T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ-CERRAHPAŞA
ADLİ TIP VE ADLİ BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Danışman

Dr. Öğretim Üyesi Yusuf Tunç DEMİRCAN

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA HEKİMİN AYDINLATILMIŞ ONAMA İLİŞKİN SORUNLARDAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

SOSYAL BİLİMLER ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

SİNEM DOĞAN
İSTANBUL, 2022

ÖNSÖZ

Günümüzde modern tıp ve hukuk alanında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için artık hekimlerin daha da özenli ve dikkatli davranması gerektiği şüphesizdir. Nitekim, hekimlerin sorumluluk alanlarının genişlediği konuların başında hastanın tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatılmış onamının alınması konusu gelmekte ve bu husus gün geçtikçe daha fazla mahkeme içtihadına konu olmaktadır. Bu kritik konunun içeriğinin ve hekimin aydınlatılmış onamdan kaynaklı olarak karşılaştıkları sorunların daha iyi anlaşılması, böylelikle bu konudaki hukuki sorunların önlenmesi veya sorunların ortaya çıkması durumunda çözüm konusunda yol gösterici olması temennisiyle yargı kararları ışığında hekimin aydınlatılmış onamdan kaynaklanan yükümlülüğü ve bundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu konulu bir tez çalışması gerçekleştirdik.

Bu çalışma Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmıştır.

Beni başından sonuna dek yönlendiren ve kıymetli desteğini her zaman hissettiğim değerli hocam Av. Dr. Tanıl Mehmet BAŞKAN'a,

Çalışmam boyunca bana elinden gelen en iyi desteği veren değerli tez danışmanım Dr.Öğr.Üyesi Y. Tunç DEMİRCAN'a,

Tez savunmasında jüri üyeleri olarak önemli katkılarda bulunan, değerli hocalar Prof. Dr. Neylan ZİYALAR'a, Doç.Dr. Z. Belma GÖLGE'ye, Doç.Dr. Özlem BÜLBÜL'e ve Dr.Öğr.Üyesi Duygu BUĞA'ya,

Tezimin yazım aşamasında beni yalnız bırakmayan ve desteklerini her zaman gösteren başta Stj. Avukat Şeyma ARAS olmak üzere tüm arkadaşlarıma,

Ve tüm emek ve umutları için başta annem olmak üzere tüm aileme sonsuz teşekkürlerimle.

İstanbul, Eylül 2022

İÇİNDEKİLER

Önsöz……..……i
İçindekiler……...ii
Kısaltmalar…….....v
Özet…….....vi
Abstract……viii

I. Giriş ve Amaç……..1
II. Genel Bilgiler……..3
1. TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI……...5
1.1.Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması…….....5
1.1.1 Amaçlarına Göre Tıbbi Müdahaleler……5
1.1.1.1. Eğitim Amaçlı Tıbbi Müdahaleler……....5
1.1.1.2.Hastalıkları ve Sakatlıkları Önleme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler……6
1.1.1.3. Hastalık ve Sakatlığı Teşhis Amaçlı Tıbbi Müdahaleler……..6
1.1.1.4.Hastalık ve Sakatlık Gibi İstenmeyen Durumları Tedavi Amaçlı Tıbbi Müdahaleler……...7
1.1.2. İcra Ediliş Şekline Göre Tıbbi Müdahaleler……7
1.1.2.1. Beden Tamlığına Yönelik Tıbbi Müdahaleler……...7
1.1.2.2. Beden Tamlığına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler……...7
1.1.3. Estetik Müdahaleler……7
1.2.Hekim Ve Hastanın Yükümlülükleri……...8
1.2.1. Hekimin Yükümlülükleri……9
1.2.1.1.Teşhis Koyma Yükümlülüğü……9
1.2.1.2.Tedavi Yükümlülüğü……9
1.2.1.3.Hastayı Bilgilendirme Yükümlülüğü……...10
1.2.1.4. Kayıt Tutma Yükümlülüğü……11
1.2.1.5.Hastanın Özel Hayatına Saygı Yükümlülüğü……..11
1.2.2. Hastanın Yükümlülükleri……...12
1.2.2.1 Hastanın Tedaviye Katılma ve Yardım Yükümlülüğü……12
1.2.2.2.Hekimin ve Sağlık İşletmesinin Önerilerini Yerine Getirme Yükümlülüğü……...14
1.2.2.3 Hastanın Ücret Ödeme Yükümlülüğü……..14

1.2.2.4. Diğer Hastaların Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü……...….16
1.2.2.5. Hastanın Hastane İşletmesini Uğrattığı Zararları Giderme Yükümlülüğü..16
1.2.2.6. Hekimin Özen Borcunu Yerine Getirmediğini İspat Yükümlülüğü……16
1.2.2.7. Sağlık Çalışanlarının Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü……..17
1.3.Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları……...17
1.3.1.Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi……17
1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olması……..19
1.3.3. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörülmüş Amaçlara Yönelik Olması……..20
1.3.4. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi……21
1.4.Konuyla İlgili Bazı Kavramlar……...21
1.4.1Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Hata Kavramları……21
1.4.2.Endikasyon……22
1.4.3.Komplikasyon……22
1.5.Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk…….....23
1.5.1.Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk……23
1.5.1.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk……..23
1.5.1.1.1. Tedavi Sözleşmesinin Bir Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü……25
1.5.1.1.2. Tedavi Sözleşmesinin Bir Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü……27
1.5.1.1.3. Tedavi Sözleşmesinin Bir Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü……...28
1.5.1.1.4. Tedavi Sözleşmesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü……30
1.5.1.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları……...31
1.5.1.2.1.Akit ……..31
1.5.1.2.2.Hukuka Aykırılık……..32
1.5.1.2.3. Zarar…… 33
1.5.1.2.4. Kusur ……...35
1.5.1.2.5. İlliyet Bağı……...36
1.5.1.3.Vekaletsiz İş Görme……36
1.5.1.4. Haksız Fiil……...38
1.5.2.Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk……40
2.AYDINLATILMIŞ ONAM…….....44
2.1.Aydınlatılmış Onamın Tarihçesi……..45
2.2.Aydınlatılmış Onamın Hukuki Dayanakları……47
2.2.1.Uluslararası Metinlerde Aydınlatılmış Onam……...47
2.2.1.1.Nürnberg İlkeleri (NurembergCodes) (1947)……....47
2.2.1.2. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi (1964)……48
2.2.1.3.Dünya Tabipler Birliği Lizbon Bildirgesi (1981)……...50
2.2.1.4.Amsterdam Bildirgesi (1994)……52
2.2.1.5. İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1997) ……..……..53
2.2.1.6. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (2002)……57
2.2.2.Türk Hukukunda Aydınlatılmış Onam……57

2.3.Aydınlatılmış Onamın Konusu, Kapsamı, Amacı, Türleri ve Yerine Getirilmesi……64
2.3.1. Aydınlatılmış Onamın Konusu ve Kapsamı……64
2.3.2.Aydınlatılmış Onamın Amacı……...66
2.3.3. Aydınlatmanın Türleri……67
2.3.3.1. Güvenlik (Tedavi, Koruma) Aydınlatması……67
2.3.3.2. Otonomi(Karar) Aydınlatması……..68
2.3.3.3. Teşhis Aydınlatması……68
2.3.3.4. Tedavi (Süreç) Aydınlatması……69
2.3.3.5. Riziko Aydınlatması……70
2.3.4. Aydınlatılmış Onamın Yerine Getirilmesi……...71
2.3.4.1.Aydınlatılacak Kişi……71
2.3.4.2. Aydınlatma Yükümlüsü……73
2.3.4.3. Aydınlatılmış Onamın Şekli……..74
2.3.4.4. Aydınlatmanın Zamanı……76
2.3.5.Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları……..76
2.3.5.1. Acil Tıbbi Müdahaleler……76
2.3.5.2. Aydınlatmanın Tedaviyi Olumsuz Etkilemesi……..77
2.3.5.3. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi……...78
2.3.5.4. Hastanın Tıbbi Müdahale İle İlgili Olarak Önceden Bilgisinin Bulunması…...78
2.3.5.5. Aydınlatmanın Uygulanamaz Hale Gelmesi……79
2.4. Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlalin Hukuki Sonuçları……..79
2.4.1. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı……...80
2.4.1.1. Maddi Tazminat……80
2.4.1.2. Manevi Tazminat……..84
3.AYDINLATILMIŞ ONAMDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR……86
3.1. Aydınlatılmış Onamla İlgili Sorunlar Hakkında Yargıtay'ın Yaklaşımı……86
3.2. Aydınlatılmış Onamla İlgili Sorunlar Hakkında Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı……..91
3.3.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Aydınlatılmış Onam…….96
4.GEREÇ VE YÖNTEM…….101
5.BULGULAR……103
5.1. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen Yargıtay Kararlarının İncelenmesi…...103
5.2. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi……..107
5.3. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen AİHM Kararlarının İncelenmesi……..109
6.TARTIŞMA……111
7.SONUÇ……..……..119
8.KAYNAKÇA……...…122
9.ÖZGEÇMİŞ…… 128

KISALTMALAR

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

ÖZET

Çalışma kapsamında, aydınlatılmış onamdan kaynaklı olarak yapılan şikayetlerle ilgili Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'ye yapılan başvurular ele alınarak, başvurular neticesinde verilen kararların hekimin tazminat sorumluluğu çerçevesinde hukuki boyutu incelenmiştir.

Tez konumuza uygun olarak, kazancı.com.tr ve lexpera.com.tr içtihat bankaları üzerinden, Yargıtay 3. Ve 13. Hukuk Dairelerinin 2008 – 2022 yılları arasındaki kararları, "aydınlatılmış onam" anahtar kelimesi ile taranmış ve aydınlatılmış onam başlığı altında Hukuk Daireleri tarafından verilmiş 60 civarında karar bulunduğundan bu kararların tamamı alınmıştır. Ayrıca, anayasa.gov.tr üzerinden Anayasa Mahkemesi tarafından aydınlatılmış onamla ilgili bireysel başvuru üzerine verilen kararlar incelenmiş olup, Anayasa Mahkemesi'nin aydınlatılmış onamla ilgili hekim aleyhine ilk ihlal kararı 2015 yılında verilmiş olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine vermiş olduğu kararlar 2015 yılından itibaren incelenmiş ve toplam 20 sayıda karara ulaşılmıştır Aydınlatılmış onamla ilgili AİHM'nin kararlarına ilişkin olarak AİHM Hüküm ve Karar Raporları üzerinden tarafımca en eski tarihlisi 1992 yılından başlamak üzere günümüze kadar yaklaşık altmışa yakın karar incelenmiş bulunmaktadır.

Yapılan karar incelemeleri sonucunda hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alması gerektiği, bunun tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulu olduğu ve hekimin somut ve ayrıntılı bir şekilde komplikasyonlarla ilgili aydınlatması gerektiği saptanmış olmakla beraber kararların herhangi birinde hastanın aydınlatılmadığını iddia ettiği istenmeyen netice ile tıbbi müdahale arasında neden sonuç ilişkisi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi yönünde adli tıbbi görüşe başvurulması gerektiği ve istenmeyen neticenin tıbbi müdahaleden bağımsız geliştiği, bir başka ifadeyle komplikasyon olmadığı yönünde tespite ulaşıldıktan sonra hekimin bu noktada artık istenmeyen netice ile ilgili hastanın aydınlatılmamasından sorumlu olmadığı hususuna değinen bir karara rastlanılmamıştır.

Bu çalışmada, spesifik olarak, aydınlatılmış onamın kapsamı üzerinde durulmuş olup, tıbbi müdahale sırasında veya sonucunda karşı karşıya kalınan komplikasyonlar, aydınlatılmış onam bağlamında ele alınmıştır. Buradan hareketle, hekimin tıbbi müdahalesi kapsamında

aydınlatılmış onamdan kaynaklı hukuka aykırılıkların da iddialar arasında yer aldığı maddi ve manevi tazminat talebi ile açılan davalarda mahkemelerce öncelikle tıbbi müdahale ile istenmeyen netice arasında illiyet bağının tespiti ile ilgili adli tıbbi görüş aldırılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Netice olarak, işbu çalışmada "*istenmeyen neticenin tıbbi müdahaleden tamamen bağımsız bir şekilde geliştiğine yönelik adli tıbbi görüş mevcut ise hekimden artık bu noktada işbu istenmeyen neticeyi öngörüp aydınlatması beklenmemeli ve aydınlatılmış onamdan kaynaklı kusur izafe edilemeyen hekimin tazminat sorumluluğu doğmamalıdır.*" şeklinde bir tespite varılarak aydınlatılış onamın çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır.

Daha açık bir anlatımla, meydana gelen olumsuz durumun tıbbi müdahale ile doğrudan bağlantısı yoksa, bu konuda hastanın aydınlatılmasına olanak da bulunmamaktadır. Bu durumda, çıkan uyuşmazlıklarda yargı mercileri tarafından hekimin hastayı tıbbi müdahalenin muhtemel sonucu olmayan istenmeyen durumla ilgili aydınlatmasının mümkün olmadığı yönünde değerlendirme yapılması gerektiği ve bu konuda ispat hukuku açısından yargı mercileri nezdinde bir görüş birliği oluşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Onam, Kusur, Yargıtay Kararları, Tıbbi Hata, Komplikasyon

ABSTRACT

Within the scope of the study, the applications which are made to the Supreme Court, the Constitutional Court and the ECtHR regarding the complaints due to informed consent were handled and the legal dimension of the decisions made as a result of the applications was examined within the framework of the physician's responsibility for compensation.

In accordance with our thesis topic, the decisions of the 3rd and 13th Civil Chambers of the Court of Cassation, between 2008 and 2022, were scanned with the keyword "informed consent" and under the title of informed consent; since there were 60 decisions taking place at kazancı.com.tr and lexpera.com.tr case law websites; relevant 60 decision have been taken into condsideration in this thesis. In addition, the decisions made by the Constitutional Court on individual applications regarding informed consent have been examined on anayasa.gov.tr; since the first violation decision of the Constitutional Court against the physician regarding informed consent was made in 2015, the decisions of the Constitutional Court on individual applications have been taken since 2015. A total of 20 decisions have been reached since then. Regarding the ECtHR's decisions on informed consent, nearly sixty decisions have been examined in my thesis, beginning from 1992 to the last decision through the ECtHR Judgments and Decision Reports.

As a result of the decision reviews, it was determined that the physician should obtain informed consent before the medical intervention to be performed. Informed consent is a condition of compliance with the law, and that the physician should inform the patient regarding the complications in a concrete and detailed manner. After it was determined that forensic medical opinion should be consulted to determine whether there is a correlation between undesired result and medical intervention and the undesired result developed independently of the medical intervention, in other words, there were no complication, there was no decision that referred to the fact that the physician was no longer responsible for not informing the patient about the undesired result.

In this study, specifically, the scope of informed consent was emphasized, and complications encountered during or as a result of medical intervention were discussed in the context of informed consen. In the lawsuits filed with the claim for pecuniary and non-pecuniary damages, in which the illegality arising from the informed consent within the scope

of the medical intervention of the physician is among the claims, it has been emphasized that the courts should first obtain a forensic medical opinion on the determination of the causal link between the medical intervention and the undesired result.

As a result, in this study; it was articulated that *"if there is a forensic medical opinion that the undesirable result develops completely independently of the medical intervention, the physician should no longer be expected to predict and enlighten this undesired result at this point, and the physician, whose fault cannot be attributed to the informed consent, should not be liable for compensation."* With relevant explanation, it was tried to draw the framework of the informed consent.

To put it more clearly, if the negative situation that occurred does not have a direct connection with the medical intervention, it is not possible to enlighten the patient regarding this issue. In this case, it has been tried to establish a consensus in the judicial authorities in terms of proof law that it is not possible for the physician to inform the patient about the undesirable situation that is not the possible result of the medical intervention.

Keywords: İnformed Consent, Fault, Supreme Court Decisions, Medical Error, Complication

I. GİRİŞ VE AMAÇ

Tezimiz, hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından olan aydınlatılmış onamla ilgili olarak yargı kararlarına yansıyan sorunların incelenmesi ve bu kapsamda hekimin aydınlatılmış onamdan kaynaklanan sorumluluğunun sınırlarının çizilmesi ve kapsamının belirlenmesini içermektedir. Konuya mümkün olduğu ölçüde hukuk ve tıp bilimi yönünden bir yaklaşım getirilmektedir.

Her ne kadar bir tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış onam alınmasının şart olduğu ve aydınlatılmış onam alınmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılık teşkil ettiği hususu genel kural olarak ortaya konulmakla beraber aydınlatılmış onam alınmış olmasına rağmen işbu aydınlatılmış onamdan kaynaklanan başkaca sorunlar nedeniyle de hekimin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Bu kapsamda, pozitif hukuk sistemimizde hastanın bir tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılması gereken konular genel çerçeve olarak düzenlenmiş ve yargı kararlarında özellikle hastaların uygulanacak tıbbi müdahale ile ilgili tıbben benzer müdahalelerde ortaya çıkma olasılığı kabul edilen riskler konusunda aydınlatılması gerektiğine vurgu yapılmış ise de tezimizde ana tema, aydınlatmanın o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan istenmeyen durumlar hakkında da yapılması gerekip gerekmediği ve hekimin o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan, tedavinin komplikasyonu niteliğinde görülmeyen istenmeyen durumlar hakkında da aydınlatmadan kaynaklı bir sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı hususudur.

Tezimizin konusu ile ilgili hem Anayasa Mahkemesi hem Yargıtay hem de Derece Mahkemelerinde bir görüş ortaya konulmadığı gibi bu konuda bilirkişilerden ve bilirkişi heyetlerinden ve uzmanlardan görüş dahi istenmediği, neticede bu konunun Mahkemeler tarafından inceleme konusu yapılmadığı görülmektedir.

Yargılama safahatinde alınan bilirkişi raporlarında hastada tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan istenmeyen durumun komplikasyon olmadığı, gerçekleştirilen tıbbi müdahale ile ortaya çıkan durum arasında nedensellik bağının bulunmadığının tespiti ile tıbbi müdahalede hekimin kusurunun bulunmadığının ortaya konulması halinde artık bu noktada hekimin hastayı ortaya çıkan istenmeyen durumla ilgili aydınlatmasının mümkün olup olmadığının tespitinin yapılması gerekmekte olup, tezimizin ana hedefi yargı organları tarafından bu konunun açıklığa kavuşturulmasını sağlayacak şekilde yargılama yapması yönünde bir görüş birliği oluşturmaya çalışmaktır.

Ayrıca, aydınlatılmış onamla ilgili özel bir hukuki düzenleme bulunmadığından bu konuda Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının incelenmesi, aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunların tespitinde tezimize temel alınacağını belirtmek gerekir.

II. GENEL BİLGİLER

1.Tıbbi Müdahalenin Tanımı

Tıbbi Müdahalenin tanımını yapmadan evvel bu kavram içerisinde geçen bazı önemli süjelerin açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Bu kavramlar, Hekim ve Tıp Bilimi kavramlarıdır.

Tıp Bilimi, hastalıkları ve fiziksel engelleri tedavi etmek, ortadan kaldırmak veya önlemek amacıyla başvurulan bilimsel ve teknolojik çalışmaları kapsayan bilim dalını ifade etmektedir (Gökcan, 2014).

Hekim ise, insanların hastalıklarını teşhis eden ve onları ilaçlarla veya bir şekilde tedavi eden, hekimlik yapmaya yetkili kişidir.

Nitekim, tıbbi müdahale kavramı, bir hastalığı veya bedensel engeli tedavi etmek veya bir hastayı hastalıktan korumak veya acısını hafifletmek, gidermek amacıyla tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen çeşitli yardım ve faaliyetleri kapsar (Gökcan, 2014). Kavramı biraz daha genişleterek açıklarsak, tıbbi müdahale, kişilerin fiziksel, bedensel veya zihinsel bir hastalığını, rahatsızlığını teşhis ve tedavi etmek veya bunun mümkün olmadığı durumlarda hastalıkları iyileştirmek, acılarını hafifletmek veya bu tür zararlardan korumak için, tıp mesleğini icra etmeye yasal olarak yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin kabul ettiği genel kural ve ilkelere uygun olarak yapılan, en basit tanı ve tedavi usullerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan çeşitli faaliyetlerdir (Çilingiroğlu, 1993/Çakmut,2003).

Doğrudan beden sağlığı ile ilgili olmamakla birlikte ruh sağlığının teşhis ve tedavisi de tıbbi müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle hekimin hastayla olan ilişkisinde kullandığı sözler, tavsiyeler, davranışlar ve kullandığı yöntemler bile bu kavram içinde değerlendirilebilir (Sütlaş, 2000).

Konuya ilişkin düzenleme içeren kanuni hükümlerde de tıbbi müdahale kavramı açıklanmaya çalışılmıştır.

Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g maddesinde;

> "*Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgilimeslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi"*

şeklinde tanımlanmıştır. Keza, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. Maddesinde tıbbi müdahalenin kapsamı ve amacı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Nitekim, hukuki anlamda kişi, hak ve borç sahibi olabilen bir varlıktır; bu özelliği nedeniyle de hukuk düzeni tarafından korunan maddi ve manevi değerleri vardır. Kişinin sahip olduğu bu değerler üzerinde bazen birtakım nedenlerle tasarrufta bulunmak gerekebilmektedir. Kişinin yaşamı üzerinde tasarrufta bulunmasına temelde izin verilmezken vücut bütünlüğüne yönelik bazı müdahaleler kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmemekte ve ceza hukuku kapsamında herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamaktadır (Ataay, 1978).

Yukarıda tanımlamaya çalıştığımız tıbbi müdahaleler aslında beden bütünlüğüne saldırı olarak görülse de ahlaka aykırı olmayan üzerinde müdahalede bulunulacak olan hastanın rızasıyla yapılan ve kişinin sağlığını iyileştirmek ve hastalığını veya sakatlığını gidermek amacı taşıyan müdahaleler olması nedeniyle hukuk düzeni tarafından korunmaktadır.

1982 Anayasası'nın Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında da kişinin beden bütünlüğünün anayasal olarak güvence altına alındığı ve bu bütünlüğe ancak belirli koşullar altında dokunulabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu işbu hükümde;

> *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*
> *Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."*

şeklinde denilmek suretiyle yaşama hakkı ve onun uzantısı olarak karşımıza çıkan kişinin vücudu üzerinde tasarruf hakkı en üst düzeyde güvence altına alınmıştır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun hükümlerini, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 1, 2/1 maddeleri ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun hükümlerini de tıbbi müdahalelerin kanuni dayanakları olarak sayabiliriz. İşbu kanuni düzenlemelerde yer alan amaçlar dışında tıbbi müdahalede bulunulmasına hukuk düzeni izin vermemektedir.

1.1.Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması

Tıbbi müdahaleler; kişileri sakatlık, hastalık ve bunun gibi diğer beklenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu gibi durumlar oluşmuş ise tanı koyma ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sağlık açısından iyileşme sosyal durumunun devamını sağlama gibi sebeplerle, konusunda eğitimini almış kişilerden tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine uygun bir şekilde gerçekleştirilen; kişinin beden ve ruhsal tamlığını etkileyen eylemlerdir (Savaş, 2007).

Bu hususstaki literatür incelendiğinde tıbbi müdahalelerin genel olarak şu şekilde sınıflandırıldığı görülmektedir.

1.1.1.Amaçlarına Göre Tıbbi Müdahaleler

1.1.1.1. Eğitim Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine ve tekniğine uygun olarak, gerekli diğer etik ve hukuki koşulların da yerine getirilmesi ile yapılan tıbbi anlamdaki deneme ve araştırmalar da tıbbi girişim kapsamında sayılmakta ve hukuka uygun olarak değerlendirilmektedirler. Deneysel araştırma faaliyetleri bir hastanın sadece bilimsel amaçlar için yeni yöntemlerle tedavi edilmesi söz konusu olmaktadır (Ayan,1991). Yani müdahalenin öncelikle amacı hastayı iyileştirmek değil, belirli bir bilimsel araştırmanın sonuçlarını gözlemlemektir (Zevkliler, 1983).

Tıbbi araştırma, inceleme ve deneylerin insan üzerinde yapılması konusu tıp etiği ve hukuka uygun olup olmadığı açısından tartışmalı bir konu olup, bu konudaki tartışmalar geçmişten günümüze sirayet ederek devam etmektedir.

Tıp biliminin gelişebilmesi ve gelecek nesiller için faydalı ve uzun vadede kalıcı teşhis ve tedavi yöntemlerinin bulunabilmesi gayesiyle tıbbi deneylerin yapılmasının gerekliliği kuşkusuzdur. Zira, bilimsel araştırmaya dayanmaksızın tıp biliminde elde edilmiş herhangi bir ilerleme yoktur. Bu sebeple, hayvanlar üzerindeki deneylerle kullanılabilir neticelerin elde edilemediği hallerde insan deneylerine izin verilmektedir.

Ancak, bu tıbbi deneylerin insanlar üzerinde yapılmasından ziyade kobaylar üzerinde yapılması gerektiği savunulmaktadır. Zira, insanlar üzerinden yapılacak deneylerin tıp etiği ve hak ihlalleri açısından pek de uygun görülmediği ve bu konunun doktrinde tartışılmaya devam ettiğinin de altını çizmekte fayda bulunmaktadır. Nitekim, Dünya Hekimler Birliği'nin Helsinki Bildirgesi'nde sıkı kayıt ve koşullar altında insan deneylerinin yapılabileceği kabul edilmiştir.

Bunun yanı sıra, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. Bölümü, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 10 ve 11. maddeleri, Biyoetik Sözleşmesi vb. hukuki metinlerde tıbbi deneylere hangi koşullarda izin verildiğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Tıbbi deneyler konusunda eğer üzerinde deney yapılacak kişiden usulüne uygun rıza alınmış ve deney sürecinde gerekli hukuki ve tıbbi şartlar yerine getirilmiş ise işbu müdahaleler hukuka uygun kabul edilmelidir. Deneysel araştırmada amaçlanan hedef insanlığın yararı için bilimsel yönden zorunlu olduğu ve tehlikenin ağırlığı ile netice mantıklı bir oran dahilinde bulunduğu takdirde deneysel faaliyet hukuka uygun sayılmalıdır.

1.1.1.2.Hastalıkları ve Sakatlıkları Önleme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Koruyucu sağlık tedbirleri, aşı ve serumlar, doğum kontrol yöntemleri vb. müdahaleler örnek olarak verilebilir.

1.1.1.3. Hastalık ve Sakatlığı Teşhis Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Biyopsi yapılması, vücuttan doku alınıp incelenmesi, röntgen, laboratuvar tetkikleri vb. tıbbi müdahaleler örnek olarak verilebilir.

1.1.1.4.Hastalık ve Sakatlık Gibi İstenmeyen Durumları Tedavi Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Cerrahi müdahaleler, çeşitli ilaçlarla yapılan müdahaleler, losyon, krem, fizik tedavi vb. müdahaleler örnek olarak verilebilir.

1.1.2. İcra Ediliş Şekline Göre Tıbbi Müdahaleler

Bu ayrımın esası, müdahalenin kişinin beden bütünlüğünü etkileyip etkileyememesidir. Beden tamlığına yönelik tıbbi müdahaleler kişinin fizik yapısını bozucu nitelik taşırlar. Vücut bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni ve ruhi sağlığına yönelik müdahaleler ise, uygulanmaları esnasında kişinin fiziki yapısına doğrudan bir etki yapmazlar.

1.1.2.1. Beden Tamlığına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Cerrahi Müdahaleler, enjeksiyon tekniğiyle vücuda ilaç enjekte etme, saç ekimi, kan alma vb. müdahaleler örnek olarak gösterilebilir.

1.1.2.2. Beden Tamlığına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Bu tip tıbbi müdahaleler doğruda doğruya hastanın vücut bütünlüğünü etkilemezler. Vücut bütünlüğüne dokunulmadan ağız yoluyla vücuda uygulanan ilaçla tedavi, psikolojik tedavi vb. müdahaleler örmek olarak gösterilebilir.

1.1.3. Estetik Müdahaleler

Estetik amaçlı cerrahi müdahaleler *"kişinin doğuştan mevcut veya sonradan bir etken sonucu ya da kendiliğinden meydana gelmiş görüntü veya işlev bozukluklarını düzeltmek veya herhangi bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacına yönelik olarak kişinin aydınlatılmış rızası ile uygulanan tıbbi müdahalelerdir"* (Petek, 2006). Estetik müdahalelere örnek olarak; belli derecede tıbbi zorunluluk bulunduğu kabul edilebilen müdahaleler arasında olan göğüs küçültme, olağandışı şekil, deformasyon, normalin üzerindeki veya altındaki organların düzeltilmesi, ben, bedendeki ve surattaki sakatlık gibi müdahaleler olabileceği gibi sırf görünüme yönelik olarak yüz gerdirme, saç ekimi, burun

düzeltme, kulak düzeltme, silikon, yağ aldırma ve göğüs büyütme gibi girişimler de güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler arasında sayılabilir.

Sadece güzelleştirme amaçlı olarak yaptırılan ve tedavi amacı bulunmayan estetik operasyonların tıbbi müdahale olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalı bir konudur. İrade görüşü savunucularına göre rızanın bulunması durumunda tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu konusunda fikir birliği olması nedeniyle bu tür estetik müdahaleler de hukuka uygundur (Özel, 2008). Bir diğer görüşe göre ise güzelleştirme yani estetik amaçlı tıbbi girişimlerin endikasyon olmamasına rağmen uygulanması nedeniyle hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır (Gürelli, 1980,1981). Bu görüş taraftarları ayrıca hastanın rızası olsa bile müdahalenin hukuka aykırılık teşkil edeceğini söylemektedirler. Buna karşı çıkan üçüncü bir görüşe göre ise hastanın memnuniyetsizliğinin giderilmesi yönünden psikolojik bir endikasyonun ve dolaylı bir tedavi amacının bulunduğunu, müdahale ile hastanın fiziki durumu yanında ruhsal sağlığının da düzeltildiğini savunmaktadır (Hakeri, 2012).

Günümüzde estetik müdahaleler oldukça yaygınlaşmış bulunmakla birlikte çoğu zaman endikasyon bulunmadan yapılabilmesi hukuksal önemini arttırmaktadır. Zira, estetik müdahalelerde, aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını belirlemek güçlük arz etmekte ve tabi olunan hukuki sorumluluğun niteliği değişmektedir. Nitekim, estetik cerrah en ufak bir tehlikeyi bile ayrıntılı şekilde hastaya açıklamak zorunda olmakla birlikte neticeyi garanti etme unsurunun ağır basması nedeniyle müdahale ile istenen sonucun elde edilememesi halinde çoğu zaman kusuru olmasa bile sorumlu tutulması söz konusu olabilmektedir.

1.2. Hekim ve Hastanın Yükümlülükleri

Hasta ile hekim arasında ilişki Türk Borçlar Kanunumuzun 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Tedavi amaçlı olmayan daha çok güzellik amacına hizmet eden estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ise Borçlar Kanunumuzun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan istisna(eser) sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Hasta olarak adlandırılan bir kişinin ağrı ve hastalığını gidermek ve ortadan kaldırmak için hekim adı verilen diğer bir birey ya da grup arasında ortaya çıkan ilişkiye hekim-hasta ilişkisi (*Physician-patientrelationship)* denilmektedir (Oğuz, Tepe, Büken, Kucur, 2005).

Haklar, hukuk düzeninin bireylere verdiği yetkilerdir. Yükümlülük ise, *"umumî olarak bir şahsa ya da şeye yükletilen bir külfet, bir eda, bir vazife, bir şart veya içtinaptır"*(Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara-1998, s.254.). Hekim hasta ilişkisinde karşılıklı haklar ve yükümlülükler bulunmaktadır.

Hekim ile hasta ilişkisinde, bir taraf için hak olan diğer taraf için yükümlülük anlamına gelebilir.

1.2.1. Hekimin Yükümlülükleri

1.2.1.1.Teşhis Koyma Yükümlülüğü

Hekimin, öncelikle olarak kendisine başvuran hastanın problemini ve sorununu bulması esastır. Hastanın sorununu kestiremeden yani tanı koymadan gerekli tedaviyi de yapabilmesi mümkün değildir. Tedaviye başlayabilmek için tanı koymak bir ön şart teşkil etmektedir. Hekim tarafından hastaya doğru tanı koymada gecikilmesi veya tedavi yöntemlerinin yanlış seçilmesi durumunda bu husus hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir.

1.2.1.2.Tedavi Yükümlülüğü

Herhangi bir ırk, dil, din, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin hekimin kendisine gelen hastayı tedavi yükümlülüğü bulunmaktadır.

Hastanın sağlık hakkından yararlanması engellenemez. Hekimin kendisi gelen hastayı iradi veyahut ihmali bir davranışla muayene etmemesi veya tıbbi yardımda bulunmaması durumunda eğer hekim kamu personeli ise, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Bu bağlamda, hekimin kendisine başvuran hastayı tedavi etmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde cezai ve hukuki sorumluluk ile karşı karşıya kalması söz konusu olacaktır.

1.2.1.3.Hastayı Bilgilendirme Yükümlülüğü

Hekim; tıbbi müdahalede bulunacağı hastasını bilgilendirme ve aydınlatmakla yükümlüdür. Nitekim hekim; hastalığın ne olduğu, nedenleri, nasıl gelişeceği, olası komplikasyonlar, tedavi seçenekleri ve bunların riskleri, kullanılacak ilaçlar ve özellikleri, yan etkileri, hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri, sağlığı için kritik olan yaşamıyla ilgili tavsiyeleri reddetme durumunda ortaya çıkacak olası fayda ve tehlikeleri müdahalenin büyüklüğüne göre uygun bir yerde ve belirli bir süre önce bilgi vermek ve aydınlatmakla yükümlüdür. Hastaya yukarıda belirtilen hususlarda bilgi vermeden ve aydınlatmadan yapılacak bir tıbbi müdahale hukuka aykırı olarak değerlendirilecek ve hekimin tıbbi müdahalede hatası olmasa bile tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hastalar genel olarak bir form şeklinde belgelerle aydınlatılmakta ve onamları bu şekilde alınmaktadır. Günümüzde bu formlar, bankalardaki sözleşmelere benzer fazlaca sayfa içeren ve okunulduğunda anlaşılması mümkün olmayan ve aslında okunması da pek mümkün olmayacak şekilde düzenlenen herkese aynı sözleşmenin verildiği bir form olmaya başlamıştır. Bu onam formlarını Türk Borç Kanunu'ndaki genel işlem şartına benzetebilmek mümkündür. Ancak hasta gerçekten aydınlatılmadı ise belgeleri imzalamasının hiçbir hukuki değeri bulunmamaktadır.

Zira, yargı makamları önüne taşınan olaylardan anlaşılacağı üzere hastanın onamının alınmış olması tek başına yeterli görülmemekte, işbu onam alınırken hastanın yapılacak tedavi ve sonrasında ortaya çıkacak riskler hakkında ayrıntılı olarak aydınlatılması aranmaktadır. Bunun yapılabilmesi için her hasta bireysel olarak değerlendirilmeli ve her tıbbi durum için ayrı formlar hazırlanmalıdır.

Nitekim, kanser hastası bir kişi ile küçük bir tıbbi operasyon geçirecek hastanın benzer formu imzalaması yalnızca hukuki prosedürü yerine getirmek olarak yapılan bir işlem olup, işbu evrakın hastaya imzalatılması ile hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmamaktadır.

