep tarihi ile karar tarihi arasındaki uzun süre etkili olmaktadır. Bu sebeple önerimizin kararlarla uyumlu olduğu söylenebilir.

22. BEDENSEL OLMAYAN İHLALLER

22.1. Tıbbi Kayıtlar

Tıbbi dosyanın kaybedilmesi ve yargısal denetimin engellenmesi

Mehmet Emin Sarıgül, B. No: 2015/2281, 12.11.2019

Olay: 1972 doğumlu olan davacının dalgıçlık mesleği için yapılan 20.07.2005 tarihli sağlık muayenesi raporunda, profesyonel dalgıç/balık adam olmasına engel bir durumunun bulunmadığı, hipertansiyon açısından takip ve tedavisinin gerektiği belirtilmiştir. 2007 Temmuz ayında yenilenen raporunda, sağ omuzunda *"disbarik osteonekroz"* (kemik yapısında bozulmaya neden olan bir hastalık) teşhisi konulmuştur. 01.08.2007 tarihinde tedavi önerilmiş ancak hasta yoğunluğu ve tedavinin acilen yapılma zorunluluğu nedeniyle başka bir kuruma sevk edilmiştir.

Talep: Davacı, 2005 yılında çekilen röntgen filmlerinde hastalık belirtileri bulunduğu hâlde gerekli teşhis ve tedavinin yapılmadığı ve sağlam raporu verildiği, dolayısıyla hastalığın ilerlemesi ve kolunu kullanamamasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, bu sebeple %60 oranında sürekli iş gücü kaybına uğrayarak işini kaybettiği

gerekçesiyle 25.09.2007 tarihinde idari başvuruda bulunmuş ve 19.11.2007 tarihinde Rektörlük aleyhine İstanbul 3. İM'de maddi ve 300.000TL manevi tazminat ödenmesi istemiyle tam yargı davası açmıştır.

Yargılama ve Karar: Mahkeme, konu hakkında başvurucuya ait tıbbi kayıt ve belgeleri davalı idareden talep etmiştir. Davalı idare söz konusu bilgi ve belgelerin arşiv kaydında bulunmadığını bildirmiştir. Davacı, 19.07.2005 tarihli röntgen filmlerinin kayıtlarını dava dosyasına sunmuştur.

ATK 3. ATİK 30.04.2010 tarihli bilirkişi raporunda, klinik hiçbir şikayet olmadan kontrol amaçlı çekilen grafilerdeki silik radyolüsen görüntünün klinik bulgu desteği olmaksızın 20.07.2005 tarihli sağlam raporu için anlamlı kabul edilmeyebileceği, hekimlerin uygulamasının tıp kurallarına uygun olduğu yönünde kanaat bildirmiştir.

Mahkeme 20.01.2011 tarihli kararla 50.000TL manevi tazminat ödenmesine, maddi tazminat isteminin reddine hükmetmiştir.[1467] Kararın manevi tazminata ilişkin gerekçesinde; grafilerin muhafaza edilmemesi ve dosyanın kaybedilmesinin, idari hizmetin işletilmesine ilişkin hizmet kusuru teşkil ettiği, diğer taraftan idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediğinin açık olduğunu belirtmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ
2005 2007	Tıbbi dosyanın kaybedilmesi Yargısal denetim engellenmesi	Ağır	2011 İM 50.000	85,5

Değerlendirme: Tıbbi kayıtların kaybedildiğinin anlaşılması yargılama sırasında öğrenilmiştir. Bu sebeple zararın öğrenilmesinin, zarardan sonraki bir tarih olduğu kabul edilmeli ve hatta yargılama sırasında ortaya çıkması nedeniyle dava açma süresi açısından değerlendirmeye de gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan davanın talep konusu tıbbi kayıtlar değil teşhis hatasıdır ve tıbbi kayıtların eksikliği bu iddianın yargısal denetimini engellemektedir. Bu sebeple ihlalin ağır derecede olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca tıbbi

[1467] Kararın maddi tazminata ilişkin gerekçesinde; gerekli olan belgelerin (özellikle grafilerin) davalı idarece ibraz edilemediği, ATK tarafından hazırlanan raporda idarenin kusurunun bulunmadığının belirtildiği, davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermediği hususunu kanıtlayacak bilgi ve belge sunulamadığından illiyet bağının kurulamadığı, buna göre davalı idarenin maddi tazminat sorumluluğunu gerektirir hizmet kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

kayıtları saklama sadece teşhisten sorumlu bir hekimin değil genel olarak organizasyon yükümlülüğü olduğundan sorumluluğun belirlenmesinde manevi tazminatın caydırıcı işlevinin de kullanılmasının söz konusu olması mümkündür.

Yargılama sonucunda zarar gören için 50.000TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Takdir edilen manevi tazminat miktarı talep tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 85,5 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır. Olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin ağır derecede olduğu kabul edildiğinde ve hatta caydırıcılık işlevi de dahil edildiğinde bile oldukça yüksek bir miktarın belirlendiği görülmektedir. Bu miktar, zararın ağır bedensel zarar olarak kabulü hâlinde bile oldukça yüksektir.

Tıbbi dosyanın kaybedilmesi, meydana gelen bedensel zarardaki kusur denetimini engellemesinden dolayı maddi tazminata hükmedilmese bile manevi tazminat ile engellemenin olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırıldığı ve böylece kusur ile nedensellik kurulamayan ağır bedensel zararın, manevi tazminat ile telafi edilmeye çalışıldığı kanaatine varılmaktadır. Ancak manevi tazminatın anlam ve amacını aşan bu çözüm arayışı yerine, idarenin hastaya ait bilgi ve belgeleri sunmayarak yargısal uyuşmazlığın çözümünü engellemesi nedeniyle kusur karinesinin kabul edilip, kusursuzluğu ispat yükünün idareye geçmesi ile uyuşmazlık çözümlenmelidir.

22.2. Bilgilendirme Eksikliği

Epizyotomili doğumda bilgilendirme eksikliği

Y.13.HD. 2015/39261E, 2018/2607K, 28.02.2018

Olay: Davacının 11.03.2008 tarihinde doğum sancıları nedeniyle davalı özel hastaneye gittiği, gebeliğin ilk olduğu, 12.03.2008 tarihinde saat 02.40'ta epizyotomi yapılarak ve vakum uygulanarak canlı bir bebek doğurtulduğu, doğum sonrası muayenede tespit edilen sfinkter yırtığı ve epizyotominin onarıldığı, davacının 01.03.2010 tarihinde üniversite hastanesinde rektovaginal fistül tanısı ile ameliyat edildiği anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı 25.06.2010 tarihinde, epizyotomi kesisi nedeni ile sağ bacağında uyuşma ve zayıflık, belinde mevcut ağrı nedeni ile hâlen ileri tetkikler yapılmakta olup henüz sonuçlanmadığı, mevcut zararların tümüyle giderilemeyeceğinin doktorlar tarafından söylendiği, bebeğine bakamadığı, işine gidemediği sürekli ameliyatlar ve

acılarla yaşamını sürdürdüğü gerekçesiyle maddi 100.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama ve Karar: Mahkemece alınan ATK 3. ATİK 10.03.2010 tarihli raporda; normal vaginal doğum kararının normal olduğu, meydana gelen olayın bir komplikasyon olarak değerlendirilmesinin gerektiği, bu nedenle doktor, hemşire ve hastaneye kusur atfedilemeyeceğinin belirtildiği; tıp hukuku konusunda uzman Prof. Dr. Hakan Hakeri'den alınan 06.05.2014 tarihli raporda; hasta kayıtlarının sıhhatli olmadığından hastanın aydınlatılmadığı, tıbbi müdahalenin sonucunun komplikasyon olduğuna işaret edilmesinin malpraktis nedeniyle tazminat yükümlülüğünü engellediği ancak bilgilendirme eksikliği nedeniyle tazminat yükümlülüğünü engellemediği, özel hastanenin kamu hastanesinden daha fazla özenli olması gerektiği, ancak bilgilendirmeye ilişkin bir sistemin kurulmamış olması nedeniyle hekimin değil, davalı hastanenin sorumlu olduğu yönünde görüş belirtilmiştir.

Mahkeme, tıbbi hata uygulamasında kusur bulunmadığından olayın komplikasyon kabul edilmesinden dolayı maddi tazminatın reddine; manevi tazminat bakımından davacının ilk çocuğuna gebe oluşu ve bu doğum nedeniyle ve bilgilendirme eksikliğinden kaynaklı yaşadıkları, tedavi süreci, aile ilişkilerine yansımalar bir bütün olarak değerlendirilerek 20.000TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle davacıya verilmesine karar vermiştir.[1468]

Yargıtay manevi tazminat miktarı açısından temyiz taleplerini reddetmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ
2008 2010	Bilgilendirme eksikliği Epizyotomiye bağlı sfinkter yırtığı	Orta	2015 AHM 20.000	33

Değerlendirme: Olayda bilgilendirme eksikliği kabul edilmekle beraber bilgilendirme eksikliğinin bedensel bir zarar sebep olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu kabule rağmen bilgilendirme kusurunun kişilik hakkını ihlal etmesi nedeniyle manevi zarar meydana getirmiştir. Diğer taraftan tıbbi uygulamalardan önce bilgilendirmenin kural olduğu kabul edilse de HHY m.18/5 hükmü doğrultusunda durumun aciliyetiyle orantılı olarak bilgilendirmenin kapsamı daraltılabilir. Bu sebeple doğumun gece

[1468] Sakarya 1. AHM 2010/239E, 2015/111K, 12.02.2015 (Yayımlanmamış karar).

saatlerinde, acil olarak yaptırıldığı gözetildiğinde tam ve kapsamlı bir bilgilendirme yapılmaması ağır bir kusur olarak değerlendirilmemelidir.

Takdir edilen 20.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 33 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

Olayın meydana geliş şekli nedeniyle ihlalin orta derecede olduğu kabul edildiğinde, oldukça yüksek bir miktarın belirlendiği görülmektedir. Bu miktar, orta derecede ihlal ile kusurun bedensel zarara sebep olduğu kabul edilse bile önerimizden (9-27 BAÜ) oldukça yüksektir.

22.3. Mahremiyet İhlali

Cinsiyet değişikliği ameliyatı ile ilgili gazete röportajı

Y.13.HD. 2018/3927E, 2020/2422K, 19.02.2020

Olay: Davacının, yan rollerde yer alarak oyunculuğa başladığı, bu işlerin sonucu olarak simaen tanınır olmuşsa da hiçbir zaman isminin geniş halk kitlelerince bilinen, herkes tarafından tanınan, meşhur bir kişi olmadığı, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaya karar verdiği ve cinsiyetinin erkek olarak değiştirilmesi yönünde rapor alındığı, bu rapor sonucu göğüs ameliyatı olmaya karar vererek 01.02.2013 tarihinde ameliyat olduğu, hastane raporunun dava dışı tarafından basına yansıtıldığı, davacının ameliyattan 22 gün sonra gazeteye röportaj verdiğini, bunun akabinde de davalının gazete ile röportaj yaptığı, ameliyatı ile ilgili bilgileri kamuoyu ile paylaştığı anlaşılmaktadır.

Talep: Davacı, 2014 yılında maddi ve 200.000TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Karar ve Yargılama: Mahkemece maddi tazminat talebinin reddi ile 7.000TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiştir.

Olay/Zarar Talep/Dava	İhlal Konu / Özelliği	İhlal	Karar (Yıl/Yer/TL)	Karar/BAÜ
2013 2014	Cinsiyet değişikliği ameliyatı Önce davacının kendi açıklaması Sonra hekimin gazete röportajı	Orta	2015 AHM 7.000	7,2

Değerlendirme: Hekimin, hastanın açık rızası olmaksızın kişisel sağlık verilerini paylaşması tıbbi uygulama hatası kapsamında ve ağır ihlal olarak değerlendirilmelidir. Ancak hastanın bu bilgileri kendisinin kamuoyu ile paylaşmış olması, hekimin kusurunu ortadan kaldırmasa da ihlalin kendisini ve etkilerini daha hafif olarak değerlendirmek gerekir.

Takdir edilen 7.000TL manevi tazminatın, zarar tarihine göre hesaplandığında yaklaşık 7,2 BAÜ olduğu anlaşılmaktadır.

SONUÇ

"Türk Hukukunda Tıbbi Uygulama Hatalarından Kaynaklanan Manevi Tazminat" başlıklı çalışmamızın ilk bölümünde çalışmamızın temel konusunu oluşturan tıbbi uygulama kavramı ele alınmıştır. Böylelikle çalışmamızın çerçevesi belirlenmiş, konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlayacak temel tanım ve kurumlar değerlendirilmiştir. Ayrıca bu bölümde tıbbi uygulamalar ile manevi zarar ve tazminat ilişkisi kurularak çalışmamızın daha sağlam temeller üzerinde ilerlemesi sağlanmıştır.

Konuya ilişkin olarak doğru bir hukukî değerlendirme yapabilmek için, çalışma boyunca ulaşılan önemli bazı sonuçların kısaca belirtilmesinin faydalı olduğu düşüncesindeyiz.

1. Tıbbi uygulamalar, tıbbi standartlar doğrultusunda yapılan; muayene teşhis ve tedavi gibi girişimsel nitelikteki tıbbi müdahaleleri içeren ve kayıt tutma, mahremiyeti koruma, hasta güvenliği, bilgilendirme ve rıza, bakım, takip ve kontrol gibi tıbbi müdahalelerin bir parçası niteliğindeki girişimsel olmayan işlemleri de kapsayan geniş bir kavramdır. Ancak bedensel bütünlüğe yönelmeyen ve tıbbi standartlar doğrultusunda yürütülmeyen işlemlerin tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilmesi uygun değildir.

Tıbbi uygulamaların temel öznesi insan olduğundan, insan sağlığının korunmasını ortak amaç edinen birden fazla taraf ve paydaş bulunmaktadır. İnsan sağlığı ve dolayısıyla kişilik hakkının korunmasındaki önemli hukukî araçlardan biri de manevi tazminattır.

Kişiliğin başlangıcı konusunda; in vitro döllenmiş yumurta ve cenin hukuken korunan varlıklar olsa da kişinin hak ehliyeti sağ doğma şartıyla döllenmiş yumurtanın ana rahmine düşme anından itibaren elde edildiğinden, döllenmiş yumurtanın in vitro dönemi hak ehliyetinin başlangıcı için esas alınmamalıdır. Ancak in vitro dönemdeki döllenmiş yumurtanın müşterek sahibi olan eşler ile ana rahmine düşen cenin tam ve sağ doğduktan sonra, haksız fiil failinden manevi tazminat isteme hakkına sahip olacaklardır.

Kişiliğin sona ermesi, ölüm ve gaiplik hâlleri ile söz konusu olmaktadır. Kişilik sona erdiğinde kişiliğe bağlı haklar da sona ereceğinden, ölen kişi adına manevi tazminat talep edilemeyecek ancak kişiliği sona erenin yakınları, kendi manevi zararları için tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Fiil ehliyeti, kişinin, özellikle tıbbi uygulamaya rızasının ve manevi tazminat talep hakkının belirlenmesi için değerlendirilmelidir. Fiil ehliyeti için ergin olma şartı aranmaktaysa da tıbbi uygulama kararlarına küçüğün mümkün olduğunca katılımının

sağlanması gerekir. Ancak tıbbi uygulamalarda öncelikle göz önünde bulundurulması gereken, kişinin çocuk veya ergin olup olmamasın ziyade ayırt etme gücünün varlığıdır.

Kişilik hakkı; kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, düşünsel faaliyeti, şeref ve onuru, resmi, gizliliği, saygınlığı gibi kişinin kişisel değerlerinin görünümü ve kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki tek bir haktır. Manevi tazminat ise özü, işlevi ve tarihsel kökeni gereği, kişilik hakkının koruyuculuğunu yapmaktadır.

Tıbbi uygulamaların ana öznesi olan hasta ve kişilik hakkı ile yakından ilişkili olan hasta hakları; başta hekimler olmak üzere, hukuk düzeni tarafından korunmakta ve gözetilmektedir. Hasta hakları, insan haklarının sağlık alanındaki yansıması olarak görülmektedir. Bu kapsamda hasta hakları, başta maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. AYM ve İHAM, tıbbi ihmalden kaynaklanan başvurular için uygun hukuk yolunun, hukuk ve/veya idari dava yolu ile tazminat talebi olduğunu kabul ettiğinden, manevi tazminatın sağlık alanındaki insan haklarının korunmasındaki önemi ortaya çıkmaktadır.

Hastanın yeterliğe sahip olmaması veya rızasının alınamaması gibi hâllerde hatasının kanuni temsilcisi veya yakınının kararları dikkate alınmalıdır. Kanuni temsilcinin tanım ve yetkileri konusunda genel olarak bir sorun bulunmamaktaysa da hasta yakını kavramı, belirsiz ve geniş bir alanı işaret etmektedir. Bu belirsiz ve geniş alan, tarafların zarar görmesine sebep olabileceği gibi uygulama zorluklarını da beraberinde getirmektedir. Ayrıca hasta yakını kavramı, manevi tazminat talebinde bulunabilecek ve zarar görenle arasında duygusal bir bağ aranan "zarar görenin veya ölenin yakını" kavramından da oldukça farklıdır. Bu sebeple manevi tazminat talebinde bulunabilmek için hasta yakını olmak gerekli olsa da yeterli değildir.