1.2.1.4. Kayıt Tutma Yükümlülüğü

Hekimler yaptıkları tıbbi müdahalelerin, tedavilerin ve tavsiye ettiği tüm işlemlerin kaydını yazılı olarak tutmakla yükümlü bulunmaktadır. Bu hususta hekimler epikriz denilen hasta bilgilerini içerir bir belge düzenlemektedirler. Bu belge hastane taburcu raporu olarak da bilinmektedir. Hasta taburcu edilirken epikriz düzenlenmez ise bir sorun ortaya çıktığında hastaya tedavi yapılıp yapılmadığının ya da nasıl bir tedavi yapıldığının ispatı güçleşecektir.

Dolayısıyla, hekimler hastaları için çok basit işlemler yapsalar veya herhangi bir işlem yapmadan tavsiyede bulunsalar bile bunu belgelemekle yükümlüdürler. Hastaneler hastalara ilişkin evrakları beş yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Eğer kayıtlar tutulmamış veya ortadan kaybolmuşsa hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Nitekim, bu konuda Danıştay içtihatlarında, tıbbî kayıtların tutulmaması ağır bir hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir (Doğan, 2011/ Danıştay 10. Dairesi'nin 31.03.2010 tarih ve 2008/1038 E.- 2010/2530 K. Sayılı Kararı).

1.2.1.5. Hastanın Özel Hayatına Saygı Yükümlülüğü

Hekim özel yaşamın mahremiyetine saygı göstermek ve ihlal etmemekle de yükümlüdür. Bu husus Anayasamızın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin bir gereği olup, bu kapsamda hekim hasta bilgilerini kimseyle hatta eşiyle bile paylaşmamalı, hastanın özeline saygı göstermelidir.

Hastanın sağlık durumu ve tıbbi değerlendirilmelerin, teşhisin, tedavinin gizlilik içerisinde sürdürülmesi esastır. Ancak hastanın rızasının olması halinde ve tıbbi bir sakınca da bulunmuyor ise yakınlarının muayeneye alınması veya onlara bilgi verilmesi mümkündür. Eğitim verilen sağlık kurumlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan bağlantılı olmayan hekim dışında asistan, öğrenci, stajyer gibi kişilerin tıbbi müdahale sırasında bulunması zorunlu ise; hastanın önceden veya tedavi sırasında bunun için rızasının alınması gerekir.

1.2.2. Hastanın Yükümlülükleri

1.2.2.1 Hastanın Tedaviye Katılma ve Yardım Yükümlülüğü

Hekim ile hasta arasında tanı konulması ya da tedavi yapılması şeklinde bir iş birliği ve ilişki hasta tarafından hekime başvurulması ile başlar. Hasta tek başına veyahut kanunî temsilcisi ile birlikte sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurduğunda, hekim tarafından sorulan sorulara cevap vermeli, hastalığına veya birden fazla hastalığı bulunmakta ise hastalıklarına ilişkin konulan tanıları, daha öncesinde bir sağlık kuruluşuna yatıp yatmadığını, tedavi usûl ve yöntemlerini eğer varsa halen kullandığı ilaçları, şikâyetlerini ve sağlığıyla ilgili bilgileri ayrıntılı, eksiksiz ve yanıltma olmadan doğru olarak aktarmalıdır (HHY. Md. 42/A-b).

Hasta bildiği hususları da re'sen açıklamak zorundadır. Hastanın kendisi açıklamada bulunabilecek durumda değil ise kanunî temsilcisi açıklama yapmalıdır. Hasta sorulan sorulara hiç cevap vermez ya da eksik yanıltlar ise sonucuna katlanmak zorundadır. Bu bağlamda, hekim hastanın anamnezini (hastalık ve tedavi geçmişini) istemesi gerekmekle birlikte, hasta da sağlık geçmişine ait tüm bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Hasta açıklamada bulunacak durumda değil ise kanuni yakınları açıklamada bulunmalıdır (Özdemir, 2004). Hasta ile görüşme ve anamnez alma esnasında, hekim ve hasta yalnızca sözcüklerle değil aynı zamanda davranış, yüz ifadesi ve bakışlarla da anlaşırlar. Hekimin görevi, hastanın yüzündeki ifadeyi anlamlandırmak, hastanın kendini rahat hissedeceği atmosfer ve ortam yaratmak, tüm ihtiyaç ve beklentilerini dile getirdiğinden emin olmaktır.

Nitekim, hastanın tıbbi müdahale ve tedavi işlemleri ile ilgili beklenmedik bir durum ortaya çıkıp da sürecin dava aşamasına taşınması durumunda yargılama sırasında ispat vasıtası olarak kullanılacak en önemli belgelerden biri anamnez sırasında hekimin tuttuğu tıbbi bilgilere dair kayıttır. Zira, anamnezde tutulan kayıtlar ve bu belgede yer alan bilgiler hekimin hukuka uygun hareket edip etmediğinin tespiti ile vekâlet sözleşmesine uygun davranıp davranmadığını ortaya koyacaktır. Bu doğrultuda, hasta tarafından geçmişteki bir hastalığın veyahut tedavinin anlatılmadığı, kullanılan ilaçların söylenmekten imtina edildiği durumlarda kendisinin de kusuru söz konusu olacak ve hekim ile birlikte sorumluluğu paylaşmak durumunda kalacaktır (Günday, 2012).

Hastanın iş birliği yapması ile bahsedilmek istenen ise düzenli konsültasyon, diyete uyulması, ilaçların düzenli alınması gibi tedavisine yönelik işlemleri gerçekleştirmesidir. Hastaların tedavi sürecinde meydana gelen yan etkileri belirli bir süre söylememesi gibi durumlarla karşılaşılabilmektedir. Hekim tavsiye ettiği ilaçların hangi yan etkilerinin doğabileceğini hastaya bildirdikten sonra, bu yan etkilerin meydana gelmesi halinde kendisine müracaat edilmesi gerektiğini mutlaka bildirmelidir. Ancak pratikte hekimlerin ilaçların hangi yan etkilerinin oluşabileceğini anlattığına pek de rastlanmamakta ise de işbu yan etkilerin oluşması halinde hasta tarafından hekime başvurulduğu görülmektedir.

Dolayısıyla, hastanın hekimle iş birliği yapmayarak hekimin görevini yapmasını engellemesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi gereği müterafik kusuru ile meydana gelen zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hasta bilinci kapalı, küçük veya temyiz kudretinden yoksun durumda ise yasal temsilcilerinden izin alınması ve onlarla birlikte hareket edilmesi gerekir.

Hastanın teşhis ya da tedavi aşamasında hekim ile iletişim halinde olması gerekir. Hasta, hekim tarafından söylenen günlerde kontrolüne gelmeli ve tedavisinin akıbeti ile ilgili geri bildirimlerde bulunmalıdır (HHY. Md. 42/A-c). Nitekim, Belçika'da diş hekimi randevusuna belirlenen günde gitmeyen bir hastaya, mahkeme tarafından 720 Euro para cezası verilmiştir. Anvers Mahkemesi, diş hekimi tarafından belirlenen randevularına üst üste iki defa gitmeyen hastayı tazminat ödemeye mahkûm ederek toplam 4 saat süreceği tahmin edilen iki randevuya habersiz gelmeyen hasta, saatlik 90 Euro tazminat ödemeye mahkum edilmiş bulunmaktadır. Bu konuda gazetelerin internet sayfalarında anketler düzenlenmiş ve anketlere katılanların yüzde 75'i hekimi haklı bulmuştur.

Hastaların, hekimin tanı koyma ve tedavi sırasında öğrenmek istediği tüm bilgileri eksiksiz ve doğru olarak cevaplandırması ve hastalıklarını en ayrıntılı şekilde hiçbir baskı ve tesir altında kalmadan açıklaması gerekmektedir.

Eğer hasta tedavisi konusunda karar veremeyecek durumda ise yanında yakınını götürerek hekimin teşhisini ve tedavi alternatiflerini anlamasına yardımcı olmalıdır. Hasta küçük, bilinci kapalı, temyiz kudretinden mahrum ise, kanunî temsilcilerinden muvafakat alınması ve tedavi sürecinde onlarla iş birliği yapılması gerekir.

1.2.2.2. Hekimin ve Sağlık İşletmesinin Önerilerini Yerine Getirme Yükümlülüğü

Hasta ya da hasta yakınları, tıbbî müdahale veya tedavinin başarılı olmasına yardımcı olabilmek için hekimin tavsiyelerine uyması gerekir. Eğer hekimin söylediklerini ve yapılmasını istediklerini uygulamadığı için tedavi olumsuz sonuçlanırsa bu durumda hastanın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Meselâ, hastaya cerrahi operasyon öncesinde, anestezi verileceğinden belirli bir süre aç kalması gerektiğinin söylenmesi halinde hasta buna uymak ve uygulamak zorundadır (Yağoğlu, 2011). Eğer hasta kendisini tedavi eden hekimin tıbbî önerisine rağmen hastaneden ayrılmayı talep ederse, tedavisi bitmeden taburcu olmanın riskleri konusunda ayrıntılı olarak aydınlatılması ve bilgilendirilmesi gerekir. Bu husus genel olarak tedavinin "*aydınlatılmış reddi"* olarak tanımlanır. Hastanın tedavi bitmeden taburcu olması neticesinde zarar görmesi halinde, bu durumun hastaya ait tıbbî çizelgede dikkatli olarak belgelendirilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, hekim tarafından verilen tıbbî önerinin aksine taburcu olmanın neden olabileceği olumsuz durumlardan hastane görevlilerinin sorumlu olmadığını belirten bir taburcu formunun da hastaya imzalatılması, ileride karşılaşılabilecek tazminat taleplerinde hekimin durumunu ispat açısından iyileştirecektir (Jasper, 2008).

Hekimin hastasına önereceği tedavi usullerinin hastanın maddî durumuna uygun olmasına dikkat edilmesi önem arz etmektedir. Nitekim, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 20/II ve III. maddesinde mali durumları müsait olmayan hastalara mutlak zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçların verilmesinin uygun olmadığı hüküm altına alınmış ve hekim ve diş hekimlerinin hastalara lüzumsuz masraflar yaptırmayacağı gibi hastanın faydasına olmayan tedaviyi tavsiye edemeyeceği de düzenlenmiştir. Bu durumda, hasta ekonomik durumuna uygun olan tedavi usullerini uygulayabilir ve hekimin ancak buna uygun tedavi önerilerini yerine getirebilir.

1.2.2.3.Hastanın Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Hastanın sözleşme uyarınca hekime ya da hastaneye borçlanmış olduğu edimi yerine getirme (ifa etme) yükümlülüğü bulunmakta olup, bu yükümlülüğün karşılığı ücret ödeme borcunun yerine getirilmesidir.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, hekimlerin hastaları müşteri olarak görmemesi gerektiğinin bilincinde olması önemli bir ayrıntıdır. Zira bu şekilde bir anlayışla hareket edildiği takdirde yapılan meslek tıptan ve insanları sağlığına kavuşturmaktan çıkacak ve ticarete dönüşecektir.

Hekimin esaslı görevi gözlem yaparak en uygun tedavi yöntemini belirlemektir. Bu husus hem tıp etiği hem de meslek etiği yönünden son derece elzemdir. Dolayısıyla ideal hekim olarak adlandırılacak hekimin, hastasını gözlemleyen, hastasına adil davranan, duruma göre en ideal tedavi usulünü benimseyen ve hastasına faydalı olan hekim olduğunu söylemek mümkündür (Basalak, 2012).

Serbest çalışan hekimin hastadan doğrudan ücret isteme hakkı vardır. Hastada bu durumda tedavinin karşılığı olarak hekime ücret ödemekle yükümlüdür. Hekim kamu veya özel sağlık kurumunda çalışmakta ise, ücretini bu kurumlardan alır. Hasta ile hastane arasındaki ilişkiye genellikle vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması nedeniyle bu durum ücret hakkında da vekâlet sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini göstermektedir. Vekâlet sözleşmesinin öğeleri incelendiğinde, ücret zorunlu bir öğe olmamakla birlikte, sözleşme veya teamül olması halinde vekil ücrete hak kazanır (TBK. Madde 502/III).

Ücret, alınan hizmet karşılığında ödenen bedeldir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 21. maddesinde hekimin ücret ödeme yükümlülüğü düzenlenmiş bulunmakla, işbu hükümde yardımcı sağlık personelinin ücretlerinin hasta tarafından ödeneceği, hasta tarafından özellikle çağrılmayan müdavi hekim ya da diş hekiminin ameliyatta bulunması nedeniyle ayrıca ücret talep edemeyeceği düzenleme altına alınmıştır.

Ücret konusunda Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 29. maddesinde, *"Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için masraflar dışında- ücret almaması uygundur."* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Hasta, mutabık kalınan süre içinde tedavi gördüğü özel hekime veya sağlık kuruluşuna ödeme yapmak zorundadır.

1.2.2.4. Diğer Hastaların Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü

Hastalar, hastanedeki hastalara ve hasta yakınlarına, refakatçilerine ve sağlık personeline saygı göstermeli ve rahatsız edici davranışlardan kaçınmalıdır. Hasta, sağlık kuruluşunun idaresinin koyduğu kurallara uymalıdır. Hastalar hijyen kurallarını göz ardı etmemeli, ziyaretçilerin uygun olmayan gıda getirmesine izin vermemeli, hastane personeli ile iş birliği yapmalıdır.

1.2.2.5. Hastanın Hastane İşletmesini Uğrattığı Zararları Giderme Yükümlülüğü

Hasta, sağlık kuruluşundaki tıbbî veya diğer malzemeleri özenle kullanmalı ve zarar vermemeye dikkat etmelidir. Malzemelerin kendisi ve kendisinden sonraki hastalar için de kullanılacağını düşünerek onlara zarar vermemeye özen göstermelidir. Zira hastanın zarara uğrattığı malzemelerin zararını gidermek yükümlülüğü vardır(Kılıç, 2014).

1.2.2.6. Hekimin Özen Borcunu Yerine Getirmediğini İspat Yükümlülüğü

Yukarıda kısaca değinildiği üzere hekimlik, diş hekimliği ve veterinerlik sözleşmeleri gibi sözleşmeler vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidirler (Yavuz, 2014). Vekâlet veren olarak hasta özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükümlülüğü altındadır.

Dolayısıyla hasta tarafından yalnızca başarılı sonucun gerçekleşmediğinin ispatlanması yeterli görülmemekte, hekimin basiretli bir vekilin davranışından uzaklaştığını ve beklenen sonucun meydana gelmemesinde bu durumun etkili olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Buna karşılık vekil yani hekim ise, kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması gerekmektedir (Tandoğan, 2018).

Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 506/3 maddesinde, *"Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."* şeklinde düzenlenmiştir.

1.2.2.7. Sağlık Çalışanlarının Haklarına Saygılı Olma Yükümlülüğü

Hekimlerle birlikte diğer tüm sağlık çalışanlarının tek gayesi hastayı tedavi etmek ve sağlıklı olmasına yardımcı olmaktır. Hasta ve hasta yakınları kendi haklarının farkında oldukları gibi, sağlık personellerinin de hakları olduğunu düşünerek hareket etmeli ve bu hakların ihlal edilmemesine özen göstermelidir.

Hasta veya hasta yakınları tarafından sağlık çalışanlarına yönelik sözlü ve fiziksel şiddetin son dönemde önemli bir şekilde arttığı gözlemlenmekte olup, bu durum hizmetin güvenliği ve sağlıklı bir şekilde yürümesine engel olmaktadır.

Hasta, sağlık çalışanlarına ya da diğer çalışanlara sözlü ve fizikî saldırı içeren davranışlarda bulunamaz (HHY. Md. 42/A-e).

Bu kapsamda, sağlık meslek mensuplarının güvenli bir ortamda çalışmalarını sağlamak amacıyla sağlık personellerinin güvenliğine yönelik olarak alınması gereken tedbirler, Çalışan Güvenliğinin Sağlanması konulu 2012/23 sayılı Genelge kapsamında düzenlenmiştir.

1.3. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları

Hekim, hastasının hayatını ve sağlığını koruma amacına yönelik tıbbi müdahalede bulunsa da bu müdahale belirli koşulların yokluğu durumunda hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için dört şartın yerine getirilmesi gerekir. Bunlar: Tıbbi müdahalenin, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, tıbbi müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması, tıbbi müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olması ve hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesidir.

1.3.1. Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için, müdahalede bulunacak kişinin yasal olarak yetkili olması gerekmektedir (Özek, 1965, Dönmezer/Erman 1997). Tıp mesleğini kanunen icraya yetkili bulunmayan bir kimse tarafından yapılan tıbbi müdahaleler, kural olarak

hukuka aykırıdırlar (Dönmezer/Erman, 1997). Ancak bu kişinin tıbbi müdahalede bulunması bir mecburiyetten kaynaklı ise işbu müdahale örneğin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun hale gelebilir. Ancak bu durumda müdahaleyi gerçekleştiren kişi açısından bir hakkın icrası söz konusu değildir. Tıbbi müdahalede hakkın icrasından bahsedebilmek için kişinin sahip olması gereken özellikler11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 23.01.1953 tarih ve6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Nitekim, işbu düzenlemeler ışığında hekimlik mesleğini icra edebilmek için bir Tıp Fakültesi'nden mezun olmak, hekimlik diplomasını almak, Tabip odasına kayıtlı bulunmak ve hekimlik yapmaya engel bir halin olmaması gerekmektedir.

Bu durumda, sayılan özelliklere sahip olan ve bu gibi faaliyetlerde bulunma yetkisini haiz kişiler 1219 sayılı Kanun'da; tabipler, diş tabipleri, ebeler, sağlık (sıhhiye) memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler olmak üzere sınırlı sayıda sayılmıştır.

1219 sayılı kanunun 1. maddesinde tıp mesleğini yapabilmek için tıp fakültesi mezunu olma şartı, diş müdahaleleri için diş hekimi olma şartı aranmaktadır. 2011 yılında yapılan değişiklikle hekimin Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır. Bazı tıbbi müdahalelerin hekim gözetiminde yardımcı sağlık personeli tarafından yapılabileceği gibi, hekim dışındaki sağlık personeli tarafından bizzat yapılabileceği belirtilmektedir.

1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinde diplomasız hasta bakan ve tedavi eden kişiler cezalandırılmaktadır. Nitekim, kanun diploması olmayan bir kimsenin herhangi bir hastalığı tedavi edecek araçları uygulama veya önermesini yasaklamakta ve cezalandırmaktadır *(Belgesay, 1953).* Bu durumda, müdahaleye maruz kalmış kişinin rıza göstermesinin hiçbir etkisi bulunmamakta olup, rıza fiili hukuka uygun hale getirmemektedir.

Bunun yanı sıra önemle belirtmek gerekir ki, meslek icrası sayılması mümkün olmayan bir hastalığın teşhis ve tedavisine yönelik bazı tavsiyeler, hatta reçetesiz satın alınabilecek ilaçların önerisi bile fikir beyanı olarak değerlendirilmekte ve suç olarak kabul edilmemektedir. (Özek,1965).

Öte yandan, 1219 sayılı Kanuna göre büyük ve önemli cerrahi müdahaleler, ancak cerrahi alanında uzmanlaşmış sertifikalara sahip hekimler tarafından yapılabilecektir (Gürelli, 1981-1982). Bu çerçevede, bu tür müdahaleler için yalnızca tıp fakültesi diploması yetmemekte, ayrıca ilgili alanda uzmanlık diplomasına da sahip olmak gerekmektedir. Bu kapsamda, 1219 sayılı Kanun'un 23. maddesinin metninden de anlaşılacağı üzere, küçük tıbbi müdahaleler, tıp mesleğinin icrası için ilgili belgelere sahip her hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Sağlık memurları ise sadece, ilgili yönetmeliklerde belirtilen küçük müdahaleleri yapabileceklerdir.

Önemli ve büyük cerrahi müdahaleler kavramından ne anlaşılması gerektiği ise, yine Kanun'un 23. maddesinde *"Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler…"* şeklinde açıklanmıştır. Bu şekildeki tıbbi müdahaleler, biri uzman olan iki hekim tarafından gerçekleştirilecektir. *(1219 sayılı Kanun 23. madde)* İşbu duruma, aynı maddenin 2. Cümlesinde *"Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmayan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır"* şeklinde denilmek suretiyle bir istisna da getirilmiş bulunmaktadır.

1.3.2. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olması

Gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da müdahalenin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmasıdır (Özek,1965).

Hekim, bir kişide bedensel veya psikolojik rahatsızlığı tespit ettikten sonra rahatsızlığı tedavi etmek üzere uygulayacağı tedavi yöntemlerini serbestçe belirleyebildiği gibi bunu yaparken tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etmek yükümlülüğü altındadır. Tıbbi olarak kabul edilmeyen veya yeterince denenmemiş yöntemlerin hastalar üzerinde uygulanması kabul edilemez bir cihet taşımaktadır. Hekimler sürekli bir ilerleme ve gelişim içerisinde olan tıp dünyasını takip etmeli ve hastalıklarla mücadelede benimsenen modern uygulamaları bilmelidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. Maddesinde hekimin tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara ve ilkelere göre davranması gerektiği vurgulanmıştır. Hekim açısından temel

olan; yerleşmiş ve gerçekliği genel anlamda kabul görmüş kuralları bilmesidir (Zevkliler, 1983).

Tıbbi müdahaleler sırasında hekimler, tıp biliminde genel kabul görmüş veya kanıtlanmış yöntemleri kullanmalı ve tıp biliminin genel olarak bilinen ve kabul görmüş kuralları çerçevesinde hareket etmelidir. Tıp bilim ve tekniğinde sürekli değişim ve gelişim nedeniyle hekimin tıbbi standarda ulaşma adına bu değişimleri takip etmesi gerekmektedir.

1.3.3. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörülmüş Amaçlara Yönelik Olması

Hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi girişimin hukuka uygun olabilmesi için kanunda öngörülen amaçlardan en az birine yönelik olması gerekmekte olup, daha genel olarak ifade edilmek gerekirse hekim; mesleğini icra ederken sağlık kazandırma, tedavi etme gayesinde olmak zorundadır, bu amaç, hastanın hayatını ve vücut bütünlüğünü korumak, şikayetlerini hafifletmek veya hastalığa yakalanmasını önlemek şeklinde ortaya çıkmaktadır (Engisch,1991/Gürelli, 1981-1982/Polat, 2000).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde de bir hekimin ancak teşhis, tedavi veya korunma amaçlı tıbbi müdahalelerde bulunabileceği açıkça belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra, Anayasamızın 17/2. maddesinde *"tıbbi zorunluluklar"* dışından kişinin beden bütünlüğüne dokunulamayacağı kabul edilmektedir. Tıbbi zorunluluk (endikasyon) kavramı, hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasını gerektiren durum ya da belirti anlamını taşımakta olup, tıbbi zorunluluk bulunmayan durumlarda yapılan müdahale haksız fiil olacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde "*Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım"* kenar başlığı altında düzenlendiği üzere hasta modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhis konulmasını, tedavi ve bakım yapılmasını isteme hakkına sahip olup, tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamayacağı belirtilirken, aynı yönetmeliğin 12. maddesinde "*Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı"* başlığı ölüme neden olabilecek veya yaşamı tehlikeye sokabilecek, vücut bütünlüğünü bozabilecek, zihinsel veya fiziksel gücü düşürebilecek tedavilerin hiçbir şekilde yapılamayacağı düzenlenmektedir. Ancak tıbbi

zorunluluk olmadığı halde hastanın sosyal ve psikolojik durumunu etkileyebilecek nitelikte olan bazı tıbbi müdahalelerin (estetik ameliyatlar, erkek çocuklarda sünnet gibi) endikasyon unsurunu karşıladığı kabul edilmekte (sosyal ve psikolojik endikasyon) ve hukuka uygun olarak değerlendirilmektedir.

1.3.4. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi

Yapılan bir müdahalenin, hukuka uygun tıbbi müdahale olarak kabulü için, kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak hastanın yapılacak müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir.

Hastaların öncelikle olarak bedenleri üzerinde uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza vermesi gerekmekte olup, işbu rıza hem hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisini perçinleyerek hastanın teşhis ve tedavi sürecini katılmasını hem de tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi içi şarttır, ancak tek başına yeterli olmayıp hastanın aydınlatılmış onamının alınması hekimin kusurlu tıbbi müdahaleden doğacak sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Çalışmamızın temelini bu konu oluşturduğundan, ayrı bir başlıkta ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.4. Konuyla İlgili Bazı Kavramlar

1.4.1. Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Hata Kavramları

Tıbbi müdahalelerin neden olduğu hukuki ve cezai sorumluluğunun temelini tıbbi hatalar oluşturmaktadır. Tıbbi hatalar doktrinde tıbbi malpraktis olarak adlandırılmaktadır (Ünver/ Hancı, 2006).

Malpraktis kavramı köken itibariyle latince hatalı uygulama anlamına gelen “mala praxis” sözcüklerinden türemiştir (Saatçıoğlu, 2005). Tıbbi malpraktis kavramı; tıbbın kötü uygulanması, kötü hekimlik uygulamaları veya tıpta yanlış uygulamalar şeklinde açıklanmaktadır (Gökcan, 2014). Dolayısıyla, tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı şekilde yapılan uygulamalar malpraktis olarak adlandırılabilir. Tıbbi malpraktisin işbu anlamları karşısında temelini tıbbi hata kavramının oluşturduğu görülmektedir.

Tıbbi hata/kusur ise hekimin tıp mesleğini icrası kapsamında gerçekleştirdiği tıbbi müdahalede, tıp meslek ve biliminin kural ve ilkelerine uygun hareket etmemesi sebebiyle hastanın sağlığına veya hayatına zarar vermesi olarak tanımlanması mümkündür. Tıbbi hatalar, tanı koymada veya tedavi yönteminin belirlenmesinde veya belirlenen yöntemin uygulanmasında ortaya çıkabilir (Hakeri, 2007).

1.4.2. Endikasyon

Endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için tıp bilimi açısından var olması zorunlu olan bir unsurdur. Tıp bilimine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için tedavi gerektiren bir hastalığın varlığını gösteren bir bulgunun var olması gerekmektedir. Endikasyon kısaca tıbbi gereklilik olarak ifade edilebilir (Gökcan, 2014).

Tıbbi endikasyon bulunmadan bir kişiye tıbbi müdahalede bulunmak hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilmesini gerektirir (Hakeri, 2007). Bu çerçevede, endikasyon bulunduğu tespit edilmesine ve tıbbi girişimin de tıp bilimine uygun olarak gerçekleştirilmesine rağmen yapılan müdahalenin olumlu sonuç vermemiş olması halinde hekimin sorumlu olduğu ileri sürülemez. Ancak bulguların değerlendirilmesinde hatalı davranılması halinde tıbbi hatadan bahsedileceğinden sorumluluk da doğacaktır.

1.4.3. Komplikasyon

Komplikasyon; tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun hareket edilmesine ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına rağmen tıbben benzer müdahalelerde ortaya çıkma olasılığı kabul edilen risklerdir (Gökcan, 2014).

Hekim, tıbbi müdahaleyi bilimsel ve mesleki kurallara uygun ve özenle yapması halinde meydana gelen komplikasyonlardan herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Komplikasyonlardan hekimin sorumlu olmadığının kabul edilebilmesi için, öngörülebilir herhangi bir komplikasyonun oluşmamış olması ve meydana gelmişse de bu olumsuz sonucu önlemek için gerekli adımların atılmasında kusurunun bulunmaması gerekir.

1.5.Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk

1.5.1.Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk

Hekim ile hasta arasında hekimin sorumluluğunun esası açısından üç ayrı hukuki ilişki söz konusu olabilmektedir. Bunlar: "sözleşme ilişkisi", "vekaletsiz iş görme ilişkisi" ve "haksız fiil ilişkisi" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, somut olayın gelişimine göre hekimin "culpa in contrahendo" esasına dayanan bir sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmediği durumlarda sözleşmenin kurulması esnasında hekimin bazı zarar tehlikelerine karşı gerekli ikazlarda ve telkinlerde bulunmaması durumunda bu sorumluluk şekli ortaya çıkabilmektedir. Bu sorumluluk türünün ortaya çıkma şekline örnek vermek gerekirse; başka bir şehirde bulunan hekimden randevu alarak muayeneye gidecek olan hastaya, hastalığının seyri ve özelliği gereği uzun yola çıkmaması, seyahat etmemesi veya belirli şartlar altında ve belirli önlemleri alarak seyahat etmesi gerektiği ile ilgili olarak hastanın uyarılmaması neticesinde hastanın bu seyahat esnasında sakat kalması veyahut ölmesi durumunda böyle bir sorumluluk doğabilecektir (Ayan, 1991). Ancak bu gibi olaylar çok istisna olarak gerçekleştiğinden bu sorumluluk türü ayrı bir başlık altında ele alınmayacaktır.

1.5.1.1. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk

Hekimin sorumluluğunun tartışıldığı tıbbi müdahalelerin geneline bakıldığında hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu görülmektedir. Yani kural olarak hekim, hastayı aralarında kurulmuş olan bir sözleşmeye istinaden tedavi etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve devamında yer alan hükümler borcun ifa edilmemesinin neticelerini düzenlemektedir. Borcun ifa edilmemesi; borcun hiç ifa edilmemesi yanında borcun kötü ifa edilmesini veya borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını da kapsayan bir anlam taşımaktadır (Oğuzman/Öz, 2013).

Tedavi sözleşmesi, yapısı itibariyle diğer Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı değildir. Ancak, gayesi, konusu, tarafların sözleşme kurulurken içinde bulundukları durum bakımından dikkat edilmesi gereken bazı özellikleri bulunmaktadır. Öncelikle olarak tedavi sözleşmesinin konusunu, "beden bütünlüğü" ve "sağlıkla" ilgili müdahaleler oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, yapmış olduğu müdahale, bu değerler üzerinde tasarruf niteliği taşıyan hekimin diğer iş görme sözleşmeleri taraflarına (borçlularına) göre (örneğin bir işçiye) göre daha özenli davranması gerekmektedir (Ayan, 1991). Zira, diğer edim yükümlülerinin borca aykırı hareketleri genel olarak maddi anlamda bir zarara yol açacağı halde, hekimin borca aykırı her hareketi, malvarlığı zararları yanında telafisi imkânsız veya güç şahıs varlığı zararlarına yol açabilecek niteliktedir.

Vücut bütünlüğüne yönelik olması nedeniyle tıbbi müdahaleler genel anlamda haksız fiil olarak nitelendirilmekle birlikte, hasta ile hekim arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bu sözleşme genellikle hekimlik veya tedavi sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır (Bayraktar, 1972/ Hakeri, 2012). Bu sözleşme uyarınca hekim tıp biliminin ilkeleri doğrultusunda teşhis koymak, bu teşhisin gerektirdiği en uygun tedavi yöntemini seçmek ve seçtiği bu tedaviyi uygulama edimlerini yerine getirme ve tali yükümlülüğü olarak da müdahale öncesinde hastayı tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatmayı, bunun karşılığında hasta ise hekime ücret ödemeyi borçlanmaktadır (Bayraktar, 1972/, İpekyüz, 2006/ Demir, 2008).

Bu kapsamda, tedavi sözleşmesi iş görme edimi bulunan bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ise de hem tarafların hem de edimlerin özelliği nedeniyle tedavi sözleşmesinin başkaca birtakım özellikleri daha bulunmaktadır. Öncelikle her iki taraf da hastanın sağlığına kavuşması, sağlıklı olabilmesi şeklinde ortak bir amaca yönelmiş haldedir. Ancak hekim bu ilişki kapsamında hastanın uygulanan tedavi neticesinde sağlığına yeniden kavuşacağının garantisini veremez.

Nitekim, bu husus Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesinde de hüküm olarak yer almış ve hekimin tedavi sözleşmesi ile hastanın sağlığına kavuşması için yapılması gereken müdahaleyi yapmayı üstlendiği, ancak hastayı iyileştirme şeklinde bir borcu yüklenmediği açıkça düzenlenmiştir. Hekim tıp biliminin gerektirdiği ve öngördüğü bütün özeni göstererek tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Hekim iyileşme garantisi vermiş olsa bile bu sonucu sağlamak yükümlülüğü bulunmamaktadır (İpekyüz, 2006).

Tüm bunların yanı sıra, hekim diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere oranla daha özenli ve dikkatli hareket etmek zorundadır. Zira hekimin gerçekleştireceği her müdahale doğrudan doğruya hastanın beden bütünlüğüne yöneliktir.

Hekimin mesleki kurallara aykırı davranışı bağlı bulunduğu meslek kuruluşu bünyesinde disiplin sorumluluğundan başka bu hareket nedeniyle zarar gören hastaya karşı tazmin yükümlülüğü de doğurabilecektir (Ayan, 1991).

Bu kapsamda, tedavi sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür (Özdemir, 2004/İpekyüz, 2006). Hekimlik sözleşmesi olarak da adlandırılan bu sözleşme, esas itibariyle borçlar hukukuna dayanmaktadır. Ancak, tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bir başka deyişle tedavi sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespiti noktasında doktrinde 4 farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkine göre tedavi sözleşmesine hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İkinci görüş taraftarlarına göre ise eser sözleşmesi kurallarının uygulanması gerekir. Doktrindeki ağırlıklı diğer görüşe göre ise vekâlet sözleşmesine ait kurallar uygulanmalıdır. Dördüncü görüşe göre ise tedavi sözleşmesi kendine özgü yapısı olan bir sözleşme şeklidir (Akartepe, 2006).

1.5.1.1.1. Tedavi Sözleşmesinin Bir Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Tedavi sözleşmesinin *"hizmet sözleşmesi"* hükümlerine tabi olması gerektiğine ilişkin doktrinde yer alan bu görüş Alman Hukukundan esinlenilerek benimsenmiştir. Bu kapsamda, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye bir hizmetin yerine getirilmesi açısından bakılmakta ve her iki tarafa da bu anlamda çeşitli hukuki yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülükler hasta bakımından hekime ücret ödeme ile hekimin tedaviye yönelik öneri ve uyarılarına uyma yükümlülüğü; hekim bakımından ise tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine uygun olarak hastayı sağlığına kavuşturmak amacıyla tedavi etme yükümlülüğüdür.

Hizmet sözleşmesi TBK'nın 393. maddesinde *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir."* şeklinde tanımlanmış bulunmaktadır.

Nitekim, hizmet sözleşmesinin özelliklerine bakıldığında konusu insan emeği olan, iş görme amacı taşıyan bir sözleşme özelliği taşıdığı şüphesizdir. Bu sözleşme şeklinde işçi belli bir süre içerisinde kendisine yüklenilen bir hizmeti yerine getirmeyi borçlanırken, karşı taraf

ise bu hizmetin karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede, kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin kurucu unsurları işçinin hizmet yerine getirme yükümlülüğü, işverenin ise ücret ödeme yükümlülüğüdür. Ayrıca kanuni düzenlemelerde öngörülmemiş olsa da doktrin ve içtihatlarla genel kabule göre işçinin işverene bağımlılığı unsuru, işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi ve emeğini işverenin emrine özgülemesi de hizmet sözleşmesinin önemli unsurlarındandır (Çelik, 2013/Mollamahmutoğulları-Astarlı, 2012).

Yargıtay hizmet sözleşmesinin bu unsurunu özellikle vurguladığı bir kararında; bağımlılık unsurunu şu şekilde açıklamıştır: "*.... her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılık...*"(*Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 01.07.1974 tarihli ve 974/3612 E., 1974/4738 K. sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Ankara: Türk Matbaacılık Sanayi, Ağustos, 1975, s. 110.*

Ancak belirtmek gerekir ki, doktrindeki ağırlıklı olan görüşe göre tedavi sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Zira, bu görüşü savunan yazarlara göre hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan işçinin işverene bağımlı olması ve onun emir ve talimatları doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü tedavi sözleşmesinin unsurları arasında bulunabilmesi mümkün değildir. Hekim tedaviyi gerçekleştirirken hastanın buyruklarına göre değil, kendi mesleki bilgi ve tecrübesi doğrultusunda yerine getirmektedir (Subaşı, 2016).

Ayrıca, hasta ile hekim arasındaki ilişkide hekim, kendi bilgi ve tecrübesi ve mesleki bilgisi doğrultusunda hastanın hastanede yatış süresi de dahil olmak üzere hastanede bulunduğu sırada ve hastaneden taburcu edildikten sonra yapacağı veya yapamayacağı davranışları belirlemek, kullanacağı ilaçları tespit etmek suretiyle daha çok emir ve buyruk veren konumundadır (Akartepe, 2006).

Nitekim, tedavi sözleşmesinde önemli olan tedavinin yapılması olup, belirli bir sürede hekimin hizmette bulunması, işgücünü hastanın emrine sunması gibi bir durum amaçlanmamaktadır.

1.5.1.1.2. Tedavi Sözleşmesinin Bir Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Hekim ile hasta arasındaki ilişki çerçevesinde kurulan tedavi sözleşmesine eser(istisna) sözleşmesi hükümleri ancak istisnai hallerde uygulanabilmektedir. Eser sözleşmesinin uygulandığı müdahalelere örnek olarak özellikle diş dolgusu, köprü veya kron yapımı, protez ve estetik ameliyatlar gibi belli bir neticeye yönelik faaliyetler gösterilebilir.

Eser sözleşmesi TBK'nın 470. maddesinde düzenlenmiş bulunmakla, tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede yüklenicinin borcu eser meydana getirmek, eser sahibinin borcu ise bunun karşılığında ücret ödemektir.

Nitekim, hekim hasta ilişkisinde hekim yalnızca hastanın tedavisine yönelik tıp biliminin standartlarına uygun olarak iyileşebilmesi için çaba sarf eder ancak iyileştirme borcu altına girmesi söz konusu değildir (Subaşı, 2016).

Eser sözleşmelerinde, yüklenici yalnızca bir iş görmeyi değil, aynı zamanda eser denilen olumlu veya olumsuz bir neticeyi meydana getirmeyi de üstlenmektedir. İstenilen neticenin gerçekleşmemesi halinde ise yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelmektedir (Hatemi/Serozan/Arpacı, 1992).

Nitekim, Yargıtay'ın bu hususa yönelik kararları incelendiğinde estetik amaçlı burun ameliyatlarında, ameliyatı gerçekleştiren hekimin tıbbi müdahale neticesinde estetik görünüm konusunda belli bir güvence vermesi durumunda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermektedir(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.04.1993 tarihli ve 1993/131 E., 1993/2741 K. sayılı kararı, www.kazanci.com). Eser sözleşmelerindeki iş görme edimi vekalet sözleşmesinin konusunu teşkil eden iş görme ediminden farklılık arz etmektedir. Burada vekâlet sözleşmesinin unsurlarından farklı olarak, müdahale sonucunda, olması gereken belli bir neticenin işi yüklenen hekim tarafından kesin olarak yerine getirilmesi gerekmektedir (İpekyüz, 2006).

Dolayısıyla genel anlamda hekimin faaliyetlerinin eser kavramı kapsamında değerlendirilememesi nedeniyle, hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi

hükümlerinin uygulanabilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak bunun istisnası olarak ise estetik amaçlı yapılan işlemler ile protez yapımının üstlenildiği tıbbi müdahaleler olduğu söylenebilir (Tandoğan, 1987).

1.5.1.1.3. Tedavi Sözleşmesinin Bir Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

İsviçre Hukukunda temel görüş, hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesine vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Hukukumuzda da doktrinin büyük çoğunluğu, İsviçre Hukukundaki bu düzenlemeyi benimsemiş ve hekim ve hasta arasındaki ilişkiye genel olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği kabul edilmiştir (Reisoğlu, 1982/Sarıal, 1986/Donay, 1978/Köprülü, 1984/Tandoğan, 1987/Olgaç, 1977/ Belgesay,1953**).**

Yargıtay tarafından 1990 tarihi ve öncesi hekimin sorumluluğuna ilişkin verilen sınırlı sayıdaki kararlar incelendiğinde ise genellikle hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tespiti üzerinde durulmayarak uyuşmazlık haksız fiil hükümleri kapsamında çözülmeye çalışılmıştır (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 17.12.1976 tarihli ve 1976/692 E., 1976/11046 K. sayılı kararı).

Bu çerçevede, vekalet sözleşmesinin konusu bir işin yerine getirilmesi olup, sözleşmenin diğer unsurları ise yerine getirilecek işin belli bir zaman dilimine tabi olmadan yapılması ve neticenin elde edilememesi gibi bir risk olmaksızın belli bir sonucun meydana gelmesi amacıyla hareket edilmesi, işin müvekkilin istek ve iradesine uygun ve faydasına olması, işi gören kişinin bağımsız olması ve tarafların şekil şartına tabi olmaksızın açık veya zımni olarak anlaşmaları şeklindedir. Bu unsurların yer alması vekalet sözleşmesinin kurulması için yeterli olup, ayrıca kanuna göre ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ücret ancak hekim ile hasta arasında kararlaştırılmışsa veya ücret alınması konusunda teamül varsa ücrete hak kazanılmış olur (Tandoğan, 1987).

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, hasta ile hekim arasındaki sözleşme vekâlet sözleşmesidir (Hatemi/Serozan/Arpacı, 1992). Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme vekâlet sözleşmesi özelliği taşıdığına göre, tedavi sözleşmesini artık hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir (Tandoğan, 1987).

Hekim ile hasta arasındaki işbu sözleşme gereğince hekim, hastayı tedavi etmeyi, maddi bir fiilde bulunmayı üstlenmektedir. Bu TBK'nın 502. maddesi anlamında bir iş görme niteliği taşımaktadır.

Bunun yanı sıra hekim işbu sözleşmede, gerçekleştireceği tıbbi faaliyetleri hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli veya belirsiz bir süre için yerine getirmeyi üstlenmemektedir. Hekim hastanın iyileşebilmesi için tıp biliminin genel ilkelerine uygun tedaviyi gerçekleştirmeyi borçlanmakta olup, bu suretle hekimin üstlendiği iş görme bununla sınırlı olmaktadır (Subaşı, 2016).

Hekimlik sözleşmesinin bir diğer önemli özelliği de yukarıda sıklıkla vurgulandığı üzere hekimin hastaya tedavi neticesini garanti etmemiş olmasıdır. Bu kapsamda, tıbbi müdahale neticesinde amaçlanan sonucun meydana gelmemesi halinde hekimin sorumlu olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu unsur, vekalet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırmakta olup, aynı zamanda hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesinin özelliklerini taşıdığına da açık bir delil teşkil etmektedir (Tandoğan, 1987).

Nitekim, netice itibariyle belirtmek gerekir ki, hekim-hasta ilişkisinde her iki tarafın da belirli hak ve yükümlülükleri vardır. Bu hak ve yükümlülüklerin açıklığa kavuşturulması amacıyla ilişkinin hukuki niteliğini oraya koymak gerekmiş ve hem doktrinde hem de yargı kararlarında taraflar arasında bir sözleşme (vekâlet sözleşmesi) ilişkisi bulunduğu kabul edilmiştir. Sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşme uyarınca üstlendiği yükümlülükleri ihlal etmesi halinde ise *"hukuki sorumluluk"* gündeme gelmektedir. Bu halde hekimin; hasta rızası hilafına hareket etmesi, aydınlatılmış onam almaması, işi şahsen yapmaması (şahsen ifa), özen göstermemesi, gizlilik gibi akitten doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda hastaya verilen zararı gidermek konusunda hukuken sorumluluğu doğacaktır (Aşçıoğlu/Demircan,2015).

Öte yandan, vekil tarafından vekâlet sözleşmesi uyarınca üstlenilen iş veya yerine getirilen hizmet, iyi niyet kuralları çerçevesinde ihtimamla ve dikkatle yerine getirilmelidir. Bu konu Borçlar Kanunumuzun 506. maddesinde *"Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür"* denmek suretiyle düzenlenmiştir. Hekim hizmet ifa ederken üstlendiği sonucun gerçekleşmemesi halinden sorumlu değildir. Ancak gerçekleştirdiği faaliyeti ihtimamla ve dikkatle yürütmesi önemlidir.

Aksi takdirde oluşacak olumsuz sonuçlardan sorumluluğu doğabilecektir. Bu kapsamda hekimin, bu yükümlülüğünün gereği olarak, sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan işleyişine uygun olarak gerekli davranış ve tedavilerde bulunması, başarılı neticeyi engelleyecek uygulamalardan kaçınması gerekmektedir (Aşçıoğlu/Demircan,2015).

Ayrıca, hekimin şahsen ifa borcu da bulunmaktadır. Nitekim bu konu, Türk Borçlar Kanunumuzun 506. maddesinde; *"Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir"* denmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu hükümden de kati surette anlaşılacağı üzere, hekim ilk vazife olarak işi şahsen yapmak durumundadır (Aşçıoğlu/Demircan,2015). Ancak bu duruma ait üç istisna söz konusudur: İlk istisna, vekilin işin vekil tarafından bir başkasına yaptırılması halinde, vekil ile müvekkil arasında bir anlaşmanın olması hâlidir. Söz konusu bu anlaşma vekâlet sözleşmesinin akdedildiği aşamada yapılabileceği gibi, edimin ifası aşamasında da yapılabilmektedir. İkinci istisna, işin örf ve âdet kuralları gereği başkasına yaptırılmasıdır. Son olarak üçüncü istisna ise hâlin icabı gereği işin bir başkasına yaptırılması hâlidir (Aşçıoğlu/Demircan,2015). Dolayısıyla bunun olabilmesi için hekimin kendisine tevdi edilmiş işin tamamını veyahut bu işin bir kısmını şahsen görmekte bir imkânsızlığının olması ve işi başkasına yaptırmaya mecbur kalması gerekmektedir. Bu imkânsızlık fiili ya da hukuki olabilmektedir. Sayılan istisnai durumlarda hekim atayacağı kimsenin de kendisi gibi ehliyetli olmasına ihtimam göstermelidir.

1.5.1.1.4. Tedavi Sözleşmesinin Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanunun öngördüğü sözleşme türlerinde unsurları bulunmayan, bir başka ifadeyle kendine münhasır öğelerden oluşan sözleşmelerdir (Zevkliler, 1981). Bu tür sözleşmeler, iyi niyet kurallarına ve uygulamada yer alan teamüllere göre yorumlanarak çözüme kavuşturulurlar. Bu sözleşmelerin yorumlanmasında özellikleri elverdiği ölçüde en çok hangi sözleşme hükümlerine yakın özellikler taşıyorsa bu sözleşme tipine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden de işbu kendine özgü sözleşmelerin yorumlanmasında faydalanılmaktadır.

Kendine özgü bu sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözümünde özellikle içtihatlar ve teamüllerden yararlanılmaktadır. Nitekim, tedavi sözleşmesini sui generis bir sözleşme

olarak kabul eden yazarlara göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi hekim ve hasta arasında bir edim mübadelesi söz konusu değildir. Burada, sözleşmenin kapsamı güven, anlayış, yardım ve özenden oluşmaktadır. Bunun yanı sıra, işbu sözleşmenin her iki tarafı da insan olduğu halde eşit imkanlara sahip olmayıp, hekim bu ilişkide uzmanlık, güç ve otorite sahibi olup, zayıf konumda olan ise hastadır.

Bu sözleşme türünde hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi önemli bir rol oynamaktadır.

1.5.1.2. Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

Hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin ihlalden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun temelinde genellikle bir sözleşme olduğunu yukarıda ayrıntılı olarak açıklamış bulunmaktayız. Nitekim bir sonraki başlıkta ise hekimin bu sorumluluğunun şartları olan bir akdin varlığı, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağını sırasıyla inceleyeceğiz.

1.5.1.2.1. Akit

Hekim ile hasta arasında açık veya zımni bir şekilde sözleşme veyahut fiil ile ilişki kurulmuş olmalıdır. Akdin taraflarından olan hasta, tedavi uygulayacak olan hekime doğrudan veya bir sağlık kuruluşu aracılığıyla başvurabilmektedir ve hukuki ilişki hasta ile hekim arasında böylelikle başlamış olmaktadır. Bahse konu olan ilişki, normal şartlar altında ve hastanın bilincinin yerinde olduğu hallerde doğrudan ve hastanın kendi isteği doğrultusunda gelişirken; acil hallerde, hastanın bilinci yerinde değil iken hastanın iradesi dışında gelişmektedir ve bu hekimin kendiliğinden müdahale ettiği durumlardandır.

Bununla birlikte, akdin tarafları olan hasta ve hekim arasında doğal bir sözleşme mevcuttur. Hekim tıp biliminin öngördüğü ilkeler doğrultusunda teşhis koymak ve bu teşhise en uygun tedaviyi gerçekleştirmek suretiyle hastayı sağlığına kavuşturmak için çalışmayı borçlanmakta, hasta ise hekime bu faaliyeti ve çalışması karşılığında uygun bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir (Ayan, 1991). Söz konusu bu sözleşme yukarıda ayrıntıları ile anlatıldığı üzere vekâlet sözleşmesidir. Hekim burada tıp ilkeleri çerçevesinde ve tıp kurallarına uyarak gereken tedaviyi gerçekleştirme sözü vermiştir (Şuaekici, 2007). Ancak burada hekimin verdiği söz hastayı tamamen iyileştirme ve kesin tedavi açısından kesin sonuç alma sözü değildir. Bu

çok önemli bir noktadır. Belirtmek gerekir ki, hekim ile hasta arasında akdedilen ve eser sözleşmesi niteliğinde olan estetik ameliyatlar ve protez (silikon, porselen diş gibi), kozmetik amaçlı uygulamalar bu duruma istisna teşkil etmektedir. Burada önemli olan nokta hekim tarafından gerçekleştirilen tedavi veya ameliyat gibi tıbbi girişimler beklenilen neticeyi doğurmamış olsalar dahi, tıp bilimi çerçevesinde yapıldığı takdirde hekim açısından kusur oluşturmaz (Şuaekici, 2007).

Sonuç olarak, hekim ile hasta arasında geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşme bulunuyorsa, gerçekleştirilen tıbbi müdahale veyahut tedavi neticesinde zarar gören hastaya karşı hekimin sorumluluğu bu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Ancak, hekimin sözleşme kapsamında sorumluluğundan bahsedebilmek için hem aradaki sözleşmenin varlığının hem de sözleşmenin ihlal edildiğinin hasta tarafından ispatlanması gerekmektedir.

1.5.1.2.2.Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılıktan söz edebilmek için hekimin hastaya müdahalesinde bir hukuka aykırılığın oluşması gerekmektedir. Hekimin sözleşmesel sorumluluğundan bahsedebilmek için TBK'nın 112. Maddesi düzenlemesine göre *"borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi"* gerekir. Örneğin, hekimin tanı veya tedavi için tıbben kabul edilebilecek standartların altında uygulama gerçekleştirmesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Tıbbi sorumluluk bakımından hukuka uygunluk halleri ise, hekimin hastanın menfaatine uygun hareket etmesi, hastanın müdahaleye rızasının bulunması ve üstün kamu yararı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerdir.

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülükleri, temel edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır (Özdemir, 2004). Temel edim yükümlülükleri olarak; hastalığın teşhisini koymak, konulan teşhise en uygun tedavi yöntemini bulmak ve uygulamak ve eğer tıbbi müdahalede bulunulması gerekiyorsa bunu tespit edip gerçekleştirmek olarak gösterilebilir (Demir, 2008).

Yan edim yükümlülükleri ise hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın onamını alma yükümlülüğü, sadakat ve özen gösterme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, hastaya hesap verme yükümlülüğü, gerektiğinde tedaviyi üstlenmekten kaçınma yükümlülüğü ve kendini mesleki olarak geliştirme yükümlülüğü olarak sıralanabilir (İpekyüz, 2006).

Bunun yanı sıra, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi sınırları içinde gerçekleşecek olan her davranış sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır (Özdemir, 2004).

Hekim tarafından tıbbi müdahale öncesinde hastaya karşı aydınlatma yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesi neticesinde hastanın riskler ve sonuçlar hakkında bilgi sahibi olarak onamının alınması ile; hastanın yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü gibi haklarının koruma altına alınması amaçlanmakta olup, bu sebeple bazı istisnai durumlar dışında tedavi sözleşmesinden kaynaklanan hekimin aydınlatma yükümlülüğü hekimin takdirine bırakılmamakta ve vazgeçilemez bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir (İpekyüz, 2006).

Önemle belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğüne herhangi bir şekilde aykırı davranılarak ihlal edilmesi halinde hastadan vermiş olduğu onam hukuka aykırı hale gelecek ve bu hukuka aykırı onama bağlı olarak yapılacak tıbbi müdahalenin tamamının, hastanın özerkliğini ve beden bütünlüğünü ihlal etmesi durumu söz konusu olacaktır (Hakeri, 2012).

1.5.1.2.3. Zarar

Hekim sorumluluğu bir tazminat borcu doğurur fakat bu borcun en önemli şartı bir zararın meydana gelmesidir. Bunun için hekimin, hukuka aykırılık teşkil eden müdahalesi veya yerine getirmediği vazifeleri sonucunda hastada bir zarar meydana gelmesi gerekir. Hastada meydana gelen bir zarar yok ise tazminat yükümlülüğünden bahsedebilmek mümkün değildir. Bu çerçevede tıbbi müdahaleden kaynaklı oluşabilecek maddi ve manevi zarar kavramlarının açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

Nitekim zarar kavramı akla geldiğinde; tedavi sözleşmesinin ifası sırasında, hastanın haklı olarak beklemekte olduğu tedavinin yapılamaması ya da gereğine uygun olarak yapılamaması ve tıp biliminin genel ilkelerine ve güncel gelişmelerine uygun olarak gerçekleştirilemeyen bir tıbbi müdahalenin bulunması halinde, hastanın başta sağlık, yaşam olmak üzere vücut bütünlüğü, kişilik haklarında ve malvarlığında meydana gelebilecek maddi ve manevi zararlar akla gelir.

Nitekim maddi zarar; hekim tarafından yükümlülüğe uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirilseydi veyahut tedavi uygulansaydı hastanın kavuşabileceği şifa durumu ile hatalı tedavi sonucu meydana gelecek sonuçlar arasındaki parayla ölçülebilen farkı ifade etmektedir (Reisoğlu, 1983). Örneğin, hastasına ilaç tedavisi ile ilgili gerekli uyarılarda bulunmayarak aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekim, bu durum neticesinde hastanın mide kanaması geçirerek ameliyat olmak zorunda kalması halinde ameliyat masrafları (ulaşım, konaklama), işine devam edememe nedeniyle yoksun kalınan kâr ve iş gücü kaybı şeklinde maddi kayıplara sebebiyet verir.

Hekimin bu kusurlu eylemi nedeniyle operasyon geçiren hastanın bu operasyon için ödemek zorunda kaldığı tutarlar fiili zararı, hastanın işine devam edememek ya da kalıcı rahatsızlığı nedeniyle aynı verimlilikte çalışamaması ise yoksun kalınan kârı oluşturur.

Ayrıca tıbbi müdahale esas itibariyle vücut bütünlüğüne yönelik olduğundan, hastada maddi zararlarla birlikte genellikle manevi zararlar da meydana gelebilmektedir (Reisoğlu, 1983).

Manevi zarar, hekim tarafından gerçekleştirilen hatalı tıbbi uygulama veyahut tedavi sonucu hastada oluşan manevi ve bedensel ıstırabı, yaşam kalitesinde meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Hastanın vücut bütünlüğü bozulurken bu sebeple duyduğu acı, üzüntü ve yaşama sevincindeki azalma sebebiyle de ruhsal açıdan bir kayıp yaşayabilmektedir. Bu şekilde meydana gelen olumsuzluklar hastanın manevi açıdan da zarara uğradığı anlamına gelmektedir.

Manevi zarardan bahsedebilmek için illa beden bütünlüğünün ya da fiziki anlamda sağlığın bozulması şart değildir. Kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden olan kişinin şerefi, saygınlığı, sırlarının da ihlal edilmesi halinde manevi zarar meydana gelebilir.

TBK'nın 114/2. maddesinde zararın kapsamının ne olduğu ve bu zararın nasıl hesaplanması gerektiği konularında haksız fiil hükümlerine yollama yapılmaktadır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık sebebiyle alacaklının uğradığı zarar hakkında Borçlar Kanunumuzun 50-52. madde hükümleri uygulanacaktır.

1.5.1.2.4. Kusur

Hekim davranışında hata, dikkat ve özen eksikliği ile haksız veyahut suç sayılan eylemin varlığı ile tedavi akdinin kendisine yüklediği yükümlülükleri ihlal etmiş olmalıdır.

Olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliği kusur olarak adlandırılmaktadır. İster insan tarafından gerçekleştirilmiş olsun ister cihaz ve teknolojik kaynaklı veyahut herhangi bir hata sonucu oluşmuş olsun, hastada bir zarar meydana gelmişse hekim kusurlu sayılmaktadır ve kusur ise sorumluluk getirir. Türk Ceza Hukuku *"kusursuz suç olamayacağını, bağışlanabilir kusurun söz konusu olmadığını"* belirtmektedir (Şuaekici, 2007). Buna göre, kusur oluşmamışsa sorumluluk da yoktur.

Bu doğrultuda, oluşan sorumluluk ise uyulması gereken hukuk kurallarına aykırı şekilde hareket etmenin hesabını verme durumu olarak tanımlanabilir. Kusurlu olmadığını ispat yükü hekimin üzerindedir.

Kusur kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmakta olup, hekim gerek kasten gerekse ihmali olarak bir zarara sebep olsun, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak kusurun ağırlığı tazminat miktarının hesaplanmasında önem arz etmektedir (Eren, 2014).

Hekimin kasıtlı olarak zarara sebep olmasına örnek fiillerini şu şekilde sayabiliriz; yüksek tutarda tedavi ücreti almak amacıyla hastaya bilerek ve isteyerek olması gerekenin dışında tıbbi müdahalede bulunulması; gerçekleştirilen tedavi süresinin bilerek uzatılması, tıbben bir zorunluluk olmamasına rağmen hastaya operasyon gerçekleştirilmesi (Ayan, 1991).

Kusurun diğer türü olan ihmalde ise hekim hukuka aykırı neticenin meydana gelmesini istememekle birlikte, bu olumsuz neticenin meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği özeni göstermemektedir (Ayan, 1991). Bir diğer ifadeyle ihmal, zararlı sonucun meydana gelmemesi için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu yükümlülüğe uygun hareket etmemek, gereken önlemleri almamaktır.

Nitekim, hekimin sözleşmeye dayanan hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, öncelikle hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşmenin mevcut olması ve bu sözleşmenin hekim tarafından hem ihlali hem de hekimin kusurunun bulunması şarttır (Ayan, 1991). Bu

suretle, hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin sözleşmenin gerektirdiği yükümlülükleri kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olması gerekmektedir.

1.5.1.2.5. İlliyet Bağı

Hekim ancak uyguladığı tıbbi faaliyetin sonucunda oluşan zararlardan sorumlu tutulabilecektir. Eğer hekim tarafından gerçekleştirilen kusurlu fiil oluşan zararın uygun nedeni olarak görülemiyorsa tazminat sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Hekimin hukuka aykırı fiili ile hastada oluşan zarar arasında illiyet bağının kurulabilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda gerçekleşen suçlar ceza davaları; haksız fiiller ise tazminat davalarına konu olmaktadır. Hâkim görüşe göre, illiyet bağının varlığı "uygun neden" kuramına göre belirlenmelidir. Bu kurama göre, bir davranış "normal olarak" bir başka deyişle "kural olarak" belli bir sonucun meydana gelmesine neden oluyorsa, o davranış o sonucun nedeni olarak kabul edilebilmektedir. Uygun illiyet bağının varlığını ispat yükü hastaya (zarar görene) düşmektedir.

1.5.1.3.Vekaletsiz İş Görme

Hekimin sorumluluğunu doğuran olayların bir kısmına bakıldığında hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Bu tip olaylarda hekim hastanın istek ve iradesi olmaksızın ancak hastanın menfaatine olacak şekilde tıbbi müdahalede bulunmakta olup, hekimin bu türden müdahaleleri vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir**.**

Örnek olarak, bilinci kapalı olan bir hastaya, hekimin tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına uygun olarak gerçekleştireceği tıbbi müdahale TBK'nın 526. ve 527. maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme olarak kabul edilir ve gerçekleştirilen bu müdahale hukuka uygun olarak değerlendirilir (Güven, 2000). Benzer olarak, bir toplantı ya da bir seyahat sırasında aniden fenalaşan bir hastaya, hemen orada bulunan bir hekimin ilk müdahalede bulunması, kazanın gerçekleştiği yerde tesadüfen bulunan bir hekimin kaza geçiren kişiyi ölümden kurtarmak veya büyük bir zarara uğramasını önlemek için gerçekleştirdiği zorunlu tıbbi müdahaleler vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu gibi durumlarda, hastanın varsayılan onam iradesine ve üstün özel yararına uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirildiğinden bu tür müdahalelerin haksız fiil olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir (Zeytin, 2007).

Acil durumlarda yani hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu veya o an hastaya acil tıbbi müdahalede bulunulmaması halinde hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya zarar meydana gelebileceğinin öngörüldüğü durumlarda, hastanın onamı alınmadan da hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerektiğinden bu gibi hallerde hekimin aydınlatma ve onam alma yükümlülüğü de müdahale öncesi için ortadan kalkar. Ancak hastanın bilinci açılır açılmaz ya da hastanın kanuni temsilcisine veya vekiline ulaşılabilen en kısa sürede gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyle ilgili aydınlatmanın yapılması gerekir. Hastanın bilincinin açılması halinde bilinci açıldıktan sonraki en kısa süre içerisinde hasta gerçekleştirilmiş olan tıbbi müdahale ve neticeleri konusunda bilgilendirilmelidir. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğünde onam almaya yönelik aydınlatmadan çok tıbbi müdahalenin sağlıklı işleyebilmesi bakımından uyarı yükümlülükleri önemli hale gelmektedir.

Zira, hastanın bilinci yerine geldikten sonra bizzat hasta veya hastanın temsilcisi tarafından gerçekleştirilmiş olan tıbbi müdahaleye onam verilmediği takdirde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanamazsa, bu durumda hekim gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye ilişkin hastasına veya hastanın temsilcisine karşı olan aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eder ve hasta bundan dolayı maddi veya manevi bir zarara uğrarsa hekim bu zarardan vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında sorumlu olur.

Vekâletsiz iş görme 6098 sayılı TBK'nın 526. maddesinde; "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*" Şeklinde düzenlenmiş bulunmakla, bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere vekâletsiz iş görme, başkasına ait olan bir işin, başka bir kişi tarafından, iş sahibinin vekâleti olmaksızın, bir iş görme iradesiyle yapılmasıdır. TBK'nın 531. maddesi uyarınca, iş sahibinin iş görmeye sonradan icazet vermesi halinde ise taraflar arasındaki hukuki ilişkiye artık vekâlet hükümleri uygulanması gerekir.

Hekimin gerçekleştirdiği müdahalenin vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirileceği bir diğer durum ameliyatın genişletilmesi durumudur. Hekim gerçekleştirdiği tıbbi müdahale esnasında daha önce hesaba katması mümkün olmayan ve bu nedenle hastaya da anlatılma imkanının olmadığı yeni bir bulgu nedeniyle gerçekleştireceği, planladığı müdahaleyi genişletmek mecburiyetinde kalabilmektedir. Bir cerrahi müdahalenin gerçekleştirildiği esnada, hekimin, yeni bir teşhise sebep olan bulguyla karşılaşması durumunda, hekimin ameliyat planını değiştirmesi veya genişletmesi zorunlu olabilir. Bu gibi

durumlarda hasta aslında yalnızca yapılan ameliyata onam vermiş, ameliyat esnasında sonradan ortaya çıkan diğer zorunlu cerrahi müdahale, hekimle hasta arasındaki hiç görüşülmemiştir.

Nitekim hastadan müdahalenin başında alınan onamın, zorunlu olarak gerçekleştirilen ameliyatın genişletilmesini de kapsayacağı hususunda Türk ve İsviçre hukuk doktrini ve mahkeme içtihatlarında ortak olarak şu şartlar gerekmektedir:

- Zorunluluk sebebiyle genişletilen operasyonun, hastanın operasyona girmeden önce onam vermiş olduğu tıbbi müdahaleden daha büyük riskler taşımaması gerekir.
- Onam alınmasını beklemenin hastanın sağlığı açısından hastayı büyük bir riskle karşı karşıya bırakıyor olması gerekir.
- Ölüm tehlikesi sebebiyle zorunlu olup ve başka çare de bulunmadıkça önemli organların genişletilmiş tıbbi müdahaleyle alınması caiz değildir (Şenocak, 1998).

1.5.1.4. Haksız Fiil

Hasta ile hekim arasında haksız fiil ilişkisi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde vekâletsiz iş görmenin koşullarının da mevcut olmaması durumunda hekimin haksız fiil esasları kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bazı durumlarda hem sözleşmesel sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu veyahut hem vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun şartları bir arada yer alabilir. Zira, hekim tarafından gerçekleştirilen her müdahale beden bütünlüğüne de yönelik olduğundan sözleşmeye aykırı olan her türlü davranış aynı zamanda kural olarak TBK'nın 49. ve devamı maddeleri kapsamında bir haksız fiil teşkil etmektedir. Bu gibi durumlarda, hasta sözleşmeye dayanan sorumluluk veya haksız fiil esasına dayanan sorumluluk esaslarından birine dayanarak hekime karşı dava açma imkânı bulunmaktadır (Ayan, 1991). Örnek vermek gerekirse; tedavi sözleşmesinin bulunduğu hallerde hekim tarafından, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi neticesinde hastanın sakat kalmasına sebep olunması halinde hem sözleşmeye dayanan yükümlülükler ihlal edilmiş olur hem de haksız fiil işlenmiş olur.

Tedavi sözleşmesi gibi bir kusur sorumluluğu türü olan haksız fiil sorumluluğu da, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesini düzenler. Bu sorumluluk türünde de kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olması nedeniyle bu tür sorumluluğa kusur sorumluluğu da denilmektedir.

Borçlar Kanunumuzdaki esaslar göz önüne alındığında haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için bir eylemin varlığı, bu eylemin bir zarara neden olması, işbu eylem sonucu oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, eylemin kusurlu ve hukuka aykırı olması şeklinde şartların mevcut olması gerekir (Oğuzman/Öz, 2013).

Hekimin haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle hekimin eylemde bulunma veyahut eylemde bulunmama şeklinde bir fiilinin bulunması gerekir. Sorumluluğuna gidilecek olan hekimin bir fiili yoksa sorumluluğu da doğal olarak söz konusu olamayacaktır.

Hekimin haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık şartı, sözleşmeden doğan sorumluluk halinde yer alan sözleşmenin ihlali koşulunun yerini tutmaktadır.

Nitekim kişilik haklarımızdan olan sağlık, yaşam ve vücut bütünlüğü haklarına yönelik olarak yapılan her tıbbi müdahale kural olarak hukuka aykırı kabul edilir. Ancak, bir tıbbi müdahaleyi hukuka aykırılıktan çıkaran unsur hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmasıdır. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun m. 24/2. maddesinde "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*." şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri olarak hastanın aydınlatılmış onamının alınması, hastanın menfaati doğrultusunda müdahale gerçekleştirilmesi, kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin yetkili memur veya kamu görevlisi tarafından hukuka uygun şekilde kullanılması sayılabilir.

Dolayısıyla, hekim ile hasta arasında daha önceden açık veya zımni bir sözleşmenin olmaması durumunda, sorumluluğun kaynağı genel olarak haksız fiildir (Aşçıoğlu/Demircan,2015). Bu kapsamda, hasta ile hekim arasında sözleşme olmadığında hekimin sorumluluğu Borçlar Kanunu'nun 49.(haksız fiil), 66.(yardımcı şahısların fiili) veya 69.(malik bulunduğu şeylerdeki yapım ve bakım eksikliği) Maddesinden kaynaklanacaktır.

1.5.2.Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk

Ceza hukukunda kapsamında bir suçtan bahsedebilmek için; kanunda yapılan tanıma ve tipe uygun, hukuka aykırılık teşkil eden ve kasten ya da taksirle işlenen bir fiilin mevcut olması gerekmektedir. Suçun kanuni tanımı, tipiklik unsuru olarak adlandırılmakta olup, kanunda suç tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Kanunun öngördüğü fiilin işlenmesi ve suç türünün öngördüğü sonucun gerçekleşmesi ile fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulacak ve tipikliğim maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Tipikliğin manevi unsuru ise; fiilin faile yüklenebilmesi için mevcudiyeti gereken kast ve taksir ögelerinin gerçekleşmesidir. Failin fiili gerçekleştirmekteki iradesi kusurlu olmalı, yani suç teşkil eden fiil kusur yeteneğini haiz kişi tarafından kusurlu irade ile gerçekleştirilmelidir (Hakeri, 2011). Çağdaş ceza hukuku sistemleri, kusur sorumluluğuna, yani kusursuz ceza olmaz ilkesine dayanmaktadır (Hakeri, 2011). Yalnızca sonuçtan doğan sorumluluk kabul edilmemektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, özetle ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için fail tarafından ceza hukukunda suç olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleştirilmiş olması, kanunda suç olarak tanımlanan eyleme ilişkin sonucun gerçekleştirilmesi, failin eylemi ile netice arasında nedensellik bağının kurulması ve failin aynı zamanda kusur yeteneğinin olması ve eylemde hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekmektedir.

Nitekim hekimlerin ceza sorumluluğu açısından da aynı ilke ve esasların geçerli olacağı tartışmasızdır. Hekimin cezai sorumluluğu ile bahsedilen tıp mesleğini yerine getirirken ya da mesleğin icrası kapsamında işlenebilecek eylemlerden dolayı sorumluluk olarak ifade etmek mümkündür (Keyman, 1978). Nitekim, tıbbi müdahalenin amacı, konusu ve özelikleri göz önünde bulundurularak tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren veya hukuka aykırı kılan koşullar ayrıca incelenmelidir.

Tıp mesleği, teknik ve özel alanlarda yürütülen, yüksek düzeyde bilgi ve uzmanlık gerektiren, çok önemli hukuki menfaatlerle ilgilenen son derece hassas bir meslektir. Hekimlerimizi cezai anlamda bir sorumluluk ile karşı karşıya getiren de hekimlik mesleğinin

kendine özgü doğası, sunulan tıbbi hizmetin özelliği ve faaliyet alanı gibi durumlardır. Burada önemli olan hususlardan biri de hekimlik mesleğinin icra edilmesinde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasıdır. Yetkili hekim tarafından hastaya gerekli açıklamalar yapılarak hasta tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatıldıktan sonra açıkça rızası alınarak dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun ve tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahalede bulunulması, hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getirmekte ve herhangi bir kusur isnadını bertaraf etmektedir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren koşullardan birinin eksikliği halinde ise; hekimin eyleminin hukuka aykırılık teşkil etmesi nedeniyle cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Uygulamada, hekimlerin tıbbi müdahale fiilleri nedeniyle sık sık ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalmalarına neden olan suç türü; Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen taksirle öldürme veya yaralama suçudur. Hekimin kasti davranışı ile hastada ölüm veya yaralanma meydana gelmesi kasten öldürme veya yaralama suçuna vücut verecektir. Bu nedenle, hekim tıbbi müdahalelerinde tedavi amacıyla hareket etmeye özen göstermeli ve bu amaçla hareket etmelidir. Hasta üzerinde tedavi amacı gütmeksizin, hastanın hayatını sona erdiren veya sağlığını bozan bir eylemde bulunursa, kasten adam öldürme veya yaralama suçundan sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.