Tıbbi uygulamalarda görev alan sağlık meslek mensuplarının mesleki görev ve yükümlülüklerine aykırılıkları, tazminat sorumluluğuna sebep olabilecektir. Hekimlerin; teşhis, tedavi, rehabilite edici ve önleyici tıbbi uygulamaların temel yetkilisi olarak diğer sağlık personeli üzerinde planlama, denetleme ve değerlendirme gibi çeşitli yükümlülükleri söz konusu olduğundan, tıbbi uygulamalarda yetki genişlikleri söz konusudur. Hemşirelik ise bir mesleğe müstakil olarak çıkarılan tek kanun ve çıkarılan yönetmelik ile sağlık meslekleri içerisinde en ayrıntılı görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenen meslek olmuştur.

Sağlık hizmeti sunumunda Devletin öncelikle planlama, düzenleme ve denetleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet hizmet sunumunu, bizzat veya kendi denetim ve

gözetimi altında özel sektör vasıtasıyla yerine getirebilir. Bu sebeple kamu hizmeti olarak tanımlanan tıbbi uygulamalar, ister kamu ister özel kişilerce görülsün, doğrudan kolluk vazifesi nedeniyle Devlet'in denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Özel hukuk kişisinin organizasyon, personel, malzeme, kalite gibi idari mevzuatla belirlenen ve denetlenebilir standart eksiklerinden doğan kusurlarda, idarenin asli görevlerinden olan denetimden kaynaklanan kusuru bulunduğu için meydana gelen zarardan dolayı idare de özel kişiyle birlikte sorumlu olmalıdır.

Tıbbi uygulamaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için; kişiye özgü, subjektif nitelikteki rıza ve objektif nitelikteki tıbbi kurallar şeklindeki iki temel şartı sağlaması gerekmektedir.

Tıbbi uygulamalarda temel ilke kişinin onuru ve özerkliği olduğundan; rıza, tıbbi uygulamaların en temel ve en önemli şartıdır. Hastanın rızası aranması gerektiği hâlde usûle uygun rıza olmaksızın müdahalede bulunulduğunda, meydana gelen zarardan sorumluluk doğacaktır. Diğer taraftan hukuka aykırı bir tıbbi uygulamaya gösterilen rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak ancak tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilebilecektir. Hastanın tıbbi uygulama konusunda aydınlatılması, rızanın bir ön koşuludur. Bilgilendirme, hekimin mesleki etik ve hukukî yükümlülüğünün ağrı bastığı bir kavramken rıza, hastanın tasarrufundaki temel bir haktır.

Rıza, bilgilendirmeye binaen elde edildiğinden bilgilendirmedeki eksiklik de rızanın sakatlığı veya yokluğu gibi değerlendirilmektedir. Halbuki bilgilendirme ve rıza konusundaki ihlal kararları, rızanın olmaması değil bilgilendirmedeki eksiklik sebebiyledir. Bu sebeple bilgilendirme eksikliği, rızanın yokluğuna değil geçersizliğine yol açmaktadır.

Bilgilendirme ve rızanın hiç olmadığı durumda bedensel bir zarar meydana gelmese bile manevi zarar ve manevi tazminat sorumluluğu kabul edilebilecektir. Ancak rızanın olduğu ama bilgilendirmenin eksik olduğu hâllerde, hastada somut bir zarar olmayıp sağlığına kavuşmuşsa, tazminat sorumluluğu olmayacaktır. Aksi takdirde sırf kişilik hakkının ihlalinin doğrudan manevi zarar olarak kabul edilmesi ve sorumluluğa hükmetmek, sorumluluk hâllerinin aşırı genişletilmesine neden olacaktır. Bu nedenle herhangi bir zarara sebep olmayan bilgilendirme eksikliği, manevi tazminat için tek başına yeterli olmayacaktır. Ayrıca hastanın rızası hukuka uygunluk sebebi olduğundan hekimin, hukuka uygunluk sebebi olan rızayı da ispat etmesi gerekir.

Tıbbi uygulamalar, aynı yetkiye sahip ve aynı tıbbi standartlar çerçevesinde yürütülse de hukukî niteliği, yürüten kişinin tabi olduğu hukukî statü kurallarına göre belirlenmektedir. Bu bağlamda; kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen tıbbi uygulamalar kamu hukuku kapsamında, özel hukuk kişilerince yürütülenler özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir.

İdare tarafından sunulan tedavi, estetik gibi tüm tıbbi uygulamalar, ayrıma tabi tutulmaksızın kamu hizmeti olarak kabul edilmekte ve kusur, hizmet kusuru açısından değerlendirilmektedir. Bu sebeple idare tarafından sunulan tıbbi ihmal, idare hukuku ilkelerine göre değerlendirilerek, idari yargıda dava konusu olacaktır.

Özel hukukta, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan sorumluluğun hukukî niteliği, aradaki sözleşme ilişkisine göre değerlendirilmektedir. Tıbbi uygulamalar genel olarak sözleşme ilişkisi dayalıdır ve hastanın rızasının arandığı ve rızasının olduğu hâllerde sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Sözleşmeye aykırılık hâllerinde manevi tazminat özel olarak düzenlenmese de, haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Mevzuatımızda, tıbbi uygulamaları konu alan özel bir sözleşme tipi tanımlanmamaktadır. Ancak hasta ile hekim veya sağlık hizmet sunucusu arasındaki hukukî ilişki, öğreti ve uygulamada genel olarak vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Estetik uygulamalar için öğretide farklı görüşler sunulurken Yargıtay, eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Kanımızca; estetik ameliyatlarda belirli bir fiziksel görünüm yolunda garanti verilmişse bu hukukî ilişkinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilebilir, ancak; neticenin tam olarak öngörülemediği ve belli bir sonuç garanti edilmeden yapılan estetik uygulamalar, vekalet sözleşmesi kapsamında kabul edilmelidir. Bu tartışmalar devam ederken 6502 s. TKHK hükümleri doğrultusunda; hasta, tüketici olarak ve aradaki ilişki de tüketici ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Ancak tüketici hukukundaki seçimlik hakların insan doğasına uymadığı, sağlık hizmetlerinin kamusal niteliğinin pazar ekonomisine dayalı olan tüketici hukukuna uygun olmadığı, hastanın bedeninden kaynaklanan önemli etkilere tüketici hukukunda karşılık bulabilmenin imkansız olması gibi sebeplerle bu kabulün uygun olmadığı savunulmaktadır.

Özel hukuk kapsamındaki tıbbi uygulama, sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşmediyse ve vekaletsiz iş görme hükümleri de uygulanamıyorsa artık haksız fiil söz konusudur. Tıbbi uygulama sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleşse bile özen yükümlülüğüne, tıbbi ve mesleki kurallara aykırılık, aynı zamanda hukuka aykırılık

anlamına geleceğinden, sözleşme dışı sorumluluk da söz konusu olabilir ve bu durumda sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışabilir. Ancak hastanın ölümü veya ağır bedensel zararı nedeniyle, yakınlarının açacağı tazminat davalarında sorumluluğun kaynağı doğrudan haksız fiildir.

Manevi zarar ve tazminatın belirlenmesi için öncelikle manevi tazminat sorumluluğunun doğması gerekir. Tıbbi uygulamalar, ister kamu tüzel kişilikleri isterse özel hukuk kişilerince icra edilsin, genel olarak; hukuka uygunluğu için aynı şartlar gerekmektedir ve haksız fiil kuralları geçerlidir.

2. Çalışmamızın "Manevi Zarar ve Manevi Tazminata Yaklaşım" başlıklı ikinci bölümünde; öncelikle zarar kavramı ele alınmış, manevi zararı açıklayan teoriler değerlendirilmiş, manevi tazminatın amaç ve işlevi incelendikten sonra manevi tazminatın özellikleri belirlenmiştir.

Sorumluluk hukukunun esas amacı cezalandırmak değil gerçekleşen zararı tazmin etmek olduğundan; zarar, hukukî veya idari tazminat sorumluluğunun en önemli unsurudur ve zarar yoksa tazminat sorumluluğu da bulunmaz. Maddi zarar ile manevi zarar ayrımında, ihlal edilen değerlerden değil, zararın ekonomik olarak ölçülüp ölçülemediğinden hareket edilmektedir. Manevi zarar; parasal olmayan, belgelerle hesaplanamayan ve kolayca ölçülemeyen kayıpları ifade etmektedir. İdare hukuku ile ilgili yasalarda manevi zarar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından, özel hukukta düzenlenen manevi tazminat kurumu fazla değişikliğe uğramadan, tam yargı davalarında da varlığını korumaktadır.

Mukayeseli hukuka baktığımızda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi; manevi zarar ve tazminatıyla ilgili olarak üye ülkeler arasındaki farklılıkları azaltma ve uyumu kolaylaştırma için 1975 tarih ve "Resolution (75) 7" sayılı İlke Kararı'nı kabul etmiştir.

Avrupa sözleşme hukukunun manevi tazminata yaklaşımı, oldukça karmaşıktır ve üç sınıfa ayrılmaktadır. Liberal rejimlerde, manevi ve maddi zarar aynı seviyede telafi edilmekte; Ilımlı rejimlerde, özel düzenlemeler ve içtihatlar değerlendirilmekte; muhafazakar rejimlerde, manevi zararların telafi edilme olasılığı neredeyse her zaman reddedilir ve sözleşmeden ziyade haksız fiillerle sınırlandırılmaktadır.

Avrupa ülkelerindeki manevi zarar ve tazminata yaklaşım karmaşık ve farklılıklar içerdiğinden örnek bir kurgu üzerinden değerlendirme yapmak uygun görülmüştür. Buna göre; Bayan E., üçüncü çocuğuna hamiledir ve ekonomik nedenlerle başka çocuk istememektedir. Bu sebeple üçüncü çocuğun doğumu sırasında sterilizasyon işlemi için

Dr. Franklin ile sözleşme yaparlar. Ancak doğum sırasında sterilizasyon işlemi yapılamaz ve Bayan E.'ye bu konuda bilgi verilmez. Dört ay sonra bayan E. yeniden hamile kalır ve dördüncü çocuğunu doğurur. Hatalı doğum kontrol sonucu ortaya çıkan gebelik konusunda Avrupa hukuk sitemleri arasında ciddi farklılıklar bulunsa da genel kabul, çocuğun zarar olarak görülmesinin mümkün olmadığıdır. Fakat ülkeler arasındaki temel uyuşmazlık çocuğun zarar olarak görülmesi değil gebeliğin, annenin sağlığına haksız bir şekilde zarar vermiş sayılıp sayılmadığıdır.

Manevi zarar, kişilik hakkı ihlalinin zarar görenin kişiliği üzerindeki etkisi olarak tanımlansa da esas tartışma, bu etkiden neyin anlaşılması gerektiğidir. Bu konuda ileri sürülen görüşler temel olarak sübjektif teori, objektif teori ve bu teorileri bağdaştırmaya çalışan karma teori olarak ayrılmaktadır. Özel hukuktaki bu görüş ve uygulamalar idare hukukunu da etkilemektedir.

Öğretide manevi zararın tespitinde, kişilik değerlerinin ihlali olan objektif unsurun aranması konusunda zaten görüş birliği bulunmaktadır. Asıl sorun, duygu zararlarının (subjektif unsur) manevi zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Teorilere baktığımızda; subjektif teorilerin eleştirileri, manevi zararı nesnelleştirme çabaları neticesinde subjektif unsurların arındırılmasıyla, duygu zararlarını kabul etmeyen objektif teori ortaya çıkmıştır. Ancak manevi zarar nesnelleştirilmeye çalışılsa da duygu zararlarını değerlendirme dışı bırakmasıyla objektif teori yeniden değerlendirilmiş ve karma teori şekillenmiştir. Karma teoride duygu zararları yeniden dahil edilmiş ancak çeşitli ölçütlerle sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Ancak bu kriterler açısından bir görüş birliği olmadığı gibi, subjektif unsur sınırlandırılarak, sınırlı da olsa subjektif teoriye geri dönülmektedir. Bu geri dönüş neticesinde; subjektif unsurun belirlenmesindeki eleştiriler yine karşımıza çıkmaktadır.

Ancak hangi teori benimsenirse benimsensin manevi zararın somut delillerle tespit edilmesi mümkün değildir. Her ne kadar manevi zararın giderilmesinde para ile giderme, yetersiz olsa da mevcut düzendeki en elverişli araç ve en iyi önlem değil ancak son çare (pis-aller) olduğu sürece, zararın somutlaştırılarak objektifleştirilmesi ve objektif olarak belirlenen zararın, objektif bir araç olan parasal karşılığının belirlenmesi, en iyi çare olmasa da mevcut teoriler içerisindeki en uygun yöntemdir.

Manevi tazminatın amaç ve işlevi konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ancak manevi tazminat, kişilik hakkı saldırılarının para ile ölçülemediği durumlarda kullanıldığından gerçek bir tazminat değildir ve manevi zarar, somut durum ve zarar

görenin etkisi altında bulunduğu nedene göre değişebilir. Ancak şeyden önce manevi tazminatın amacı; zarar verenin cezalandırılması değil, zararın giderilmesidir.

Tatmin ve denkleştirme işlevi görüşleri, zarar gören üzerinden zarar değerlendirmesi yaptığından, zararın belirlenmesine değil zarar görenin duygularını teskin etmeye yönelmektedir. Ancak esas amaç, zarar görenin içsel ve subjektif duygularının araştırılmasından ziyade meydana gelen zararın belirlenmesi olmalıdır. Nitekim denkleştirme görüşü; tazminatı, tatmin doğrultusunda objektifleştirme çabasıdır.

Yargı kararlarında, açıkça belirtilmese de, manevi tazminatın tamamlayıcı ve düzeltici işlevi kullanılmaktadır. Kusurun, nedenselliğin veya maddi zararın tam olarak ortaya konulamadığı ve böylece maddi tazminatın kendisini sınırladığı durumlarda, zarar görenin mağduriyetini gidermek için manevi tazminata karar vermektedirler. Bu gibi durumlarda, son çare olarak manevi tazminat kullanılabilmektedir. Ancak manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı ve düzeltici işlevini kabul etsek bile; yasa koyucunun, TBK m.56 ile manevi zararı ayrı bir kalem olarak düzenlediği görülmektedir.

Günümüzde manevi tazminatı, arka planda kalan ve fail yerine sorumluluğu üstlenen kişiler ödedikçe; manevi tazminatın, maddileşmesi sürecindeki öznel, bireysel, duygusal ve ulvi karakteri silinmektedir. Ayrıca manevi tazminat için kişilik hakkının ihlal edilmesi yeterli olduğundan, objektif teoriye ait telafi görüşünü benimsemekteyiz.

Tıbbi uygulamalar kapsamında üzerinde durulması gereken önemli bir konu da manevi tazminatın caydırıcılık ve önleyici işlevi meselesidir. Özel hukuk cezası niteliğindeki bu görüş ile manevi tazminat arasında, işlevsellik açısından bir bağ ya da benzerlik kurmak kolay değildir. Bu nedenle önleme ve caydırma işlevinin asıl amaç olmadığı ancak belirli alan ve durumlarda ikincil işlev olarak kullanılabileceği düşüncesindeyiz. Yargıtay, önleme ve caydırıcılık işlevini özellikle iş kazalarında ve özel hastanede gerçekleşen tıbbi uygulama hatalarında kullanırken, Danıştay'ın ise bu işlevi 2016 yılıyla sınırlı olarak, tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili birtakım kararlarda kullanmış olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, manevi tazminatın amaç ve işlevlerinden birinin organizasyon kusurunu önlemek ve cezalandırmak olabileceği düşüncesindeyiz. Ancak bu işlev kullanılırken organizasyon imkan ve yapısı göz önünde bulundurularak, önleyici ve caydırıcı işlevin etkili olabileceği alan ve durumlar özel olarak belirlenmelidir. Bu belirlemeler yapıldıktan sonra önleyici ve caydırıcı işlevi, genel sorumluluktan ayrı olarak sadece organizasyon sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Manevi tazminat konusunda adli yargı ve idari yargı arasında büyük ölçüde benzerlikler olsa da farklılıklar da söz konusudur ve idari yargıda, daha dar ve sınırlı bir sorumluluk ile tazmin anlayışının kabulünde kendini göstermektedir. Ancak, sorumluluk hukukunun evrensel ve temel ilkeleri doğrultusunda tazminat davalarında ortak bir yöntem kullanılması, hukuksal gerekçelerin aynı olması ve tazminat hesaplarının aynı biçimde yapılması gerekir. Kişinin yaşamı ve sağlığı için gerekli olan tıbbi hizmet sunucusu farklı olabilse de meydana gelen zarar ve zararın giderilmesi, farklı hukukî usûl ve kurallara tabi olmamalıdır. Ancak manevi tazminat konusunda idare hukuku ile özel hukuk arasındaki esas farklılık, kusurun belirlenmesindedir. Bu sebeple idarenin sunduğu sağlık hizmetleri için kusur belirlemesi idare hukuku kurallarına göre yapılması gerekse de manevi zararın tespit ve belirlenmesi TBK hükümlerine göre yapılmalıdır.