Hekim kasten işlemiş olduğu suçlarda, diğer kimselerden farklı bir konumda bulunmamaktadır yani hekimin kastından dolayı sorumluluğu tıbbi uygulama hataları bakımından bir özellik taşımamaktadır.

Sağlık görevlilerinin cezai sorumluluğu, diğer meslek gruplarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nun "taksirli suç" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Nitekim hekimden beklenen ihtimal dâhilinde olan olası risklere karşı gerekli tüm önlemleri alması ve tıbbi uygulama esnasında yeterli dikkat ve özeni göstermesidir. Hekimin mesleğinin icrası sırasında tıp biliminin genel kabul görmüş kuralları doğrultusunda hareket etmesi gerekmekte olup, bu durumda zararlı sonuçlardan sorumlu tutulabilmesi de söz konusu olmaz. Bu gibi hallerde hekim kusuru bulunmaması nedeniyle cezalandırılamamaktadır. Dolayısıyla hekim, tıp biliminin bütün kurallarına göre hareket etmiş olmasına rağmen zararlı netice yine de meydana gelmiş ise hekimin kusurundan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Keza, hekim tarafından tıp biliminin kurallarına aykırı hareket edilmiş ise de zararlı bir netice meydana gelmemesi halinde hekimin herhangi bir suçtan sorumlu tutulması yine söz konusu olmayacaktır (Keyman, 1978).

Hekimin hareketi değerlendirilirken yine Türk Ceza Kanunu'nun 22. madde ölçüsü dikkate alınmak gerekmektedir. Hekim kusuru diye özel bir kusur şekli bulunmamakta, kusurunun tespitinde hekimin sübjektif durumu ile birlikte tıp biliminin veri ve kuralları dikkate alınmaktadır.

Hekimin taksirli suç işlemesine sebep olabilecek tıbbi işlemleri genel olarak şöyle belirtmek mümkündür: hastanın bulgularına bulunmayan bir cerrahi müdahale gerçekleştirmek, yanlış tanı koyma ve yanlış tedavi yöntemi uygulama, doğru teşhis konulduktan sonra tedavi konusunda yanlış tedavi yöntemi uygulamak, tedavide gecikmek, tehlikeli anestezi maddesinin uygulanması.

Hekimlik mesleğinin icrası sırasında meydana gelebilecek olası suç türleri de şu şekilde sıralanabilir: Kasten öldürme, kasten yaralama ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçları, taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları, çocuk düşürtme suçu, görevi kötüye kullanma suçu, irtikâp suçu, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme, verme, ele geçirme suçu ve sır saklama yükümlülüğü, görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirmeme suçu, organ veya doku nakli suçu, insan üzerinde deney ve deneme yapma suçu…

Tıbbi müdahale, insan vücudu üzerinde gerçekleştirildiği için yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü gibi çok önemli haklarla ilgilidir, bu kapsamda tedavi ve iyileştirme amacı taşımasına rağmen bununla beraber, suçun kurucu unsurlarından hukuka aykırılık unsuru müdahale ile birlikte meydana gelmektedir. Dolayısıyla bir tıbbi müdahale eyleminin yol açacağı hekimin ceza sorumluluğunu doğurabilecek her özel durum için ayrıca değerlendirme yapılması, her somut olayda tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.

Bu kapsamda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri; hekim tarafından hukuken kabul edilen bir amaç doğrultusunda tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine uygun olarak ihtimam ile yapılması halleridir. Bu çerçevede hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması önemli bir unsurdur. Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması, hekimleri mesleklerinin icrası sırasında gerçekleştirdikleri tıbbi müdahale eylemlerinden dolayı ceza sorumluluğu ile karşı karşıya gelmelerine sebebiyet verebilecektir. Bu çerçevede, ceza sorumluluğunun genel ilkelerine uygun olarak, tıp mesleğinin kendine has özellikleri dikkate

alınarak, hekimlerin cezai sorumluluğu belirlenirken adli makamların sağduyulu ve adil bir değerlendirme yapması oldukça önemlidir.

2.AYDINLATILMIŞ ONAM

Türk tıp literatüründe aydınlatılmış onam kavramı yerine bilgilendirilmiş onam, bilgilendirilmiş onay, aydınlatılmış rıza ve bilgilendirilmiş rıza gibi pek çok farklı kavramın kullanıldığına rastlanmaktadır. Aydınlatılmış onam bilinçli hastanın; hastalığına ilişkin olarak yapılan teşhis ve konulan tanının, uygulanması planlanan tedavi yönteminin, bu yöntemin ve bu tedaviye alternatif tedavi yöntemlerinin olası riskleri, hasta üzerinde doğabilecek biyolojik, sosyolojik ve maddi sonuçları, başarı oranı, tedavinin ne zaman, nasıl uygulanacağı ve uygulanmadığı veya ertelendiği takdirde muhtemel sonuçları hakkında aydınlatılmasını ve hastanın bu bilgilendirmeden sonra, özgür iradesi ile ilgili tıbbi müdahaleyi kabul etmesini ifade eder (Özcan 2008).

Başka bir tanım olarak ele alır isek aydınlatılmış onam, gerek barındırdığı riskler gerek ise yararları ile uygulanacak tedavinin alternatifleri ve söz konusu bu alternatiflerin de barındırdığı tehlike ve yararlarını içerisine alan tedavi yönteminin, tedaviyi gerçekleştirecek hekim tarafından yeterli seviyede ve uygun bir dil ile açıklanmasından ve tedavi uygulanacak hasta tarafından yeterli seviyede anlaşılmasından ve uygulanacak tıbbi tedavi yönteminin hasta tarafından tereddütsüz şekilde idrak edilmesinden sonra tıbbi tedavinin *"gönüllülükle kabulü"* olarak ifade edilebilir.

Doktrinde daha geniş çerçevede aydınlatılmış onam için şu şekilde bir tanımlama yapılmış bulunulmaktadır: *"Riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavi ve uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulüdür"* (Hakeri, 2019).

İşbu tanımlar arasında benzerlik olmakla birlikte aralarında nüans olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır (Zengin, 2012). Bu nüansı ortaya koyabilmek için aydınlatma ve bilgilendirme; onay ile rıza ve onam kavramları arasında bir fark olup olmadığının detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir. Bilgilendirme herhangi bir olgu veya olayın çeşitli faktörlere bağlı olarak ifade edilmesi neticesinde kişinin o olgu veya olayla ilgili bilgi sahibi olmasını sağlamak olarak tanımlanabilir. Aydınlatma ise bilgi aktarılan kişinin ifade edilenleri anlamasını ve içselleştirmesini de içerir (Çelik, 2006). Bu doğrultuda, bilgilendirme tek yönlü

olmakla, aydınlatma ise hastanın hekimin anlattıklarını anlaması, anlamlandırması, hekime sorular sorması ve cevaplardan çıkarım yaparak tatmin olmasını ifade eder. Onam kavramına ilişkin alternatiflere gelindiğinde onay kavramı rahatlıkla bertaraf edilebilir. Onay ve onam kavramları incelendiğinde ise, onay daha çok sonradan verilen icazet anlamına gelmesine rağmen aydınlatılmış onamda onamın mutlaka tıbbi müdahale öncesinde alınması gerekmektedir. Rızanın ise genelde ceza hukuku belgelerinde, hekimin sorumluluğuna yönelik yapılan tartışmalarda hukuka uygunluk nedeni olarak kullanılan bir kavram olduğu görülmektedir. Aydınlatılmış onam hasta haklarından ziyade hekimin sorumluluktan kurtulmasına hizmet etmektedir.

Nitekim, tıbbi müdahalelere rıza verilmesi halinde hekimin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağı buna karşın onam verilmesi halinde öneriyi sunan hekimin sorumluluğunun devam ettiğini savunan görüşler mevcuttur (Çelik, 2006). Bu doğrultuda, aydınlatılmış rıza kavramı hasta hakları veyahut tanı ve tedaviler gereksiniminden değil hekimin yasa karşısında kendini savunabilme ihtiyacından doğmaktadır (Namal, 2007). Benzer şekilde 2005 yılında Yargıtay 2. Başkanı Osman Şirin ceza hukuku bakış açısıyla "*aydınlatılmış onam ne kadar ayrıntılı olursa bilinçli taksir suçu işlemeye o kadar yaklaşmış olursunuz."* açıklamasında bulunmuştur (Çelik, 2006). Bu açıklama bizi o halde hekimler başvuracakları tıbbi müdahalelerin riskleri hakkında ne kadar az aydınlatırsa sorumlulukları o kadar az olur şeklinde abesle iştigal bir sonuca ulaştırmaktadır. Oysa ki, hasta hakları bilinciyle ve kaygısıyla aydınlatılmış onam alındığında hekimlerin hastalarını daha çok benimseyeceği ve sürecin daha verimli işleyeceği söylenebilir.

Ancak, aydınlatılmış onamın hekim üzerinde hiçbir etkisi olmadığını söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Hekimin hastanın aydınlatılmış onamını almış olması sorumluluğu belirlenirken dikkate alınacak olmakla birlikte aydınlatılmış onam ile hekimin en azından vicdani yükümlülüğünün azaltıldığı da kabul edilmelidir.

2.1.Aydınlatılmış Onamın Tarihçesi

Hammurabi Kanunlarında hekimin sorumluluğu belirlenirken başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahaleler bakımından zarar gören kişinin onamı dikkate alınmıştır. Ancak hastanın hayatını ya da gözlerini kaybetmesi halleri istisna tutulmuştur (Yenerer, Çakmut 2007).

Katolik Kilisesi hukukunda, tıbbi müdahalelere ilişkin kişinin rızası hukuka aykırılığı kaldıran bir kurum olarak kabul edilmezken İslam hukukunda hekime daha geniş bir faaliyet alanı tanımak maksadıyla hekimin sorumluluğu hastanın onamı ve hekimin kusursuzluğu ile şartlarına bağlanarak sınırlandırılmıştır (Bayraktar, 1972). Benzer şekilde İslam Hukukunun hüküm sürdüğü Osmanlı Devleti'nde de 19. yüzyılda Tanzimat Dönemi'ne kadar kaydedilen 2. Şer'iye Mahkemesi kararında hastanın rızasının bulunduğu hallerde hekimin sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilmiştir (Bayraktar, 1972). Şeri sicil kayıtlarından ulaşılan hekim ile hastalar arasında düzenlenmiş rıza senetlerinde hekimin uygulanacak tedavi sonucunda doğacak zararlardan sorumlu tutulmayacağı kadı ve şahitler huzurunda hasta tarafından kabul edilmektedir (Yenerer, Çakmut 2007). Yine Osmanlı'da hastanın rızasının alınmasından öteye gidilerek hekimin sorulan soruları yanıtlaması gerekliliği ile aydınlatma yükümlülüğüne de vurgu yapılmıştır.

Öyle ki hasta anlatılanları anlayamayacak bir ruh hali içerisinde ise gerekli açıklamaların hasta yakınlarına yapılması önerilmiştir (Ersoy, 1995). 20. yüzyıla gelindiğinde aydınlatılmış onamın yine hekimin sorumluluğu bağlamında mahkeme kararlarına konu olduğu görülmektedir. Aydınlatılmış onam kuramında bir dönüm noktası olarak kabul edilen Mohr-Williams davası (Mohr-Williams,1905 95 Minn. 261, 104 N.W. 12), aydınlatılmış onam vermeye yeterlilik kavramının ilk kez tartışıldığı Schloendorff davası (Schloendorff -Society of NewYorkHospital, 1914 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.) , aydınlatma ve gönüllülük esasının vurgulandığı Hunter-Burroughs davası (Hunter-Burroughs, 1918 123 Va. 113, 96 S.E. 360.) aydınlatılmış onam kavramının ilk kez kullanıldığı Salgo-Stanford Üniversitesi davası (Salgo-Leland Stanford Jr.,University Board of Trustees, 1957, 154 Cal. App. 2d 560; 317 P.2d 170.) aydınlatılmış onam teorisinin genel olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmasına ve gelişmesine katkı sağlamıştır. Buna rağmen bu dönemde, aydınlatılmış onama ilişkin net ve yerleşik bir görüş ve içtihat oluşturulamadığı görülmektedir. Zira, bazı hukuk sistemleri hekimlere tıbbi müdahalelerden önce aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü yüklerken hala böyle bir yükümlülüğün var olmadığı görüşünü devam ettiren hukuk sistemleri de mevcuttur (Woods v. Pommerening, 1954, 271 P.2d 705, *Hall v. United States*(1955) 136 F. Supp. 187).

20. yüzyılın ortalarından itibaren daha geniş bir çerçevede aydınlatılmış onamın gelişimine bakıldığında ise Nürnberg Mahkemelerinde savaş esirleri üzerinde insanlık dışı deneyler yapan Nazi doktorlarının yargılanmaları ön plana çıkmaktadır.

Tıp mesleğinin güvenirliliğini sorgulamaya açan Nürnberg Mahkeme kararları 1947 "Nuremberg Code" ismiyle kabul edilmiş ve insanlar üzerinde yapılan deneylerin insanların ehil, gönüllü ve aydınlatılmış onamlarına dayanması gerektiği yönünde en etkili ilkeleri ortaya koymuştur. Nürnberg İlkelerinden önce de Alman mahkemelerinde hastanın aydınlatılmış onamının tartışıldığı kararlara rastlanılsa da özellikle Nürnberg yargılamaları ile birlikte daha açık ve cesur kararlar verildiği gözlemlenmektedir (Özcan, 2008).

2.2.Aydınlatılmış Onamın Hukuki Dayanakları

Aydınlatılmış onam kavramının kökenleri Eski Mezopotamya uygarlıklarına kadar gitse de aydınlatılmış onamın hukuki anlamda değeri ancak uluslararası hukuk metinlerine girmesi ile olmuştur. Bu bölümde aydınlatılmış onamın hukuki anlamda temelini teşkil eden belgeler ve uluslararası metinler incelenecektir. Bilimsel araştırmalar, insan genomu, doku ve organ nakli ve tıbbi müdahaleler gibi çok çeşitli konulara dair kronolojik sırası ile uluslararası mevzuat analizi yapılırken, Türk mevzuatında aydınlatılmış onamın yeri özel-genel düzenlemeler ve normlar hiyerarşisi gözetilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.2.1.Uluslararası Metinlerde Aydınlatılmış Onam

2. 2.1.1.Nürnberg İlkeleri (Nuremberg Codes) (1947)

Tüm dünyada büyük bir tesir yaratan hekim ve bilim insanlarından oluşan 23 kişilik Nazi grubunun savaş esirleri üzerinde yaptıkları deneyler sebebiyle yargılandığı Nürnberg Mahkemeleri, bu elzem olay neticesinde bir sonuca varmış ve bilim insanlarının insan denekler üzerinde gerçekleştireceği deneylerde uyulması gereken ve dünya çapında kabul edilen 10 temel ilkeyi ortaya koymuştur. Öyle ki, Nürnberg İlkeleri bilimsel araştırma etiği bakımından bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, doktrinde titiz ve eleştirel bir incelemenin tıbbi deneyler için etik kuralların ilk kez Nürnberg'de ortaya konulmadığını, aksine Nürnberg İlkelerinin 1931 tarihli İnsan Deneyleri Kılavuzu'nun (Guidelines on Human Experimentation) bir kopyası niteliğinde olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Hatta tıbbi araştırmalar da etik kavramının kullanılmaya başlanılması ve dikkate alınması daha eskilere 1900 yılında Prusya hükümetinin Berlin Code of Ethics ismiyle anılan direktifine de dayandırılabilir. Bu iki hukuk metninin ortak özelliği insanlar üzerinde gerçekleştirilmek

istenen bilimsel ve tıbbi deneylerde deneğin rızasının alınmasının gerekliliğini ortaya koymasıdır. Üstelik bu belgeler özerklik ilkesine dayanmakta, deneklerin rızalarının alınabilmeleri için yapılacak müdahaleler hakkında bilgilendirilmeleri şeklindeki gerekliliğin de altı çizilerek aydınlatılmış onamın ilk şekilleri ortaya konulmaktadır (Günler, 2021).

1900 tarihli Prusya direktifinde, aydınlatılmış onamın ilk adımlarının atılmasıyla kalınmayıp aydınlatılmış onam, aydınlatılmış onam verme yeterliliği olmayan çocuklarda ve akıl hastalarında deneylerin yasaklanması, deneylerin sadece tıbbi direktörler ya da onların görevlendirdiği hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği gibi konular da düzenlenmiştir. 1931 yılında Weimar Cumhuriyeti döneminde yine tıbbi araştırma etiği İnsan Deneyleri Kılavuzu ile hüküm altına alınmış ve metinde aydınlatılmış onamın yanı sıra insanlar üzerinde yapılacak deneylerin mutlaka tedavi amacıyla yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu iki metnin etkisi ile ortaya konulduğu ileri sürülen Nürnberg İlkeleri incelendiğinde, tıbbi deneylere verilen onamın gönüllü olmasının vurgulandığı, bu çerçevede onam verme ehliyeti, aldatma, korkutma, zorlama ve benzeri engellerin yokluğu, deneyin doğası, amacı, süresi, metodu, riskleri konusunda bilgilendirilmeleri, deneklerin her aşamada vazgeçme özgürlüğü gibi kavramların ön plana çıkarıldığı görülmektedir.

Her ne kadar yukarıda bahsi geçen hukuki metinler/belgeler aydınlatılmış onamı tıbbi deneyler kapsamında aydınlatılmış onamı sağlanması gereken bir koşul olarak ele alsa da aydınlatılmış onamın bilgilendirme ve rıza unsurlarıyla birlikte ele alınarak ilk defa hukuki metinlere konu olması bakımından önem arz etmektedir.

2.2.1.2. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi (1964)

1964 senesinde Dünya Tabipler Birliği'nce düzenlenen 18. Genel Kurulunda kabul edilmiş olan Helsinki Bildirgesi konu olarak insanlar üzerinde uygulanan/uygulanacak tıbbi araştırmalarla ilgili etik ilkeler ele alınmaktadır. Bildirge uluslararası tıp alanında artan hekim sorumluluğuna cevap verebilmek adına 1975'ten 2013'e kadar 7 kere değişiklik geçirmiş ve Bildirgeye iki defa da açıklama notu getirilmiştir. Bu husus Helsinki Bildirgesi'nin gelişen durumlara göre değişiklikler getirdiğini ve yaşayan bir metin olduğunu ortaya koymaktadır (Günler, 2021).

Hastaların esenliği ve haklarının gözetilmesi ile başlayarak devamında da hekimlere hitap eden bu Bildirge'nin 9. maddesinde tıbbi araştırmaya katılan *"...kişilerin yaşamını, sağlığını, onurunu, kişilik bütünlüğünü, kendi kararını verme hakkını, özel yaşamını ve kişisel bilgilerinin gizliliğini korumanın"* hekimlerin görevi olduğu vurgulanmaktadır (Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi Türk Tabipler Birliği Çevirisi 18 Aralık 2013). Burada bahsi geçen hakların hepsi aydınlatılmış onam ile ilgili olup, Bildirge'nin 25 ve 33. maddeleri arasında düzenlenen aydınlatılmış onam için bir hazırlık teşkil etmektedir. 25. madde Nürnberg İlkelerine paralel bir şekilde tıbbi araştırmalara katılımda gönüllülük esasını benimsemekte, öyle ki aile üyelerine veyahut yakınlara danışılsa bile esas olanın özerk bireysel kararlar olduğunun altı çizilmektedir.

Yine gönüllülük ilkesini perçinleyecek şekilde araştırmacı hekim ve katılımcı arasındaki ilişkinin verilen onamın sağlığı bakımından dikkate alınması gerektiği düzenlenmiş, böylece olası bir irade sakatlığının önlenmesi gayesiyle hareket edilmiştir. Bildirge'nin 26. maddesinde aydınlatmanın içeriği *"araştırmanın amaçları, yöntemleri, finansman kaynakları, olası çıkar çatışmaları, araştırmacının kurumsal bağlantıları, çalışmadan beklenen yararlar ve potansiyel riskler, verebileceği rahatsızlıklar, araştırma sonrasında yapılacaklar ve araştırmanın diğer yönleri"* şeklinde düzenlenmiş bulunmakla, bildirge aydınlatmanın içeriğini düzenlerken katılımcının yapılacak çalışmada yer alacak olmayı reddetme ya da verdiği onamı geri çekme hakkına sahip olması ve kullanılacak aydınlatma usulünün bireysel gereksinimlere cevap verecek nitelikte olması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Bunun yanı sıra, Bildirgede onamın tercihen yazılı alınması öngörülmüş, yazılı onam alınamayan hallerde onamın tanıklar huzurunda resmi olarak belgelenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Nürnberg İlkelerinden farklı olarak Helsinki Bildirgesi'nde aydınlatılmış onam verme yeterliliği olmayanların 28. maddede öngörülen yasal temsilcilerinin onamının alınması şartıyla araştırmada yer alabileceği düzenlenmiştir. Öte yandan, Bildirge'nin 28. maddesi aydınlatılmış onam verme yeterliliği olmayan kişilerin araştırmalara katılımı bakımından objektif kriterler de öngörmektedir. İşbu maddeye göre, aydınlatılmış onam verme yeterliliği olmayan kişiler üzerinde yasal temsilcinin rızası ile araştırma yapılabilmesi için *"araştırmanın katılımcı adayı tarafından temsil edilen bir grubun sağlık açısından yararını gözetmesi, aynı araştırmanın aydınlatılmış onam verme yeterliliği olan kişilerle yapılmasının mümkün olmaması ve araştırmanın katılımcıya sadece en az derecede risk ve yük getirmesi"*

koşulları getirilmiştir. Bilinci kapalı ve yasal temsilcisi bulunmayan kişiler üzerinde araştırma yapılabilmesinin ise ancak etik kurul onayı ile mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Bildirgenin 29. maddesine göre ise katılımcılardan aydınlatılmış onam verme yeterliliği olmamasına rağmen kendi görüşünü ifade edebilenlerin araştırmaya ilişkin görüşü dinlenerek mutlaka dikkate alınmalı ve bu kişinin söz konusu araştırmaya katılmama hakkına sahip olduğu göz önüne alınarak bu gibi bir durumda görüşüne saygı gösterilmelidir.

Helsinki Bildirgesine ülkelerce taraf olunması mümkün olunmamasına ve başlangıç maddesinde sadece tıbbi araştırmalarla ilgili etik ilkelerin düzenlendiği belirtilmesine rağmen Bildirgenin 10. maddesi *"Herhangi bir ulusal ya da uluslararası etik, hukuksal ya da idari gereklilik, araştırmalarda kullanılan insanlara bu Bildirge ile sağlanan koruyucu önlemleri zayıflatmamalı ya da ortadan kaldırmamalıdır."* şeklinde uluslararası alanda geçerliliği olan bir ilke de ortaya konulmuştur. Ancak yine de bu hüküm çerçevesinde Bildirgenin bağlayıcı düzenlemeler içerdiği şeklinde bir yorum getirebilmek güçtür.

Nitekim, Helsinki Bildirgesi'nin ulusal ve uluslararası bağlayıcı hukuk metinlerinin yapımında tesiri bulunan ve tıbbi araştırma uygulamasını pek çok aşamada etkileyen soft law niteliğinde bir belge olduğunu kabul etmek mümkündür (Günler, 2021).

2.2.1.3.Dünya Tabipler Birliği Lizbon Bildirgesi (1981)

Teşhis ve tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılmış onamın bir hasta hakkı olarak kabul gördüğü ilk uluslararası düzenleme, Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 senesinde kabul edilen Lizbon Bildirgesidir. Lizbon Bildirgesi Hasta Hakları Bildirgesi olarak da bilinmekle, Bildirge'nin ilk hali hasta haklarını altı madde halinde düzenlemektedir. İşbu Bildirgeye göre, hastanın hiçbir baskı altında olmayan özgür hekimler tarafından bakılmak, tedavi uygulayacak hekimini özgürce seçmek, yeterli ölçüde bilgilendirilmesinin akabinde tedaviyi kabul veyahut reddetmek, tedavi göreceği hekimden kendisiyle alakalı gerek tıbbi, gerek kişisel tüm bilgilerin gizliliğine gereken önemi ve saygıyı göstermesini beklemek ve istemek, onurlu bir şekilde ölmek ve son olarak hem ruhsal hem de manevi açıdan teselli edilmeyi istemek veyahut reddetmek hakkını haiz olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda, aydınlatılmış onam işbu metinde doğrudan bir kavram olarak geçmese de

hastanın yeterli düzeyde bilgilendirilmesi akabinde tedaviyi kabul etme ya da reddetme hakkı ile birlikte metin içerisinde yer almıştır.

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi 1995 tarihli Bali Bildirgesi ile değiştirilmiş ve 2015 yılında yeniden kabul edilmiştir. İlk hali ile kıyaslandığında daha kapsamlı düzenlemeler içeren son düzenleniş şeklinde, aydınlatılmış onamın 4. maddede bir kavram olarak (informed consent) geçtiği görülmektedir.

Bildirgenin son halinde aydınlatılmış onam kendi kaderini tayin hakkı başlığı altında 3. maddede düzenlenmiş, tıbbi müdahalelere onam verme yeterliliğine sahip her yetişkinin onam verebilmesi veyahut reddetmesi için tıbbi tedavi ve müdahaleye ilişkin gerekli tüm konularda aydınlatılma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu paralelde hasta uygulanacak herhangi bir tıbbi müdahale, tedavi ve tahlilin amacı, sonuçları ve onam verilmemesinin olası neticelerini anlamış olmalıdır. Bunun yanı sıra, 4a maddesinde bilinci kapalı ya da kendini ifade edebilecek durumda olmayan hastaların yasal temsilcilerinden onam alınması gerektiği, onamı alınacak temsilciye ulaşılamayan ve acil tıbbi müdahale gerektiren durumlarda ise varsayımsal rızanın (hastanın onam vermeyeceği daha önceki irade beyanlarından açıkça anlaşılmıyorsa) gündeme gelebileceği 4b maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Bildirgenin 4c maddesinde yer alan hekimlerin intihara teşebbüs etmiş bir hastanın her zaman hayatını kurtarmaya çalışması gerektiği şeklindeki düzenleme ise Bildirgeyi benzerlerinden ayırmaktadır. Bildirgede ayrıca küçük ya da onam verme ehliyeti bulunmayan kişilerin durumu da hüküm altına alınmıştır. 5. maddeye göre bu durumda yasal temsilcinin onamı alınacaksa bile küçük ya da ehliyetsizin onam sürecine katılımı yeterlilikleri oranında sağlanmalıdır.

Lizbon Bildirgesi'nde 7. maddesinin ilerleyen fıkralarında hastanın sağlığını ya da hayatını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle aydınlatmanın istisnaen de olsa yapılmayabileceği, yapılacak aydınlatmaların hastanın kültürüne, eğitim durumuna uygun olması gerektiği, hastanın aydınlatmadan vazgeçme ya da kendisi yerine aydınlatılacak başka birini belirleme hakları da düzenlenmiştir.

2.2.1.4. Amsterdam Bildirgesi (1994)

Amsterdam Bildirgesi Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Ofisi tarafından hazırlanmış bulunmakla, işbu Bildirge Örgüt üyesi Avrupa devletlerinde hasta haklarının geliştirilmesi ve uygulanması amacıyla ilkeler getirmektedir.

Bildirgenin orijinal metni; metnin kabul sürecini, uluslararası hareket planını, tüm üye devletlerin üzerine düşen görevleri, insan haklarının ve hasta haklarının gelişim sürecini, yol gösterici ilkeleri, bildirgenin amacını, icrasını ve kavramsal temellerini açıkladığı için önemlidir.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde bulunan insan haklarına ilişkin önemli belgelerin Amsterdam Bildirgesinde esas alınması insan haklarının sağlık hizmetleri çerçevesinde de düzenlenilmesi ve hasta hakları farkındalığını oluşturmak açısından önemlidir. Hasta haklarının insan hakları ile bağlantısının kurulabilmesi açısından Amsterdam Bildirgesi herkesin insan olması sebebiyle saygı görme hakkı, kültürel ve ahlaki değerlerine, dinsel ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı, kendi kaderini tayin hakkı, fiziksel ve zihinsel bütünlük ve güvenlik hakkı, özel yaşamın gizliliği ve son olarak sağlık hakkı ile başlamaktadır.

Nitekim, Bildirge'nin 2. maddesinde aydınlatma 3. maddesinde ise onam konuları düzenlenmiştir. İşbu hukuki metnin 2. maddesinde sağlık hizmetleri ve bu sağlık hizmetlerinin en iyi ne şekilde kullanılabileceği hakkındaki bilginin hastalarca ulaşılabilir olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bildirge'nin 2. maddesinin devam eden fıkralarında ise; sağlık kuruluşuna kabul edildiklerinde hastalar kendilerini ilgilendiren kurallar ve rutin işlemler ile kendileri ile ilgilenecek sağlık personeli hakkında bilgilendirilmesi gerektiği, ayrıca hastalar kendi sağlık durumları, önerilen tıbbi müdahale, bu müdahalenin fayda ve riskleri, alternatif müdahaleler, müdahale edilmemesinin sonuçları, tanı ve tedavi sürecinin seyri konusunda bilgilendirilme hakkına sahip olduğu, hastanın taburcu olurken dahi kendisine konulan tanı, uygulanan tedavi ve yapılan bakımlarını içeren yazılı bir özet isteme hakkının bulunduğu düzenlenmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Amsterdam bildirgesinde aydınlatmanın içeriğinin kapsamının o dönemde bulunan diğer hukuki metinlerden daha geniş bir şekilde düzenlenmiş olduğu söylenebilir

(Güler, 2021). Bunun yanı sıra, Bildirgenin 3. maddesinde onam ayrı olarak ele alınmış ve her tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin ön şartının hastanın aydınlatılmış onamı olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bildirgenin 3. maddesinin 2. fıkrasında hastanın daha önce rıza gösterdiği tıbbi müdahaleyi durdurma ya da bu müdahaleyi reddetme hakkını haiz olduğu ancak bunun neticelerinin hastaya dikkatli bir şekilde anlatılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 3. maddenin devam eden fıkralarında hastanın kendisinden onam alınmasının mümkün olmadığı durumlarda yasal temsilcinin onamı, yasal temsilcinin onamının alındığı hallerde yine de hastanın da görüşünün alınması gerektiği, yasal temsilcinin onam vermediği durumlarda mahkeme ya da hakem heyeti gibi mercilere başvurulabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Amsterdam Bildirgesi geniş kapsamı ile aydınlatma ve onam konularına özel bir yer vermesi sebebiyle önemli bir yere sahiptir.

2.2.1.5. İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1997)

Aydınlatılmış onam başta olmak üzere biyoetik problemleri insan hakları çerçevesinde ele alan bir diğer önemli uluslararası düzenleme; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir. Uluslararası bu belge, biyoloji ile tıp alanındaki gelişmelerin insan yararına kullanılması ve bu alanlarda insan onuru, hak ve özgürlüklerinin korunmasının hukuki dayanağa kavuşturulması amacıyla kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkeler de bu sözleşmeye taraf olabilmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile daha geniş bir katılım yelpazesi oluşturulmaya çalışılarak, tek başına mücadele edilmesi zor olan biyoetik konularda kültürel bakımdan çok farklı ülkelerin kendilerini bağlayacağı ortak bir metin ile uzlaşı oluşturulmaya çalışılmıştır (Katoğlu, 2006). Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Japonya gibi Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelerle birlikte UNESCO, Avrupa Bilim Vakfı, Dünya Sağlık Örgütü ve OECD gibi uluslararası örgüt temsilcilerinin gözlemci olarak katılması da bu duruma bir gösterge teşkil etmektedir.

Ancak, uluslararası sözleşmelerde katılımcı sayısı arttıkça taraflar arasında ortak bir görüş sağlamanın da bir o kadar zorlaştığı göz önüne alındığında Sözleşmenin; ceninin hukuki statüsü, kürtaj, ötenazi gibi çok tartışılan biyoetik konulara ayrıntılı ve kesin bir çizgi ve ilke getirmekten ziyade, ortak bir biyoetiğin meydana gelmesinde insan onuru ve insan hakları ile bağlantılı olacak şekilde bu kapsamda daha yumuşak bir çerçeve oluşturduğu gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, Sözleşmenin çok önemli bazı konularda düzenleme getirmemesinin ya da belirsizlik taşıyan hükümlerle yorumun taraf devletlerin yargı organlarına bırakılmasının bilinçli olarak yapıldığı söylenebilir. Yine sözleşmede yer alan 36. maddenin sözleşmenin geniş katılımcıya ulaşılabilmesi için atılan bir adım olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim, bu maddeye göre "*Herhangi bir Devlet ve Avrupa Topluluğu, imza aşamasında veya onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdi ederken, o sırada ülkesinde yürürlükte bulunan herhangi bir kanunun, bu Sözleşmenin herhangi bir hükmü ile uyum halinde olmaması nedeniyle, herhangi bir hüküm için çekince koyabilir…"* şeklinde denilmek suretiyle Uluslararası hukuk alanında en önemli biyoetik metinlerinden biri olan Sözleşme daha önce değindiğimiz uluslararası metinlerden bağlayıcılık özelliği ile ayrılmaktadır (Metin, 2010). Bir başka deyişle, bu metin bir bildirge değil de sözleşme olması nedeniyle taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Nitekim, Sözleşmenin 23. maddesinde tarafların; "… *Sözleşmede tanınan hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlalinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumayı..."*, 25. maddesinde ise *"Sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi halinde uygulanacak uygun yaptırımları sağlayacakları"* hüküm altına alınmıştır.

Bu haliyle Sözleşmenin uzun vadede ortak bir biyoetik anlayışından ve uzlaşısından bahsedebilmek amacıyla asgari standartlar getirdiği ve taraf devletlerin bu standartlarca belirlenen korumanın altında bir koruma öngören iç hukuk düzenlemeleri getiremeyeceği açıktır (Metin, 2010).

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin *"Sözleşmenin yorumu"* kenar başlığını taşıyan 29. maddesinde tarafların talebi üzerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin yorumuna dair hukukî sorunlarla ilgili istişare anlamında görüş bildirilebileceği düzenlenmiş bulunmakla birlikte Mahkemenin görüş bildirirken görülmekte olan spesifik bir davaya doğrudan doğruya atıfta bulunamayacağı da belirtilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 14 bölüm 38 maddeden oluşmaktadır.

Başlangıç kısmında tıp ve biyoloji alanında gittikçe artan ivme ile ortaya çıkan yeniliklerin insana, birey olarak saygı duyulması ve de insan onurunun güvence altına alınması ihtiyacını doğurduğu, bu gelişmenin gerek şimdiki ve gerekse gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği ve bunun için uluslararası işbirliğinin önemi üzerinde durulmuştur.

Buna ek olarak Sözleşmede; aydınlatılmış onam, ayrımcılık yasağı, sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma, insan genomu üzerinde müdahaleler, özel yaşama saygı gösterilmesini isteme, üzerinde araştırma yapılan bireylerin korunması, organ ve doku vericilerinin korunması ve ticari kazanç yasağı gibi önemli ve günümüzde sıklıkla sorun olarak karşılaşılan konular da düzenlenmiştir. Bu sebeple Sözleşmenin basit tıbbi müdahalelerden, bilimsel araştırmalar da dahil olmak üzere insan genomu üzerinde yapılacak genetik testlerden doku ve organ nakline kadar geniş bir alanda insan hakları ve insan onurunu temel aldığını söylemek mümkündür.

Genel hükümlerde 1. bölümün 2. Maddesinde *"İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır."* diye belirtilerek Sözleşmede düzenlenecek diğer tüm hükümler karşısında insanın bir önceliği olduğu vurgulanmaktadır.

Nitekim, Katoğlu'na göre 2. maddede düzenlenen insanın önceliği maddesi bilimsel araştırma serbestisini düzenleyen 15. maddeye bir sınır çizmektedir (Katoğlu, 2006).

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde bulunan aydınlatılmış onamla ilgili maddelere 2. bölümde "*Onam"* başlığı altında yer verilmiştir. Sözleşme'nin 5. Maddesi aydınlatılmış onama ilişkin genel kuralı belirlerken ayrıca herhangi bir tıbbi müdahalenin yapılabilmesi içini kişi tarafından bu müdahaleye serbestçe ve aydınlatılmış bir şekilde onam verilmesi gerektiği açıkça madde metninde yer almıştır. Müdahale öncesinde hastaya, müdahalenin amacı ve niteliğinin yanı sıra sonuçları ve meydana getirebileceği tehlikeleri hakkında da gerekli bilgiler verilmelidir. Aydınlatmanın kapsamının çok fazla detaylandırılmamış olduğunu gözlemlemek mümkündür. Zira, Sözleşmede aydınlatmanın somut olayın şartları dikkate alınarak gerekli ve yeterli olacak şekilde yapılması gerektiğidir. Maddenin son fıkrasında ise verilen onamların her aşamada ve serbestçe geri alınabileceği düzenlenmiştir.

Nitekim, 5. Madde ile aydınlatılmış onamın taraflar için uluslararası bağlayıcılığa sahip bir sözleşmede ilk kez yer aldığını söylemek mümkündür. Onam verme yeteneği bulunmayan

kişiler hakkında uygulanacak tıbbi müdahalelerle ilgili onam konusuna 6. maddede ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu maddede, küçük ya da akıl hastası olması sebebiyle onam verme ehliyeti bulunmayan kişilere ancak doğrudan yararları için yasal temsilcilerinin veya kanunca belirlenen kişi, makam veyahut bir kuruluş tarafından verilecek izin ile müdahalede bulunulabileceği hüküm altına alınmıştır. Keza, Sözleşme'nin 7. Maddesinde akıl hastalığı bulunan kişilerin korunması adına; tedavi uygulanmadığı takdirde sağlığında ciddî bir zarar oluşması riskinin bulunması şartıyla bu kişilerin onamı alınmaksızın akıl hastalığını iyileştirmeye yönelik bir müdahaleye tabi tutulmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Sözleşme'nin 8. maddesinde acil bir durum sebebiyle onam alınamayan hallerde hastanın sağlığı için tıbbî açıdan gerekli olan müdahalelerin acil olarak gerçekleştirilmesine izin verilmiştir.

Sözleşmede yer alan 9. Madde de müdahale esnasında herhangi bir sebepten talebini açıklayamayacak durumda olan hastaların varsa tıbbî müdahale ile ilişkili olarak önceden açıklamış olduğu taleplerin dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Yukarıda özetle bahsetmiş olduğumuz maddelerde düzenlenen onam, onamın usulü ve onam yeteneği bulunmayanlar hakkında tatbik edilecek kurallar Sözleşmeye taraf devletler tarafından iç hukuka aktarılması aranmaksızın doğrudan uygulanma kabiliyetine sahiptir (Katoğlu, 2006).

Sözleşmenin 2. Bölümünde ayrıca bilimsel araştırmalar ve organ ve doku naklinde aydınlatılmış onam kavramı farklı maddelerde hüküm altına alınmıştır. Bu paralelde Sözleşme'nin 16. Maddesinin 5. fıkrasında 5. maddeye atıf yapılarak bilimsel araştırmalar yapılabilmesi için deneklerin aydınlatılmış onamının alınmasının bir ön şart olduğu kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 31. maddesi Sözleşmede yer alan ilkelerin geliştirilmesi gayesiyle ek protokoller getirilebileceğini vurgulamaktadır. Bu doğrultuda geniş kapsamlı ve çerçeve olarak nitelendirilebilecek İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne ilave olarak İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Ek Protokol (1998), İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokol (2002), Biyotıp Araştırmalarına İlişkin Ek Protokol (2005) ve Sağlık Amaçları için Genetik Testlere İlişkin Ek Protokol (2008) olmak üzere dört ek protokol düzenlenmiştir.

2.2.1.6. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (2002)

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Avrupa Birliği'nce kabul edilmiş bulunmakla, işbu Şartta 14 temel hasta hakkı düzenlenerek üye devletlere de bu hakları güvence altına alma ödevi yüklenmiştir.

Şartın 4. maddesinde hastaların sağlıklarını ilgilendiren konularda karar alma süreçlerine aktif katılabilmeleri için ihtiyaç duyacakları her türlü bilgiye ulaşma hakkına sahip oldukları düzenlenmiş, bu husus bilimsel araştırmalar da dâhil olmak üzere her türlü tıbbi müdahalenin bir ön şartı olarak hüküm altına alınmıştır. 4. Maddede ayrıca diğer belgelerden farklı olarak aydınlatmanın tıbbi müdahaleden en az 24 saat önce yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu maddede yine hasta aydınlatılırken hastanın teknik terimlere ve mevzuata uzak olduğunun dikkate alınması gerektiğini vurgulaması yönünden önemlidir. Tıbbi müdahalelerle ilgili düzenlenmiş diğer uluslararası metinlere paralel şekilde, aydınlatmanın tedaviye ilişkin riskleri, yan etkileri ve alternatif durumları kapsayacağı, karar verme yeteneği bulunmayan kişilerin de uygun düştüğü ölçüde karar sürecine katılacağı, tıbbi müdahaleye ya da aydınlatılmaya itiraz etme hakkının varlığı 4. Maddede ayrıca düzenlenmiştir.

Hasta aydınlatılırken dil, etnik köken ve din gibi unsurlar gözetilerek hasta odaklı olacak şekilde bilgi verilmesi gerekmektedir. Şartta ayrıca bürokratik engellerin kaldırılıp sağlık personellerinin eğitilmesine ve bilgi materyallerinin hazırlanıp dağıtılmasına vurgu yapılmış bulunmakla, bu husus Şartın bu alanda düzenlenen diğer belgelere oranla daha somut adımlar getirdiğini söylemek mümkündür.

2.2.2. Türk Hukukunda Aydınlatılmış Onam

Çalışmamızın bu bölümüne kadar aydınlatılmış onam kavramı daha küresel ölçekte ve daha çok uluslararası boyutu ile ele alınmıştı. Türk hukukunda aydınlatılmış onamın durumunu ise ulusal mevzuat üzerinden açıklamak gerekmektedir.

1982 Anayasasında yer alan Başlangıç kısmının 6. paragrafında, her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; 5. maddesi de insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamanın devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğu düzenlenmektedir.

Anayasamızın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığını taşıyan İkinci bölümü de 17. maddede kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı hakkı ile başlamakta olup, 17. madde ile yaşama ve maddi ve manevi varlığının korunması hakkı düzenlenmektedir. Maddenin gerekçesinde bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği birbirini tamamladığı ifade edilirken; kişinin rızası olmaksızın tıbbi ve bilimsel deneylere tabi tutulmamasının yine vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir uzantısı olduğunun da altı çizilmektedir. Dolayısıyla, aydınlatılmış onam temelini; anayasamızda önem sırasında en üst basamakta bulunan yaşama ve maddi ve manevi vücut bütünlüğünün korunması hakkından almaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve devamında yer alan maddelerde ise Kişiliğin Korunması düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu ise haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenlerken vücut bütünlüğünün ihlalini de manevi tazminata sebebiyet verebilecek haller arasında saymaktadır. Benzer şekilde, Türk Ceza Kanunu da vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar için çeşitli cezalar öngörmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde ise kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak rızası doğrultusunda gerçekleştirilen eylemden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğini belirterek, bir hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir.

İnsanın yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisini haiz olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için hastanın aydınlatılmış onamının bir şart olduğu açıklanırken bu maddeye atıf yapılmaktadır (Yılmaz, 2012/Aşıkoğlu, 2018/ Yıldız, 2012).

Bunun yanı sıra belirtilmelidir ki, işbu sözleşme Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunarak, 16.03.2004 tarihinde onaylanmıştır. Bu adımlarla birlikte İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Anayasa'mızın 90. maddesi ile Türk iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşme temel insan haklarına ilişkin bir antlaşma olması nedeniyle, Anayasa'nın usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanun hükümlerinin çatışması halinde sözleşmelerin esas alınacağının öngörüldüğü 95/5 maddesi uyarınca Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne İç Hukuk kapsamında kanunlar ile çatışması halinde üstünlük tanınacak olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında daha önce yapılan inceleme ve değerlendirmeler Türk hukuku bakımından da geçerli olmakla birlikte Sözleşmenin iç hukuk mevzuatının gelişimine katkı sağladığını belirtmek mümkündür.

Bunun yanı sıra, Türk hukukunda sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi ve aydınlatılmış onamın gündeme gelmesi ise 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 1928 tarihli ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile olmuştur. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da düzenleme alanı bulan 70. maddede hekimlerin ve diş hekimlerinin yapacakları tüm tıbbi müdahaleler için hastanın kendisinin, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde ise veli ya da vasisinin müdahale öncesi muvafakatinin alınması gerektiği belirtilmektedir. Her ne kadar maddede hastanın rızası öncesinde bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmasa da Türk hukukunda aydınlatılmış onamın temellerinin bu madde ile atıldığı söylenebilir. Ancak, müdahale yapılacak hastanın yasal temsilcisinin bulunmadığı veya hastanın kendisini ifade etmesinin mümkün olmadığı hallerde onam şartından vazgeçilmesi talihsiz olmuştur. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda yer alan ek 10. maddede denek olan hastanın, yapılacak olan araştırmanın kapsamı ve neticeleri hakkında yeterli düzeyde bilgilendirme sonrası yazılı rızasının alınması ve bu yazılı rızanın bir menfaat elde etme amacına matuf olmaması, herhangi bir tedavi yöntemi ya da aracının bilimsel amaçlarla insanlar üzerinde uygulanabilmesi için aranan şartlardan biri olarak gösterilmektedir.

Aydınlatılmış onam konusunda düzenleme getiren bir diğer iç hukuk mevzuatı ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hekim ve diş hekimlerinin deontoloji bakımından yükümlü bulundukları kural ve esasları düzenlemektedir. Bu bağlamda Nizamnamenin 14. maddesinde aydınlatılmış onamla ilgili bir hükme yer verilmesi önem arz etmektedir. İşbu maddeye göre, hasta tedaviye yönelik alınması gereken tedbirler konusunda aydınlatılmalıdır. Ancak işbu aydınlatma *"hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde"* geçerlidir.

Keza, hastalığın sonucu ve seyrini vahim görmesi durumunda hekimin aydınlatmada bulunmayabileceği düzenlenmiştir. Nitekim, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde aydınlatmanın kural haline getirilmekten ziyade istisna olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür (Günler, 2021).

Nizamname'nin 22. maddesinde muvafakat hakkında avortman (kürtaj) müdahalesi için hastanın ve veli veya vasisinin yazılı şekilde muvafakati gerektiği belirtilmektedir. Bu maddede hastanın onamı yanında varsa yasal temsilcisinin onamını araması ve onamın yazılı olarak alınmasını düzenlediği için kürtajı güçleştirici bir özellik taşımaktadır. Nizamnamenin 1960 tarihli olması aydınlatılmış onam konusunda detaylı ve ilerici düzenlemelere yer vermemesini açıklar niteliktedir (Günler, 2021).

Türk sağlık hukukundaki en önemli hukuki düzenlemelerden birinin 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, işbu Yönetmelik insan haklarının sağlık hizmetleri alanındaki etkilerini ve yansımalarını somut olarak bir arada düzenleyen ilk ve tek metindir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 1. maddesi *"insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin 'hasta haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır."* şeklindedir. Yönetmeliğin *"Hasta Haklarının Korunması"* başlıklı dördüncü bölümünün 21., 22. ve 23. Maddeleri ile mahremiyete saygı gösterilmesi ve sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin gizli tutulmasının yanı sıra rıza olmaksızın tıbbi işleme tabi tutulma yasağı da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, bir suçun muhtemel delilleri vücudunda olduğu düşünülen şahısların rızaları bulunmaksızın tıbbi işleme tabi tutulmaları dahi hâkim kararını gerektirmektedir.

Yönetmelikte aydınlatılmış onam bu madde ile birlikte hastanın bilgilendirilmesi ve rızasına dair hükümler getiren üçüncü ve beşinci bölümler kapsamında ele alınabilir. Nitekim, Yönetmeliğin 24. maddesine göre tıbbi müdahaleler için hastanın rızası aranırken 31. maddesinde de bu rızanın alınırken hastanın tıbbi müdahalenin konusu ve neticeleri ile ilgili olarak bilgilendirilmesi ve aydınlatılması esas alınmıştır. Hastaya yapılacak bilgilendirmenin kapsamı ve aydınlatmanın hangi konularda olması gerektiği 15. maddede sayma yoluyla düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, yine 24. maddede taburcu işlemi sonrası hastaya sözel olarak bildirilip bir nüshası teslim edilecek olan tedavi planının; hastanın genel sağlık durumuna, kullanacağı ilaçlara, muayene tarihlerine ve sonrasında neler yapması gerektiğine dair bilgileri içermesi gerektiği belirtilmiştir. Hastalar aydınlatılırken takip edilmesi gereken usulün de ayrı bir madde ile düzenlenmesi son derece yerinde olmuştur. Yönetmeliğin 18. maddesi uyarınca

hastaya verilecek bilgiler hastanın subjektif sosyal ve kültürel haline uygun olmalı, yalın ve tereddüte yer bırakmayacak bir dil kullanılmalıdır.

24. maddede ayrıca aydınlatmanın sözlü olarak uygun ortam ve zamanda, hastanın mahremiyeti gözetilerek yapılması, aydınlatılacak kişinin kural olarak hastanın kendisi olması gerektiği, aydınlatmayı yapacak görevliler düzenlenmiştir. Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken haller kenar başlığını taşıyan 19. Maddede de teşhise yönelik aydınlatmanın hastanın manevi yapısı ve dolayısıyla hastalığın seyri ve sonucu üzerinde fena tesire sebep olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğüne istisna getirilmiştir. Bu halde, hasta veyahut yakınlarına aydınlatmada bulunup bulunulmayacağı hekimin takdirine bırakılırken tedavisi olmayan bir teşhisin tam bir ihtiyat içerisinde hastaya "*hissettirilebileceği"* ya da bildirilebileceğinin belirtilmesine dair bir hükmün yer alması Yönetmeliğin hastaların içinde bulunduğu sosyal ve ruhani durumu anladığını ve dikkate aldığını göstermesi bakımından önemlidir.

Yine Yönetmeliğin 20. Maddesinde aydınlatmayı yasaklama yetkisi istisnalar saklı kalmak kaydıyla sadece hastanın kendisine tanınmış ve hastanın bu yöndeki talebini her zaman değiştirebileceğinin de altı çizilerek hastanın fikirlerine önem veren bir tavır takınılmıştır.

Yönetmeliğin Beşinci bölümü ise tıbbi müdahalelerde hastanın, hasta küçük ya da kısıtlı ise kanuni temsilcisinin rızasının gerekliliği ile başlamaktadır. Bu kapsamda Yönetmeliğin 24. Maddesinde, kanuni temsilcinin onamının alındığı hallerde dahi küçük ya da kısıtlının durumunun el verdiği ölçüde aydınlatma ve karar verme süreçlerine katılımının sağlanması gerektiği, kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye onam vermediği durumlarda mahkeme kararının dikkate alınacağı, tıbbi müdahale esnasında arzusunu açıklayabilecek durumda olmayan hastalar bakımından ise varsa önceden yaptıkları irade açıklamalarının dikkate alınacağı, hastanın bilincinin kapalı olduğu ve hayati riskinin olduğu acil durumlar ile bir organının kaybına veya fonksiyonunu kullanamaz hale gelmesine sebebiyet verebilecek durumun varlığı halinde hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin rızaya bağlı olmadığı, ancak bu gibi durumlarda; hastaya uygulanacak müdahalenin kayıt altına alınması, mümkünse hastanın mevcut yakınları ya da yasal temsilcilerinin müdahale öncesinde, mümkün değilse müdahale sonrasında bilgilendirilmesi ve hastanın bilinci yerine geldikten sonra takip edecek tıbbi müdahalelere yönelik hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Öte yandan, 25. maddede onam hakkı kapsamında hastanın tedaviyi reddetme ya da durdurulmasını isteme hakkının da bulunduğundan bahsedilmiştir. Buna rağmen, bu hakkın kullanılabilmesi; kanunen zorunlu olmayan hallerde, doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olacak şekilde ve hasta tedavinin uygulanmamasının olası olumsuz sonuçları hakkında bilgilendirildikten sonra bu durumu gösteren yazılı bir belge alınması koşuluyla mümkün kılınmıştır. Hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında tedaviyi reddetme hakkının kullanılmasının aleyhine işletilemeyeceğinin belirtilmesi ise isabetli olmuştur.

Yönetmeliğin 28. Maddesinde bazı istisnai haller dışında onamın herhangi bir şekle bağlı olmadığı belirtilmekle birlikte mevzuatta yazılı onam alınması aranan özel hallerde ve uyuşmazlığa sebebiyet vermesi olası görünen tıbbi müdahaleler bakımından sağlık kuruluşlarınca 15. maddede sıralanan bilgileri içeren bir rıza formu oluşturulması ve bu bilgiler hastaya sözlü olarak aktarıldıktan sonra formun iki nüsha halinde hasta ve müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık personeli tarafından imzalanması kuralı getirilmiştir. Organ ve doku alınması (m. 29) ve tıbbi araştırmalar (m.34/2) onamda özel olarak yazılı şekil şartının arandığı hallere örnek olarak sayılabilir.

Yine aile planlanması hizmetlerine yönelik olarak farklı bir usuli şart öngörülmüştür. 30. maddenin son fıkrasına göre, sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin haller için hastanın onamına ek olarak evli ise eşinin de müdahaleye rızası gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, Hasta Hakları Yönetmeliği dayanak alınarak hasta haklarının insan onuruna yakışır bir şekilde uygulamaya geçirilmesi ve sağlık hizmetlerinin kaliteli ve etkin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla Sağlık Bakanlığınca 2005 yılında *"Hasta Hakları Uygulama Yönergesi"* yayımlanmıştır. Bu Yönerge sağlık kurumlarında hasta hakları birimlerinin kurulmasını öngörmekte ve bu birimlerin görev ve çalışma usullerini düzenlemektedir.

Türk Tabipler Birliği'nce 1999 senesinde geliştirilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ise Türkiye'de hekimlik mesleğini icra eden herkesi kapsayan etik kuralları düzenlemektedir. 5. maddede hekimin esaslı ödevinin meslek uygulaması sırasında insan onurunun gözetilmesi olduğunun belirtilmesi genel çerçevenin insan hakları ve insan onuru paralelinde çizilmesi bakımından önemlidir. Keza, kanunda yer alan 6. maddede yararlılık, adalet, zarar vermeme ve

özerklik evrensel tıbbi etik ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkeler doğrultusunda hekimin sır saklama yükümlülüğü, tarafsızlığı, acil yardım yükümlülüğü, hekimliğin kötü uygulanması yasağı, ticari amaç ve reklam yasağı düzenlenmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 4. bölümünde hekim-hasta ilişkileri hüküm altına alınmıştır. "Hasta haklarına saygı" kenar başlıklı 21. madde hekimlerin hastanın sağlığına ilişkin kararlar alırken dikkat etmesi gereken hasta haklarına değinilmiş, aydınlatılmış onam da bu haklar arasında açıkça sayılmıştır. Nitekim, 26. maddede de doğrudan aydınlatılmış onam düzenlenerek aydınlatmanın kapsamı, sübjektif hasta kriteri, onamın geçerlilik koşulları, reşit olmayan hastanın durumu bu maddede hüküm altına alınmıştır. Bu madde çoğunlukla bilgilendirme ve rıza olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenen ilkelerin birlikte değerlendirilerek aydınlatılmış onama varılması pratiğinden ayrılması ve aydınlatılmış onamı açık ve detaylı bir şekilde ele alması nedeniyle önem arz etmektedir.

Son olarak yine Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nde yer alan 4. maddenin "s" bendinde, hekimin aydınlatılmış onamı usulüne uygun olarak almadan hastaya tıbbi müdahalede bulunmasını para cezasını gerektiren disiplin suçları arasında saymaktadır.

Sağlık mevzuatımıza ilişkin dikkat çeken önemli noktalardan biri temel düzenlemelerin çok eski tarihli olduğudur. Sağlık alanında güncel ihtiyaçlara yeni kanunlar çıkartılarak değil de daha çok eski kanunlar üzerinde değişiklik yapılarak ya da yönetmelik düzeyinde düzenlemeler ile cevap verilmeye çalışılmıştır (Günler, 2021). İkinci olarak, hekimin sorumluluğu fikrinden sıyrılıp hasta hakları bilincine kavuşulması ancak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin çıkartılması ile mümkün olabilmiştir (Günler, 2021). Keza şu husus vurgulanmalıdır ki, hasta haklarının güvence altına alınabilmesi ancak günümüzün ihtiyaçlarını karşılayabilecek güncel ve etkili kanunlarla mümkündür.

Mevzuatta aydınlatılmış onam kavramına terim olarak doğrudan rastlamak güç olsa da anlam ve içerik olarak 1928'lerde dahi aydınlatılmış onamın varlığından söz edilebilir. Mevzuatta rıza ve bilgilendirme konuları çoğunlukla ayrı ele alınmış ve ağırlıklı olarak rızaya daha çok önem verilmiştir. Oysa aydınlatma bir tıbbi müdahaleye rıza göstermenin ön şartıdır. Yine de pek çok tıbbi müdahale bakımından özel olarak aydınlatılmış onamın arandığını görmek umut vericidir. Bu doğrultuda aydınlatılmış onamın da genel çerçevesinin çizildiği temel bir düzenleme yapılması ve özellikli tıbbi müdahaleler için ise ancak genel kuraldan ayrılan mevzuların özel mevzuata konu olması isabetli olacak ve özellikle terim birliğinin

sağlanmasına hizmet edecektir. Ayrıca yeni düzenlemelerde insan onuru ve insan hakları vurgusunun daha net yapılması, aydınlatılmış onam ile ilişiği kurulan yaşama hakkı, sağlık hakkı, mahremiyetin korunması hakkı, kendi geleceğini tayin hakkı gibi haklara da yer verilmesi hem tıp-hukuk iş birliğine neden ihtiyaç duyulduğunun hem de aydınlatılmış onamın amacının anlaşılması ve aydınlatılmış onamın bir imzaya indirgenmemesi bakımından önemlidir (Günler, 2021).

2.3.Aydınlatılmış Onamın Konusu, Kapsamı, Amacı, Türleri ve Yerine Getirilmesi

Aydınlatılmış onamın tanımı, ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde yer alış tarihçesi ile ilgili ayrıntıların anlatılmasından sonra hastanın aydınlatılmış onamının alınmasının amacı, hastanın tıbbi müdahale ile ilgili hangi kapsamda aydınlatılması gerektiği bir başka deyişle aydınlatmanın konusu ve en sonunda kimlerin aydınlatılmış onamının alınması gerektiği ile aydınlatmanın şekli konularına değinmek gerekmektedir.

2.3.1. Aydınlatılmış Onamın Konusu ve Kapsamı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan 15. maddede, bilgilendirmenin kapsamı başlığı altında; *"hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir."* denilmek suretiyle aydınlatmanın hangi konularda yapılması gerektiği ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Türk Tabipler Birliği tarafından 1 Şubat 1999 tarihinde yayınlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde; *"hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır."* denilerek benzer şekilde aydınlatma konuları açıklanmıştır.

Aydınlatmanın kapsamı konusunda hukukumuzda yer alan genel düzenlemelerden biri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almakta olup, işbu maddeye göre, hekim kural olarak, hastanın maneviyatı üzerinde kötü bir etkide bulunmaması şartıyla teşhise göre alınması gerekli tedbirleri hastaya açıkça söylemek zorundadır. Ancak Nizamname'nin bu maddesinden aydınlatmanın kapsamı hususunu bütünüyle çıkarabilmek pek mümkün değildir (Ayan, 1991).

Mevzuatta hekimin hastasını ne ölçüde bilgilendirmesi gerektiği açıklanmasa da, aydınlatma kapsamının hastanın ve müdahalenin özelliklerine göre değişebileceği belirtilmektedir. Hekim, hastanın kararını etkileyebileceğini düşündüğü her şeyi hastasına aktarıp, o konuda bilgi vermelidir (Oral, 2011). Ancak ayrıntılı bilgilendirmenin hastada kafa karışıklığı yaratabileceği, hatta hastanın meydana gelebilecek olumsuz sonuçlardan korkup tıbbi müdahaleyi reddedebileceği durumlar ortaya çıkabilmektedir (Casap, Alterman, Sharon, Samuni, 2008). Bu nedenle, bir hastanın ortalama bilmek isteyeceği kadar aydınlatma yapılması gerektiğini savunan düşünceler olsa da, genel kanı hekimin hastanın eğitim durumunu, sosyokültürel durumunu, mental kapasitesini, ruh halini ve önceliklerini göz önünde bulundurarak, hastalığın ve müdahalenin doğurabileceği negatif sonuçların hasta için önemini değerlendirmesi ve hastayı bu çerçevede bilgilendirmesi gerektiği yönündedir (Hakeri, 2019/Özcan,2008).

Nitekim, hastanın aydınlatılması konusunda bazı kriterler bulunmaktadır. Bunlar arasında üç kriter öne çıkmakta olup, bunlardan ilki hastaya tıbbi müdahale neticesinde karşılaşabileceği riskler konusunda istatiksel bilgilerin verilmesidir. Bu duruma örnek olarak; riskin yüzde veya binde kaç ihtimalle gerçekleşebileceği konusunda bir oran verilerek hastanın aydınlatılması gösterilebilir (Hakeri, 2019). Diğer bir kriter ise, hastanın tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkacak riskin ağırlığı konusunda aydınlatılmasıdır (Ozanoğlu, 2003). Üçüncü kriter ise, hastanın kişisel kişisel durumu dikkate alınarak onun durumuna uygun olan bilgilendirmenin yapılmasıdır (Ozanoğlu, 2003).

2.3.2.Aydınlatılmış Onamın Amacı

Aydınlatılmış onamdan beklenen olumlu sonuçlar; hastalar başta olmak üzere sağlık hizmeti süjelerinin korunması, zorlama ve aldatmaların önlenmesi, sağlık çalışanlarınca özdenetimin cesaretlendirilmesi, rasyonel kararlara öncelik verilmesi ve halkın sağlık hizmetlerine dâhil edilmesi olarak sıralanabilir (Özcan, 2008). Hekim-hasta ilişkisini geliştirmek ve iyileştirmek, tıbbı gizeminden arındırmak, malpraktis davalarında iletişim eksikliği ve buna bağlı diğer risk faktörlerinin önüne geçmek yine aydınlatılmış onamın amaçları arasında sayılabilir (Berg, 2011).

Aydınlatmanın başka bir amacı da hastanın hekim ile olan işbirliğini ve bu işbirliğine yönelik yatkınlığını arttırmaktır. Zira aydınlatmanın yapılması akabinde tedavi imkanlarından ve seçeneklerinden haberdar olan hastanın, kendisine iyi gelebilecek müdahale seçeneklerinden mahrum kalma veya yanlış kullanım sonucu bir ilaçtan zarar görme ihtimali de azalış olacaktır (Erman, 2003).

Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki, aydınlatılmış onam politik bağlamda sadece yüzeysel olarak varlık gösterebilmiştir. Bunun sebebi tarihsel olarak tabip birliklerinin lobicilik faaliyetlerinde bulunurken bu konuyu ancak yasama organlarında hekimlerin malpraktise yönelik sigortalarının tutarlarının ne kadar yükseldiği tartışılırken gündeme getirmesidir (Katz, 2002). Hastalardan gelmesi gereken bir talep olması beklenirken daha çok hekimler tarafından savunulması aydınlatılmış onamın bir hasta hakkı olarak kabul görmesinden ziyade hekimin sorumluluğunu sınırlandırmaya hizmet ettiği yönünde bir anlam kazanmaya başlamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1982 senesinde yapılan bir çalışmaya göre halkın beşte biri aydınlatılmış onamın ne olduğunu bilmezken kalan dörtte beşi de aydınlatılmış onamın hekimleri davalardan korumak için alındığına inanmaktadır. Ancak, hastaların %65'i, hekimlerin de %64'ü aydınlatılmış onamın iletişime yararı olduğunu düşünmektedir. O halde, aydınlatılmış onamın bir hasta hakkı olarak tanınmadığı dönemlerde dahi yukarıda sayılan amaçların bir kısmına hizmet ettiği ve yararlı bir uygulama olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, aydınlatılmış onamın bir hasta hakkı olarak tanınması ile kendisinden beklenen tüm faydaları gerçekleştireceği açıktır.

2.3.3. Aydınlatmanın Türleri

Doktrinde aydınlatmanın türleri olduğundan bahsedilmekle bunların başlıcaları; tedavi (güvenlik) aydınlatması ve otonomi (karar) aydınlatması (teşhis, süreç, riziko aydınlatmaları) olmakla, çalışmamızda başlıca aydınlatma türlerinden olan işbu aydınlatma türleri üzerinde duracağız.

2.3.3.1. Güvenlik (Tedavi, Koruma) Aydınlatması

Bu aydınlatma türü diğerlerinden farklı olarak hastanın onamının alınmasına yönelik değildir. Bu aydınlatma şeklinde hastanın sağlığı ile ilgili menfaatlerinin gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Bununla ilgili olarak, güvenlik aydınlatmasının amacı, hastaları sağlıkları, tedavi süreci ve kullanacağı ilaçların yan etkileri konularında aydınlatarak tedavinin müspet sonuçlanması gayesiyle hastanın belirli bir şekilde davranmasını ve belli kurallara uymasını sağlamaktır. Dolayısıyla, tedavi aydınlatmasında tedaviye dair düşünceler önemli bir rol oynamaktadır (Subaşı, 2016).

Hekim hastayı hastalıklardan korunmasına yardımcı olacak yaşam şeklini, beslenme düzenini belirlemek için hastalığını ve hastalığının gidişatını açıklamalı; kullanacağı ilacın dozunu, vücudunun kaldıramayacağı yönlerini ve yan etkilerini de açıklamalıdır. Tıbbi müdahalede bulunulması durumunda, hastada tıbbi müdahale sonrasında hangi tür komplikasyonların meydana gelebileceği ve bunları nasıl anlamlandırabileceği konusunda da bilgilendirmelidir (Hakeri, 2013).

Hastanın operasyona rıza göstermemesi durumunda, hekim hastayı ikna etmek için operasyonun yapılmaması halinde gerçekleşmesi muhtemel olumsuzluklar hakkında gerekli uyarıları gerekli uyarıları yapmak suretiyle çaba göstermek zorunluluğu bulunmaktadır. Hekimin bu uyarıyı yapmaması halinde sözleşmeden kaynaklanan hastanın bakımı yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacak ve hekim tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalabilecektir.

Hasta tarafından olması gereken zamandan önce tabur olunmak istenirse hekim erken taburcu olmanın muhtemel zararları konusunda hastayı asgari düzeyde aydınlatması gerekir. Dolayısıyla, muhtemel komplikasyonlar erken zamanda belirlenerek önlenebilir veya tedavi

edilebilir. Böyle bir bildirimin ihlali, hekime yüklenen özen yükümlülüğünün ağır bir ihlali neticesini doğuracaktır (Hakeri,2013).

2.3.3.2. Otonomi (Karar) Aydınlatması

Otonomi bir başka deyişle karar aydınlatması, hastanın özgür iradesi ile tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmayacağı konusunda karar vermesini ve onamının sağlıklı şekilde alınmasını amaçlar. Bu tür aydınlatma kapsamında hastanın teşhis, tedavi süreci ve rizikolar hakkında aydınlatılması gerekir.

2.3.3.3. Teşhis Aydınlatması

Hastanın sağlığıyla ilgili bir şikâyeti ile ilgili hekime başvurması üzerine hekim tarafından hastanın muayene edilmesi neticesinde hastadaki tıbbi bulguları ve tanıyı açıklaması bir teşhis aydınlatmasıdır (Hakeri, 2013). Bu tür aydınlatmada hekim hastaya hastalığının sebeplerini, etkilerini, olası neticelerini ve hangi seyirde ilerleyeceğini açıklar (İpekyüz, 2006). Teşhis aydınlatmasının, hastanın kendi sağlığı hakkında en doğru kararı verebilmesi ve hastalığına karşı alması gereken savunma önlemlerini alabilmesi için de mühim olduğu kabul edilmektedir (Aydın, 2003).

Hekim ölümcül olup olmadığı fark etmeksizin kural olarak koyduğu teşhisle ilgili olarak hastasını bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hasta ancak bu şekilde mevcut hastalığının tedavisi, alternatif çözümler ve tehlikeleri konusunda sağlıklı bir tasavvura sahip olabilir. Ancak hastanın aydınlatılması halinde psikolojik açıdan büyük bir baskı altına girme tehlikesinin olması, hastalığı ile ilgili zararların artacak olması ve üçüncü kişilerin de bu nedenle tehlikeye girmesi gibi durumların söz konusu olması halinde hekimin hümanist sebeplerle teşhis aydınlatmasında bulunmayabileceği kabul edilmektedir (Subaşı, 2016). Dolayısıyla bunun gibi çok istisnai hallerde, hastaya hastalığının ciddiliği konusunda bilgi verilmesi koşuluyla teşhis aydınlatması tedavi amacıyla sınırlandırılabilir veyahut aydınlatmadan tamamen vazgeçilebilir (Hakeri, 2010).

Bununla beraber, hekim kural olarak hastasını şüpheli olan kesinleşmemiş, ispatlanmamış teşhislerle rahatsızlık duymamasına özen göstermeli, aydınlatma esnasında

dikkatli ve özenli davranmalı, teşhis anında edindiği bilgi düzeyinin geçici olduğunu ve bu teşhisin değişebileceğini özellikle açıklamalı ve vurgulamalıdır (Hakeri, 2010).

2.3.3.4. Tedavi (Süreç) Aydınlatması

Hastanın hekime başvurması neticesinde hekim tarafından hastanın rahatsızlığı ile ilgili teşhiste bulunulduktan sonra hastadaki rahatsızlığı nedeniyle uygulanması gerekli olan tıbbi müdahalenin türü, şekli, ne zaman yapılması gerektiği, ne kadar gerekli olduğu, izlenecek usul ve yöntem, bu tedavi usul ve yönteminin başarı ve risk oranları, tedavi sürecinde uyulması gereken kurallar, müdahale öncesi ile müdahale sonrası durumu hakkında bilgilendirilerek hastada bir fikir oluşmasına yardımcı olunması tedavi aydınlatması kapsamında yapılan aydınlatma türüdür (Hakeri, 2010).

İşbu süreç aydınlatması kapsamında hasta kendisi üzerinde gerçekleştirilecek olan tedavi hakkında esaslı bir şekilde ana hatlarıyla aydınlatılmalıdır. Burada önemli olan nokta hekimin hasta üzerinde gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin kesin sonuçları konusunda bilgilendirmede bulunması gerektiğidir. Örneğin operasyondan sonra neşter izinin kalacağı, rahmin alınması neticesinde kişinin gebe kalınmasının artık olanaksız olacağı, dişin çekilmesi halinde ısırmada zorluklar yaşanacağı açıkça anlatılmalıdır (Ayan, 1991).