TBK m.56 ve m.58, manevi zararın giderilmesini düzenleyen, özel ve birbirinden bağımsız olmayan hükümlerdir. Diğer bir deyişle; haksız fiil hukukunda tazminat talebinin kapsamı ve tazminatın türünü belirleyen hükümlerdir. TBK m.56, bedensel bütünlük kapsamındaki kişinin yaşamına ve beden sağlığına yönelik ihlaller ile kişinin sağlığının korunmasında uygulama alanı bulmaktadır. TBK m.58 ile kişilik hakkı zedelenenin, manevi zararına karşılık para isteyebileceği düzenlenmektedir. TBK m.56, TBK m.58'e göre özel fakat tüm bedensel zararlar için uygulanabilen genel bir hüküm olduğundan, şartları mevcut olduğunda öncelikle uygulanır; ancak, bedensel zarar ve ölüm hâli dışında kalan kişilik hakkı ihlallerinde, TBKm.56'ya nazaran genel hüküm niteliğindeki TBK m.58 uygulanacaktır. Diğer taraftan, TBK m.58'in genel hüküm niteliği sebebiyle TBK m.56'nın bu genel hükümden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. TBK m.56 manevi tazminatı özel olarak düzenlese de TBK m.51 ve 52, tazminatın belirlenmesi ve indirilmesini genel olarak düzenlemektedir. Bu sebeple TBK m.51 ve 52 hükümlerinin de idari yargının genel kural ve usûllerine aykırı olmadığı sürece kıyasen uygulanması gerekir.

Manevi tazminatın kısmi dava konusu ve belirsiz alacak davası olabilmesi, manevi tazminatın bölünebilir olup olmaması ile ilgilidir. Eğer manevi tazminatın bölünebilir olduğu kabul edilirse manevi tazminat, doğrudan kısmi dava ve belirsiz alacak davası konusu olabilecektir. Genel olarak manevi tazminat bölünemez olarak kabul edilerek, bu bir ilke hâline getirilmiş ve manevi tazminatın bölünememesine çeşitli sonuçlar bağlanmıştır. Ancak esas sorun, manevi tazminatın bölünememesi değil, manevi zararın bölünmezliğinin (ölçülemezliğinin) manevi tazminat kavramına hatalı monte edilmesidir.

Paranın manevi zararın tam karşılığı olmadığı ve manevi tazminat miktarının ancak hâkimin takdir açıklaması yani dava hakkındaki kanaatini belli etmesiyle belirlenebileceği sebepleriyle, manevi tazminatın belirsiz alacak davası konusu olmayacağı savunulmaktadır. Ancak, kanaatimizce; manevi tazminat, belirsiz alacak davasına konu olabilir niteliktedir. Her şeyden önce manevi zarar, para ile ölçülemez ve belirlenmesi tamamıyla hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca tıbbi uygulamalarda, hem zararın belirlenmesi teknik bir konuyken hem de belirlenen zararın parasal takdiri hâkime aitken, zarar görenin bu iki büyük bağımsız değişken karşısında uygun ve doğru bir talepte bulunabilmesi gerçekçi değildir.

Genel olarak maddi tazminat davası açıldıktan sonra, davacının ıslah yoluna başvurarak manevi tazminat talebinde bulunmasını engelleyen bir usûl kuralı yoktur. İdari yargıda; dava değerinin arttırılması imkanı sayesinde, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin mutlak bir kural olmadığı ve esnekliğinin olduğu gösterilmektedir. Böylece manevi tazminat, kısmi dava benzeri bir usûl ile bölünerek talep edilebilmektedir. İdari yargıda manevi tazminatla ilgili usûl ve kuralların genel olarak özel hukuktan alındığı kabul edildiğinde, idari yargılamada kullanılan bu usûlün medeni usûl hukukunda da kısmi dava için uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Manevi tazminatın, denkleştirmeye ilişkin tüm yollar tüketildikten sonra maddi tazminatın yetersiz kaldığı sosyal sorumluluk hâllerinde kullanılan ikincil bir yol olduğu görüşü, manevi tazminat talebinin istisnai nitelikte olmaması nedeniyle uygun değildir. Bu nedenle manevi zararın başka türlü giderilmiş olması, sorumluluğun unsuru değil, sorumluluktan doğan tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

3. Çalışmamızın "Manevi Tazminatın Belirlenmesi" başlıklı üçüncü bölümünde, hâkimin takdir yetkisi değerlendirilerek manevi tazminatın sınırlandırılması gerekliliği tartışılmıştır. Daha sonra manevi tazminatın belirlenmesindeki ana unsur olan manevi zararın objektif ağırlığı kavramı ayrıntılı olarak incelenmiş ve bu konudaki önerimiz sunulduktan sonra, manevi tazminatın belirlenmesinde diğer etkili hâller, örneklerle açıklanmıştır. Ayrıca son olarak, manevi tazminatın belirlenmesindeki etkili hâller açıklandıktan sonra manevi tazminatın belirlenmesi yöntemleri değerlendirilmiştir.

Genel olarak manevi tazminatın belirlenmesinde, maddi tazminatta olduğu somut ölçütler bulunmamaktadır. Ayrıca idare hukukunda manevi tazminatın belirlenmesine dair özel hükümler bulunmayıp; TBK ilgili özel hükümleri doğrudan, genel hükümleri ise idare hukuku kurallarına aykırı olmadıkça kıyasen uygulanmaktadır. Manevi

tazminatın belirlenmesi, kişilik hakkı ihlallerindeki en önemli sorun olsa da en temel kural, hâkimin takdir yetkisidir.

Manevi zararın tam olarak belirlenememesi sebebiyle hesaplanmasından değil, hukuka ve hakkaniyete göre hâkim takdirinden bahsedilmektedir. Hakkaniyet, temel hak ve özgürlüklerin korunması, kaynakların adalet ilkesine uygun olarak dağıtılmasıdır. Her insanın kişilik hakkı ihlali karşısında hissettiği manevi zarar farklı olacağından hâkimin ortalama, objektif bir ölçütü esas alması gerekir ve somut olayın özelliği, kararın verilmesinde önemli bir ağırlığa sahiptir. Hakkaniyet ilkesi, zarara konu olayı; subjektif unsurlar da dahil olmak üzere önemsiz sayılabilecek unsurlardan arındırarak somutlaştırmakta ve menfaat dengesini gözetmektedir. Bu nedenle, hakkaniyet ilkesi objektif bir çerçeve belirlemeye yöneldiğinden, objektif teori ile uyum göstermektedir.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, TBK m.50/2 doğrultusunda; hâkim, olayın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Manevi zararın somut delillerle tespit edilebilmesi mümkün olmadığından, manevi zararın ispat ve tespitinde hâkim, hakkaniyete göre karar vermelidir.

Hâkim, takdir yetkisini hakkaniyet çerçevesinde kullansa bile her hakkaniyet kararı yine de hâkimin kişisel, subjektif değer yargısından izler taşımaktadır. Hâkimin takdir yetkisinin önemli özelliği, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olması ve takdir anında tümüyle kişisel yetenekleri, bilgi ve görgüsü ile baş başa olmasıdır. Hâkimin subjektif düşüncesi doğrultusunda; önyargılarının, basmakalıp düşüncelerinin, psikolojik savunma mekanizmalarının, bilinçli olmayan ön kabullerinin devreye girmesi ile vereceği karar büyük bir tehlike yaratacağından hâkimin kendi değer yargılarına eleştirisel bir gözle bakmalı ve onları hukukî önemlerine göre denetlemelidir.

Manevi tazminatın belirlenmesinde hâkimin geniş takdir yetkisi karşısında hâkim, takdirinin nedenlerini göstererek, kararını gerekçelendirmelidir. Ancak hâkimin değer yargılarını en ince detaylarına kadar gerekçelendirmesi, takdirin genel bir formülle tespit edilmesi mümkün olmadığından; karar, takdir yetkisinin kapsamı ve ihlalin ağırlığının derecesi konularında, somut olayın değişen özelliklerine göre gerekçelendirilmelidir.

Hâkimin takdir yetkisini kullanması, maddi hukukun uygulanması anlamına gelmektedir. Bu sebeple maddi hukukun uygulanmasını denetleyen üst yargı, aynı şekilde nazik bir konu olan manevi tazminatın belirlenmesini de denetleme yetkisine sahiptir. Ancak denetleme yetkisi, adalette birliği sağlayacak, manevi tazminatın belirlenmesine

yön verecek şekilde kullanılmamaktadır. Hâkimin takdir yetkisinin denetlemesini yapan yüksek mahkemeler; takdir yetkisinin kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığını, bulunan çözümle uygulanan kuralın amacının bütünleşip bütünleşmediğini, yerine göre öğreti ve yerleşmiş yargı içtihatlarından yararlanılıp yararlanılmadığını değerlendirmelidir. Böylelikle hâkimin çalışma tekniği tanımlayan, formüle eden ve sistemleştiren, bilimsel, akılcı, denetlenebilir ve tartışılabilir bir metodoloji, hâkimin takdir yetkisinin eleştiri ve denetimi için ideal bir araç olacaktır.

Genel olarak tazminat, uğranılan zarar ile sınırlıdır. Önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil eylemin meydana getireceği objektif zararlardır. Bu sebeple tazminatta öngörülebilirlik ilkesinin kullanılmadığı söylenebilse de nedensellik bağı çerçevesinde, sorumluluğun sınırlandırılmasında örtülü olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, manevi tazminatın sınırlandırılmasında en önemli gerekçe ve ölçüt, öngörülebilirlik ilkesidir. Ancak manevi tazminat miktarının, öngörülebilir ve zarar anında objektif olarak hesaplanabilir olmaması ve hatta zarar görenin kendisi tarafından bile somut olarak belirlenemeyip hâkim takdirine tabi olduğundan, fail açısından zarar öncesi, sırası ve sonrasında bilinememektedir. Diğer bir deyişle, hâkim takdirindeki manevi tazminat miktarının, fail tarafından öngörülmesi mümkün değildir. Bu sebeple öngörülebilirlik, hakkaniyet ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde, maddi zararda olduğu gibi manevi zararın da tek ve öngörülebilir nitelikte belirlenerek, manevi tazminatın sınırlandırılması hem fail hem de zarar gören açısından gereklidir.

A.B.D. hukukunda, tıbbi uygulama kaynaklı tazminat miktarları çeşitli eyaletlerde sınırlandırılmaktadır. İsviçre hukukunda da ölüm ve ağır bedensel zararlara dayalı manevi tazminat için üst sınır belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Türk öğretisinde manevi tazminat miktarının sınırlandırılması savunulmaktadır. Kanımızca, manevi tazminatın üst sınırının Brüt Asgari Ücret üzerinden belirlenmesi, herkesin yaşama hakkına eşit şekilde sahip olması ve zamana göre belirlenebilen objektif bir ölçüt olması sebebiyle yerindedir.

Öğretide önerilen üst sınırlar, her türlü manevi tazminat talepleri için geçerli olduğundan ve canavarca hislerle kasten işlenen, ağır kusurlu eylemleri de kapsadığından, tavan miktarların, tıbbi uygulamaların amaç ve niteliği karşında oldukça yüksek olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca önerilen miktarlar, genel tazminat hesabına ait olduğundan kusur indirimi de gözetilmektedir. Ancak tıbbi uygulamalarda, en hafif kusurdan bile sorumluluk doğduğundan, kusur indirimi olmamaktadır. Nihayetinde tıbbi uygulama hatalarında kast unsurunun da olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca ZMSS teminat

miktarlarının, zarar görenin yakınları için takdir edilecek manevi tazminat ile zarar gören için belirlenecek maddi tazminatı da kapsadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu sebeplerle bizim önerimiz; tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminatın üst sınırının, tıbbi uygulamalarda kast unsurunun olmaması, kusur indirimi olmaması ve ZMSS teminat miktarları da gözetilerek dört yıllık yani kırk sekiz aylık BAÜ olarak belirlenmesi gerektiğidir. Zarar görenin yakınları için takdir edilen manevi tazminat miktarının da bu sınırı aşmaması gerekir.

Manevi zararı tayin için somut hareket noktaları bulunmadığından, TBK m.50vd hükümlerinin manevi tazminat için de geçerli oldukları ve TBK m.51 ve 52 hükümlerinin manevi tazminatın belirlenmesinde de kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple manevi tazminatın belirlenmesinde, manevi zararın objektif ağırlığı ile zarar veren ve zarar görenin şahsına ilişkin hâller dikkate alınmalıdır.

Manevi tazminat için kusur ve manevi zararın yanında, manevi tazminat talebini haklı gösteren özel bir durum gerekli olduğundan, tek başına manevi zarar, kusurdan ileri gelse de her koşulda manevi tazminatı gerektirmez. Bu çerçevede, manevi zararın objektif ağırlığı; bir kimsenin katlanabileceği veya katlanması gereken acı ve üzüntü ölçüsünü aşan nitelikteki ihlalin; türü, boyutu, şiddeti, süresi ve zarar gören üzerindeki fiziki ve ruhsal nitelikteki olumsuz etkileridir. İdare hukuku açısından da manevi tazminat miktarını etkileyen hâllerden biri, zararı doğuran idari faaliyetin ağırlığı ve zararın belirli bir ağırlıkta olması gerektiğidir.

Kişilik hakkı ihlaline bağlı manevi zararın ağırlığı ile ihlalin kendi ağırlığı, manevi zararın objektif ağırlığını oluşturmaktadır. Manevi zararın objektif ağırlığı doğrultusunda hâkim, takdir yetkisini kullanarak, öncelikle manevi tazminat talebini değerlendirecek ve koşulları varsa manevi tazminat miktarını belirlemede kullanacaktır. Bu sebeple manevi zararın objektif ağırlığı, ihlal ve zararın değerlendirilmesi ile manevi tazminatın tespit ve miktarının belirlenmesi konusunda hem bir köprü niteliğinde hem de hâkime, takdir yetkisini kullandığı çeşitli alanlarda, yol gösterici, anahtar bir ölçüttür.

Tıbbi uygulamalar sırasında, bedensel olmasa da, özel ve gizli hayatı kapsamında kişilik hakkına yönelik ihlal söz konusu olabilir. Kişinin özel ve gizli hayatı ile mahremiyeti, kişilik hakkı koruması altındaki değerlerdir. Kişinin özel ve gizli hayatı genel koruma altındaysa da kişisel sağlık verileri, kişilik hakkı içerisinde özel normlarla korunan daha özel bir alandır. Bu sebeple manevi zararın objektif ağırlığı kapsamında tıbbi uygulamalarla ilişkili özel ve gizli hayat ile mahremiyet ihlali, hafif olmayan bir

ihlal olarak nitelendirilmeli ve tazminat talebi ile miktarı, ihlalin meydana getirdiği manevi zarar da gözetilerek bu ağırlık çerçevesinde takdir edilmelidir.

Tıbbi uygulamalarda bilgilendirme, hem rızanın ön şartı hem de mesleki bir yükümlülük olup hastanın serbest iradesini etkileyebilecek bir kurum olduğundan eksikliği hâlinde, kişilik hakkı ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmış olduğu kabul edilebilir. Ancak manevi tazminat talebinin kabulünde, tek başına ihlal yeterli olmayıp bu ihlalin sebep olduğu manevi zararın da değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Tıbbi kayıtların ispat fonksiyonu ve kişilik hakkı niteliği bulunmaktadır. İspat fonksiyonu ile ilgili yükümlülüğe aykırılık, doğrudan manevi zarar oluşturmayacaktır. Ancak, ispat yükü sağlık hizmet sunucusu tarafında olduğundan, tıbbi kayıtlarla hukuka uygunluk ispat edilemediği takdirde, meydana gelen bedensel zarardan sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak Danıştay kararlarında belirtildiği üzere; kayıtlardaki eksikliğin sadece şüphe uyandırmaya yol açması, somut bir zarar olarak nitelendirilmemeli ve manevi zararın objektif bir ağırlığa ulaştığı kabul edilmemelidir.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesinde özel hüküm olan TBK m.56, genel hüküm olan TBK .58'den farklı olarak "olayın özelliklerinin" göz önünde tutulması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Olayın özellikleri, manevi tazminatın unsuru olarak nitelendirilmeyip manevi zararın kapsam, şekli ve belirlenmesinde kullanılabilecek bir etkendir. Bedensel bütünlüğün ihlallerinde; manevi zararın objektif ağırlığının daha büyük önem taşıdığı, bu sebeple diğer kişilik hakkı ihlallerine göre daha objektif ve daha ağır olduğu kabul edilmektedir.

Öğretide, bedensel zarardan kaynaklanan manevi zararın objektif olarak belirlenebilmesi için çeşitli ruhsal ve bedensel zarar cetvelleri önerilmiştir. Hâkimin kişisel bilgi ve tecrübesi bedensel zararları değerlendirmeye yeterli olmayabileceğinden, kararlarını dayandırabileceği, hukuk birliğinin sağlanabileceği bu cetveller gibi karar destek enstrümanlarının faydası ortadadır. Ancak öğretide zarar cetveli oluşturulması çabası olsa da medeni ve idari yargı uygulamasında yer bulmamışlardır.

Bu sebeple yeni arayışlar içerisine girmektense zaten hâli hazırda kullanılan ve tecrübe edilmiş ve en önemlisi yasa ile hükme bağlanmış TCK m.89 ile düzenlenen taksirle yaralama hükmünde üç grup altında (m.89/1 hafif, 89/2 orta ve 89/3 ağır) tanımlanan bedensel zararların, tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi zararın tespitinde uygulanabileceği ya da en azından kıyasen kullanılabileceği kanaatindeyiz.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında önerimiz; TCK m.89 ile düzenlenen taksirle yaralama suçu bedensel zarar kategorilerinin, ihlal dereceleri ile muamelesi ile manevi zararın objektif ağırlığının tespit edilmesidir. Önerimiz doğrultusunda; zarara bağlı ay olarak belirtilen cezalar, ihlal derecesi katsayısı ile çarpılarak manevi zararın objektif ağırlığı tablosu oluşturulmuştur. Yaralanma ve ölüm tablolarının üst sınırı, tıbbi uygulamalardan kaynaklanan bedensel zarar tazminatının üst sınırı olarak önerdiğimiz dört yıl yani 48 ay ile hesaplama uyumu olacak şekilde belirlenmiştir. Tabloda manevi zarara konu olabilecek bedensel zararlar, hâkimin genel olarak kendiliğinden değerlendirme yapabileceği, kanun hükmündeki hâliyle, basit, anlaşılır ve etkili şekilde belirlenmiştir. Bedensel zararların ihlalin ağırlığı ile muamelesi sonucu, hem zarar hem de ihlal konusunda, hâkime geniş bir takdir yetkisi alanı bırakılmaktadır.

Tıbbi uygulamadan kaynaklanan ölüm için manevi tazminatın alt sınırını 12 ay ve üst sınırını 48 ay olarak önermekteyiz.

Manevi zararın objektif ağırlığının belirlenmesine etkili olan diğer hâller, bağımsız bir unsur olarak değil ihlalin ağırlığı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda ihlalin ağırlığı, daha ağır veya daha hafif olarak değerlendirilebilir.

Rıza olmadığında yapılan müdahale, hukuka aykırı olacağından meydana gelen zarardan sorumluluk doğacaktır. Diğer taraftan TBK m.52/1 ile kişinin rızası bir indirim sebebi olarak düzenlense de rıza, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı zaman bir indirim sebebi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle geçersiz rıza, hukuka aykırı sayılmakla beraber TBKm.52/1 doğrultusunda, tazminattan indirim veya tazminatı tamamen kaldırma sebebi olarak kabul edilebilir.

Zarar görenin kusuru, nedenselliğe etkisi ölçüsünde, tazminatın belirlenmesinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple ihlal veya zarar ölçüsü ile değil aralarındaki ilişki üzerinde etkilidir. Zarar görenin kusuru, nedenselliği kesecek ölçüde ağır olmadıkça tazminatta indirim sebebidir ve ihlalle eşdeğer kabul edilirse, indirim yarı yarıya olabilir. İhlal ağırlaştığı ve kusur hafiflediği ölçüde indirim miktarı da orantılı olarak azalacaktır.

Zarar görenin yaşı, manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Zarar görenin yaşı, özellikle kalıcı vücut sakatlıklarında ve estetik zararlarda önem kazanmaktadır ve bu da acıya katlanma süresi ve uyum süreci ile bağlantılıdır. Genç yaşta ve özellikle çocukluk çağındaki ihlallerin etkisi daha uzun sürecektir ve gelişim süresinde katlanması daha zor olabilecektir. Ancak diğer taraftan insan hayatının kutsallığı ve herkesin yaşama hakkına eşit şekilde sahip olması karşısında ileri yaşın tazminatta

indirim nedeni olması da uygun değildir. Ancak istisna olarak, ölen kişinin yakınları açısından ileri yaş bir indirim sebebi olarak kabul edilebilir. Bu noktada da belirli bir yaşı kriter almak doğru değildir ve örneğin, kişinin emekli olması esas alınabilir.

Zarar görenin ekonomik durumu da manevi tazminatın belirlenmesinde doğrudan etkili olmamalıdır. Ancak; gerek olayın özelliği gerek adaleti sağlama amacı ve gerekse takdir edilecek şeyin para olması karşısında, zarar görenin ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir. Kabul ettiğimiz objektif teori çerçevesinde, ekonomik durumu iyi olanı para ile tatmin etme zorluğu gibi bir amacımız bulunmamaktadır. Bu sebeple, kişilerin ekonomik durumu; tazminatı belirleyen bağımsız bir unsur olamaz, ancak; olayın özelliği ve manevi tazminatın objektif ağırlığı çerçevesinde hâkimin takdir edeceği bir konudur.

Zarar görenin mesleği, bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanan manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Zarar görenin bedensel yatkınlığı, hakkaniyet gereği manevi tazminat açısından indirim sebebi olarak kabul edilmektedir. Zarar göreninin bünyesinden kaynaklanan, zarar meydana gelmeden önce de var olan veya doğmasını, artmasını etkileyen, açık veya gizli durumlar bu kapsamda değerlendirilir. Kanımızca buradaki sorun nedensellik olduğundan, bu meselede iki tarafa da yüklenebilecek sorumluluk bulunmadığı gibi indirim de söz konusu değildir. Bu sebeple bedensel yatkınlık sebebiyle artan veya doğan zararın, objektif olarak ihlali gerçekleştirene isnat edilmemesi ve genel zarardan ayrı tutulması gerekir. Ancak bu ayrı tutma, teknik olarak bir indirim değildir.

Zarar görenin, yaşam alışkanlıklarını değiştirmek zorunda kalması, kendi ilgi, faaliyet ve çalışmalarını meydana getiremeyecek hâle gelmesi, hâkim tarafından manevi tazminatı arttırıcı bir faktör olarak göz önünde bulundurulması gerekir.

Zarar görenin yakınlarıyla ilişkisi iki açıdan değerlendirilmelidir; zarar görenin zarar sonrası yakınlarıyla ilişkisi ve tazminat talebinde bulunan yakınların zarar görenle ilişkisi. Genel olarak zarar gören kişi sosyal bir ağa (ortaklık, aile) entegre olabilse de zararın özelliğine bağlı olarak, sosyal ve yakınlarıyla ilişkilerde bozulma da olabilir. Hâkimin bu kapsamda; zarar gören kişi ile yakınları arasındaki ilişkinin yakınlık ve yoğunluğu, ilk zarar gören ile talepte bulunan yakını arasındaki duygusal bağın gerçeklik ve samimiyeti, ağır beden bütünlüğü ihlalinin yakını üzerindeki etkisi, ihlalin meydana geliş şekli, birlikte yaşayıp yaşamadıkları, yakınlarının yaşı gibi durumları göz önünde bulundurması gerekir.

Zarar verenin kusuru, manevi tazminatın belirlenmesinde etkilidir. Manevi tazminat, zarar göreni tatmin ve hakkaniyet gereği olduğundan, kusur arttıkça zarar görendeki etkileri de artacağından kusur ile zarar arasında bir doğrusallık bulunmaktadır. Diğer taraftan hafif kusura rağmen ağır kusurdaki gibi tam tazminata hükmetmek hakkaniyete aykırıdır. Ancak, manevi tazminatın belirlenmesinde kusurun derecesinden ziyade zarar ve ihlalin ağırlığı, yani manevi zararın objektif ağırlığı önemlidir.

Zarar verenin ekonomik durumunun genel olarak, tazminatın belirlenmesinde etkili olmadığı kabul edilmektedir. Zarar verenin sigortası, manevi zararın objektif ağırlığını etkilemeyeceği gibi tazminatın belirlenmesinde etkili diğer bir hâl olarak da göz önünde bulundurulmamalıdır. Ancak kanunda düzenlendiği üzere, tazminat yükümlüsünün yoksulluğu konusunda indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.

Tıbbi uygulamanın niteliğinin tespiti, sorumluluğun belirlenmesinde önemlidir. Bu doğrultuda, manevi tazminat miktarının tespitinde de manevi zararın hangi nedenle meydana geldiğini, hâkimin dikkate alması gerekir. Bir mesleğin zorunlu icrası, zor durumda bulunan kişiye yardım, kurtarma çalışmaları veya bunlara benzer hâl ve şartların yapılmasını zorunlu kıldığı eylemleri, eğlence, kazanç gibi amaçlarla yapılan eylemlerden ayırmak gerekir. Diğer taraftan tıbbi uygulamanın endikasyonu üzerinde de değerlendirme yapmak gerekir. Tıbbi endikasyon dışındaki estetik uygulamalar, kişinin kendi iç dünyasındaki istek ve arzusu çerçevesinde yapıldığından, meydana gelen zararın manevi etkileri de objektif olarak daha ağır olabilir. Diğer bir deyişle; tıbbi uygulamanın niteliği ve özellikle estetik müdahaleler, manevi zararı artırıcı bir unsur olmasa da hâkimin, manevi zararın objektif ağırlığı içerisinde dikkat etmesi gereken bir konudur.

Türk hukukunda çok düşük miktarlarda manevi tazminata hükmedilmektedir. Buna enflasyon nedeniyle paranın satın alma gücünün düşmesi de eklendiğinde, karar tarihinde hükmedilen miktar, uğranılan zararı gidermekten çok uzak kalmakta ve kendisine yüklenen işlevi yerine getirememektedir. Dava açıldığı tarihte yüksek sayılabilecek manevi tazminat talebi, davanın çok uzun sürmesi sebebiyle hüküm tarihinde çok komik bir meblağa düşmektedir. Bu sebeple hâkimin, para değerinin düşmesini göz önünde bulundurması ve günün koşullarına uygun bir paraya hükmetmelidir. Hâkimin tazminatı BAÜ cinsinden belirlemesi, enflasyonun olumsuz etkisini ortadan kaldıracaktır.

Maddi tazminata hükmedilmiş olması meselesinde; maddi tazminat malvarlığına yönelirken, manevi tazminat kişilik hakkıyla ilişkili olduğundan; manevi tazminat, maddi tazminatın alt türü olmadığı gibi onu tamamlayan bir unsur da değildir. Bu sebeple

manevi tazminat, maddi tazminat gibi ayrı bir niteliktedir ve bu birbirinden bağımsız tazminat miktarları, birbiri üzerine etki edemez.

Kişinin uğradığı ihlal sonucunda sadece fiziksel değil ruh sağlığında da bozulmalar meydana gelebilir. Kişilik hakkı ihlali kişide psikopatolojiye, ruhsal bir hastalığa sebep oluyorsa meydana gelen bu hastalık, bedensel zarar nedeniyle ayrıca maddi tazminat kapsamında değerlendirilmelidir.

Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu psikolojik rahatsızlıklara neden olmasa bile ihlalin neden olduğu estetik zararlar çoğu zaman zarar görenin psikolojisini olumsuz etkiler. Bu sebeple zarar görenin yüz veya bedeninde meydana gelen sabit iz, manevi zararın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Bazı hâllerde zarar verici olay, zarar gören için ekonomik yarar da sağlamış olabilir. Bir olay, zarar görenin malvarlığında bir azalmaya yol açarken belirli bir artışa da sebep olduğunda, haksız fiilin zarar görene sağladığı ekonomik yararların saptanmış olan zarar miktarından düşülmesi gerekir.

Türk hukuk uygulamasında manevi tazminatın belirlenmesinde kullanılan klasik yöntem, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Eleştiriler, manevi tazminatın belirlenmesinde objektifliğin ve standardın belli bir oranda bile sağlanamamasında yoğunlaşmaktadır. Ancak eleştirilere karşın yasa koyucunun, hâkimin takdir yetkisine verdiği önem ortadadır. Bu sebeple hâkimin takdir yetkisi tamamen ortadan kaldırılamayacağı gibi somut olayın özelliklerinin her durumda objektifleştirmenin imkansızlığı karşısında, kaldırılması da hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu doğrultuda, takdir yetkisi korunmalı ancak sorunların çözümü için yetkinin çerçevesi belirlenmelidir. Nitekim çeşitli yargı uygulamalarında kullanılan çeşitli yöntemlerin ortak amacı, hâkimin takdir yetkisinin çerçevesinin belirlenmesi ve uygulamadaki belirsizliğin giderilerek hakkaniyetin ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır. Aksi takdirde, bir yöntem veya ölçüt bulunmamasının daha büyük adaletsizliklere yol açacağı ortadadır.

Bedensel zedelenmelerde manevi zararın objektifleştirilmesini sağlayan cetvel arayışı içerisinde, ceza hukukunda TCK m.89 ile düzenlenen yaralanma gruplarının bu amaca uygun nitelikte olduğu görülmüştür. Kanun ile düzenlenen bu gruplandırmayı hâkimin takdir yetkisi doğrultusuna ihlalin ağırlığı ile bütünleştirdiğimizde, manevi zararın objektif ağırlığı çerçevesi karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçeve, hem ihlalin ağırlığı hem de manevi zararın objektif ağırlığını belirleme konusunda hâkimin takdir yetkisini

korumakta, kullanmasını sağlamakta ve daha da önemlisi hâkimin bilirkişiye başvurma ihtiyacı hissetmeden, takdir yetkisine objektif bir temel oluşturmaktadır.

Manevi zararın objektif ağırlığının çerçevesini bu şekilde belirledikten sonra karşımıza çıkabilecek diğer sorun da bu çerçevenin parasal karşılığını belirlemektir. Bedensel zedelenmeden kaynaklanan manevi tazminatta, taban manevi tazminatın belirlenmesi ayrıntılı bir çalışma gerektirdiği gibi belirlenecek sabit miktar, paranın satın alım gücünden sürekli etkileneceğinden bu miktarın sürekli güncellenmesi de gerekecektir. Öğretide de önerildiği üzere, başta ekonomik ve siyasi olmak üzere multidisipliner çalışmalar ile belirlenen, üzerinde toplumsal mutabakatın sağlandığı, yasal zeminde sürekli güncellenen, ispat edilemeyen çalışma gücü kaybı için de kullanılan ve herkes için eşit olan, BAÜ esas alınması gerektiğini kabul ediyoruz.

Bu açıklamalar doğrultusunda, manevi tazminat miktarı konusunda; ilk aşamada manevi tazminatın objektif ağırlığının çerçevesi belirlendikten sonra ikinci aşamada, bu çerçeve temelinde ortaya çıkan miktar, somut olayın özelliklerindeki sapma oranı doğrultusunda arttırılır veya indirilir.

4. Çalışmamızın "Sorumluluğun Gerçekleştirilmesi" başlıklı dördüncü bölümünde, ilk olarak manevi tazminat talebi hakkı, çeşitli başlıklar altında incelenmiştir. Daha sonra; manevi tazminatta görevli mahkeme, dava açma süresi, manevi tazminatın şekli ile manevi tazminatın belirlenme anı ve faiz konuları değerlendirilmiştir.

Manevi tazminat talebinin, kişiye sıkı sıkıya bağlık bir hak olup olmadığı konusu manevi tazminatın amaç ve işlevindeki görüşler doğrultusunda farklılaşmaktadır. Manevi tazminat talebi irade açıklamasıyla açığa vurulduktan sonra zarar görenin kişiliğine bağlı olmaktan çıkması, manevi tazminatın amaç ve işlevinin bir sonucudur. Objektif teori çerçevesinde manevi tazminatın; kişilik hakkı ile ilişkili olsa da kişilik hakkı gibi, tamamen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı görüşündeyiz. Karma görüşe göre; irade açıklamasının gerçekleşemediği veya ispatlanamadığı durumlarda bu hakkı ileri sürmek mümkün olmadığından, hukukun kabul edemeyeceği adaletsiz durumlar söz konusu olacaktır. Yasa koyucunun da manevi tazminat talebinin devri veya mirasçıya intikaline TMK m.25/4 ile belirli koşullar altında izin verdiğinden, manevi tazminat talebini kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak düzenlemediğini ve karma görüşü benimsediğini görmekteyiz. Bu sebeple manevi tazminat talep etme hakkı, mutlak haklardan biri olan kişilik hakkından farklı olup sorumluluk borcu açısından sadece alacaklı ve borçlu arasında olan bir bağ olması dolayısıyla nispi haklardandır.

Manevi tazminat talebinin başkasına devri mümkündür. Karma görüş doğrultusundaki bu düzenleme, talebin devri için zarar veren karşı tarafın kabulü arandığından, karma görüş tarafından da eleştirilmektedir.