Tıbbi müdahalenin başarı ve başarısızlık oranlarının da anlatılması tedavi aydınlatmasına dâhil zorunlu olarak açıklanması gerekenler arasındadır. Burada önemle belirtmek gerekir ki, bir operasyon gerçekleştirilecek olması halinde hekimin tedavi aydınlatmasını daha ayrıntılı olarak izah etmesi gerekmektedir. Böylelikle hastanın herhangi bir yanılgıya kapılmadan tüm neticelerin farkında olacak şekilde ameliyata onay vermesi sağlanmalıdır (Özbilen, 2013).

Tedavi aydınlatması kapsamında kalan diğer bir önemli konu da hastanın tıbbi standartlar içerisinde kalan tedavi seçenekleri hususunda aydınlatılmasıdır. Hastaya rahatsızlığını tedavi edebilecek olası yöntemleri, örneğin klasik bir tedavi, ameliyat, ilaç veyahut ışın tedavisinin yapılabileceği açıklanmalıdır (Erman, 2003).

Bunun yanı sıra, hekim tedavi aydınlatması kapsamında, kullanılması gereken ilaçlardan kaynaklanabilecek yan etkiler konusunda, uygulanacak ilaçların tehlike oranları hakkında hastaya gerekli açıklamaları yapmakla yükümlüdür.

2.3.3.5. Riziko Aydınlatması

Bedeni üzerinde karar verme ve geleceğini tayin etmek hakkına sahip olan hastanın, üzerinde ne tür bir tıbbi müdahale uygulanacağını her yönüyle öğrenmesi ve bunun farkında olması bakımından, gerçekleştirilecek operasyonun veyahut tıbbi herhangi bir müdahalenin başarısızlık olasılığı ve bu durumun bedeni üzerinde ne türden bir etkiye sebep olabileceği konularında hasta bütün açıklığıyla bilgilendirilmelidir (Erman, 2003). Her ne kadar hekim tıp biliminin öngördüğü kurallarına uygun şekilde tıbbi bir müdahalede bulunmuş olsa dahi, her tıbbi müdahale neticesinde beklenmeyen birtakım neticeler gelişebilmekte ve komplikasyonlar meydana gelebilmektedir. Bu yüzden hekimin, meslek kuralları çerçevesinde tıp bilimindeki mevcut bilimsel ve teknik gelişmeleri de dikkate alarak uygulanacak tıbbi müdahale hakkında asgari düzeyde de olsa bilinmesi gereken olası yan etkiler konusunda hastayı bilgilendirmesi gerekmekte olup, bu hususları kapsayan aydınlatma türüne riziko aydınlatması denilmektedir.

Nitekim riziko aydınlatması konusu günümüzde birçok tıbbi ve hukuki sorunun temel sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Zira, riziko aydınlatmasının ne ölçüde yapılması gerektiği ve hangi hususların aydınlatılması gereken rizikolar kapsamında olduğu en çok tartışılan problemlerden arasındadır (Ozanoğlu, 2003).

Nitekim, Yargıtay tarafından bu konuda verilen kararlara bakıldığında çok düşük ihtimalle rastlanılan riskler konusunda da hekimin rizikonun bulunduğu konusunda hastayı aydınlatması gerektiğine karar verilmektedir *(Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 07.03.1977 tarihli 6297/ E., 2541 K. sayılı kararı, Çevrimiçi, http://www.kazanci.com/).*

Dolayısıyla bu görüş, işbu çalışmamda ve doktrinde bazı yazarlar tarafından da aydınlatmanın kapsamının hekimi çok ağır bir yük altına sokacağı, aydınlatılması gereken hususların aşırı oranda genişletilmiş olacağı gerekçeleri ile sıklıkla eleştirilmektedir (Hakeri, 2010/Bayraktar, 1972).

2.3.4. Aydınlatılmış Onamın Yerine Getirilmesi

2.3.4.1. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılacak kişi, kural olarak hastanın şahsen kendisi olmakla birlikte hastanın, kendisi yerine bir başkasının aydınlatılmasını isteme hakkı da bulunmaktadır. Hastanın bilgilendirilme konusunda bir vekil tayin etmesi halinde vekil, hastanın bilgi edinme hakkı kapsamında hastanın uygulanacak tedavi konusunda karar vermesini sağlayacak ve yardımcı olacak her türlü bilgiyi hekiminden anlaşılır bir şekilde almaya yetkili olacaktır.

Bu husus, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan 18. maddede; *"hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir."* şeklinde düzenlenmiş, hekimin böyle bir talebi kayıt altına alarak, ileride doğabilecek iddialara karşı aydınlatmayı ispat açısından kanıt oluşturması gerektiğine vurgu yapılmıştır (Oral, 2011).

Aydınlatılmış onamın bir insan hakkı olduğu dikkate alındığında ayırt etme gücünden yoksun kişilerin aydınlatılmış onam hakkından da yoksun oldukları düşünülemez. Bu kapsamda, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin aydınlatılmış onam hakkının kullanımında bir aracıya ihtiyaç duyacağı kuşkusuzdur. Hekimlerce yapılan bilgilendirmelerin ilişkinin karşı tarafındaki hastalarca anlaşılmış olması büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle aydınlatılmış onamı alınacak kişinin ayırt etme gücünün olması gerektiği aranmaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun kişiler üzerinde uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatmanın kanuni temsilcilere yapılması ve onların onamının alınması gündeme gelmektedir (Özdemir, 2001).

Temyiz kudretine sahip çocuk ya da kısıtlılar açısından ise her somut olayın özellikleri ayrı ayrı değerlendirilerek aydınlatılmış onamı alınacak kişi belirlenmelidir (Özcan, 2008). Ancak özerklik ilkesi gereğince tıbbi müdahalede bulunulacak çocuk ya da kısıtlının aydınlatılması ve iradesinin öncelikli olarak dikkate alınması önem taşımaktadır. Bunun için çocuk ve kısıtlıların aydınlatılmış onam süreçlerine daha sağlıklı bir şekilde katılımlarını sağlayacak destek mekanizmaları devreye sokulabilir.

Hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde tıbbi müdahale ile ilgili olarak hastanın velisi veya vasisinin aydınlatılması gerekmekte ise de hastanın küçük veya kısıtlı da olsa temyiz kudretine sahip olması halinde hastanın kanuni temsilcisinin yanında kendisinin de bilgilendirme, aydınlatılma ve onam süreçlerine katılımının sağlanması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. bölümünde yer alan 24. maddede; *"kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır."* denilmekle bu gereklilik belirtilmiştir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'da yer alan 7. maddede; organ veya doku alacak tabiplerin, donörü aydınlatması gerektiği, donörün evli olması durumunda eşinin organ veya doku verme kararı hakkında bilgisinin olup olmadığının araştırılması ve tutanakla tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Bu konuya ilişkin uygulamada en çok karşılaşılan problemlerden biri hasta yerine hasta yakınlarının aydınlatılmış onamının alınmasıdır. Hastanın psikolojik durumu ya da hastalığının ciddiyeti sebebiyle başvurulan bu usul, hastadan aydınlatılmış onam alınmasının yerine geçemez. Buna göre hastanın eşinin, çocuklarının ya da anne babasının aydınlatılması verilen onamı geçerli kılmayacağı gibi hasta yakınlarına aydınlatma yapılarak hastanın kendisine anlatılacakların hasta yakınlarının takdirine bırakılması kabul edilemez (Hakeri, 2021). Nitekim yargı kararlarında da hasta yakınlarına yapılan aydınlatma ile aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği vurgulanmakta olup, aydınlatılmış onam formunda hasta yerine yakınlarının imzasının bulunmasının da hekimin sorumluluğunu gündeme getireceği ifade edilmektedir. Nitekim, bu hususa ilişkin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından verilen 23 Aralık 2013 tarihli ve 2013/3720 Esas sayılı kararda, 16 yaşında olan bir hastaya uygulanacak tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatılmaksızın yalnızca ebeveyninden rıza alınmasının hukuka aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir. Yine benzer şekilde, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.06.2020 tarihli ve 2018/4570 E. sayılı kararında hastaya imzalatılma imkânı varken hastanın oğluna imzalatılan aydınlatılmış onam formunun hekimin hastaya karşı olan aydınlatılmış onam yükümlülüğünü yerine getirdiğini belgelemediği için hekimin sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.

Öte yandan, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2020 tarihli ve 2017/8515 Esas sayılı kararında vurgulandığı üzere hastanın kendisi dışında bilgilendirilecek kişileri belirlemesi ve bir vekil ataması mümkündür.

HIV/AIDS teşhisi konulduğu hallerde ise hekimin hastanın ilgili yakınlarını (Hastanın eşi, cinsel partneri, ortak uyuşturucu kullandığı kişiler) bilgilendirme yükümlülüğü ancak aynı hekim HIV/AIDS teşhisi konulan kişinin bu yakınlarının da hekimi olması durumunda söz konusu olabilmektedir (Hakeri, 2010). Ancak, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamaya bakıldığında ise HIV hastalarının hastalığını bulaştırabileceği kişilerin hekim tarafından uyarılması durumunda hukuki ve cezai olarak bir sorumluluklarının söz konusu olmayacağını düzenleyen yasalar olduğu gibi bazı eyaletlerde bunu yükümlülük olarak düzenleyen yasalar da bulunmaktadır.

2.3.4.2. Aydınlatma Yükümlüsü

Bir tıbbi müdahale öncesinde hastanın aydınlatılması konusunda yükümlülük kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin üzerindedir (Aşçıoğlu, 1993). Ancak aydınlatma yükümlülüğünün TBK'nın 116. maddesi kapsamında geçen ifa yardımcısı sayılan hekimler tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür (Hancı, 2006). Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, hekim dışındaki diğer sağlık personellerine aydınlatma yükümlülüğünün devri hukuken mümkün bulunmamaktadır.

Ancak, hekimler dışında sağlık personellerinin de hukuken yetkili oldukları ve yapabildikleri tıbbi müdahale ve işlemlerle ilgili hastayı hem bilgilendirme ve onam alma yetkisi hem de yükümlülükleri bulunduğu doktrinde savunulmaktadır. Örneğin hemşire bir kan anla işlemi esnasında yapacağı işlem ve varsa rizikoları konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır (Hakeri, 2010).

Bunun yanı sıra, hastanın tedavisi farklı uzmanlık dallarından hekimler tarafından yerine getiriliyorsa, bu durumda hekimlerden her biri kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili hastayı aydınlatmakla mükelleftir. Keza, bir operasyon birden fazla hekim tarafından grup halinde birlikte gerçekleştirecek ise aydınlatma görevi öncelikle operatöründür ancak örneğin anestezi yapılacak ise ayrıca anestezist tarafından da yapacağı işlem konusunda aydınlatma gerçekleştirilmelidir (Aşçıoğlu, 1993).

2.3.4.3. Aydınlatılmış Onamın Şekli

Aydınlatılmış onamın şekli açıklanırken aydınlatmanın şekli ve onamın şekli üzerinde ayrı ayrı durmak gerekmektedir. Aydınlatmanın şekli bakımından hukuk sistemlerinde üç farklı görüş yer almaktadır. Bunlar; aydınlatmanın yazılı yapılmasını savunan görüşler, sözlü yapılmasını savunan görüşler ve hem yazılı hem sözlü yapılmasını savunan görüşler olarak sınıflandırılabilir. Aydınlatma form ve broşürler aracılığıyla yazılı olarak gerçekleştirilebilir. Her ne kadar bu yöntem hekim açısından ispat kolaylığı sağladığı için tercih edilmekte ise de hekim ile hasta arasında güvene dayalı bir iletişim kurulmasının önüne geçeceği, kişisel ve her bir durum için yeterli ve gerekli derinlikte ve ayrıntıda olamayacağı için ayrıca eleştirilmektedir. Bu sebeple kullanılacak usullerin her bir hastaya, onun teşhis ve tedavisine özgülenmiş olması önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, sözlü aydınlatmalar daha çok ön plana çıkmakta ve kullanılmaktadır.

Hastanın ihtiyaçlarına göre temel konulardan detaylara doğru genişleyecek ayrıntılı bir aydınlatma ile yeterli bilgi düzeyine ulaşması, psikolojik durumu ve hastadan edinilen izlenime ve hastadan gelen sorulara göre detaylandırmaya devam edilmesi veya son verilmesi, hastanın sorularına anlaşılır cevaplar verilmesi ancak sözlü bir aydınlatma ile mümkün olabilmektedir (Erman, 2003).

Sözlü aydınlatmaya bir hazırlık teşkil etmesi ve katkıda bulunması amacıyla yazılı ve sözlü aydınlatmanın bir arada yapılması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Burada tavsiye edilen şudur ki; önceden hazırlanan formlar ve broşürler aracılığıyla hastaya temel bilgiler verilmekte daha sonra sözlü açıklamalarla aydınlatmanın kapsamı genişletilerek hastanın soruları cevaplandırılmaktadır.

Formlar ne kadar şahsa özel düzenlenmişse ispat açısından o kadar güçlü olacaktır (Hakeri, 2012). Son zamanlarda aydınlatmanın şekli konusunda elektronik aydınlatma formları ile hastaların aydınlatılıp imzalarının alınması şeklinde uygulama da gündemdedir. Bir hukuki düzenleme ile özel bir şekil şartı aranmayan basit müdahaleler bakımından aydınlatılmış onamların elektronik formlar ile cep telefonları ya da bilgisayarlar üzerinden alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Türk hukuku başta olmak üzere çoğu hukuk sisteminde onamın şekli bakımından ise yine şekil serbestisi benimsenmiştir. Kural bu olmakla birlikte bazı özellikli durumlarda ise aydınlatılmış onamın yazılı olarak alınması gerektiği yasal olarak düzenleme altına alınmıştır. Örnek olarak; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da yer alan 70. maddede büyük cerrahi müdahaleler bakımından, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde organ ve doku alınması bakımından, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ise 13. maddesinde rahim tahliyesi bakımından yazılı onam alınması kuralı bulunmaktadır. Hastanın onamı hangi şekilde alınmış olursa olsun hasta onamını herhangi bir şekle bağlı olmaksızın geri alabilecektir (Özcan, 2008).

Hasta Hakları Yönetmeliğinde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikler kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili yeni hükümler de getirilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Yönetmeliğin rıza formu başlıklı 26. maddesinde *"Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır."* şeklindeki madde hastanın yazılı şekilde aydınlatılması gerektiğini, dolayısıyla onam formunda aydınlatmayla ilgili bilgilerin Yönetmeliğin 15. maddesinde yer aldığı şekliyle düzenlenmesi ve hastanın yazılı şekilde de bilgilendirilmiş olması gerektiğini akla getiriyor ise de bu düşünce yerinde değildir. Zira, aydınlatmada şekil serbestisi esastır.

Nitekim, hastanın aydınlatılması sırasında hastanın yaşı, psikolojik durumu, eğitim düzeyi gibi özellikleri de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hekim aydınlatmada bulunurken teknik ve tıbbi terimler ve ifadeler yerine hastanın anlayabileceği şekilde bir üslup tercih etmesi gerekir. (Gökcan, 2014)

Son olarak önemle belirtilmelidir ki, aydınlatılmış onamın usulüne uygun bir şekilde alınıp alınmadığı konusunda ispat yükü hekimdedir. Fransa Yargıtayı'nın 1997 yılından önce bu yükümlülüğün hastaya ait olduğuna ilişkin içtihadı bulunmaktadır (Hakeri, 2021). Buna rağmen, hekimlerden tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmelerinin önüne geçecek derecede abartılı taleplerde bulunulmasına da izin verilmemelidir. Bunun yolu ise aydınlatılmış onamın hekimin her an sorumluluğuna sebebiyet verebilecek bir tehdit unsuru olarak görülmesi değil bir insan hakkı olarak algılanıp gereklerinin samimi bir şekilde yerine getirilmesinden geçmektedir.

Bu noktada önemle üzerinde durmak gerekir ki, hastanın rahatsızlığı konusundaki özel durumu dikkate alınmaksızın formalite icabı hazırlanan ve genel bilgiler içeren matbu aydınlatma veya onam formlarının hastaya imzalatılması halinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirdiği söylenemeyecek ve hekimin aydınlatmadaki eksiklikten kaynaklı olarak kusuru söz konusu olabilecektir (Aşçıoğlu, 1993).

2.3.4.4. Aydınlatmanın Zamanı

Hekim kural olarak aydınlatmayı tıbbi müdahale öncesinde yerine getirmelidir. Nitekim, hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleden ne kadar süre önce aydınlatmanın yapılması gerektiğiyle ilgili kesin bir düzenleme bulunmamakta ise de, doktrinde hastanın kendisine uygulanacak olan ya da uygulanabilecek diğer tıbbi müdahaleler ile ilgili olarak sakin bir şekilde düşünebileceği ve sağlıklı karar verebileceği, yakınlarına veya diğer güvendiği kimselere de danışma fırsatının olacağı ve sonuçta serbestçe ve özgürce rahat bir şekilde karar verebileceği bir süre bırakılarak aydınlatmada bulunulmasının uygun olacağı düşünülmektedir (Ayan, 1991).

Ayaktan uygulanan tedaviler açısından ise aydınlatmanın zamanı konusunda genellikle hukuka aykırılıklar meydana gelebilmektedir. Zira, bu gibi hallerde aydınlatma müdahale gününde ve müdahalenin hemen öncesinde yapılmakta ve hasta da üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahale işlemini artık durdurup değiştiremeyeceği izlenimine kapılmakta olduğundan bu durumda aydınlatmanın zamanında yerine getirilmediği sonucuna varılmalıdır.

Ancak, genel anlamda aydınlatmanın yapıldığı zaman ile hastanın onam vermesi arasında geçmesi gereken süre gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin ivediliğine göre değişiklik arz edecektir (Özsunay, 1982).

2.3.5.Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

2.3.5.1. Acil Tıbbi Müdahaleler

Hastanın onamının alınması olanağının bulunmadığı, bilinci açık olmayan hastaya yaşamı ve sağlığı için acil tıbbi müdahale gereken durumlarda hekimin aydınlatma

yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örnek olarak, nefes borusu tıkandığı için bilincini kaybeden hastanın hayata döndürülebilmesi amacıyla nefes borusuna delik açılması halinde, bu müdahaleyi yapan hekimin aydınlatma yükümlülüğü de ortadan kalkmaktadır (Reisoğlu, 1982).

Vakit kaybedilmeksizin veya çok kısa bir süre içerisinde tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın yaşam tehlikesinin doğabileceği veya önemli bir rahatsızlığa yakalanabileceği ya da kalıcı bir eksikliğin olabileceği haller acil hal olarak tanımlanabilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/3. maddesinde de bu konu düzenleme altına alınmıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, acil hallerde aydınlatma yükümlülüğü müdahalenin başlangıcında olmamakla birlikte, müdahalede bulunulduktan sonra şuuru yerine gelen hastaya veyahut yakınlarına müdahalenin nedenleri, neticeleri ve tedavi süreci ile ilgili olarak aydınlatmada bulunulması gerekmektedir.

2.3.5.2. Aydınlatmanın Tedaviyi Olumsuz Etkilemesi

Hekimin aydınlatmada bulunması halinde hastanın tedavisinin olumsuz etkilenmesi riski bulunmaktaysa hekimin aydınlatma yükümlülüğü sınırlandırılabilir (Özsunay, 1982).

Dolayısıyla, hekimin hastayı aydınlatması, hastanın sağlığına, yaşamına ya da psikolojik durumuna, hastalığa karşı direncine kötü bir etkide bulunması söz konusu olacak ise, hekimin aydınlatmadan bulunmayabileceği kabul edilmektedir. Bu duruma tedavi ayrıcalığı adı verilmektedir (İpekyüz, 2006). Kanser gibi hastalıklar böyle bir duruma tipik örnek olarak gösterilmektedir.

Bu durumda, hekim meydana gelebilecek riskleri asgari düzeyde anlatmalıdır. Nitekim, tedaviyi olumsuz etkilemesi durumunda tanı veya bulguların hastaya bildirilmemesine olanak tanıyan düzenlemeler Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2. maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde yer almaktadır.

Neticede hekim, hastalığın durumu ve özellikleri, hastanın psikolojik yapısı ve sağlık durumu gibi faktörleri nazara alarak hastanın menfaatine en uygun tercihte bulunmak amacıyla aydınlatmada bulunup bulunmayacağına karar verecektir. Böylelikle de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceğine karar verecektir.

2.3.5.3. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hukuka ve ahlaka aykırı olmaması koşuluyla hastanın Türk Medeni Kanunu'nun 23/2 maddesi doğrultusunda aydınlatılmaktan vazgeçme hakkı bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir (Zeytin, 2007/Özsunay, 1982). Nitekim, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bulunan konular hakkında hasta bilgi sahibi olmak yerine, bu konudaki seçimi hekimine bırakma hakkının bulunduğu şüphesiz kabul edilmelidir (Ayan, 1991).

Ancak hastanın bu vazgeçme hakkını kullanabilmesi ve hukuken geçerli olacak şekilde aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırabilmesi için hastanın ayırt etme gücüne bulunması ve özgür iradesi ile işbu aydınlatmadan vazgeçmesi gerekmektedir (Ayan, 1991/ Zeytin, 2007).

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "bilgi verilmesini yasaklama" başlıklı 20. maddesinde de vazgeçme hakkı düzenleme altına alınmıştır. Yine Yönetmeliğinin 20. maddesinde 08.05.2014 tarihinde yapılan değişiklikle vazgeçmenin ancak açık ve yazılı şekilde yapılabileceği hükmü getirilmiştir. Bahse konu yeni düzenlemeye göre hasta vazgeçme iradesini istediği zaman geri alabilir, değiştirebilir ve tıbbi müdahale ile ilgili bilgi talep edebilir.

Aydınlatmadan vazgeçmenin kapsamı konusunda ise, hastanın aydınlatılmadan vazgeçmesinin yaşama ilişkin durumlarda geri dönülmez neticeler barındıran tıbbi müdahaleler ile tıp biliminin standartları dışında kalan tıbbi müdahalelerde imkansız olduğu savunulmaktadır (Hakeri, 2010).

2.3.5.4. Hastanın Tıbbi Müdahale İle İlgili Olarak Önceden Bilgisinin Bulunması

Hasta, üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahale ile ilgili olarak daha önce okuduğu kitaplar veya broşürler, mesleği, tecrübeleri tıbbi müdahale öncesinde başka bir hekim tarafından aydınlatılmış olması, müdahalenin özellikleri gibi sebeplerle bilgi sahibi olabilir. Ancak, hekimin her somut olay açısından, aydınlatmanın yeniden gerekip gerekmediğini özenle araştırması gerekmektedir (İpekyüz, 2006).

Bu konuda önemle belirtmek gerekir ki, hastanın hekim olduğu tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığının söylenebilmesi mümkün değildir. Zira, tıbbi

müdahalede bulunacak olan hekimin hastası olan hekimin o tıbbi müdahale ve riskleri konusunda bilgi sahibi olduğundan emin olması gerekir. Özellikle hekim olan hastanın uzmanlık alanı dışındaki bir uzmanlık dalına ilişkin bir tıbbi müdahale gerçekleştirilecek ise veyahut hastanın müdahale konusunda bilgi sahibi olmadı yönünde bir şüphe bulunuyorsa, müdahalede bulunan hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı söylenemez (Hakeri, 2010).

Kanaatimce, hastanın sarih bir şekilde tıbbi müdahale konusunda bilgi sahibi olduğunu ayrıca bilgilendirme istemediğini belirtmedikçe bilhassa önemli konularda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı kabul edilmelidir.

2.3.5.5. Aydınlatmanın Uygulanamaz Hale Gelmesi

Hastanın çaresi olmayan bir hastalığa yakalanması, tıbben rahatsızlığını giderecek bir imkânın bir umudun kalmaması gibi hallerde hastaya yalnızca acılarını azaltmak amacıyla tıbbi müdahalelerde bulunulabilmekte olup, bu gibi durumlarda hasta üzerinde sırf acılarını azaltmak maksatlı gerçekleştirilen müdahale ve işlemler hakkında ayrıca bilgilendirme yapılması yükümlülüğünün bulunmadığı doktrinde kabul edilmektedir (Ayan, 1991).

2.4. Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlalin Hukuki Sonuçları

Hekim ile hasta arasında imzalanan tedavi sözleşmesi, nitelik olarak hekimin iş görme borcu altına girdiği bir borçlar hukuku sözleşmesi olup, burada hekimin ifa yükümlülüğü tıbbi müdahale ve tedaviyi gerçekleştirmektir. Öğretide yer alan ağırlıklı görüşe göre işbu sözleşme bu bir vekâlet sözleşmesidir. Tandoğan'ın görüşüne göre ise, konunun insan emeği olduğu tüm sözleşmeler, eğer özel olarak düzenlenmiş olan bir sözleşme tipi içerisinde yer almıyorsa, vekâlet hükümlerine tabiidir. Hekimin ana yükümlülüğü hastayı tedavi etmektir. Ancak hekim tarafından yalnızca ana yükümlülüğün gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, yan edim yükümlülüklerinin de hekim tarafından hukuka uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir. TBK ele alındığında, yan edim olarak hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğüne değinilmemiş olduğu görülse de kanunun 506/II'de yer alan hekimin özenli davranma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğünün hukuki temelini oluşturmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre, *"Tabip ve diş tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile*

neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez." Hekim, uyguladığı veya uygulayacağı tedavi sonucunu garanti etmemektedir. Hekimin iyileştirmek için gösterdiği çabaya rağmen hastanın iyileşmemesi halinde, hekime herhangi bir kusur atfedilemez. Burada önemli olan husus, hekimin bu süreçte gösterdiği gayret ve edimin özenle yerine getirilmesidir.

Özenli davranma yükümlülüğünün bir parçası olan aydınlatma yükümlülüğü, eksiksiz olarak yerine getirilmez ise işbu durum sonucunda doğan zarardan hekim sorumludur. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi, asli borç olan teşhis ve tedavi ediminin sözleşmede kararlaştırılan biçimde ifa edilmemesine neden olur. Kriter olarak TBK m. 506/III'te basiretli vekil tarafından gerçekleştirilmesi gereken davranışlar esas alınmıştır. Buna göre sorumluluk tayin edilirken, incelenen olaydaki hekimin yerinde, herhangi bir hekim olsaydı fiilleri gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği araştırılır. Hekimin hastasını aydınlatması ve hastasının rızasını tedavi öncesinde ya da en geç tedavi esnasında alınması gerektiğine daha önce değinilmişti. Hekimin, hastanın rızasını zamanında almaması ya da hastanın rızasını almakla beraber işbu rızayı hastayı aydınlatmadan alması sonucu gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale, hastanın vücut bütünlüğüne rızası dışında el atılması sonucunu doğurur ve bu sebeple hekimin tazminat sorumluluğu doğar ve bu halde müdahalenin tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi dahi hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

2.4.1. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı

2.4.1.1. Maddi Tazminat

Hekimin tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğu belirlenecek tazminat tutarını ödeme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahkemece hekimin, kusurlu olduğu neticesine ulaşılması halinde, hekimin hastanın maddi ve manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyeti doğmaktadır. (Deutsch, Deneysel Tıp, 177. Hasta maddi ve manevi tazminat taleplerini bir arada ileri sürebileceği gibi ayrı ayrı da ileri sürebilir.)

Nitekim, hastanın aydınlatılmış onamı alınmadan veya aydınlatılmış onam alınmış olsa dahi onamın sınırları aşılacak şekilde tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi halinde, hastanın maddi ve/veya manevi zararının hekim tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Maddi zarar, hekim tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucunda, hastanın fiziki ve ruhsal

sağlığının ihlal edilmiş olması nedeniyle meydana gelen zararlardır (Adıgüzel, 2014). Söz konusu zarar, vücut bütünlüğünün ihlali değil, bu ihlalin sonucunda meydana gelen ekonomik maddi sonuçlardır (Özdemir, 2004). Maddi tazminat kaleminin kapsamına her şeyden önce gerçekleştirilmesi gereken yeni bir ameliyat ve ilave tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girmektedir (Ayan, 1991). Hastanın kusurlu tedavi sonucu uğramış olduğu kazanç kaybı da maddi tazminata dahildir (Ayan, 1991).

Nitekim, çalışma konumuz çerçevesinde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği tıbbi müdahale neticesinde hastanın bedensel bütünlüğünün veya sağlığının bozulması halinde, TBK. m. 54 hükmü uyarınca hasta tedavi giderlerini, meydana gelen kazanç kaybını, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplarını ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıplarını maddi tazminat başlığı altında talep edebilmektedir. Talep edilebilecek tedavi giderleri, hastanın sağlığını yeniden kazanabilmesi maksadı ile yapılan tüm masrafları kapsamakta olup muayene, tanı, tedavi, tahliller, ilaçlar, röntgen, operasyon, hastane, özel diyet masrafları vb. masraflar bu kapsama dahildir (Aşçıoğlu, 1993). Bunun yanı sıra, tıbbi müdahale neticesinde çalışma gücünü geçici olarak kaybeden hasta, çalışma gücünü geçici olarak kaybettiği tarih ile dava tarihine kadar geçen süre arasında meydana gelen kazanç kaybını talep edebilecektir. Hastanın talep edebileceği diğer bir alacak kalemi olan gelecekteki kazanç kaybı ise, yine aynı maddede yer alan çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden kaynaklanan kayıplar kavramının içine dâhildir (Oğuzman/Öz, 2013). Çalışma gücü, kişinin bedensel ve ruhsal ya da zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliği anlamına gelmekte olup, hastanın bu ekonomik verimliliğinin azalması ya da tamamen kaybedilmesi nedeniyle ortaya çıkan kayıplardır. Hastanın çalışma gücünü geçici veya kalıcı olarak kaybetmesinin yanında, çalışma gücünde azalma meydana gelmesi veya çalışma gücünü tamamen kaybetmesi hali de görülebilmekte olup, ileriye dönük çalışma gücü kayıpları sebebiyle meydana gelen zararın ve tazminatın tespitinde varsayımsal değerler ve işlemler kullanılmaktadır (Aşçıoğlu, 1993).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 03.03.2009 tarihli ve 2008/6661 E., 2009/3087 K. sayılı kararına bakıldığında bu konuya ilişkin olarak *"Davacı, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Bu olayda davalı şirketin %50 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Davacının memur olması ve maaşında bir eksilme meydana gelmemesi davacının maddi tazminat istemesine engel olamaz. Çünkü davacı çalışma gücünü %33.2 oranında kaybetmekle eski işini önceden olduğu gibi yürütebilmek için daha fazla efor*

sarf etmek zorundadır. Davacının çalışma gücünün eksilmesinden kaynaklanan zararın belirlenerek hüküm altına alınması gerekir." şeklinde karar verilmiştir.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplara ilişkin taleplerde ise kişinin çalışma gücünde bir azalma meydana gelmemesine rağmen, gelecekte meydana gelmesi muhtemel bir zarar söz konusu olup işbu zarar, hastanın iş piyasasını, sektörde yeni iş bulmasını veya mevcut işini muhafaza olumsuz etkilemektedir. Örneğin, yüzü ile tanınan bir sahne sanatçısının yüzünde yara/yanık izi oluşması halinde kişinin çalışma gücü eksilmemesine rağmen iş bulması güçleşebilmektedir. Nitekim, işbu hususun tespiti, hastanın zarar verici olay gerçekleşmeseydi elde edeceği kazanç ile gelecekte bu zarar sebebiyle elde edebileceği kazanç arasındaki fark dikkate alınarak yapılmaktadır (Oğuzman/Öz, 2013).

Tüm bunların yanı sıra, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali neticesinde hastanın vefat etmesi halinde, hastanın mirasçıları ve bakıp gözettiği kişiler tarafından maddi tazminat talebinde bulunulabilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak TBK'nın 53. maddesi, ölüm hâlinde uğranılan zararlara yönelik hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre; cenaze giderleri, ölüm tedavi ve operasyonlar neticesinde gerçekleşmişse işbu giderler ile vefat hemen gerçekleşmemişse çalışma gücünün eksilmesinden ya da kaybedilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır ölüm halinde uğranılan zararlardandır.

Ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler, ya hastanın vefatından önce ve vefatı sırasında hastadan fiilen destek almakta olan kişiler olabileceği gibi vefat eden hastadan gelecekte destek alması varsayılan kişiler de olabilir. Fiilen destek alan kimselere örnek olarak babası vefat eden çocuk, eşi vefat eden kadın iken; vefat eden kişiden gelecekte destek alçağı varsayılan kimseler ise örnek olarak çocuğu vefat eden anne veya babadır.

Yaşam deneyimlerine göre, bir çocuk büyüyüp çalışma yaşına geldiğinde ana ve babasına destek olmaktadır. Nitekim, hekimin kusuru sebebiyle hastanın vefat etmesi halinde vefat eden çocuğun anne babası bu destekten yoksun kalacağından işbu farazi desteğin de tazmin edilmesi gerekecektir

Bunun yanı sıra, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için öncelikle talepte bulunan kişi/kişiler ile vefat eden kişi arasında süreklilik arz eden, düzenli ve fiili bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması esnasında,

vefat eden hastanın, destek alan kişilere yönelik bakım gücü ve destekten mahrum kalan kişilerin işbu bakıma olan ihtiyacı, destek payı, kişinin yaşam süresi, vefat eden hastanın geliri ve destek payı dikkate alınmalıdır (Oğuzman/Öz, 2013).

TBK.'nın 51. maddesine göre hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Ancak tazminat miktarının hesaplanması sırasında, ayrıntılı ve teknik hesaplamaların yapılmasının gerekmesi nedeniyle yargılama sürecinde hakimler bu konuda konusunda uzman olan bilirkişilerden rapor aldırmaktadırlar.

Ancak, genel kural olarak belirtmek gerekir ki, hükmedilecek tazminatın miktarı hiçbir halde zararın miktarını geçemez (Eren, 2014). Hâkim ancak talep olması halinde zarar kalemi yanında faize de hükmeder.

TBK.'nın 55. maddesinde rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeler ile ifa amacını taşımayan ödemelerin durumu, hesaplanan tazminatta hakkaniyet düşüncesi ile artırma veya indirim yapılamaması ve son olarak idarenin bedensel zararlardan veya ölüm nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumluluğu düzenleme altına alınmış bulunmakla, işbu hükme göre:

> *"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."*

Nitekim, hâkimin hükmedeceği tazminat miktarı davacının talep miktarını aşabilmesi mümkün değildir, hâkim taleple bağlıdır.

Bunun yanı sıra, TBK'nın 76. maddesine göre dava sonuçlanana kadar zarar görenin iddiasına ilişkin haklı olduğunu ispatlar inandırıcı kanıtlar sunması halinde ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, talep üzerine davalının zarar gören davacıya geçici ödeme yapmasına karar verebilmektedir. Bu durumda, davalı tarafından dava devam ederken yapılmış olan bu geçici ödemeler, dava sonunda tazminata hükmedilmesi halinde hükmedilen tazminattan mahsup edilir; ancak dava neticesinde tazminata hükmedilmemesi halinde hâkim, davacıya yapılan işbu geçici ödemeleri faizi ile birlikte davalı tarafa geri ödenmesine karar verir.

Nitekim, hâkim tarafından yargılama devam ederken karar verilen geçici ödemelerle, dava sonucunu bekleyemeyecek derecede güç şartlar altında bulunan davacının uzun yıllar süren davalar boyunca maruz kalabileceği mağduriyeti bir nebze olsun giderilmiş olmaktadır (Eren, 2014).