Manevi tazminat talebinin, miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmeyeceği, TMK m.25/4 hükmü ile düzenlenmektedir. Yasa koyucu bu düzenleme ile yine manevi tazminat talep hakkını bir malvarlığı alacak hakkı olarak görmediğini ve karma teori çerçevesinde kişiye bağlı, özel nitelikli bir talep hakkı olduğunu göstermektedir. Manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmaması sebebiyle zarar gören dava edemeden öldüğü takdirde tazmin veya telafisinden feragat edilmediği sürece mirasçılara tanımak için yasal bir engel bulunmamaktadır. Öğretideki baskın görüş, manevi tazminat talebinin ileri sürülmesi için mutlaka dava yolu gerekli değildir ve zarar görenin iradesini göstermek için harekete geçmesi yeterlidir. Hâl böyleyken manevi zararı objektif teori çerçevesinde kabul ettiğimizde, manevi tazminat zarar bağlı bir alacak olduğu için, talep için herhangi bir kısıtlama olmamalı ve zarar görenin ileri sürmesine gerek de bulunmamalıdır.

Bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanan zararların haczedilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak öğretide bedensel bütünlük üzerinde durulsa da sadece vücut bütünlüğü değil, vücut bütünlüğünde zarar meydana getirmeyen ancak sağlıkla ilişkili olan, örneğin hasta hakları ihlali sebebiyle elde edilen manevi tazminat da haciz yasağı kapsamındadır. Hatta sadece kişinin kendisinin değil, zarar verenin sorumluluk sigortasından gelen para dahi haczedilemez.

Manevi zararın giderilmesini talep hakkına sahip zarar gören, zarar doğuran olay sonucu kişilik değerlerinde eksiklik gerçekleşen kimsedir ve kanunda açık hüküm bulunmadıkça kişilik hakkı saldırıya uğrayan ile zarar gören aynı kişi olmalıdır. Ancak önemli olan kişinin acı ve elemi hissedip hissetmemesi değil, kişilik hakkında meydana gelen objektif eksilmedir ve manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı olmadığından yasal temsilcisi ile ileri sürülebilir.

Ağır bedensel zararlarda zarar görenin kendisi kadar ve hatta daha fazla şekilde yakınları etkilenmekte ve zarar görenle birlikte yaşam koşulları değişerek zarar görebilmektedir. Zarar görenlerin yakınları doğrudan saldırıya uğramamış olsalar da, zarar görenle ilişki nedeniyle kendilerine ait ayrı ve bağımsız bir talep hakkı bulunan bu zarar, yansıma manevi zarar olarak nitelendirilmektedir. Yansıma zararın söz konusu olabilmesi için; bedensel zararın ağır bir nitelik taşıması, tazminat talep edebilecek

kişilerin manevi zarar uğramış olması ve bu manevi tazminat talep edecek kişilerin zarar görenin yakınları olması gerekir. Ağır bedensel zararın belirlenmesi, somut olayın özelliklerine göre hâkim takdirinde olsa da kanımızca TCK m.89/3 (ve aynı doğrultuda TCK m.87/2) ile belirtilen hâller ağır bedensel zarar olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber TCK m.89/1 (TCK m.86/1) ile düzenlenen hâller ise ağır bedensel zarar kapsamında değerlendirilmemelidir. Mevzuatta yakın kavramı tanımlanmadığından, hâkimin somut olaya göre, takdir yetkisini kullanarak karar vermesi gerekir. Yakın kavramının çerçevesini belirlerken ağır bedensel zarar gören veya ölenle yakını arasında düzenli ve yoğun bir yakınlık ilişkisi ve ihlal nedeniyle yakının etkilenmiş olması titizlikle aranmalıdır. Yoğun yakın ilişki, aile ve hısımlık ilişki ve derecesinden bağımsız olup aile mensubu olmak kendiliğinden manevi tazminat talep hakkı vermemektedir.

Arabuluculuk sitemi ile arabuluculuğa elverişli konularda, doğrudan dava yoluna gitmeden, ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurularak manevi tazminat talebinde bulunabilmek mümkündür. Diğer taraftan uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmasına rağmen arabuluculuğa gitmeden dava açılması hâlinde, konunun dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı değerlendirilecek ve dava şartı arabuluculuk kapsamında ise arabuluculuk süreci başlatılacaktır. Dava şartı arabuluculuk, doğrudan usûl hukukuna ilişkin, yargılamaya dair bir kurumdur. Ancak ihtiyari arabuluculuk ise yargı öncesi ile ilişkili olup uyuşmazlığın yargı makamlarına taşınmadan, tarafların serbest iradeleri ile çözümünü amaçlamaktadır. Bu sebeple yargıya taşınan tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlığın dava şartına tabi olup olmadığının belirlenmesi ve uyuşmazlık dava şartına tabi ise usûl hukuku kurallarının uygulanması gerekir.

Manevi tazminata konu tıbbi uygulamalar, hizmet sunucusunun niteliğine göre farklı yargı kollarına tabi olmaktadır. İdari eylem ve işlemler ile idarenin sorumluluk sebeplerinden kaynaklanan her türlü zararda görevli yargı kolu idari yargıdır. Bu sebeple manevi tazminat talebi için öncelikle davaya konu tıbbi uygulamanın, idare hukuku alanına girip girmediği tespit edilmelidir. Tıbbi uygulama idare hukukunun kapsamında değilse adli yargıya gidilmelidir.

İnsanın haklarının evrenselliği ve evrensel eşitlik ilkesi karşısında insanın bedensel zararlarının da eşit olması gerektiğine, teoride kabul edilen bu gerçeğin uygulamada gerçekliğe ulaşması gerektiğine inanıyoruz. Bu amaç dahilinde çeşitli çözüm yolları bulunabilir. Kanımızca öncelikli çözüm, her yerde mümkün olmasa bile en azından yargı bölgeleri merkezlerinde, insan zararları mahkemesi kurulmasıdır. Heyet şeklinde

oluşturulacak bu mahkemelerde, idarenin sorumluluğunu değerlendirmek üzere idari yargı hâkimi de görev almalıdır. Eğer insan zararları mahkemesi uygun görülmezse, en azından tıbbi uygulama hataları için ortak bir yargısı usûlü belirlenmesi de uygundur. Bu şekilde tıbbi uygulamadan kaynaklanan davalarda, usûl birliği sağlanarak somut gerçeğe ulaşılacak ve kararlar arasındaki eşitsizlik ortadan kalkacaktır. Son önerimiz ise görevli mahkemeler arasında iş bölümü yapılarak, bedensel zararlardan kaynaklı davaların aynı mahkemede görülmesi sağlanmalıdır.

Tıbbi uygulamalardan kaynaklı hukukî uyuşmazlıklarda dava açma süresi veya zamanaşımı, uyuşmazlığın esasının dayandığı hukuksal kavrama ilişkin yasal düzenleme ve ilkeler doğrultusunda belirlenmektedir. Her iki yargı düzeninde de öncelikle temel olarak belirlenmesi gereken, bu sürenin başlangıcıdır. Süre genel olarak, tazminat yükümlüsünün ve zararın öğrenilmesi ile başlamaktadır. Zarar gören kişi, dava açacağı kişi ve onun sorumluluğunu doğuran durumları öğrenmek zorundadır. Ancak dikkat edilmesi gereken, tazminat yükümlüsü kesin olarak bilinmelidir, yani tahmin edilmesi veya şüphe duyulması yeterli değildir. Özellikle tıbbi uygulamalarda zarar; hemen ortaya çıkmayabilir, hemen tamamlanmayabilir veya hemen öğrenilemeyebilir. Zararın öğrenilmesinden amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık, nitelik ve kapsamını öğrenmektir. Bunlar belirlenmeden tazminat talebinin sebep, şart ve miktarı değerlendirilemez. Zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesi ve zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirmektedir.

Cezalandırma, tazminata göre daha ağır bir yaptırımıyken, ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesi hâlinde tazminat davasının daha önce zamanaşımına uğraması tutarlı bir çözüm değildir. Bu sebeple yasa koyucu, medeni hukukta, ceza davası devam ettiği sürece, tazminat davasının da devam edebileceğini hüküm altına almıştır. TBK m.72 ile düzenlenen bu hükmün uygulanabilmesi için; zarar verici fiil aynı zamanda suç teşkil etmeli ve bu fiil için ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi belirlenmiş olmalıdır.

TBK m.56 gereği bedensel bütünlüğün zedelenmesi hâlinde tazminatın para ile ödenmesi gerekir. TBK m.58/1'de manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini talep edilebileceği düzenlense de TBK m.58/2'de m.56'dan farklı olarak manevi tazminat ödenmesi yerine biçimini belirlemede hâkime takdir yetkisi verilmektedir. Manevi tazminat biçimi esas olarak para olduğundan tazminatın şartları sağlandıysa talep hâlinde sadece paraya hükmedilmelidir. Davacı sadece para talep etse

dahi hâkim paraya ek diğer giderim biçimlerine da hükmedebilir fakat uygulamada, talep edilmeyen bir giderim biçimine hükmedilmeyeceği kanaatindeyiz.

TBK m.56 ve 58'de manevi tazminat şekli kural olarak, bir miktar para şeklinde tanımlanmaktadır. Bu sebeple öğretide olduğu gibi uygulamada da manevi zararın genel olarak para ile giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Zararın manevi olmasına karşın para, maddi değeri olan bir eşya olduğundan en iyi önlem değil son çaredir (pis-aller) ve manevi zararı gidermede yetersiz olsa da mevcut düzendeki en elverişli araçtır.

Manevi tazminat her zaman için bir miktar paradan ibaret değildir. Zararın para dışındaki diğer giderim biçimlerine örnek olarak; kınama kararı, kararın yayınlanması, tazminat parasının üçüncü kişiye ödenmesi, sembolik bir miktarın ödenmesi, özür dileme, isnadın geri alınması, zarar göreni memnun edilecek bir şey verilmesi sayılabilir. Para dışındaki giderimler saldırının önlenmesi, durdurulması olarak düşünülmeli ve böylece zarar ve kusur şartları aranmamalıdır. Ayrıca günümüz tazminat anlayışına uygun olmasa da, tıbbi hataların metalaştırılması tehlikesi karşısında hastanın hekimi bağışlamasının tazminatın yerine geçebilecek en uygun sonuç olduğu ileri sürülmektedir.

Kural olarak manevi tazminatın belirlenme anı psikolojik ve ruhsal acının çekilmeye başlandığı, yani genellikle olayın meydana geldiği tarihtir. Kararlarda her ne kadar olay veya talep tarihinden itibaren faiz işletilmeye hükmedildiği görülse de, hâkimin manevi tazminatı, genellikle uzun süren yargılama sonunda, hüküm tarihine göre belirlediği düşünülebilir. Zarar görenin, talep ettiği miktarı talep ettiği tarihe göre belirlemesi mümkün olup yargılamada açısından da manevi tazminatın belirlemesinde bu tarihin esas alınması uygulama standardı sağlayacaktır. Ayrıca tazminat talebinde bulunurken mevcut BAÜ üzerinden istenebileceğinden, paranın satın alam gücünden kaynaklanan bir kayıp da yaşanmayacak ve hâkim hüküm tarihine göre belirlediği miktarı geçmişe göre uyarlama zorluğuyla karşılaşmayacaktır. Bu sebeple kanımızca yargıda belli bir standardın oluşması için manevi tazminatı belirleme tarihi olarak en uygunu, manevi tazminatın yargı veya idari başvuru yoluyla talep edildiği tarihteki BAÜ üzerinden belirlenmesi olacaktır.

Faiz, zararın bir unsuru olduğundan, faizin başlangıç anı olay tarihi değil zararın gerçekleştiği ve tazminatın belirlendiği tarih olarak kabul edilmelidir ve bu sebeple zararın gerçekleştiği andan kararın verildiği ana kadar geçen süre için faize hükmedilmelidir. Faizin başlatıldığı an ile zararın belirlendiği an uyum içerisinde olmalıdır. Manevi zarar için olay tarihi esas alınırsa faiz de buna göre belirlenmeli ve ihlal

sona erdiğinde manevi zarar belirlenerek faiz işlemeye başlamalıdır. Yargıtay'ın genel olarak, faiz başlangıcı için haksız fiil tarihini esas aldığı görülmektedir. Danıştay ise faizin başlangıcını; zarar konu olay veya zarar tarihi değil, idarenin temerrüde düştüğü yani idareye başvuru tarihi olarak kabul etmektedir.

5. Çalışmamızın "Manevi Tazminat ile İlgili Örnek Yargı Kararları" başlıklı beşinci bölümünde, yargı uygulamalarından yola çıkarak, başta uygulama ve öğretiye yol gösterebilecek tıbbi uygulamalardan kaynaklanan manevi tazminat kararları incelenmiştir. Böylelikle tıbbi uygulamadan kaynaklanan manevi tazminat konusunda hem yargı uygulamasının yaklaşımı irdelenmiş hem de manevi tazminatın objektifleştirilmesi doğrultusunda, manevi zararın objektif ağırlığı ile ilgili önerimizin somut kararlarla karşılaştırılması imkanı doğmuştur.

Ne yazık ki çalışmamız kapsamında yapılan karar araştırmasında; olay/zarar tarihi, tazminat talep tarihi, kusur değerlendirmesi ve ağırlığı, zararın nitelik ve niceliği, tazminata hükmedilen tarih, hükmedilen tazminat miktarı gibi manevi tazminatın değerlendirilmesinde büyük öneme sahip olan asgari hususların bile temyiz mahkemesi kararlarının çoğunda, bir arada bulunmadığı görülmüştür. Bu sebeple incelenen yargı kararlarına belirli bir sistematik içerisinde ulaşılmamıştır. Halbuki kararlarda, asgari hususların açıkça belirtilmesi ve kararların belirli bir sistematik içerisinde yayımlanması, manevi tazminatta hakkaniyetin ve hukuk birliğinin sağlanması için zorunludur.

Tıbbi uygulamaya bağlı ölümle ilgili 2005 ile 2012 yılları arasında meydana gelen olaylar için 2011 ve 2019 yılları arasında verilen kararlarda, ölenin yakınları başına 17.000TL ile 40.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bu miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 11,2 ile 45,1 BAÜ arasında olduğu görülmektedir. Diğer taraftan Yargıtay, ölenin yakını için hükmedilen 10.000TL (11,2 BAÜ) manevi tazminatı az bulmuştur. Bu sebeple ölüm olaylarında taban önerimiz 12 BAÜ olduğundan, kararların taban önerimiz ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Ancak kararlarda dikkati çeken, ölenin yakınlarının sayısı arttıkça hükmedilen manevi tazminat miktarının da buna bağlı olarak arttığıdır. Bu durumda yakınları için hükmedilen toplam manevi tazminatın 29,2 ile 160 BAÜ arasında değişmektedir. Yaşama hakkının eşitliği ve öngörülebilirlik ilkeleri karşısında, yakınları sayısının, hükmedilen manevi tazminatlar arasında bu kadar derin farklar yaratmasının uygun olmadığı

kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, yukarıda açıkladığımız üzere, manevi tazminat için bir tavan miktarın belirlenmesi zaruriyeti daha net görülmektedir.

Tıbbi uygulamaya bağlı küçük ölümüyle ilgili 2001 ile 2009 yılları arasında meydana gelen olaylar için 2014 ile 2020 yılları arasında verilen kararlarda, ölenin yakınları başına 5.000TL ile 75.000TL arasında, anne ve baba özelinde ise 10.000TL ile 75.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Anne ve baba için ayrı ayrı hükmedilen miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 39,9 ile 108 BAÜ arasında olduğu görülmektedir.

Yetişkin ölümlerine nazaran küçük ölümleriyle sonuçlanan olaylarda hükmedilen manevi tazminat miktarlarının daha yüksek olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda ölen küçüğün yakınları sayısı arttıkça hükmedilen toplam manevi tazminat miktarı da artmaktadır ve yakınları için hükmedilen toplam manevi tazminat 79,8 ile 324 BAÜ aralığındadır. Ayrıca, küçük ölümleriyle ilgili olarak, ihlal doğrudan ölüme sebep olmayıp maddi tazminatı gerektirmediği durumlarda bile hükmedilen manevi tazminat miktarı, doğrudan ölüme sebep olan, yetişkine yönelik ihlallerine göre daha yüksektir.

Gebelik ve doğum ile ilgili meydana gelen zararlarda, gerek annede gerekse cenin veya bebekte meydana gelen zararların, ağır bedensel zarar olarak kabul edildiği görülmektedir. Cenin veya bebekte meydana gelen zararların genel olarak ağır bedensel zarar ile kabulünde bir sorun olmamakla beraber cenin veya bebeğin zarar görmeksizin, sadece annenin zarar gördüğü olayların da ağır bedensel zarar gibi kabul edilerek eş için doğrudan manevi tazminata hükmedilmesi kanımızca uygun değildir. Bu sebeple, sadece annenin zarar gördüğü doğum olaylarında meydana gelen bedensel zararın ağır bedensel zarar olup olmadığı mutlaka değerlendirilmelidir.

Gebelik takibi ve doğuma bağlı, 2001 ile 2012 yılları arasında meydana gelen cenin veya bebekteki ağır bedensel zarar olayları için 2011 ile 2019 yılları arasında verilen yedi kararda; zarar ve ihlalin ağırlığına bağlı olarak zarar gören için 5.000TL ile 25.000TL arasında, zarar görenin yakınları için ise 5.000TL ile 12.500TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Zarar gören için hükmedilen miktarlar, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 5,6 ile 81,6 BAÜ arasında değişmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan; dördünün önerimizle uyumlu olduğu ve bir kararın da önerimizin altında olmakla beraber Yargıtay tarafından da miktarın az olduğu gerekçesiyle bozulduğu göz önünde bulundurulduğunda, beş kararın önerimizle uyumlu

olduğu görülmektedir. Diğer iki karardan biri önerimizin çok üzerinde iken diğeri ise oldukça altındadır. Bu sebeple önerimizin, doğum olayı ile ilgili meydana gelen ağır bedensel zararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarları ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Küçüklerde teşhis ve tedaviye bağlı 2004 ile 2014 yılları arasında meydana gelen ağır bedensel zarar olaylarıyla ilgili 2015 ile 2019 yılları arasında verilen yedi kararda; zarar gören küçükler için 10.000TL ile 100.000TL arasında, yakınları için ise 2.000TL ile 30.000TL arasında değişen miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların, zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören küçükler için 23,6 ile 106,3 BAÜ arasında, zarar gören küçüklerin yakınları için 11,8 ile 56,5 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan üç tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve diğer dört kararın önerimizin üzerinde olduğu görülmektedir. Ancak önerimizin üzerinde hükmedilen miktarlar arasında, hakkaniyete aykırı bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Bu sebeple manevi tazminatın önerimiz doğrultusunda objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

Teşhis ve tedaviye bağlı 2001 ile 2012 yılları arasında meydana gelen bedensel zarar olaylarıyla ilgili 2015 ile 2019 yılları arasında verilen yedi kararda; zarar gören için 3.000TL ile 50.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği, hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 2,6 ile 59,7 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen yedi karardan iki tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve bir kararda hükmedilen miktarın önerimizin altında olup Yargıtay'ın da miktarı az bularak kararı bozduğu görülmektedir. Diğer taraftan, yakın tarihlerde benzer zararlar için hükmedilen miktarlar arasında beş kat fark bulunmaktadır. Bu beş katı fazla manevi tazminata hükmedilmesi hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmekte ve zarar ile hükmedilen miktarlar arasındaki değişkenliği göstermektedir. Bu sebeple manevi tazminatın önerimiz doğrultusunda objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

Estetik uygulamalarla ilgili 2007 ile 2012 yılları arasında meydana gelen olaylar hakkında 2010 ile 2018 yılları arasında verilen dört kararda; zarar gören için 5.000TL ile 15.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği, hükmedilen miktarların

zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde 2,7 ile 15,3 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen dört karardan bir tanesinin önerimizle uyumlu olduğu ve iki kararın da önerimizle uyumlu olarak miktarın az veya çok olması sebebiyle Yargıtay tarafından bozulduğu görülmektedir. Bu durumda dört karardan üçünün önerimizle uyumlu olduğu söylenebilir.

Üreme sağlığı ve doğum kontrolü ile ilgili 2010 ile 2014 yılları arasında meydana gelen bedensel zararlar hakkında 2019 yılında verilen üç kararda; zarar gören için 5.000TL ile 15.000TL, zarar görenin yakınları için ise 5.000TL ile 10.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde; zarar gören için 4,4 ile 16,9 BAÜ, zarar görenin yakınları için ise 4,4 ile 16,9 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir. Değerlendirilen üç karardan iki tanesini önerimizle uyumlu, bir karar ise altındadır.

Enjeksiyon nöropatisiyle ilgili 1995 ile 2007 yılları arasında meydana gelen olaylar hakkında 2014 ile 2019 yılları arasında verilen dört kararda; zarar gören için 2.000TL ile 20.000TL arasında değişen manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların zarar/talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 17 ile 236,4 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen dört karardan iki tanesi önerimizle uyumlu olup diğer iki tanesi ise önerimizin oldukça üzerindedir. Hatta önerimizin üzerinde olan bir kararda hükmedilen manevi tazminat miktarı olay tarihine göre 236,4 BAÜ ile benzerlerinin altı katından fazladır. Bu sebeple manevi tazminatın zarar/talep tarihine göre önerimiz doğrultusunda BAÜ ile objektifleştirilmesi, hukuka daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır.

Vücutta yabancı cisim unutulmasıyla ilgili 2007 ile 2015 yılları arasında meydana gelen bedensel zararlar hakkında 2013 ile 2020 yılları arasında verilen beş adli yargı kararında; zarar gören için aynı miktarda 20.000TL manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların zarar tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 16,6 ile 40,9 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen beş kararın da önerimizle uyumlu olduğu görülürken bu kararlardan iki tanesi, miktar az olduğu gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur. Ancak bu bozulan kararlarda hükmedilen miktar, önerimizin üst sınırının oldukça altındadır ve önerimizin üst sınırına yakın bir miktara hükmedilmesi hâlinde önerimiz ile uyumlu olması söz konusu olabilecektir.

Vücutta yabancı cisim unutulmasıyla ilgili 2002 ile 2009 yılları arasında meydana gelen bedensel zararlar hakkında 2007 ile 2018 yılları arasında verilen beş idari yargı kararında; zarar gören için 3.000TL ile 30.000TL manevi tazminata hükmedildiği; hükmedilen miktarların talep tarihine göre değerlendirildiğinde, zarar gören için 4,3 ile 98 BAÜ arasında değiştiği görülmektedir.

Değerlendirilen beş karardan üçünün önerimizle uyumlu olduğu, bir kararın önerimizden az, bir kararın ise önerimizden oldukça fazla olduğu görülmektedir. Önerimizin oldukça üzerinde olan kararda, talep tarihi ile karar tarihi arasındaki uzun süre etkili olmaktadır. Bu sebeple önerimizin kararlarla uyumlu olduğu söylenebilir.

KAYNAKLAR

Acıduman, A. (2012). Türk Tıp Hukuku Tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi. İçinde C. Doğan (Ed.), IV. Sağlık Hukuku Kurultayı 23-24 Eylül 2011 (ss. 39–53). Ankara Barosu Yayınları.

Akçaal, M. ve Uyumaz, A. (2013). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme. İnönü Üniversitesi HFD, 4(2), 241–276.

Akçınar, Ş. (2019). Sağlık Hukukunda Arabuluculuk ve Uygulama Avantajları. İçinde H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 1 (ss. 880–888). Adalet.

Akgül, A. (2016). İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı. Gazi Üniversitesi HFD, XX(1), 269–302.

Akil, C. ve Mıdık, B. (2017). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Manevi Tazminat Talebinin Islah Yoluyla Davaya Dahil Edilemeyeceğine İlişkin 15.06.2016 Gün ve 2014/4- 1193, 2016/800 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler. İzmir Barosu Dergisi, 82(2), 127–158.

Akipek Öcal, Ş. (2015). Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması. İçinde H. Tokbaş ve F. Üçışık (Ed.), 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (ss. 284–299). Bilge.

Akipek Öcal, Ş. (2020). Maddi ve Manevi Zararların Erken Tazmini Sorunu (Geçici Ödemeler). İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 59–76). TBB.

Akkayan Yıldırım, A. (2016). Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi. İÜHFM, LXXIV(1), 185–219.

Akkoca, A. (2008). Türk İdari Yargı Sisteminde Maddi ve Manevi Tazminat. Selçuk Üniversitesi SBE YL Tezi.

Akkuş, E. (1991). Manevi Tazminatla (BY. m.49) İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi. İstanbul Üniversitesi, SBE YL Tezi.

Aktaş, E. Ö. (2012). Yayımlanmamış Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Notları.

Aktaş, E. Ö. (2012). Sağlık Hukuku; Hekimleri ve Diğer Sağlık Çalışanlarını Koruyor Mu? İçinde G. Çetin ve A. Kaya (Ed.), Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78 (ss. 44–54). İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi.

Akyılmaz, B., Evren, Ç. C., Türkoğlu Üstün, K., İsbir, B., Karagöz Cin, E., Albal, H. ve Çıtak, H. A. (2015). İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış. GÜHFD, 2, 167–198.

Akyol, Ş. (1995). Medeni Hukuka Giriş. Filiz.

Akyüz, E. (2013). Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (3. Baskı). Pegem.

Alp, M. (2001). Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe. İçinde Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (ss. 425–441). DEÜHF.

Altın, H. (2020). Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması. AÜHFD, 69(1), 1–32.

Altop, A. (2013). Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları ile Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 Tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi. Journal of Yaşar University, 8(Özel), 151–184.

Amasya, S. (2019). Sorumluluk Sigortalarında Bedensel Zararlar Teminatı Hakkında Genel Değerlendirme. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongre 2018 (ss. 542–596). TBB.

American College of Surgeons. (2007). Ending the Confusion: Economic, Non-Economic, and Punitive Damages.

Anayasa Mahkemesi. Kararlar Bilgi Bankası. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, ET: 07.10.2021.

Andorno, R. (2005). The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law. Journal of International Biotechnology Law, 2(4), 133–143.

Antalya, O. G. (2016a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I. Legal.

Antalya, O. G. (2016b). Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması - Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi. MÜHF-HAD, 22(3), 221–250.

Antalya, O. G. (2017a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II. Legal.

Antalya, O. G. (2017b). Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. Legal.

Arat, A. (2004). Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı. ŞÜHFD, 12(3–4), 193–228.

Arıdemir, A. (2008). Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat. İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi.

Arıkan, Ş. (2020). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat. Seçkin.

Arıncı, A. ve Usta, S. (2017). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi. Turkish Journal of Plastic Surgery, 25(2), 84–93.

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. ve Hanağası, E. (2018). Medeni Usul Hukuku (4. Baskı). Yetkin.

Aşçıoğlu, Ç. (1982). Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Olgaç.

Aşçıoğlu, Ç. (1993). Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluklar Doktorların Devlet'in ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki). Tekışık.

Aşçıoğlu, Ç. (2003). Yargıda Gerekçe Sorunu. TBB Dergisi, 48, 109–116.

Asiltürk, M. (2014). Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesinde Uygulanabilirliği. Terazi Hukuk Dergisi, 9(95), 29–40.

Asker, S. (2020). Güncel Yargı Kararları Işığında tam Yargı Davalarında Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi. YBHD, 5(1), 235–272.

Atalı, M. (2016). Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 269–273). TBB.

Atay, E. E. (2020). Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu, Bedensel Zararların Tazmini ve Türk ve Fransız Danıştaylarının İçtihatları Üzerine Notlar. İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri 5-6 Nisan 2019 (ss. 218–276). TBB.

Atay, E. E. ve Odabaşı, H. (2010). Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları (2. Baskı). Seçkin.

Atlan, H. (2015). Manevi Zararı Tazmin Yolları. XII Levha.

Atlan, H. (2016). Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi. AÜHFD, 65(4), 2659–2683.

Avcı, M. (2012). Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu. Ankara Barosu Dergisi, 1, 105–140.

Ayan, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Kazancı.

Aydın, Ö. (2014). Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk. Legal.

Aydın Ünver, T. (2011). Ceninin Hukuki Konumu. On İki levha.

Aykın, C. ve Çınarlı, S. (2016). Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu. Seçkin.

Badur, E. (2017). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller. Seçkin.

Bağcı, K. (2016). Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi. TAAD, 7(28), 287–312.

Balo, Y. S. (2013). Çocuk Koruma Hukuku. Seçkin.

Basım, A. (2016). Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu. AÜHFD, 65(4), 2685–2723.

Başpınar, V. (2008). Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 575–603.

Bayındır, M. S. (2007). Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, 11(1), 551–589.

Bayraktar, K. (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. Sermet.

Baysal, B. (2012). Zarar Görenin Kusuru. XII Levha.

Belgesay, M. R. (1953). Tıbbi Mesuliyet. M. Sıralar.

Bilge, N. (1965). Medeni Yargılama Hukuku Dersleri (6. Bası). Ajans-Türk Matbaası.

Bilmen, Ö. N. (1940). İslam Hukukunda Manevi Zararların Tazmini. İÜHFM, 6(4), 798–812.

Bondaruk, S. (2019). Wrongful conception po raz pierwszy na wokandzie Sądu Najwyższego. Studia Prawnoustrojowe, 46, 5–17.

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR). (1982).

Boyar, O. (2009). Sağlık Hakkı. İçinde Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler (ss. 275–292). Roche.

Bozdağ, A. (2010). İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması. Türk İdare Dergisi, 468, 33–48.

Budak, A. C. (2008). İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 545–556.

Bundesampt für Justiz. (2004). Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.

Bundesregierung. (2001). Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften. Deutscher Bundestag.

Burcuoğlu, H. (1984). Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması. DÜHFD, 2(2), 163–173.

Büyükay, Y. (2004). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. AÜEHFD, VIII(1–2), 383–396.

Büyüksağiş, E. (2005). Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım. AÜHFD, 54(4), 119–148.

Cabıoğlu, S. S. (2012). Türk Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Ölüm Halinde Manevi Tazminat. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi.

Çağıran, M. E. (2011). Uluslararası Alanda İnsan Hakları (2. Baskı). Barış.

Çağlayan, R. (2016). İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 225–268). TBB.

Çağlayan, R. (2018). İdari Yargılama Hukuku (10. Baskı). Seçkin.

Çakır, H. M. (2015). Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi. XII Levha.

Çakırca, S. İ. (2011). Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar Kuramı. İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi.

Çakırca, S. İ. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi. Journal of Yaşar University, 8(Özel Sayı), 785–807.

Çakmut, Ö. (Yenerer). (2003). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi. Legal.

Çalkın, F. ve Tuğsavul, M. (1948). Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları. Cumhuriyet Matbaası.

Calway, T., Rubin, D. S., Moss, H. E., Joslin, C. E., Beckmann, K. ve Roth, S. (2017). Perioperative Retinal Artery Occlusion Risk Factors in Cardiac Surgery from the United States National Inpatient Sample 1998-2013. Ophthalmology, 124, 189–196.

Çatak Irız, B. (2011). Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu. Adalet.

Çelik, Ç. A. (2015). Can Zararları Tüketici Yasası'nın Konusu Değildir. İçinde H. Tokbaş ve F. Üçışık (Ed.), 4. Tüketici Hukuku Kongresi 20-21-22 Kasım 2014 Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (ss. 300–315). Bilge.

Çelik, Ç. A. (2016). Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları. MÜHF-HAD, 22(3), 765–802.

Çelik, Ç. A. (2017a). İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları. Seçkin.

Çelik, Ç. A. (2017b). Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu. Seçkin.

Çelik, Ç. A. (2019a). Belirsiz Alacak Davasında Manevi Tazminat İstenmesi. İçinde Tazminat Davalarında Güncel Sorunlar (ss. 78–87). Aristo.

Çelik, Ç. A. (2019b). Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Tazminat ve Alacak Davaları (4. Baskı). Aristo.

Çelik, Ç. A. (2020). Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar Cilt II. Aristo.

Çelik, Ç. A. (2021a). Bedensel Zararlar (2. Baskı). Seçkin.

Çelik, Ç. A. (2021b). Tazminat ve Alacak Davalarında Güncel Sorunlar -Cilt III (C. 3). Aristo.

Çelik, Ç. A. (2021c). Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk (3. Baskı). Seçkin.

Çetin, P. (2007). Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi. Gazi Üniversitesi SBE YL Tezi.

Çipli, S. (2011). Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi.

Çınarlı, S. (2013). İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. Orion.

Çınarlı, S. (2016). İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması. TıpHD, 5(10), 207–227.

Çınarlı, S. ve Ağar, B. (2017). İdari Yargılama Hukukunda Dava Değerinin Arttırılması. Terazi Hukuk Dergisi, 12(129), 22–32.

Çınarlı, S., Çelik, S. S. ve Teyin, A. (2016). İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 14–35.

Çınarlı, S., Ermumcu, F. ve Meral, O. (2020). Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları. Adalet.

Çınarlı, S., Ermumcu, F., Meral, O. ve Azak, K. (2021). Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları (2. Baskı). Adalet.

Çoban, A. (2007). Türkiye'de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü. İçinde 6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar. A.Ü. Biyoteknoloji Enstitüsü Yayını.

Culhane, J. G. (2016). Compensation For Personal Injuries in Anglo-American (Mostly U.S.) Law. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 91–110). TBB.

Demir, M. (2008a). Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları. İçinde Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 (ss. 153–160). Ankara Barosu Yayınları.

Demir, M. (2008b). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. AÜHFD, 57(3), 225–252.

Demir, M. (2018). Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku. Yetkin.

Demir, R. (2020). Bedensel Bütünlüğün Tıbbi Müdahaleler Sonucunda İhlâlinden Kaynaklanan Manevi Tazminat Davası. Yeditepe Üniversitesi HFD, 17(1), 27–59.

Demir, S. (2018). Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu. Seçkin.

Deryal, Y. (2011). Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 416–439). Ankara Barosu Yayınları.

Dinçkol, H. A. (2013). İdari Yargı'da Hakimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi. MÜHF-HAD, 19(2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 1567–1593.