TBK'nın 98/2. maddesine göre gerek akdi ve gerekse akit dışı sorumlulukta, zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerinde olup, hâkim tarafından somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurarak hükmedilecek tazminat miktarını belirlenir. Ancak TBK'nın 44. maddesine göre tazminat miktarının tayin edilirken, hastanın hekime yanlış bilgi vermesi, hastanın tedaviye yönelik talimatlara uymaması, hastanın tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi müterafik kusuru da dikkate alınarak tazminat miktarı indirebilmektedir.

2.4.1.2. Manevi Tazminat

Manevi zarar, kişinin kişilik haklarına yönelik hukuka aykırı saldırı nedeniyle oluşan manevi acı ve ıstıraptır (Özdemir, 2004). Manevi tazminatın amacı, kişinin maruz kaldığı hukuka aykırı saldırı nedeniyle meydana gelen zararın ve kişide oluşan üzüntünün azalmasını sağlamaktır. Manevi tazminat bu konuda bir tatmin işlevi görmektedir (Oğuzman/Öz, 2013). Tıbbi müdahalenin aydınlatılmış onam alınmaksızın gerçekleştirilmesi her şeyden önce kişi onur ve saygınlığının ihlali niteliğindedir. Onamı alınmadan tıbbi müdahale uygulanan hasta, tıbbi müdahale neticesinde maddi bir zarara uğramamış olsa dahi, kişilik haklarının ihlal edilmiş olması sebebiyle manevi tazminat isteminde bulunma hakkına sahiptir. TBK m. 56 hükmü uyarınca, "*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 halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi hali hastada vücut bütünlüğünün ihlaline sebebiyet verileceğinden hastada bu kapsamda meydana gelen manevi zarar nedeniyle de hekimin sorumluluğu kaçınılmaz olacaktır (İpekyüz, 2006). Nitekim, böyle bir durumda, şahsı varlığında bir eksilme meydana gelen şahıs, zarara sebep olan kusurlu hekimden zarar verici eylemle zarar arasında uygun bir illiyet bağı da varsa bu eksilmenin tazmin edilmesini isteyebilir (Aşçıoğlu, 1993).

Aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde hasta kendi geleceğini belirlemeye yönelik hakkından mahrum bırakılmış olacağından, tıbbî müdahale tıp kurallarına uygun olup hastada fiziki bir zarar doğmasa bile, hastanın TBK'nın 58. maddesi uyarınca manevi tazminat talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir (Aşçıoğlu, 1993). Keza, hasta üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale tıp biliminin gereklerine uygun olsa bile müdahale hastanın ölümü ile sonuçlanırsa, manevi zarara uğrayan hasta yakınları ve hastanın ailesinin de manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır (Eren, 2014).

3. AYDINLATILMIŞ ONAMDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

3.1. Aydınlatılmış Onamla İlgili Sorunlar Hakkında Yargıtay'ın Yaklaşımı

Aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlar ve genel olarak tıbbi hata-malpraktis iddialarına dayalı olarak sürdürülen yargılama neticesinde verilen kararların temyiz incelemesi ağırlıklı olarak Yargıtay 13. ve 3. Hukuk Daireleri tarafından yerine getirilmekte olup, Yüksek Mahkemelerin kararlarına bakıldığında tıbbi hatadan kaynaklanan davaların temeli vekillik sözleşmesine dayandırılmaktadır. Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 321/1 maddesine göre vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle tedaviyi üstlenen hastane ve hekimlerin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmektedir. Hekim ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği tüm önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Gerçekten de hasta, mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, Borçlar Kanunu'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamla ilgili genel kural; bir tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatılmış onam alınmasının zorunlu olduğu ve aydınlatılmış onam alınmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılık teşkil ettiğidir. Nitekim, aydınlatılmış onam alınmadan uygulanan tıbbi müdahalelerde hekimin tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hekimin hastayı uygulayacağı her bir tedavi işlemi hakkında aydınlatmakla yükümlü olduğu hususu Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde belirtilmiş ve diğer yasal düzenlemelerde de benzer hükümlere yer verilmiştir. Hiç ya da yetersiz bilgilendirmeye dayalı olarak alınan ve hukuken geçerli sayılmayan rızaya dayalı olarak uygulanan tıbbi müdahale hukuka aykırı sayılmaktadır (Reisoğlu, 1983).

Bir tıbbi müdahalede aydınlatılmış onam alınmış olmasına rağmen işbu aydınlatılmış onamdan kaynaklanan başkaca sorunlar nedeniyle de hekimin sorumluluğu doğmaktadır. Son zamanlarda yargı mercileri tarafından verilmiş olan kararlara bakıldığında aydınlatılmış onamla

ilgili problemlere daha hassas yaklaşıldığı görülmekte ve hekimin sorumluluğu genişletilmektedir.

Bilindiği üzere, hasta her şeyden önce rızasını serbest olarak vermeli, hekimin zorlaması veyahut baskısı ile rıza alınmamalıdır. Hasta, hekim karşısında daha zayıf konumda bulunması ve hekimin mesleğe ait her şeyi bilen kişi olarak görülmesi nedeniyle hastalarda hekimin her dediğini kabullenmek ya da itaat etmek duygusu bulunmaktadır. Bu nedenle, böyle bir durumdan faydalanmak suretiyle hekimin rıza ve onay almak için onu baskı altına alarak ben ne dersem onu yap şeklinde bir tavırla hastanın onamının alınması bu konuda yapılan mesleki hatalardan birini teşkil etmektedir.

Hasta düşünce ve duygusal yönden tıbbi müdahale ile ilgili anlatılanları ve aydınlatmayı anlayabilecek durumda değil ise yetkili mahkemenin, hastanın akrabalarından, yakınlarından biri ya da mahkemenin bizzat atayacağı vasi ya da velisinden gerekli izin alınmadan tıbbi müdahalede bulunulması aydınlatılmış onamın alınmasında yapılan hatalar arasındadır.

Dolayısıyla, bu şekilde kısaca değindiğimiz aydınlatılmış onamdan kaynaklanan sorunlarla ilgili iddialar hastalar veyahut yakınları tarafından yargı sürecine taşınmakta olup, Yargıtay tarafından verilen kararlara bakıldığında onam konusunda 09.12.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine özellikle vurgu yapıldığı ve aydınlatılmış onamda genel olarak aşağıda özetleyeceğimiz sorunlar veya eksiklikler nedeniyle hekimin sorumluluğunun doğduğunun kabulü yönünde kararlar verildiği anlaşılmaktadır.

Hastanın sadece operasyona rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, hastaya komplikasyonların da anlatılması gerekmektedir. Onam formunda matbu ifadelerle hastanın yan etki ve komplikasyonlarla ilgili bilgilendirildiği ve haberdar olduğu belirtilmiş olsa dahi bu tür ameliyatın nasıl riskleri olduğu ve tıbbi müdahalenin komplikasyonlarının bilinmesi durumunda dahi bu müdahaleye hastanın rıza gösterip göstermediğinin onam formundan anlaşılmaması halinde bu durum aydınlatılmış onama ilişkin bir eksiklik olarak görülmekte ve hekimin sorumluluğuna gidilmektedir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.04.2014 tarihli ve 2013/30822 E.,2014/10772 K. sayılı kararı).*

Her ne kadar onam formunda gerekli açıklama var ise de form hasta tarafından onaylanıp imzalanmadığından hastane ya da hekimin, bu formun hasta tarafından okunarak incelendiğini ve rıza gösterdiğini ispatlaması gerekmektedir. Etik ilkelere ve Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre hastaya yeterli derecede bilgi verilip verilmediğine ilişkin koşulların yerine getirilmemiş olması halinde hekimin sorumlu olduğu kabul edilmiştir (*İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi19. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2020 tarihli ve 2020/395 E. 2020/600 K. sayılı kararı).*

Hastaya uygulanan tıbbi tedavi günümüz tıp kurallarına uygun bir işlem olsa bile, adli tıp raporunda hastada meydana gelen komplikasyonun operasyon sonrası seyrek ortaya çıkan komplikasyonlardan olduğu belirtilmiş ise de, hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeden önce hastaya müdahalenin olası komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, kısaca aydınlatılmış onam alınıp alınmadığı hususunda bir inceleme yapılması gerektiği, hekimin, hastayı operasyonun komplikasyonları hakkında aydınlattığını yazılı olarak ispat edemediği gibi bilirkişi raporlarında hekimin, aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediğinin araştırılması gerektiği belirtilerek bunun sonucunda hekimin sorumlu olup olmadığına karar verileceği vurgulanmıştır *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2008 tarihli ve 2008/4519 E., 2008/10750 K. sayılı kararı.)*.

Hastaya imzalatılan onam formunda, ameliyat esnasında ve sonrasında meydana gelebilecek psişik, fonksiyonel ve organik her türlü komplikasyona rızası bulunduğu belirtilmiş ise de, ancak bu formda ameliyatın risklerinin neler olduğu, meydana gelebilecek muhtemel komplikasyonların somut bir şekilde anlatıldığına ve neticede hastanın bu operasyona rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış onamının alınmaması neticesinde hekimin sorumluluğuna gidilebileceği sonucuna varılmıştır *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2013 tarihli ve 2013/17524 E. ., 2013/29431 K. sayılı kararı.)*.

Hastanın bizzat aydınlatılması gerekirken eşine yapılan aydınlatmanın, hastaya yapılmış gibi kabul edilmesinin hatalı olduğu bu durumda usulüne uygun aydınlatma yapılmadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 23.12.2013 tarihli ve 2013/3720 E., 2013/32218 K. sayılı kararı.)*.

Hastaya imzalatılmış genel soyut ifadelerle düzenlenmiş bir onam var ise de, hastanın muhtemel komplikasyonlar hakkında yeterli derecede ve somut olarak aydınlatıldığını ispat

edemeyen hekim eser sözleşmesinin ifasından sonra meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği dolayısıyla özen ve sadakat borcunu usulüne uygun olarak yerine getirmeyen hekimin ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu kabul edilmiştir*(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 23.1.2014 tarihli ve 2013/16671 E ., 2014/815 K. sayılı kararı)*.

Hastada oluşan perforasyonun komplikasyon olup olmadığının belirlenmesi gerektiği ve komplikasyon olduğunun tespit edilmesi halinde aydınlatmanın yeterli olmadığının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.04.2014 tarihli ve 2013/30822 E ., 2014/10772 K. sayılı kararı).*

Vekil işçi gibi özenle davranmak zorundadır ve en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md). Bu sebeple hekim ve hastanenin meslekleri kapsamında olan tüm kusurları, az da olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hastanın ameliyat öncesi, ameliyatın şekli ve riskleri konusunda bilgilendirildiğine dair aydınlatılmış onam düzenlendiği hekim ve hastane tarafından ispat edilememiş olması durumunda hekimin sorumlu olduğu kabul edilmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2014 tarihli ve 2014/13146 E., 2014/32828 K. sayılı kararı)*.

Özellikle hastada meydana gelen istenmeyen durumun komplikasyon mu ya da tıbbi hata mı olduğu hususu da açıklığa kavuşturularak, tıbbi hata bulunduğu sonucuna ulaşılması halinde hekim sorumlu tutulmalı, komplikasyon olduğu tespitine varıldığı taktirde ise, aydınlatılmış onam formunda operasyonun komplikasyonlarına ilişkin bir detaya yer verilmemesi halinde hekimin sorumlu olduğu kabul edilmelidir *(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21.06.2018tarihli ve 2018/2524 E., 2018/2644 K. sayılı kararı)*.

Hasta, hasta yatış onam formunu imzalamış olmakla beraber aynı gün tıbbi müdahaleler için bilgilendirme onam formunun neden hasta yerine yakınının imzaladığının açıklamasının yapılmamış olması ve bahsedilen bu formların, hastaya yapılan operasyonun niteliği konusunda gerekli tüm bilginin verildiğini göstermemesi halinde hekimin sorumluluğunun doğduğu belirtilmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2018 tarihli ve 2016/26894 E., 2018/8072 K. sayılı kararı)*.

Makul bir süre önce aydınlatmanın yapılmaması, hastaya düşünmesi ve karar verebilmesi için makul bir süre verilmemesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini

göstermekte olup, bu yükümlülüğün ifa edilmemesinden hekim sorumludur *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2019tarihli ve 2016/7094 E., 2019/3740 K. sayılı kararı)*.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi dikkat çekici bir karara imza atmıştır. Zira, 05.10.2021 tarihli ve 2020/10326 E. ve 2021/9514 K. sayılı kararında Sinüzit ameliyatı sonrasında koku alma duyusunu kaybeden hastanın aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddialarına karşılık olarak düzenlenmesi zorunlu olan onam formunun düzenlendiği hususunun tanıkla ispatı mümkün olmadığından hastanın bilgilendirilmediği kabul edilerek hekim kusurlu addedilmiştir.

Onam formunu hastanın imzalaması gerekirken yerine hangi sebeple kızının imzaladığının açıklaması yapılmadığından bu durumun değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda; aydınlatılmış onamda, ispat yükünün hekim ya da hastanede olduğu dikkate alınarak aydınlatılmış onamla ilgili tekrar rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir *(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2021 tarihli ve 2021/165 E., 2021/10553 K. sayılı kararı)*.

Özetle, Yargıtay kararlarında ağırlıklı olarak hekimin, hastayı komplikasyonlarla ilgili bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak aydınlattığı hususunun dosya kapsamında ispat edilemediği durumlarda veyahut hastanın komplikasyonlarla ilgili aydınlatılmış olsa bile yeterli derecede ve ayrıntılı olarak aydınlatılmadığının tespiti halinde hekimin sorumluluğunun doğduğu kabul edilmektedir.

Nitekim, hekimin hastasına tıbbi müdahale ve işlemlerin olası tüm risklerini açıklamış ve bu riskler hakkında bilgilendirmiş olması gerektiği konusu tartışmasızdır. Bir tıbbi müdahaleden sonra ortaya çıkan istenmeyen neticenin olası veyahut ekstrem yani ender bir komplikasyon olup olmadığının mutlaka müstakil olarak araştırılması icap etmektedir. Ender veyahut mutat olsun komplikasyon tıbbi müdahaleye bağlı olarak gelişmişse, o takdirde hekimin o komplikasyondan sorumlu olmaması için aydınlatılmış onamda komplikasyondan bahsedilmesi gerekmektedir. Yukarıda özetlenen Yargıtay içtihatlarında da hekimin aydınlatılmış onamla ilgili sorumluluğu bakımından bu konu üzerinde durulduğu görülmektedir.

Nitekim, yukarıda özetlenen kararlardan da anlaşılacağı üzere hekim tıbbi bir müdahale öncesinde müdahalenin sonuçları ve muhtemel komplikasyonları hakkında hastayı aydınlatması gerekmekte olup, her bir somut olay bakımından bu konuda bir eksiklik tespit edilmesi halinde hekim kusurlu kabul edilecek ve tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Dolayısıyla bu husus hekimin aydınlatılmış onamla ilgili sorumluluğunun tespitinde genel kural olmakla birlikte, Yargıtay Hukuk Daireleri'nin özellikle 13. Hukuk Dairesi ve 3. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılından itibaren aydınlatılmış onamla ilgili vermiş olduğu kararlara ilişkin yapılan detaylı incelemede tıbbi müdahale sonucunda gelişen istenmeyen durumların tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olup olmadığına ilişkin yani bir başka ifadeyle istenmeyen neticenin bir komplikasyon olup olmadığına dair Mahkemelerce adli tıbbi görüş alınmadığı ve Yerel Mahkemece bu konuya dair adli tıbbi görüş istenmesi gerekirken bu hususun dosya kapsamında eksik bırakılmasının Yargıtay tarafından da bozma gerekçesi yapılmadığı görülmektedir.

3.2.Aydınlatılmış Onamla İlgili Sorunlar Hakkında Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Tıbbı müdahalelerde, aydınlatılmış onamdan kaynaklanan ihtilafların küçük bir kısmının kanun yolu incelemesi sonucunda Anayasa Mahkemesi'ne götürüldüğü tespit edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru marifetiyle incelediği işbu uyuşmazlıklarda, Yüksek Mahkeme'nin bu konuya ilişkin yaklaşımının ortaya konulması ve değerlendirilmesi çalışmamızın bir parçasını oluşturmaktadır.

Nitekim, aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlara ilişkin yapılan başvurular neticesinde verilen kararlara bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin öncelikle olarak başvurularda yer alan aydınlatılmış onama ilişkin iddiaları; Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 08.05.2014 tarihli değişiklikten önceki şekliyle 15. maddesi, Yönetmelik'in 22. maddesinin birinci fıkrası, Yönetmelik'in 08.05.2014 tarihli değişiklikten önceki şekliyle 24. maddesi, 29. maddesi, *"Rızanın Kapsamı"* kenar başlıklı, 08.05.2014 tarihli değişiklikten önceki şekliyle 31. maddesi, Yönetmelik'in "*Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı"* kenar başlıklı 42. maddesi, *"Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu"* kenar başlıklı 43. maddesi ve son

olarak Yönetmelik'in "*Kamu Görevlisi Olmayan Personelin Sorumluluğu"* kenar başlıklı 47. maddesi şeklindeki mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi tarafından Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarının aşağıda özetlenen ilgili bölümüne de özellikle atıfta bulunulduğu görülmektedir:

"Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde "Rıza" konusu hüküm altına alınmış ve "...sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın hangi kapsamda olması gerektiği belirlenmiş ve Dairenin yerleşik içtihatları ile paralel düzenlemeler getirilmiştir. Bu kapsamda, yalnızca ameliyata rıza göstermenin yeterli olmadığı, ayrıca komplikasyonların da anlatılması ve izah edilmesi gerektiği Daire kararlarında özellikle vurgulanmaktadır. Ancak hasta tarafından gösterilecek bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerektiği şüphesizdir. Nitekim, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde bu konuda düzenleme yapılmış ve bu maddede açıkça aydınlatmanın ne şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir." Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir." şeklinde bir değerlendirmede bulunulmuştur (...) (Daire'nin 01.11.2013 tarihli ve 2013/19631 E., 2013/26901 K. sayılı kararı, benzer mahiyette 11.09.2013 tarihli ve 2013/26593 E. 2013/21129 K. sayılı kararı, 28.10.2013 tarihli ve 2013/17027 E., 2013/26132 K. sayılı kararı)."

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki İçtihatlarına da kararlarda özellikle değinilmektedir:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bireylerin vücut ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, bedenleri üzerinde gerçekleştirilen tedaviye katılmalarının sağlanması, bu duruma rıza göstermeleri ve gelişebilecek komplikasyonları bilmelerine ve karar vermelerine yardımcı olan bilgilere ulaşmalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir (*Trocellier v. Fransa, 05.10.2006 tarihli ve 75725/01 Başvuru numaralı kararı; İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye, 21.05.2013 tarihli ve 46156/11 Başvuru numaralı kararı).*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda yapılan başvurulara ilişkin kabul ettiği kararlara bakıldığında; kamu ve özel sağlık kuruluşunun yerine getirmesi fark etmeksizin devletlerin, sağlık hizmetlerini hastaların hayatları ile vücut ve ruhsal bütünlüğünün korunması amacıyla gerekli tüm tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorunda olduğu özellikle vurgulanmaktadır *(Vo/Fransa BD 08.07.2004 tarihli, 53924/00 Başvuru numaralı kararı; Calvelli ve Ciglio/İtalya BD, 17.01.2002 tarihli ve 32967/96 başvuru numaralı kararı,; İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye kararı).*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre taraf devletlerin, hastalara uygulanacak tıbbi müdahalelerin muhtemel neticeleri hakkında hekimlerin hastalara tıbbi müdahale öncesinde bilgi vermelerini sağlayıcı tedbirleri almak zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, hastanın uygulanması planlanan tıbbi müdahaleden önce bilgilendirilmemesi halinde müdahale sonucunda komplikasyon meydana gelmesi durumunda, devlet hastanın aydınlatılmamasından ve hastaya bilgi verilmemesinden dolayı doğrudan sorumlu tutulabilmektedir. (Şerif Gecekuşu/Türkiye, 25.05.2010 tarihli ve 28870/05 başvuru numaralı kararı; Trocellier/Fransa, 05.10.2006 tarihli ve 75725/01 Başvuru numaralı kararı).

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir değerlendirmenin tıbbi hata ve hastane hizmetlerindeki kusurun sorumluluğunun devlete yüklenebilmesi için yeterli olup olmadığı hususunda, tıbbi bir hatanın ve hastane hizmetlerindeki eksikliklerin sorumluluğunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında doğrudan devlete yüklenebilmesi için yeterli olup olmaması hususunda dava sürecinde alınan farklı bilirkişi raporlarında ve iç yargı organlarının kararlarında tıbbi hata veyahut ihmalin bulunmadığı kabul edilmiş ise her halükarda bu neticeleri sorgulamanın veya bilirkişilerin sahip olduğu tıbbi bilgileri sorgulamanın ve bilirkişilerin ulaştığı neticelerin doğru olup olmadığı konusunda tahminlere dayalı fikir yürütmenin görevleri arasında olmadığına vurgu yapılmaktadır *(Yardımcı/Türkiye, 05.01.2010 tarihli 25266/05 başvuru numaralı kararı) (Tysiac/Polonya,20.03.2007 tarihli, 5410/03 başvuru numaralı kararı).*

Anayasa Mahkemesi'ne aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlar hakkında yapılan başvurular incelendiğinde başvurucuların, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiası ile başvuruda bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığı konusunu yalnızca mevzuat kapsamında teorik olarak

değerlendirmemekte, Anayasa'nın 17. maddesindeki güvencelerin sağlanabilmesi için pratikte de etkin ve verimli bir şekilde uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Nitekim, kişilerin maddi ve manevi bütünlükleri, hastaların kendilerine uygulanacak tıbbi müdahalenin seçimine dahil olmaları ve bu konuda rızalarının alınması ve neticede maruz kalabilecekleri riskleri ölçüp değerlendirebilmeleri için gerekli olan tüm bilgileri edinebilmeleri Sözleşme'nin 8. maddesi ile Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Hastanın tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce usulüne uygun olarak rızasının alınmaması, hastanın maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale teşkil edebilecektir.

Genel kural olarak sıklıkla vurguladığımız üzere hastaların bilinçli bir şekilde karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması planlanan tedavi ve bununla bağlantılı muhtemel komplikasyonlar hakkında bilgi verilmiş olmalıdır. Keza, hastaya yapılacak bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir değerlendirme yapabilmesini sağlayacak kadar makul bir zaman aralığı tanınmış olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamı incelediği kararlarında; genel ilkeler, yararlanılan mevzuat hükümleri ve Yargıtay kararlarına yer verildikten sonra bu hususların somut olaya uygulanması neticesinde; tıbbi müdahale sonucu oluşabilecek risk yönünden hastanın müdahale öncesinde bilgilendirilmesinin gerekip gerekmediği hususunun yargılama sürecinde açıklığa kavuşturulması gerektiği, başka bir ifade ile derece mahkemelerinin kararlarında tıbbi müdahale öncesinde yeterli bir biçimde aydınlatılıp aydınlatılmadığı ve usulüne uygun olarak rızasının alınıp alınmadığı hususlarında konuyla ilgili yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı şeklindeki gerekçe ve tespitlerle bu hususlar yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyette görülerek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlaline karar verildiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi tarafından aydınlatılmış onamla ilgili çok dikkat çekici bir değerlendirme yapılarak; başvuruda tıbbi müdahalede değerlendirme ve müdahale hatası olduğu iddiası bulunuyor ise ve işbu değerlendirme ve müdahale hatası olarak gösterilen tıbbi işleme ilişkin olarak aydınlatılmış onamın alınmadığı iddiası da var ise artık o noktada aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığından ziyade tıbbi müdahalede bir hatanın bulunup

bulunmadığının değerlendirmesinin önem taşımakta olduğu, başvurular bu bağlamda değerlendirildiğinde hastadan alınması gerekli olan ancak alınmadığı ileri sürülen rızanın varlığı ya da yokluğunun bu durumu değiştirmediği ve müdahalede hekimin tıbbi olarak değerlendirme ve müdahale hatasını aşan ya da kasıtlı tutumdan aksi bir durumun ortaya çıktığını söyleyebilmek mümkün değil ise bu durumun, ancak kendine özgü koşullarına göre hekimlerin sorumluluğu açısından bir değerlendirme unsuru olarak dikkate alınabileceği belirtilmiş ve doğrudan aydınlatılmış onama ilişkin bir sorun veyahut eksiklik olarak görülmemiştir.

Keza, aydınlatılmış onam formu ile ilgili karşılaşılan önemli problemlerden biri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir olayda; şikâyet tıbbi müdahalede bulunulmasına rıza verilmediğine yönelik olmayıp bu rızanın bizzat tıbbi müdahalede bulunulan kişi tarafından verilmemesine yönelik bir şikayet var ise aydınlatılmış onam formu üzerine tıbbi müdahalede bulunulan kişi dışında biri tarafından imza ve onay verilmesi halinde aydınlatılmış onam formunu bilinci açık olan hastaya imzalatılmasının daha uygun olacağı yönünde herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan, formun imzalanmış olması halinde aydınlatılmış onam formunun hastaya imzalatılmasını isteme imkânı varken bunu yapmayıp onam formunu hasta yakınının imzalamış olması durumunda formun bizzat hastaya imzalatılmadığı yönündeki şikâyeti incelenebilir görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuların şikayet nedenleri ile sınırlı olarak incelediği başvurularda, son zamanlarda aydınlatılmış onam formundan kaynaklanan ve başvurucunun iddiası olan hususu genel olarak bir eksiklik olarak kabul ettiği ve bu konuda başvurucunun iddiası hakkında tekrar bir değerlendirme yapmadan ve iddia edilen sorunla ilgili başkaca bir araştırma veyahut inceleme yapılmasına ve Derece Mahkemelerince rapor alınması gerektiği şeklinde bir görüşte de bulunmayarak hekim ve hastane aleyhine Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında hak ihlali kararları verdiği görülmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin aydınlatılmış onam formundan kaynaklanan sorunlarla ilgili başvurulara karşı değerlendirmelerindeki bu tutumun eleştiriye açık hatta yanlış olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira, aydınlatılmış onamdan kaynaklı iddialar çerçevesinde yapılan başvurulara ilişkin olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararları genel olarak incelendiğinde tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan istenmeyen durumla ilgili hasta tarafından ortaya atılan aydınlatılmadığına ilişkin iddiaların Derece Mahkemelerinde değerlendirilmediği şeklindeki

gerekçe ile hak ihlali kararları verilmesinin hatalı olduğunu söylemek yanlış bir tespit olmayacaktır.

Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin aydınlatılmış onamla ilgili şikayetlerde başkaca bir araştırmaya gerek görmeden başvurucunun iddiası doğrultusunda hasta lehine bir değerlendirme yapma eğiliminde olduğunu göstermektedir.

3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Aydınlatılmış Onam

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şahısların bedensel ve psikolojik bütünlüklerini, tıbbi müdahalelerin belirlenmesinde seçim hakkına sahip olmalarını ve bu kapsamda onamlarını ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini hesaplayabilmelerine hizmet eden bilgiye erişim haklarını Sözleşme'nin *"Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı"* başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.

Bunun yanı sıra, AİHM aydınlatılmış onamdan kaynaklı ihlallere ilişkin uyuşmazlıkları yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değil, yaşama hakkını güvence altına alan 2. madde ve işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının hüküm altına alındığı 3. madde çerçevesinde de incelediği ve değerlendirdiği görülmektedir.

AİHM'ne göre kişinin yaşamını kendi tercihlerine göre sürdürebilmesi, fiziksel bütünlüğü için tehlike teşkil edecek tercihlerde dahi bulunabilmesini ifade etmektedir. Hasta otonomi ve kendi kaderini tayin hakları kapsamında tıbbi müdahaleyi kabul ya da reddedebilmekte veya alternatifler arasından seçim yapabilmektedir.

Öte yandan, AİHM hayati derecede önemli ve hayat kurtarıcı nitelikte tıbbi müdahalelerin reddi konusunun devletlerin vatandaşlarının yaşamlarını ve sağlıklarını korumaktaki menfaati ile bireylerin beden bütünlüğü alanındaki otonomi haklarının çatışmasını içeren karmaşık bir konu olduğunun farkındadır. Aydınlatılmış onama ilişkin olarak verilen kararlar da genel anlamda bu temeller üzerine yükselmektedir.

AİHM'ye göre sözleşmeye taraf devletlerin, özel veya devlet olması fark etmeksizin hastanelerde hastaların yaşama haklarını garanti altına alacak tedbirleri almaya zorlayacak yasal çerçeveyi çizen ve sağlık çalışanlarının sorumluluğu ve gözetiminde iken hayatını kaybeden

kişilerin ölümlerinin araştırılmasını ve sağlık çalışanlarının hesap vermelerini zorunlu kılan etkili ve bağımsız bir yargı sistemi oluşturmak şeklinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

Nitekim, 2017 tarihli Ioniță v. Romanya kararına konu olay incelendiğinde, poliplerinin alınması amacıyla genel anestezi verilen küçüğün ölmesi üzerine hatalı tıbbi müdahalenin ve sorumluların tespiti amacıyla Sözleşme Devletinin yargılama makamları nezdinde disiplin soruşturması, ceza ve hukuk yargılamaları gerçekleştirilmiştir. İç hukuk yollarından bir sonuç alamayan başvurucu tarafından ayrıca AİHM nezdinde tıbbi müdahalenin ve genel anestezinin doğası ve olası riskleri konusunda yeterince aydınlatılmadıkları ve müdahaleye kanunda öngördüğü şekilde yazılı aydınlatılmış onam vermedikleri gerekçesiyle başvuruda bulunulmuştur. Nitekim, başvuruya konu olayı inceleyen AİHM tarafından başvurucunun iddia ettiği gibi aydınlatılmış onam alınmasına yönelik ulusal mevzuatın varlığına ve disiplin komitesinin sağlık çalışanlarının aydınlatılmış onam alma konusundaki başarısızlığını tespit etmiş bulunmakla beraber, başvuruya konu olayda hak ihlalinin gerekçesini aydınlatılmış onamdan kaynaklı bu eksikliğin tespitine dayandırmamıştır. Nitekim, AİHM davanın yerel mahkemelerce aydınlatılmış onam alınmaması ile küçüğün ölümü arasında bir nedensellik bağı kurulmadığı gerekçesiyle reddi ve yargılamaların çok uzun sürmesi sebebiyle başvurucuya bir telafi sağlanamamasını Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir *(Ioniță v. Romanya Başvuru no 81270/12 (AİHM, 10 Ocak 2017).* Bununla beraber, AİHM tarafından işbu kararda Sözleşmeci devletlerce oluşturulacak yargı sistemlerin, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi esnasında karşılaşılan sorunların tekrar yaşanmaması ve tüm sağlık hizmetlerinden yararlananların güvenliği için ivedilik ve özen gereksinimlerinin de karşılanması gerektiği ilkesinden hareket edildiği görülmektedir.

AİHM'nin Traskunova v. Rusya başvurusunda taraflara yönelttiği sorular, bilimsel araştırmalar için alınan onamların kapsamı ve her bir evrede araştırmaya katılanların tam anlamıyla aydınlatılıp aydınlatılmadığı konularının hak ihlalinin tespiti noktasında özellikle değerlendirilecek konular arasında yer alacağını göstermektedir. Başvuruya konu olay, başvurucunun şizofreni hastası kızı A.T.'nin Aralık 2004'te aydınlatılmış onam formunu imzalayarak asenapin kullanımına ilişkin bir klinik araştırmaya katılması, A.T.'nin üzerinde asenapinin yan etkileri görülmesine karşın ilkiyle aynı aydınlatılmış onam formunu imzalayarak araştırmada tekrar yer alması ve Nisan 2006'da hayatını kaybetmesi şeklinde meydana gelmiştir. AİHM taraf devletlere yapmış olduğu bildirimde araştırmaya katılanların vermiş oldukları aydınlatılmış onamın araştırmanın tüm evrelerini kapsayıp kapsamadığı

hususunda bir soru ortaya atarak tüm müdahalelere onam verildiği anlamına gelen genel, matbu ve afaki bir onamdan bahsedilemeyeceği yönünde bir görüşte olduğunu ve başvuruyu bu çerçevede değerlendirdiğini göstermesi açısından önemli bir karardır *(Traskunova v. Rusya [Taraflara Bildiri] Başvuru no 21648/11 (AİHM, 18 Eylül 2017).*

R.S. v. Macaristan başvurusuna konu olayda ise kanıt toplamak amacıyla polis tarafından zorla katerizasyon işlemi gerçekleştirilen ve idrar örneği alınan sanığın bu tıbbi müdahalelere ilişkin olarak aydınlatılmış onamı alınmadığı gerekçesiyle beden bütünlüğünün fiziksel ve ruhani acı verecek şekilde ihlal edildiği sonucuna varılarak Macaristan 3. madde ihlalinden mahkûm edilmiştir ***(****R.S. v. Macaristan Başvuru no 65290/14 (AİHM, 2 Temmuz 2019).*

AİHM kararlarına bakıldığında, AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için aydınlatılmış onamın yokluğunun ispat edilmesi koşulu aranırken 8. madde bakımından ise aydınlatılmış onamın varlığının ispat edilememesi ihlal kararı vermek için yeterli görülmektedir. Dolayısıyla bu iki madde karşılaştırıldığında ispat yükünün yer değiştirdiğini söylemek mümkündür. Öte yandan, Mahkeme genellikle tıbbi müdahaledeki hukuka aykırılığın 3. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirilecek kadar ciddi bir seviyeye ulaşmadığı kanaatinde olması halinde 8. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği gözlemlenmektedir.

AİHM'nin Türkiye'nin taraf olduğu bir başvuruda vermiş olduğu karar iç hukukumuzda mevzuat düzenlemesi yapılması gerekliliğini ortaya koymuş ve bu konuda yasal düzenlemeye gidilmiştir. Nitekim, AİHM Y.F. v Türkiye başvurusunda tutuklunun aydınlatılmış onamı alınmaksızın gerçekleştirilen jinekolojik muayeneyi 8. madde çerçevesinde incelemiş ve Türk mevzuatına göre bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale edebilmek ancak kanunla öngörülen hallerde ve tıbbi gerekliliklerin varlığı halinde mümkün olup, soruşturma evresinde de savcının bu yönde emrini gerektirmekte olduğundan somut olayda ise bahsi geçen müdahale kanunla öngörülmemiş, tıbbi gereklilikler ve savcının bu yöndeki emri de ispat edilememiştir. Bu suretle, AİHM tarafından 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir *(Y.F. v. Türkiye AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2003-IX 24209/94).* Nitekim, Y.F. v. Türkiye başvurusu neticesinde Türk hükümetinin takip ettiği eylem planının altının da çizilmesi önem teşkil etmektedir. Zira, Türkiye yalnızca AİHM tarafından hükmedilen tazminat miktarını başvurana ödemekle yetinmemiş, 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun 287. maddesinde

yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın yapılan genital muayene suç kabul edilmiş ve hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Yine, AİHM V.C. v. Slovakya kararında da gönüllü, aydınlatılmış ve açıkça ifade edilmemiş onamların onam olarak dahi kabul edilemeyeceği ortaya konulmuştur.

Ayrıca üzerinde durulması gereken önemli kararlardan biri de Trocellier v. Fransa başvurusunda verilen karardır. AİHM işbu başvuruda kabul edilemezlik kararı vermesine rağmen aydınlatılmış onama ilişkin kurallarını en net koyduğu kararlardan birini teşkil etmesi bakımından önem arz etmektedir.