Dobson-Wainwright, S. (2021). A Historical Analysis of Medical Malpractice Tort Law in The United States. Central Michigan University, Doktora Tezi.

Doğan, C. (2010). Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne /KKTC, 111–219.

Doğan, C. (2016). Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri. Erciyes Üniversitesi HFD, 11(2), 49–81.

Doğan, M. (2007). Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı. İçinde C. Baygın, M. Uçar ve Y. Büyükay (Ed.), Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (ss. 39–56). Yetkin.

Doğramacı, Y. G. (2015a). Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu. Tıp Hukuku Dergisi, 4(7), 101–137.

Doğramacı, Y. G. (2015b). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Hekim ve Hasta İlişkisinin Değerlendirilmesi. İçinde İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi Gaziantep 23-25 Nisan 2015. Seçkin.

Doğramacı, Y. G. (2016). Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi. Legal.

Doğramacı, Y. G. (2017a). Çocuğun Hakları: Tıbbi Müdahaleye Rıza. İstanbul Barosu Dergisi, Çocuk Hakları 23 Nisan Özel, 184–198.

Doğramacı, Y. G. (2017b). Sağlık Uygulama Tebliğinin Hekim ve Hasta Haklarına Etkisi. İçinde C. Doğan ve B. Özpınar Gümrükçüoğlu (Ed.), VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015 Ankara (ss. 193–213). Ankara Barosu Yayınları.

Doğramacı, Y. G. (2018). Yargıtay Kararlarında Estetik Cerrahi. İçinde H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı 21-23 Eylül 2017 Antalya (ss. 265–294). Adalet.

Doğramacı, Y. G. (2020a). Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 657–710. https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0014

Doğramacı, Y. G. (2020b). Yargı Kararlarında Tıbbi Uygulama Hatasından Kaynaklanan Manevi Tazminat. İçinde H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2 (ss. 315–346). Adalet.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016a). Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri. Tıp Hukuku Dergisi, 5(10), 69–114.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016b). Hemşirelerin Hasta Savunuculuğu Görevi Olgu Örneği. İçinde H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Bodrum, 3-4 Eylül 2015 (ss. 827–830). Legal.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2018). Hasta "Yakını" Kimdir? İçinde İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 793–796). Seçkin.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019a). Beden Muayenesinde Çocuğun Rızası: Olgun Çocuk İlkesi. İçinde Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 124–134). Türkiye Klinikleri.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019b). Tıbbi Uygulama Hatası Tazminatında Yeni Dönem: Tüketici Hukuku ve Mahkemeleri. İçinde Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 117–123). Türkiye Klinikleri.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019c). Enjeksiyon Uygulamalarında Bilgilendirme ve İspat Sorunları. İçinde Y. Ünver ve İ. H. Hancı (Ed.), V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 163–180). Seçkin.

Dönmezer, S. (1998). Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı). Beta.

Dönmezer, S. ve Erman, S. (1971). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım Cilt:II (5. Bası). Fakülteler Matbaası.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2015). Kişiler Hukuku (16. Baskı). Filiz.

Dural, M. ve Sarı, S. (2015). Türk Özel Hukuku Cilt I (10. Baskı). Filiz.

Duran, S., Sert, G. ve Görkey, Ş. (2008). Türk Hukuk Sisteminde Küçüklerin Aydınlatılmış Onam Vermesi ile İlgili Hükümlerin Tıp Etiği Açısından İncelenmesi. II. Ulusal Veteriner Hekimliği Tarihi ve Mesleki Etik Sempozyumu, 353–358.

Durdu, H. (1986). Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk Cilt 1. Adalet.

Dursun, O. (2018). Sağlıkta Arabuluculuğun Defansif Tıp ve Yalın Hastane Uygulamalarına Etkileri. İçinde İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 671–686). Seçkin.

Edis, S. (1973). Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi. AÜHFD, 30(1), 169–196.

Elias, M. (1817). The Aphorisms of Hippocrates. Collins & Co.

Er, A., Topaç, Ö. ve Kaygusuz, S. (2021). Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk. Adalet.

Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y. G. (2020). Yargı Kararları'nda Enjeksiyon ve Sorumluluklar. Legal.

Erem, F. (1971). Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler. Sevinç Matbaası.

Eren, F. (1975). Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi (Sayı 361). Sevinç Matbaası.

Eren, F. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı). Yetkin.

Eren, F. (2016). Türk Borçlar Hukukunda Kişiye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar). İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 57–76). TBB.

Erlüle, F. (2015). Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (2. Baskı). Seçkin.

Erlüle, F. (2016a). Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi. İstanbul Kültür Üniversitesi HFD, 15(2–1), 647–668.

Erlüle, F. (2016b). 66098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması. MÜHF-HAD, 22(3), 1087–1117.

Erlüle, F. (2021). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (3. Bası). On İki Levha.

Erman, B. (2013). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Seçkin.

Eroğlu Durkal, M. (2017). Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat. TBB Dergisi, 30(131), 179–210.

Eroğlu, M. (2009). Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat. Gazi Üniversitesi SBE, Doktora Tezi.

Ersöz, A. K. (2012). Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu. XII Levha.

Ertan, İ. M. (2012). Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı. Legal.

Ertaş, Ş. (1990). Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti. İçinde Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (ss. 65–112). İstanbul Üniversitesi.

Ertaş, Ş. (2014). Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı. DEÜHFD, 16, 3093–3104.

Evren, Ç. C. (2011). Hizmet Kusuru - Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 95, 175–196.

FIGO Committee. (2015). Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology. FIGO.

Fischer, G. (2006). Die Ärztliche Aufklärungspflicht Im Deutschen Zivilrecht. Yeditepe Üniversitesi HFD, III(2/ Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), 17–29.

Franko, N. İ. (1973). Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini. Ajans-Türk Matbaası.

Franko, N. İ. (1984). Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik. Dicle Üniversitesi HFD, 2(2), 133–154.

Frasca, R. R. (2006). Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life. Journal of Forensic Economics, 19(2), 185–205.

Fremgen, B. F. (2006). Medical Law and Ethics (2. Baskı). Prentice Hall.

Genç Arıdemir, A. (2008a). Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat. XII Levha.

Genç Arıdemir, A. (2008b). İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yakınların Manevi Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bir Kararının İncelenmesi ve Kararda Varılan Sonucun Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. İÜHFM, LXVI(1), 255–274.

Genç Arıdemir, A. (2011). Manevi Tazminatın Takas Edilip Edilemeyeceği Sorunu. İÜHFM, 67(1–2), 81–95.

Giritlioğlu, H. (2008). Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü. İçinde Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 (ss. 19–26). Ankara Barosu Yayınları.

Gökcan, H. T. (2016). Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku (4.Baskı). Seçkin.

Gökcan, H. T. (2017). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (3. Baskı). Seçkin.

Gökcan, H. T. (2018). Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması. İçinde Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları. Seçkin.

Gönen, Y. (2016). Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması. İÜHFD, 7(1), 451–478.

Gönenç, F. İ. (2006). Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm. MÜHF-HAD, 22(3), 1173–1184.

Gönenç, F. İ. (2008). Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi. MÜHF-HAD, 14(4), 13–28.

Gönenç, F. İ. (2011). Kadın Doğum Vakalarının Tazminat Hukuku Yönünden Taşıdığı Özellikler. Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13-14 Kasım 2009 İstanbul, 143–158.

Gözler, K. ve Kaplan, G. (2011). İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir Mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler). Terazi Hukuk Dergisi, 6(63), 36–41.

Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, A. F. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (5. Baskı). Turhan.

Gülel, İ. (2018). Tıbbi Müdahaleye Rıza. Seçkin.

Güleryüz, M. T. ve Zorluoğlu Yılmaz, A. (2019). Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi. TBB Dergisi, 141, 325–362.

Gümüş Umucu, K. (2019). Türkiye'de Hasta Haklarının Evrimi. Beykent Üniversitesi SBE YL Tezi.

Günal, H. Y. (1961). Müterafik Kusur. AÜ SBF Dergisi, 16(1), 208–220.

Günday, M. (2015). İdare Hukuku (10. Baskı). İmaj.

Günday, R. (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Seçkin.

Güney Tunalı, I. (2020). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Seçkin.

Güran, S. (1983). Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu. Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982, 77–87.

Güran, S. (1992). Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat. İstanbul Üniversitesi SBF Dergisi, 0(1), 157–162.

Gürbüz, N. (2014). Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru. XII Levha.

Gürcan, M. (2020). Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi. Seçkin.

Gürkan, M. (2013). Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi. İstanbul Barosu Dergisi, 87(6), 93–110.

Gürsoy, K. T. (1973). Manevi Zarar ve Tazmini. AÜHFD, 30(1), 7–56.

Hafızoğulları, Z. (1997). İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması. AÜHFD, 46(1), 1–40.

Hakeri, H. (2021a). Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler (23. Baskı). Seçkin.

Hakeri, H. (2021b). Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler (23. Baskı). Seçkin.

Hancı, İ. H. (2002). Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. Seçkin.

Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm (4. Bası). Vedat.

Hatırnaz Erol, G. (2015). Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları (3. Baskı). Seçkin.

Havutçu, A. (2010). Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı. DEÜHFD, 12(Özel S.), 579–605.

Helvacı, S. (2016). Gerçek Kişiler (7. Baskı). Legal.

Helvacı, S. ve Durgun Arslan, Ç. (2019). İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi. MÜHF-HAD, 25((2) Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), 907–924.

Herring, J. (2006). Consent to Treatment. İçinde Medical Law and Ethics (ss. 83–143). Oxford University Press.

Hızal, A. ve Çınarlı, S. (2015). Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı. İMÜHFD, 2(1), 143–184.

HUDOC,

İmre, Z. (1974). Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerin Korunmasına İlişkin Meseleler. İÜHFM, 39(1–4), 147–168.

İnal, H. T. (2010). Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 71–72, 70–90.

İnan, A. N. (1968). Çocuk Hukuku. Ankara Üniversitesi.

İnan, A. N. (1979). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

İnan, A. N. ve Yücel, Ö. (2014). İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı). Seçkin.

İnceoğlu, M. M. (2008). Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri. BATIDER, 24(4), 77–121.

Işık Özcan, F. (2008). Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi.

Işıklar, C. (2019). Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller. YBHD, 4(1), 115–158.

İyimaya, A. (1990). Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları.

İyimaya, A. (1995). Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları II. Cilt.

Kabadayı, T. (2013). "Hakkaniyet" Adaletin Temelidir. PÜSBED, 15, 49–57.

Kabirzadeh, S. ve Benjamin, M. (2005). The History of Medicine and Its Relationship with Medical Records. J Medical Ethics, 13(3), 199–202.

Kalabalık, H. (2011). Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 332–405). Ankara Barosu Yayınları.

Kaneti, S. (1983). Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü. İçinde Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 61–75). Fakülteler Matbaası.

Kanık, T. (1950). Manevi Tazminat Davaları. Adalet Dergisi, 41(9), 1166–1177.

Kanık, H. (2020). Yargıtay Uygulamasında Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri. İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri (ss. 158–174). TBB.

Kaplan, G. (2004). İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Gelişmeler. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 1(19), 173–199.

Kaplan, G. (2006). Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu. AÜHFD, 55(2), 117–141.

Kaplan, G. (2019). İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları. InULR, 10(2), 660–676.

Kara, İ. (2016). Tüketici Hukuku ve Ticaret Hukukunda Bedensel Zararlar Nedeni ile Tazminat Davaları ve Uygulamaları. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 115–131). TBB.

Kara, M., Hızal, A. ve Arslan Hızal, S. (2009). Aydınlatılmış Onam. İzmir Tabip Odası.

Karahasan, M. R. (1996a). Sorumluluk Hukuku. Beta.

Karahasan, M. R. (1996b). Tazminat Hukuku Tazminat Davaları ve Yargılama Usulü. Beta.

Karahasan, M. R. (2001). Tazminat Hukuku Manevi Tazminat (6. Baskı). Beta.

Karakul, S. (2016). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I. İstanbul Medipol Üniversitesi HFD, 3(2), 169–206.

Karasu, S. (2009). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. Vedat.

Karayalçın, Y. (1962). Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması. AÜHFD, 19(1), 251–275.

Katoğlu, T. (2006). Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. AÜHFD, 55(1), 157–193.

Kavraz, D. (2009). İdari Yargıda Manevi Tazminat. Gazi Üniversitesi, SBE YL Tezi.

Kaya, M. (2012). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 100, 45–82.

Kazancı. İçtihat ve Bilgi Bankası. ET: 07.10.2021.

Kazmaz Tepe, B. (2020). Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi. DEÜHFD, 22(2), 1123–1153.

Kelley, M. (2005). Limits on Patient Responsibility. Journal of Medicine and Philosophy, 30(2), 189–206.

Kemper, R. (2016). Die Haftung wegen Körperschäden im deutschen Verbraucherschutzrecht. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 65–90). TBB.

Keskin, A. D. (2016). Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat. Yetkin.

King, E. ve Hawley, J. (1959). İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi. AÜHFD, XVI(1–4), 178–233.

Kirkit, E. (2016). Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu. Adalet.

Kılıçoğlu, A. (1990). Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik. İçinde Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 103–110). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Kılıçoğlu, A. M. (1984). Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği. Ankara Barosu Dergisi, 1, 12–21.

Kılıçoğlu, M. (2004). Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat. Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 7(3), 1–30.

Kılıçoğlu, M. (2014). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı Tazminat Hukuku (4. Bası). Bilge.

Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2016). Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat. Terazi Hukuk Dergisi, 11(115), 39–55.

Kıraç, E. (2017). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi. İzmir Barosu Dergisi, 82(2), 11–48.

Kırca, Ç. (1999). Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği. Yargıtay Dergisi, 25(3), 242–270.

Kıvılcım Forsman, Z. (2000). Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi. TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, 21–22, 95–107.

Kızılyel, S. (2008). İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu. Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 203–240.

Kızılyel, S. (2014). Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, 18(2), 253–290.

Kocayusufpaşaoğlu, N. (1980). Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49). İçinde Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara, 21-22/Ekim/1977 (ss. 141–180). Mukayeseli Hukuk Enstitüsü.

Kök, A. N. (2014). Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları. Seçkin.

Kök, A. N. (2015). Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır Mı? Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5(5), 605–616.

Kök, A. N. (2016). Bir Olgu Nedeniyle Tıp Uygulamalarında Mahremiyet İlkesi, Özel Yaşamın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 170–173.

Köprülü, B. (1971). Medeni Hukuk Genel Prensipler (Kişinin Hukuku, Aile Hukuku). Fakülteler Matbaası.

Kriari-Catranis, I. (2002). The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to the Application of Biology and Medicine. Eubios Journal of Asian and International Bioethics, 12(3), 90–94.

Kudat, A. (1966). Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir. Ajans-Türk Matbaası.

Kudat, A. (1970). Cismani Zararların Değerlendirilmesi ve Malüliyet Baremleri. TİSA.

Küfüdür, B. (2020). İdari Yargıda Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davası Açılması, İdarenin Sorumluluk Türleri ve Usul Hükümlerinin Uygulanması. İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 685–732). TBB.

Kurt, L. M. (2011). Ceninin Malvarlığı Hakları. InULR, 2(1), 177–209.

Kurt, L. M. (2017). Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı. AÜHFD, 66(3), 581–604.

Kuru, B. (1962). Haczi Caiz Olmayan Şeyler. AÜHFD, 19(1), 277–326.

Landolt, H. (2009). Stand und Entwicklung des Genugtuungsrecht. Haftung und Versicherung, 2, 125–136.

Landolt, H. (2015). Volkswirtschaftliche Betrachtungsweise – ökonomisch orientierte Festlegung des Genugtuungsbetrages? Haftung und Versicherung, 2, 204–206.

Lexpera. Yeni Nesil Hukuk Bilgi Sistemi Veritabanı. ET: 07.10.2021.

Lüchinger, C. W. (2012). Medical Liability in Switzerland. Medical Liability in Europe, 42, 547–610.

Mangal, S. (2010). İdari Yargıda Manevi Tazminat. Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE YL Tezi.

Martin Casals, Miquel ve Solé I Feliu, J. (2001). Anticoncepciones fallidas e hijos no previsto. InDret, 3, 1–16.

Martin Casals, M. ve Solé Feliu, J. (2003). Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 61, 245–269.

Memiş, Y. (2016). Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 174–222.

Narter, S. (2014). Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku. Adalet.

Nelson, L. J., Morrisey, M. A. ve Kilgore, M. L. (2007). Damages caps in medical malpractice cases. Milbank Quarterly, 85(2), 259–286.

Nomer, H. N. (2000). Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür? İÜHFM, LVIII(1–2), 221–229.

Nomer, H. N. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Bası). Beta.

Nowickiej, W. (2007). Prawa reprodukcyjne w Polsce Skutki ustawy antyaborcyjnej Raport: wrzesień 2007. Federacja na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny.

Odyakmaz, Z. ve Keskin, B. (2020a). Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği. Yetkin.

Odyakmaz, Z. ve Keskin, B. (2020b). Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda idarenin Kusursuz Sorumluluğuna Geçiş. İçinde N. Basa ve S. Güleçhan Uçak (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 533–596). TBB.

Oflaz, F. (2011). Hemşirelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara (ss. 406–415). Ankara Barosu Yayınları.

Oğuz, N. Y. (2008). Tıp Etiği Açısından Tazminat Kavramı ve Bir Değer Olarak Bağışlama. Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu 17-19Nisan 2008, 27–31.

Oğuzman, K. M. (1990). İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler. İçinde Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 7–53). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Oğuzman, K. M. ve Barlas, N. (2015). Medeni Hukuk (21. Bası). Vedat.

Oğuzman, K. M. ve Öz, T. M. (2020). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -2 (15. Bası). Vedat.

Oğuzman, K. M., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2015). Kişiler Hukuku (15. Baskı). Filiz.

Oktay Özdemir, S. (2016). Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler. Bahçeşehir Üniversitesi HFD, 11(145–146), 223–243.

Orhunöz, E. (1999). Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat (B.K. Madde-47). Seçkin.

Otlu, U. (2020). Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi. İçinde E. N. Yılmaz ve D. Özcengiz (Ed.), Bilgilendirilmiş Rıza (ss. 119–134). Yetkin.

Özay, M. (2006). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Seçkin.

Özbudak, C. (2015). İdari Yargıda Dava Değerinin Artırılması ("mış gibi" Bir Yasama İşlemi). Terazi Hukuk Dergisi, 10(106), 128–135.

Özcan Büyüktanır, B. G. (2017). Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini. AÜHFD, 66(1), 49–72.

Özdemir, H. (2004). Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Yetkin.

Özdemir, H. (2017). Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Yetkin.

Özdemir, Y. (2019). İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu ve Manevi Tazminatın Artırılması Sorunu. Karatay Üniversitesi HFD, 4(2), 129–156.

Özkaya, N., Kılıç, Y. ve Yırgın Yılmaz, C. (2016). "Vücut Bütünlüğü İhlali" Kavramının Tıbbi Uygulama Hatalarında Tazminat Çerçevesinde Değerlendirilmesi. Terazi Hukuk Dergisi, 11(119), 234-242.

Özmumcu, S. (2015). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış. DEÜHFD, 16(Özel Sayı 2014), 831–871.

Özsunay, E. (1977). Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (3. Baskı). İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Özsunay, E. (1981). Medeni Hukuka Giriş. Güryay Matbaacılık.

Özsunay, E. (1983). Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları. İçinde Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 31–59). Fakülteler Matbaası.

Öztürk, M. (2004a). Sağlık Kuruluşları ve Hastane İşletmeciliği Açısından Hekim, Hasta ve Hastane İlişkilerinde Yargıtay ve Danıştay Kararları Üzerine Araştırmalar - Birinci Cilt. MTM Yayınevi.

Öztürk, M. (2004b). Sağlık Kuruluşları ve Hastane İşletmeciliği Açısından Hekim, Hasta ve Hastane İlişkilerinde Yargıtay ve Danıştay Kararları Üzerine Araştırmalar - İkinci Cilt. MTM Yayınevi.

Palmer, V. V. (2015a). European contractual regimes: The contemporary approaches. İçinde V. V. Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (ss. 95–110). Cambridge University Press.

Palmer, V. V. (2015b). Questionnaire, national reports and commentary: The comparative evidence. İçinde V. V. Palmer (Ed.), The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law (ss. 111–397). Cambridge University Press.

Pekcanıtez, H. (2009). Belirsiz Alacak Davası. DEÜHFD, 11(Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), 509–552.

Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2012). Medeni Usul Hukuku (13. Bası). Yetkin.

Pekcanıtez, H., Özekes, M., Akkan, M. ve Taş Korkmaz, H. (2017). Pekcanıtez Usul - Medeni Usul Hukuku Cilt II. On İki Levha.

Petek, H. (2006). Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. DEÜHFD, 8(1), 177–239.

Petek, H. (2013). Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması. DEÜHFD, 15(Prof. Dr. M. Polat SOYER'e Armağan), 969–1017.

Pirim, Z. C. (2016). Uluslararası Hukukta Manevi Zarar. TBB, 127, 339–374.

Reisoğlu, S. (1983). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu. İçinde Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Ankara, 12/13. Mart. 1982 (ss. 1–18). Fakülteler Matbaası.

Saad, T. C. (2018). The history of autonomy in medicine from antiquity to principlism. Medicine, Health Care and Philosophy, 21(1), 125–137.

Sancakdar, O. (2011). İdare Hukuku. Seçkin.

Sarıal, E. (1986). Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler. Kazancı.

Şatır, N. (2015). Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay - Danıştay İçtihatları. Yetkin.

Savaş, F. B. (2008). Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı. TBB Dergisi, 74, 121–148.

Savaş, H. (2007). Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları. Seçkin.

Savaş, N. (2012). Hekimin Tazminat Sorumluluğu. İçinde Sağlık Hukuku Makaleleri (ss. 157–177). İstanbul Barosu.

Saymen, F. H. (1940). Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir? İÜHFM, 6(1), 126–145.

Schmidt-Recla, A. ve Noack, J. (2012). Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu. İçinde H. Hakeri ve H. Rosenau (Ed.), VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (ss. 73–82). Adalet.

Schuldzinski, W. (2012). Können Patienten ihre Verantwortung wahrnehmen? Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, 106(3), 213–216.

Seabury, S. A., Helland, E. ve Jena, A. B. (2014). Medical malpractice reform: Noneconomic damages caps reduced payments 15 percent, with varied effects by specialty. Health Affairs, 33(11), 2048–2056.

Serozan, R. (1977). Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14), 93–112.

Serozan, R. (1990a). Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım. İçinde: Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) (ss. 67–101). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Serozan, R. (1990b). Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali. İçinde: Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan (ss. 279–289). İstanbul Üniversitesi.

Sert, G. (2004). Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde Hasta Hakları. Babil.

Sert, G. (2008). Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı. Babil.

Sert, G. (2013). Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme. İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı.

Sert, G. (2018). Hasta Hakları. İçinde Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 125–153). Seçkin.

Sert, G. (2019). Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları (2. baskı). Seçkin.

Sever, D. Ç. (2013). Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık. Ankara Üniversitesi.

Sever, D. Ç. (2018a). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu. İçinde Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 265–279). Seçkin.

Sever, D. Ç. (2018b). Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması. İçinde Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 73–102). Seçkin.

Slizyk, A. (2018). Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle 2019: Von Kopf bis Fuß (15. Baskı). Beck C. H.

Söğüt, İ. S. (2013). Tıbbi Kayıtlar. Maltepe Üniversitesi HFD, 12(2), 63–86.

Somer, P. (2011). Tıbbi Kayıtlar. III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara, 526–553.

Somer, P., Civaner, M., Bektaş, S., Akçınar, Ş., Dursun, O. ve Aslan, I. (2020). Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk (S. Kutlay ve Ş. Akipek Öcal (Ed.)). Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı.

Stamm, J. (2016). Die Geltendmachung Von Personenschäden İm Deutschen Zivilprozess. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 195–215). TBB.

Sulu, M. (2016). Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat. MÜHF-HAD, 22(3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), 2737–2756.

Sütlaş, M. (2000). Hasta ve Hasta Yakını Hakları. Çiviyazıları.

Şengül, R. (2020). Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu. Aristo.

Şenocak, Z. (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu. AÜHF.

Şenocak, Z. (2016). Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların manevi Tazminat Talebi. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Cilt 1 (ss. 599–606). TBB.

Şenocak, Z. (2011). Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk. III. Sağlık Hukuku Kurultayı 07-08.05.2010 Ankara, 622–631.

Tacir, H. (2011). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı. On İki Levha.

Tacir, H. (2017). Hastanın Kendi Geleceğini belirleme Hakkı. İçinde H. Tacir ve A. Altunkaş (Ed.), III. Ulusal Sağlık Hukuku "Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi" Sempozyumu (ss. 45–58). Seçkin.

Tahmazoğlu Üzeltürk, S. (2012). Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı. Legal.

Tandoğan, H. (1963). Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması. AÜHFD, 20(1), 1–36.

Tandoğan, H. (1977). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II (2. Baskı). İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Tandoğan, H. (2010). Türk Mes'uliyet Hukuku (1961 Yılı). Vedat.

Tandoğan Özbaykal, N. (2019). Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları. Marmara Üniversitesi SBE YL Tezi.

Tanrıver, S. (2016). Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası. İçinde S. Uçakhan Güleç ve N. Basa (Ed.), Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2 (ss. 153–173). TBB.

Taşatan, C. (2016). Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerinde. İçinde B. Baysal (Ed.), Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016 (ss. 471–485). On İki Levha.

Taşatan, C. (2017). Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar. On İki Levha.

Tekçe, F. N. (2016). Manevi Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme. MÜHF-HAD, 22(3), 2623–2641.

Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası). Filiz.

Tolstoy, L. N. (2009). Sanat Nedir? (M. Beyhan (Ed.); 2. Baskı). İş Bankası Kültür Yayınları.

Töre, H. F. (1970). Manevi Tazminat Davaları. Adalet Dergisi, 61(8), 531–546.

Tunçomağ, K. (1972). Borçlar Hukuku I. Cild Genel Hükümler (5. Bası). Fakülteler Matbaası.

Turan Başara, G. (2018). Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi. Turhan.

Türkoğlu, S. (2020). İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu. İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri 5-6 Nisan 2019 (ss. 58–67). TBB.

Türkoğlu, S. ve Yılmaz, E. (2020). İdarenin Hukuki Sorumluluğunda İdari Yargıya Özgü Kriterlerin Geliştirilmesi (Danıştay Kararları Işığında Bedensel Zararları Tazmin İlkeleri). İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 657–684). TBB.

Tutumlu, M. A. (2015). Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası. Seçkin.

Üçışık, H. F. (2012). Sağlık Hukuku (3. Baskı). Ötüken.

Uesseler, C. (2008). Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht. Westfälischen Wilhelms-Universität.

Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). İsbat Yükü (2. baskı). Kazancı.

Ünal, M. (1978). Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü. AÜHFD, 35(1), 397–437.

US Congressional Budget Office. (2004). Limiting Tort Liability for Medical Malpractice.

Uygur, A. B. (2019). Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi. TBB Dergisi, 144, 355–381.

Van Boom, W. H. ve Jansen, C. E. C. (2000). McFarlane v. Tayside Health Board: aansprakelijkheid van artsen voor 'wrongful conception". Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht, 17(7), 276–288.

Wagner, G. (2004). Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven. JuristenZeitung, 59(7), 319–331.

Yağcıoğlu, A. H. (2014). Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu. Adalet.

Yardım, İ. (2016). Tüketici Olarak Hasta Hakları. Adalet.

Yargıtay Karar Arama. https://karararama.yargitay.gov.tr, ET: 07.10.2021.

Yavuz, C. (2012). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (10. Baskı). Beta.

Yavuz İpekyüz, F. (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. Vedat.

Yener, A. (2020). İşverenin İşleten Sıfatıyla Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtuluş Koşulları. İçinde N. Basa ve S. Uçakhan Güleç (Ed.), Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongre (ss. 233–264). TBB.

Yerdelen, E. (2016). Hastanın Kusurunun Hekim Sorumluluğuna Etkisi (Mağdurun Kusuru- Müterafik Kusur). İçinde H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), I. Uluslararası Katılımlı ulusal Tıp Hukuku Kongresi, Bodrum, 3-4 Eylül 2015 (ss. 93–108). Legal.

Yılmaz, A. (2015). Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. Çankaya Üniversitesi SBE YL Tezi.

Yılmaz, B. (2017). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Adalet.

Yılmaz, O. (2019). Manevi Tazminat Talebinde Tarafların Kusur Oranlarının ve Diğer Özel Hallerin Değerlendirilmesi. Necmettin Erbakan Üniversitesi HFD, 2(1), 88–101.

Yılmaz, Safiye. (2011). İdarenin Manevi Tazminat Sorumluluğu. Selçuk Üniversitesi SBE YL Tezi.

Yılmaz, Serdar. (2015). İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak "İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi" Üzerine Bir Değerlendirme. Ankara Barosu Dergisi, 3, 112–181.

Yücel, Ö. (2018a). Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları. Seçkin.

Yücel, Ö. (2018b). Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler. İçinde Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (ss. 23–46). Seçkin.

Yüzbaşıoğlu, C. (2020). İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk. XII Levha.

Yüzer Eltimur, D. (2019). AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri. On İki Levha.

Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2018). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (18. Baskı). Turhan.

Zeytin, Z. (2005). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, 135–151.

Zeytin, Z. (2012). Hasta - Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. İçinde H. Hakeri ve H. Rosenau (Ed.), VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (ss. 1–36). Adalet.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Yakup Gökhan DOĞRAMACI
Doğum Yeri ve Yılı	Akhisar 1979
E-Posta	ygdogramaci@yahoo.com
Yabancı Dil	İngilizce
ORCID No	0000-0003-2447-7543

Eğitim	
Ön Lisans	2010, Anadolu Üniversitesi, Sağlık Kurumları İşletmeciliği
Lisans	2004, Celal Bayar Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Tıp
	2013, Anadolu Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İşletme
	2014, İzmir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk
	2016, Anadolu Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Uluslararası İlişkiler
Yüksek Lisans	2016, İzmir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sağlık Hukuku (Tezli)

Yayın Listesi	
Makale	Doğramacı, Y. G. (2020). Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 657–710. https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0014 (Hakemli)
	Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2016). Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri. Tıp Hukuku Dergisi, 5(10), 69–114. (Hakemli)
	Doğramacı, Y. G. (2017a). Çocuğun Hakları: Tıbbi Müdahaleye Rıza. İstanbul Barosu Dergisi, Çocuk Hakları 23 Nisan Özel, 184–198. (Davetli)
	Doğramacı, Y. G. (2015). Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu. Tıp Hukuku Dergisi, 4(7), 101–137. (Hakemli)
	Şerifhan İlgün, M., Erbay Dündar, P., Doğramacı, Y. G., Dalcı, A., ve Gürgen, G. (2005). Celal Bayar Üniversitesinde Bir Grup Öğrencinin Aile Planlaması ve Cinsel Yolla Bulaşan Hastalıklar Konusundaki Bilgi Düzeyleri. TSK Koruyucu Hekimlik Bülteni, 4(2), 66–78.
Kitap	Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y. G. (2020). Yargı Kararları'nda Enjeksiyon ve Sorumluluklar. Legal.
	Erdem, Ü. ve Doğramacı, Y. G. (2020). Malpraktis Davalarında Bilirkişi Raporları Nasıl Olmalı?. Legal
	Doğramacı, Y. G. (2016). Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi. Legal.
Kitap Editörlüğü	Adli Tıp Özel Tıp Hukuku. (2019). Türkiye Klinikleri. Editörler: Erkol, Z.Z. ve Doğramacı Y.G.

Kitap Bölümü	Doğramacı, Y. G. (2021). Tıpta Uzmanlık Öğrencisine Yönelik Şiddet: Beyaz Kod. İçinde E. Ö. Aktaş ve A. Kaya (Ed.), Tıpta Uzmanlık Eğitimi ve Uzmanlık Öğrencilerinin Hak ve Sorumlulukları. Türkiye Klinikleri.
	Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019). Beden Muayenesinde Çocuğun Rızası: Olgun Çocuk İlkesi. İçinde Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 124–134). Türkiye Klinikleri.
	Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2019). Tıbbi Uygulama Hatası Tazminatında Yeni Dönem: Tüketici Hukuku ve Mahkemeleri. İçinde Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 117–123). Türkiye Klinikleri.
	Can, İ. Ö., Doğramacı, Y. G., ve Ünüvar, Ü. (2019). İstanbul Protokolü. İçinde Z. Z. Erkol ve Y. G. Doğramacı (Ed.), Tıp Hukuku (Sayı Adli Tıp Özel, ss. 72–79). Türkiye Klinikleri.
	Doğramacı, Y. G. (2018). Hekimin Yardımcı Personelinden Dolayı Sorumluluğu. İçinde E. Kalkan (Ed.), Hekimler İçin Hukuk Rehberi (ss. 289–306). Türk Nöroşirürji Akademisi.
Uluslararası Bildiri (2021)	Doğramacı, Y. G. (2021). I. Uluslalararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi 2021, 4-5 Eylül 2021. Eczacının İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Sorumluluğu.
	Doğramacı, Y. G. (2021). II. Uluslalararası Sağlıkta Yapay Zeka Kongresi 2021, İzmir Bakırçay Üniversitesi, 16-18 Nisan 2021. Hastayı Bilgilendirmenin Yapay Zekaya Devredebilirliği ve Rıza
	Doğramacı, Y. G. (2021). II. Uluslalararası Sağlıkta Yapay Zeka Kongresi 2021, İzmir Bakırçay Üniversitesi, 16-18 Nisan 2021. Yapay Zeka ve Hekimin Hikmetinde Hukuki ve Cezai Sorumluluğun Belirlenmesi: Güven İlkesi
	Doğramacı, Y. G. (2021). IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2. Dokuz Eylül Üniversitesi, Antalya, 8-10 Ocak 2021; Editörler: Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ, Av. Cahid DOĞAN; Aristo. Teletıp ve Mesafeli Sözleşmeler