AİHM bu başvuruya ilişkin yapmış olduğu incelemede genel anestezi uygulanarak gerçekleştirilen rahim alma operasyonu sonrası sol bacağı paralize olan başvurucunun üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale öncesinde operasyonun muhtemel riskleri hakkında bilgilendirilmediğinden hareketle aydınlatılmış onam kavramı hakkında onam ve aydınlatma konularına ayrı ayrı değinmiştir. AİHM'ye göre hastanın onamı alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin; Sözleşmenin 8/1 maddesi ile güvence altına alınan fiziksel bütünlüğe müdahale kapsamında olma ihtimaline ek olarak, hastaların karşı karşıya kalabileceği tıbbi riskleri değerlendirebilmelerine olanak sağlayacak bilgiye erişimleri de 8. madde kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, AİHM Sözleşmeci devletleri, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin hastaların fiziksel bütünlüğü üzerinde yaratabileceği öngörülebilir/muhtemel sonuçları/riskleri hakkında hekimlerin hastaları bilgilendirmelerini zorunlu kılacak kuralları koymakla yükümlüdür *(Trocellier v. Fransa AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2006-XIV).*

Nitekim, bu yükümlülüğe aykırı bir durumun tespiti halinde hekim tarafından tıbbi müdahale öncesinde müdahalenin riskleri konusunda aydınlatılmış onam alınmaması ve neticede müdahale sonucu öngörülebilir risklerin gerçekleşmesinden taraf devletlerin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, AİHM aydınlatılmış onam almaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde hekimlerin sorumlulukları ile değil, taraf devletlerce aydınlatılmış onam alınmasını güvence altına alacak hukuki düzenlemelerin yoksunluğu veya ihlal gerçekleştikten sonra etkin yargılama sistemlerinin kurulmaması sebebiyle devletlerin sorumluluğu ile ilgilenmektedir.

Ayrıca, Yüksek Mahkeme Romila v. Romanya başvurusunda da benzer bir şekilde hekimler tarafından hastaların tıbbi müdahalelerin öngörülebilir sonuçları hakkında önceden bilgilendirilmemesi nedeniyle operasyonun muhtemel risklerini değerlendirememesinin devletlerin sorumluluğuna yol açabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bu kararda Yüksek Mahkeme imzalı aydınlatılmış onam formları ile sözlü kanıtların çeliştiği hallerde onam formlarına öncelik tanındığı, dolayısıyla aydınlatılmış onam için bir şekil şartı öngörülmediği durumlarda dahi yazılı şeklin AİHM önünde de ispat bakımından kolaylık sağlayacağı sonucuna varılması mümkündür *(Romila v. Romanya Başvuru no 9126/13 (AİHM, 8 Ocak 2019).*

2022 yılında AİHM'nin Jimenez v. İspanya başvurusunda aydınlatılmış onamla ilgili vermiş olduğu karar dikkat çekmektedir. Nitekim, işbu başvuruya konu olayda başvurucunun beynindeki tümörün alınması amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalede, yazılı onam alınması yönündeki yasal gerekliliğe uyulmamış ve operasyonun ardından başvurucunun fiziksel ve nörolojik sağlığında ciddi bir bozulma meydana gelmiştir. Başvurucunun ebeveynleri tarafından, oğulları üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hakkında tam ve yeterince bilgilendirilmediklerini ve bu nedenle yapılan operasyona özgür iradeleriyle aydınlatılmış onam veremediklerini belirterek 8. maddenin ihlali iddiası ile başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme, özellikle ikinci ameliyat için alınan onamın, İspanyol kanunları ile öngörülen ve her cerrahi eylem öncesinde ayrı bir yazılı onam alınması gerektiğine ilişkin koşula neden uyulmadığı hususuna ilişkin mahkemelerce herhangi bir gerekçe gösterilmediği ve yazılı onam alınmamasının, neden başvurucunun haklarını ihlal etmediği kanaatine vardıklarına dair yeterli bir açıklama sunmamış olduklarını belirlemiştir.

Mahkeme işbu başvuruya ilişkin olarak başvurucunun ebeveynlerinin iç hukukta yer alan düzenlemelere uygun biçimde her bir ameliyat için aydınlatılmış onam verip vermedikleri sorusuna taraf devletin cevap veremediği kanaatine varmış ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin bu kararı onam alınmamasının hastaya ciddi bedensel zarar vermekle aynı anlama gelebileceğinin özellikle vurgulanmış olması bakımından oldukça önemlidir *(Jimenez v. İspanya Başvuru no 57020/18 AİHM, 8 Mart 2022).*

4. GEREÇ VE YÖNTEM

Çalışmamızın materyalini yüksek mahkeme kararları oluşturmaktadır. Tıbbi hata iddiasıyla açılan ve ilk derece mahkemelerinde görülen hukuk davalarında verilen kararların temyiz incelemesi, Yargıtay Hukuk Daireleri arasında yapılan iş bölümü gereğince Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, 12 Eylül 2010 tarihli halk oylaması sonrasında Anayasa'da yapılan değişiklik ile Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği düzenlenmiş olup, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması kaydı ile kişilerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakları kabul edilmiştir. Söz konusu bu değişiklikten sonra, tıbbi hata iddiasıyla açılan ve yerel mahkemelerce karara bağlandıktan sonra olağan kanun yolları tüketilen kimi uyuşmazlıkların bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine götürüldüğü görüldüğünden, aydınlatılmış onam konusunda verilen Anayasa Mahkemesi Kararları da çalışmamıza dahil edilmiştir. Son olarak, Türkiye'nin de yargı yetkisini kabul ettiği yargı organlarından biri olması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da incelenmiştir.

Tez konumuza uygun olarak, kazancı.com.tr ve lexpera.com.tr içtihat bankaları üzerinden, Yargıtay 3. Ve 13. Hukuk Dairelerinin 2008 – 2022 yılları arasındaki kararları, "aydınlatılmış onam" anahtar kelimesi ile taranmıştır.

Karar araştırmasının gerçekleştirildiği kazancı.com.tr ve lexpera.com.tr içtihat sayfaları karar arama motorları içerisinde aydınlatılmış onam başlığı altında Hukuk Daireleri tarafından verilmiş 60 civarında karar bulunduğundan bu kararların tamamı alınmıştır. Zira, kararlarda genel olarak tez konumuz ile asıl amaçlanan hususlara ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görüldüğünden farklı bir görüş getirilmiş olup olmadığının tespiti açısından tamamını incelemek gerekmiştir.

Ayrıca, anayasa.gov.tr üzerinden Anayasa Mahkemesi tarafından aydınlatılmış onamla ilgili bireysel başvuru üzerine verilen kararlar incelenmiş olup, Anayasa Mahkemesi'nin aydınlatılmış onamla ilgili hekim aleyhine ilk ihlal kararı 2015 yılında verilmiş olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine vermiş olduğu kararlar 2015 yılından itibaren incelenmiş ve toplam 20 sayıda karara ulaşılmıştır

Aydınlatılmış onama ilişkin AİHM kararları incelemesi kapsamlı hacmi, dünya çapında en çok bilinen ve tercih edilen uluslararası yargı yolu olması ve Türkiye'nin de yargı yetkisini kabul ettiği yargı organlarından biri olması sebebiyle tarihsel anlamda sınırlandırılmaksızın ihlal ettiği iddia edilen maddeler kapsamında incelenmiştir. Aydınlatılmış onamla ilgili AİHM'nin kararlarına ilişkin olarak AİHM Hüküm ve Karar Raporları üzerinden tarafımca en eski tarihlisi 1992 yılından başlamak üzere günümüze kadar yaklaşık altmışa yakın karar incelenmiş bulunmaktadır.

İşbu çalışmada asıl amaç Yargı kararları ışığında aydınlatılmış onamdan kaynaklanan sorunlar nedeniyle hekimin tazminat sorumluluğunun tespiti olduğundan bu konuda ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de son 2 yıl içerisinde vermiş olduğu kararlar yönünden genel görüşüne yer verilmiştir.

Neticede işbu kararların ve doktrin görüşlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve karşılaştırılarak yorumlanması için öncelikle yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmüş olan ispat vasıtalarının ve tez konusu çerçevesinde genel eğilimin neler olduğu tespit edilmiştir.

Türk mevzuatı çerçevesinde mahkeme kararları bütüncül olarak ele alınarak uygulamadaki eğilimin ne yönde olduğu belirlenerek aydınlatılmış onamla ilgili olgular karşısında yargı sürecinde yapılması gerekenlerin tespiti amaçlanmıştır.

5.BULGULAR

5.1. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen Yargıtay Kararlarının İncelenmesi:

Aydınlatılmış onamdan kaynaklanan sorunlarla ilgili Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlar incelendiğinde ise, kazancı.com.tr ve lexpera.com içtihat sayfaları üzerinden Yargıtay'ın aydınlatılmış onam başlığı altında vermiş olduğu kararlar incelenmiş bulunmakla, aydınlatılmış onamla ilgili hukuka aykırılık iddiaları hakkında yapılan temyiz başvurularının incelemesi genel olarak Yargıtay 13. ve 3. Hukuk Daireleri tarafından yerine getirilmektedir. Nitekim, aydınlatılmış onamla ilgili 2008-2022 yılları arasında Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 40, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 8, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 4, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2 kararı bulunmakta olup, Yargıtay'ın aydınlatılmış onamla ilgili son 2 yıl içerisinde ilgili başvurularını neticelendirdiği 9 kararı bulunmaktadır. Tarafımca aydınlatılmış onam konusunda Yargıtay tarafından verilen kararların incelenmesi neticesinde şu bulgular elde edilmiş bulunulmaktadır:

Yargıtay'ın aydınlatılmış onamla ilgili ilk kararlarında Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesine ve Hekimlik Meslek Etiği İlkelerinin 26. maddesine ve daha sonra yayımlandıktan sonra 24-31. maddelerine özellikte atıf yapıldığı görülmektedir.

Yargıtay hukuk daireleri tarafından genel kural olarak hekimin tıbbi müdahalelerin komplikasyonları hakkında hastasını bilgilendirmek ve aydınlatmakla yükümlü olduğu vurgulanmaktadır. Aydınlatılmış onam alınıp alınmadığının ispatı konusunda Yargıtay 13. Hukuk Dairesince her ne kadar aydınlatma bir şekle tabi değil ise de hekim tarafından aydınlatmada bulunulan hususların kayıt altına alınması gerektiği, başlangıçta aydınlatılmış onam belgesinin bulunmadığı durumlarda hekimin hastasını müdahalenin komplikasyonları hakkında aydınlattığını yazılı belge ile ispat etmesi gerektiği aranmıştır (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2022 tarihli ve 2008/4519 E. 2008/10750 K. sayılı kararı).

Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında hekimin, hastayı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediğinin Yerel Mahkemece tartışılmaması halinde eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamayacağı belirtilerek Mahkemece hekimin aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği yönünde inceleme yapılmak üzere dosyanın üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi gerektiği gerekçesi ile bozma

kararları verildiği gözlemlenmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.9.2013 tarihli ve 2012/26593 E., 2013/21129 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.11.2013 tarihli ve 2013/23055 E., 2013/27584 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2013 tarihli ve 2013/17524 E., 2013/29431 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.4.2014 tarihli ve 2013/30822 E., 2014/10772 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21.6.2018 tarihli ve 2018/2524 E., 2018/2644 K. sayılı kararı).

Bunun yanı sıra, Yargıtay kararlarında aydınlatılmış onam formunda önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmaması durumunda aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu gözetilerek hekimin sorumlu olduğu kabul edilmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.5.2019 tarihli ve 2017/8664 E., 2019/6410 K. sayılı kararı).

Öte yandan, dosya kapsamında hastaya tıbbi müdahalenin risklerinin neler olduğu, oluşacak olası komplikasyonların somut olarak anlatıldığına ve hastanın bu işleme rıza gösterdiğine ve aydınlatılmış rızasının alındığına dair bir delil olması gerektiği hususuna Yargıtay içtihatlarında özellikle değinilmekle birlikte, işbu delile ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir. Nitekim, Yargıtay bu konuda doğrudan tekrar rapor aldırılması için dosyayı bir Üniversiteden, Öğretim Üyelerinden oluşturulacak konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kuruluna sevk etmek üzere bozma kararları verdiği tespit edilmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.11.2013 tarihli ve 2013/23055 E., 2013/27584 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2013 tarihli ve 2013/17524 E., 2013/29431 K. sayılı kararı).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin aydınlatılmış onam konusunda 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında aydınlatılmış onam formu içeriğinde yer alan ibarelerin soyut genel ibareler olduğu, hastanın olası risk ve komplikasyonlar konusunda somut ve yeterli bir şekilde aydınlatıldığının mevcut belgelerle hekim tarafından ispatlanamadığı hususunda tekrar rapor aldırmaya gerek görmeyerek özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı hekimin ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğuna karar vermiş bulunmaktadır *(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2014 tarihli ve 2013/16671 E., 2014/815 K. sayılı kararı).*

Bunun yanı sıra, Yargıtay tarafından aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığına dair dosyada bir bilgi ya da belgenin bulunmadığı durumlarda mahkemece, bu konuda ispat külfetinin hekimde veyahut hastanede olduğu hususu dikkate alınarak aydınlatma külfeti gözetilmek sureti ile taraf delillerinin toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile bozma kararları verildiği görülmektedir.

Yargıtay'ın aydınlatılmış onama ilişkin hukuka aykırılıkları incelediği temyiz başvuruları hakkında verdiği kararlarda aydınlatılmış onamla ilgili olarak belgede özellikle önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama arandığı ve bu hususlarda eksiklik olması halinde bozma kararı vermekte tereddüt etmediği ulaştığım bulgular arasında yer almaktadır.

Bunun yanı sıra, hastanın bizzat aydınlatılması gerekirken eşine yapılan aydınlatmanın, hastaya yapılmış gibi kabul edilerek davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırı bulunarak mahkemece usulüne uygun aydınlatma yapılmadığından taraf delilleri toplanmalı ve gerektiğinde konusunda uzman, Üniversitelerin ilgili kürsülerinden seçilecek akademik kariyere sahip bilirkişi heyetinden rapor aldırılması gerektiği belirtilerek bozma kararları verilmiştir.

2016 yılına gelindiğinde aydınlatılmış onamdan kaynaklanan sorun iddiaları çerçevesinde önüne gelen bir olguda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından dikkat çekici bir karara imza atılarak hastanın tıbbi müdahalenin komplikasyonları hakkında bilgilendirildiğine dair aydınlatılmış onam düzenlendiğinin hekim tarafından ispat edilemediği kabul edilmiş ve vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumlu olduğundan hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilerek mahkemece bu yön gözetilerek uygun miktarda manevi tazminat takdiri gerekirken, davanın tümden reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuş ve bozma kararı verilmiştir. Dolayısıyla, aydınlatılmış onamdaki eksiklik Yargıtay tarafından manevi tazminatı gerektiren bir unsur olarak kabul edilmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.04.2016 tarihli ve 2015/11729 E., 2016/9861 K. sayılı kararı).*

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından yine benzer şekilde 2016 yılında verilmiş bir başka kararda aydınlatılmış onamdan kaynaklı olarak bu konudaki eksiklik dosya üzerinden

tespit edildikten sonra Yerel Mahkemece dosyada yalnızca maddi ve manevi tazminat miktarının tayini yönünden karar verilmek üzere bozma kararı verildiği görülmektedir *(Benzer yönde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2016 tarihli ve 2015/6125 E., 2016/10662 sayılı kararı)*.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2018 yılında vermiş olduğu bir kararında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş oluşu, yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirdiğinden, hekim ve hastanenin manevi tazminat dışında maddi tazminattan da sorumlu olduklarının kabulü gerektiğine hükmetmiştir *(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 4.7.2018 tarihli ve 2016/25663 E., 2018/7615 K. sayılı kararı)*.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından 2021 yılında verilen başka bir kararda ise Yargıtay'ın daha önceki içtihatlarında bu yönde bir görüşü olmamasına rağmen onam formunun düzenlenmesinin zorunlu olduğuna, bu hususun tanıkla ispatının mümkün olmadığına hastanın bilgilendirilmediği ve hekim ve hastanenin kusurlu olduklarına hükmederek aydınlatılmış onamla ilgili yazılı olma koşulu bulunmamasına rağmen bu konudaki ispatın ancak yazılı bir onamla mümkün olduğuna hükmetmiştir *(Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 5.10.2021 tarihli ve 2020/10326 E., 2021/9514 K. numaralı kararı)*.

Neticede, Yargıtay'ın incelemiş olduğum kararlarında hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği konusunda yeterli değerlendirme içermeyen Yerel Mahkeme kararları hakkında bu konuda tekrar rapor aldırılmak üzere bozma kararları vermekte olduğu tespit edilmiştir. Ancak, incelenen Yargıtay kararlarının herhangi birinde hastanın aydınlatılmadığını iddia ettiği istenmeyen netice ile tıbbi müdahale arasında neden sonuç ilişkisi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi yönünde adli tıbbi görüşe başvurulması gerektiği ve istenmeyen neticenin tıbbi müdahaleden bağımsız geliştiği, bir başka ifadeyle komplikasyon olmadığı yönünde tespite ulaşıldıktan sonra hekimin bu noktada artık istenmeyen netice ile ilgili hastanın aydınlatılmamasından sorumlu olmadığı hususuna değinen ve bu hususu bozma gerekçesi yapan bir karara rastlanılmamıştır.

5.2. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi:

Başvurucular tarafından Anayasa Mahkemesi'ne tıbbi müdahalede hata iddiasıyla yapılan başvurularda 2015 yılına kadar genel olarak hekim lehine karar verildiği görülmektedir. Ancak, 2015 yılında aydınlatılmış onamla ilgili yapılan bireysel bir başvuru ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi hastasını bilgilendirmediği gerekçesiyle ilk defa bir hekimi kusurlu bulmuştur *(15.10.2015 tarihli ve 2013/2084 başvuru numaralı, R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2015-29566).* Somut olayda başvurucu ve eşinin 12.04.2014 tarihinde IVF-ET ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarından bahsedildiği, ancak anılan belgede başvurucuya uygulanan 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 şeklindeki gerekçe ile başvurunun kabulüne karar verilmiştir. Nitekim, genelde hekim lehine karar veren Anayasa Mahkemesi'nin işbu başvuruda göstermiş olduğu yaklaşım aydınlatılmış onam konusunda önemli bir içtihat özelliği taşımaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kabul ettiği tarihten beri ilk defa aydınlatılmış onamla ilgili hekimi kusurlu bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu karardan sonra aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlarla ilgili 2015-2022 yılları arasında yapılan 20 başvuruya ilişkin karar vermiş olduğunu tespit etmiş bulunmaktayım. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin incelediğim işbu aydınlatılmış onamla ilgili vermiş olduğu 20 bireysel başvuruya ilişkin kararlarında şu bulguları elde etmiş bulunmaktayım:

a. Hastalara uygulanması planlanan her bir tıbbi işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğu,

b. Tıbbi müdahale sonucu oluşabilecek risk yönünden hastanın müdahale öncesinde bilgilendirilmesinin gerekip gerekmediği hususunun yargılama sürecinde açıklığa kavuşturulması gerektiği ancak bunun yapılmadığı, başka bir ifade ile derece mahkemelerinin kararlarında, hastanın dava dilekçesinde açıkça belirtmesine karşın tıbbi müdahale öncesinde yeterli bir biçimde aydınlatılıp aydınlatılmadığı ve usulüne

uygun olarak rızasının alınıp alınmadığı hususlarında konuyla ilgili yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı (21.02.2018 tarihli ve 2014/15355 başvuru numaralı karar,11.10.2018 tarihli ve 2015/97 başvuru numaralı karar, 11.12.2018 tarihli ve 2015/9714 başvuru numaralı karar),

c. Hastaya operasyonun tıbbi neticeleri, sağlığı için oluşabilecek riskler ve doğuracağı muhtemel istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin olmadığı (30.06.2021 tarihli ve 2018/23894 başvuru numaralı kararı),

d. "Poliklinik Muayenesi" "Ameliyat Raporu" vb. belgelerde hastaya tıbbi müdahalenin riskleri, sonuçları ve komplikasyonlar hakkında bilgi verilmiş olsa dahi, bu belgede hastanın belgeyi okuduğu, belgede anlatılanları anladığı ve uygulanacak tedavi işlemlerine onay verdiği yönünde beyanı veya imzası bulunmaması halinde bu belgenin aydınlatılmış onam olarak dikkate alınmadığı ve değerlendirilmediği,

e. Komplikasyon riski yönünden hastanın operasyon öncesinde bilgilendirilmesinin gerekip gerekmediği hususunun yargılama sürecinde açıklığa kavuşturulmadığı (11.12.2018 tarihli ve 2015/9714 başvuru numaralı kararı),

f. Hastanın operasyon öncesinde yeterli ve usulüne uygun olarak aydınlatılıp aydınlatılmadığı ve yöntemine uygun rızasının alınıp alınmadığı hususlarının derece mahkemelerinin kararlarında tartışılmadığı, bu hususun yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyette görüldüğü (11.12.2018 tarihli ve 2015/9714 başvuru numaralı kararı, 30.06.2021 tarihli ve 2018/2700 başvuru numaralı kararı),

g. Yargıtay kararında bahsedilen ve başvuruya konu iddiaya yönelik bir değerlendirme yer almadığı (17.11.2021 tarihli ve 2018/24798 başvuru numaralı kararı)

şeklinde açıklanabilecek tespit ve gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlaline karar verildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında aydınlatılmış onamın hangi konularda alınması gerektiği genel olarak belirtilmekle birlikte aydınlatma yapılmadığı iddia edilen istenmeyen netice ile tıbbi müdahale arasında illiyet bağının bulunması gerektiği ve istenmeyen netice tıbbi müdahaleden bağımsız gelişmiş ise hekimin hastaya aydınlatmada bulunmamasından dolayı kusurlu olup olmadığına dair herhangi bir değerlendirmenin yapıldığı karara rastlanılmamıştır

5.3. Aydınlatılmış Onam Konusunda Verilen AİHM Kararlarının İncelenmesi:

Aydınlatılmış onamla ilgili AİHM'nin kararlarına ilişkin olarak ise AİHM Hüküm ve Karar Raporları üzerinden tarafımca en eski tarihlisi 1992 yılından başlamak üzere günümüze kadar yaklaşık altmışa yakın karar incelenmiş bulunmakla, AİHM'nin bu kararlardaki yaklaşımına bakıldığında aydınlatılmış onamdan kaynaklı ihlallere ilişkin uyuşmazlıkları çoğunlukla yaşama hakkının düzenlendiği 2. Madde *(Evans v. Birleşik Krallık AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2007-I 6339/05, Arskaya v. Ukrayna Başvuru no 45076/05 /AİHM, 5 Aralık 2013)*, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının düzenlendiği 3. madde *(Y.F. v. Türkiye AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2003-IX 24209/94, N.B. v. Slovakya Başvuru no 29518/10 AİHM, 12 Haziran 2012, S.K. v. Rusya Başvuru no 5578/12 AİHM, 29 Eylül 2016)* ve özel ve aile hayatına saygı gösterme hakkının düzenlendiği 8. Madde *(Nan v. Romanya Başvuru no 52920/13 AİHM, 24 Ocak 2017, Romila v. Romanya Başvuru no 9126/13 AİHM, 8 Ocak 2019)* kapsamında ele almaktadır. Yüksek Mahkeme aydınlatılmış onamın varlığı veya yokluğu üzerine değerlendirmelerde bulunarak, dolayısıyla bu durumun devletlerin sorumluluğunu gerektirebilecek bir ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını araştırma yoluna gitmiştir.

AİHM'nin aydınlatılmış onama ilişkin sorunlarla ilgili önüne gelen başvurularda Sözleşmeci devletlerin, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin hastaların fiziksel bütünlüğü üzerinde yaratabileceği öngörülebilir/muhtemel sonuçları/riskleri hakkında hekimlerin hastaları bilgilendirmelerini zorunlu kılacak kuralları koymakla yükümlü olduğu belirtilmekle, AİHM hekimlerin aydınlatılmış onam almaksızın gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerde hekimlerin sorumlulukları ile değil, taraf devletlerce aydınlatılmış onam alınmasını güvence altına alacak hukuki düzenlemelerin yoksunluğu veya ihlal gerçekleştikten sonra etkin yargılama sistemlerinin kurulmaması sebebiyle devletlerin sorumluluğu ile ilgilenmekte olup, incelenen kararlarda da bu şekilde bir yaklaşımla başvuruların değerlendirildiği bulgusu elde edilmiştir*(Ioniță v. Romanya Başvuru no 81270/12 AİHM, 10 Ocak 2017, Y.F. v. Türkiye AİHM*

Hüküm ve Karar Raporları 2003-IX 24209/94, Trocellier v. Fransa AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2006-XIV).

AİHM kararlarında, aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlarla ilgili AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için aydınlatılmış onamın yokluğunun ispat edilmesi gerektiği yani ispat yükünün hasta üzerinde olduğu, 8. madde bakımından ihlal kararı verilebilmesi için ise aydınlatılmış onamın varlığının ispat edilememesi gerektiği yani ispat yükünün hekim ya da hastanede olduğunu kabul etmektedir. AİHM kararlarında özetle elde ettiğim bulgular; Yüksek Mahkeme aydınlatılmış onamdan kaynaklı hukuka aykırılığın 3. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirilecek kadar ciddi bir seviyeye ulaşmadığı kanaatinde olması halinde 8. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği ve Sözleşmeci devletleri, tıbbi müdahalelerin hastaların fiziksel bütünlüğü üzerinde yaratabileceği muhtemel riskleri hakkında hekimlerin hastaları bilgilendirmelerini zorunlu kılacak kuralları koymakla yükümlü kıldığı şeklindedir.

6. TARTIŞMA

Son yıllarda ülkemizde ve dünyada başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanlarına karşı malpraktis davalarında artış gözlemlenmektedir (Günler, 2021).

Malpraktis iddiaları ile ilgili açılan davalardaki artışın sebepleri genel olarak; tıp biliminin gelişmesiyle birlikte hasta ve yakınlarının sağlık hizmetleri konusunda beklentilerinin yükselmiş olması, hatalı tıbbi müdahale ile ilgili meydana gelen olayların sözlü ve yazılı şekilde medyaya yansımasıyla birlikte kişilerin bu konudaki farkındalığının artması, yüksek tutarda tazminat elde etme beklentisi, sağlık politikaları ve mezkur yasal düzenlemeler, sağlık personelleri ve hasta/hasta yakını arasındaki iletişim sorunları ve eksiklikleri, tıp eğitiminden kaynaklı sorunlar gösterilebilir (Tekinarslan, 2015/Ertem, Oksel, Akbıyık 2009).

Çalışmamızın yukarıdaki safahatlerinde üzerinde sıklıkla vurguladığımız ve genel kural olarak belirttiğimiz üzere hastanın aydınlatılmış onamının alınması bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için şarttır (Çelik,2006/Adıgüzel, 2014/ Bulut/Özkaya, 2017). Tıbbi müdahale öncesinde hastanın aydınlatılmış onamının alınması, bu konuda yayımlanan kanunlar ve hasta haklarına ilişkin yönetmeliklerin de bir gereği olmakla birlikte, aydınlatılmış onamdan kaynaklanan eksiklikler Türkiye'de sık görülen bir sorundur. Nitekim, hekimin uyguladığı tıbbi müdahalede hatasının ve kusurunun bulunması halinde veyahut tıbbi uygulamada bir hata bulunmasa bile hastanın aydınlatılmış onamının alınmaması veyahut aydınlatılmış onam alınmış olsa bile onamdan kaynaklı başkaca diğer problemlerin varlığı halinde hekimler hukuki anlamda maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalmaktadır (Hancı, 2006/Hakeri, 2019/Günler, 2021).

Hasta tarafından tıbbi müdahale ile ilgili olarak aydınlatılmadığını iddia ettiği hususta hastanın hekim tarafından aydınlatılabilip aydınlatılamayacağının tartışılmaması hem Anayasa Mahkemesi kararlarında hem de Derece Mahkemeleri kararlarında hekim sorumluluğunun tespiti noktasında büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, hastanın genel çerçevede tıbbi müdahale ve neticesinde meydana gelen istenmeyen her durumla ilgili hekim tarafından aydınlatılmasının mümkün olup olmadığının yargılama süreçlerinde incelenerek ortaya konulması elzemdir. Bilindiği üzere, hastanın tıbbi müdahalenin riskleri ve olası komplikasyonları ile ilgili olarak aydınlatılmış onamının alınması gerektiği kuşkusuzdur (Yılmaz, 2012/Tandoğan, 2018, Şeker, 2020).

Yargıtay, aydınlatılmış onam ile ilgili iddialar hakkında değerlendirme içermeyen bilirkişi raporlarını hükme elverişsiz olarak kabul etmekte, hastaların komplikasyonlar hakkında aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunu da kapsayacak şekilde ek rapor alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararları verebilmektedir. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da aydınlatılmış onamla ilgili tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan istenmeyen durumla ilgili hasta tarafından ortaya atılan aydınlatılmadığına ilişkin iddiaların Derece Mahkemelerinde değerlendirilmediği şeklinde gerekçe ile hak ihlali kararları vermektedir. Bu konuda, hem Derece Mahkemesi kararlarında hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında görüş birliği bulunmakta olup, tıbbi müdahalelerden kaynaklı ortaya çıkan ve o tıbbi müdahalenin muhtemel sonucu olan komplikasyonlarla ilgili hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerektiği, hastanın bu konuda aydınlatılmaması halinde hekimlerin hukuki sorumluluğunun doğacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır *(Benzer yönde: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2008 tarihli ve 2008/4519 E., 2008/10750 K. sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2013 tarihli ve 2013/17524 E. ., 2013/29431 K. sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2015 tarihli ve 2013/2084 başvuru numaralı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2018 tarihli ve 2014/15355 başvuru numaralı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.2018 tarihli ve 2015/97 başvuru numaralı kararı)*.

Bunun yanı sıra, AİHM kararlarında da sözleşmeci devletlerin tıbbi müdahalelerin öngörülebilir/muhtemel sonuçları/riskleri hakkında hekimlerin hastaları bilgilendirmelerini zorunlu kılacak kuralları koymakla yükümlü oldukları belirtilerek aydınlatılmış onamdan kaynaklı iddialar hakkında devletlere karşı bu eksiklik çerçevesinde ihlal kararları verilmektedir *(Benzer yönde: Romila v. Romanya Başvuru no 9126/13 (AİHM, 8 Ocak 2019, Trocellier v. Fransa AİHM Hüküm ve Karar Raporları 2006-XIV)*. Aslında hem Yargıtay kararlarında hem Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılan şudur ki; hem de AİHM kararlarında aydınlatılmış onamda hak ihlali iddialarının yeterince araştırılıp incelenmesi gerektiği ve ilgili makam ve mercilerin de bu yönde daha tedbirli olunmasını sağlayacak aksiyonların alınması ve bu konuya daha hassas yaklaşılması gerektiği yönündeki görüş ile dosyaları inceledikleri görülmektedir.

Ancak, yargı makamları tarafından kesin bir görüş birliğine varılamamış olan konu, aydınlatmanın o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan istenmeyen durumlar

hakkında da yapılması gerekip gerekmediği ve hekimin o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan istenmeyen durum hakkında aydınlatmadan kaynaklı bir sorumluluğunun söz konusu olup olamayacağı hususudur.

Nitekim, çalışmamızda özellikle üzerinde durulan konu bu olup, hekimin hukuka uygun olarak aydınlatmadığı şeklindeki iddialarla yargı mercileri önüne taşınan olaylarda aydınlatılmış onamdan kaynaklı hukuka aykırılığın tespitinde; öncelikle hastanın aydınlatılmadığını iddia ettiği istenmeyen durumun o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olup olmadığının veyahut tıbbi müdahalenin komplikasyonu olup olmadığının araştırılıp araştırılmadığı belirlenmelidir. Bu kapsamda yargı mercilerini aydınlatılmış onamla ilgili sorunları bu çerçeveden çözmeye ve bu konuda adli tıbbi görüş aldırmaya sevk etmek yönünde bir görüş birliği oluşturmak gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay tarafından temyiz başvuruları neticesinde önüne gelen olaylarda bu hususta rapor aldırılması gerektiği gerekçesiyle bozma kararları verilebilmesi ile bu husus mümkün kılınacaktır.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi de bu konuda başvurucunun iddialarını bir eksiklik olarak değerlendirip doğrudan tazminata hükmetmek seçeneği dışında aydınlatılmış onamla ilgili problemlere daha teknik açıdan yaklaşarak dosyayı ilgili mahkemeye gönderip bu konuda adli tıbbi görüş alınması yönünde yeniden yargılama yapılarak ihlalin ortadan kaldırılmasını isteyebilecektir.

Bunun yanı sıra, AİHM sözleşmeci devletlerin yargı mercileri tarafından yargılama esnasında alınan raporlardaki görüşleri eksik bulmayı kendi görevleri arasında saymamakta ise de, en azından devletleri aydınlatılmış onamla ilgili hukuka aykırılık iddialarına daha hassas ve belirtilen çerçeveden yaklaşılmasını sağlayacak etkin yargılama sistemleri kurulması yönünde yasal düzenlemeler ve kurallar getirmeye sevk eden kararlar verebilmesi mümkündür.

Dolayısıyla, tüm bu hususlar kapsamında ortaya çıkan istenmeyen bir neticenin tıbbi müdahaleye bağlı bir komplikasyon olduğundan bahsedebilmek için mutlaka adli tıbbi bir görüş alınması gerekmekte olup, bundan asla ödün verilmemelidir. Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere bir tıbbi müdahaleden sonra ortaya çıkan istenmeyen neticenin olası veyahut ekstrem yani ender bir komplikasyon olup olmadığının mutlaka müstakil olarak araştırılması icap etmektedir. Ender veyahut mutat olsun komplikasyon tıbbi müdahaleye bağlı olarak gelişmişse, o takdirde hekimin o komplikasyondan sorumlu olmaması için aydınlatılmış

onamda komplikasyondan bahsedilmesi gerekmektedir (Şenocak, 1998/Atilla, 2002/Oral, 2011/Tandoğan, 2018)

Hastaya tıbbi müdahalede bulunuldu ve tıbbi müdahaleden sonra istenmeyen bir durumun gelişmesi halinde, o istenmeyen netice ile ilgili doğrudan demek ki tıbbi müdahaleye bağlı olarak meydana geldi denilebilmesi mümkün olmayıp, tıbbi müdahalenin sonucu olup olmadığının mutlaka ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim, istenmeyen netice tıbbi müdahaleden tamamen bağımsız bir şekilde gelişmiş ise ve bu konuda adli tıbbi tespit söz konusu ise hekimin o konuda aydınlatılmış onam almaması nedeniyle sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir ve yargı safahatı sırasında bu neticenin tespiti amacıyla adli tıbbi görüş aldırılması gerekmektedir. Zira, istenmeyen netice o tıbbi müdahale sonucunda gerçekleşmiş denilemiyorsa sebep sonuç ilişkisi kurulamadığı için bu istenmeyen neticenin tıbbi müdahalenin komplikasyonu olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda ortaya çıkan istenmeyen neticelerle ilgili aydınlatmadığından bahisle hekimin kusurlu kabul edilebilmesi ve tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi mümkün değildir.

Somut olarak konumuzla bağlantılı olması nedeniyle emsal olan bir karardan bahsetmek gerekmektedir. İstanbul 12. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde görülen maddi ve manevi tazminat talepli bir davada;

Hasta üzerinde gerçekleştirilen *"Göz içi mercek yerleştirme operasyonu"* (İntraoküler lens implantasyonu) neticesinde şifa bulan ve salah ile taburcu edilen hastada operasyonu müteakip gelişen ve ileri derecede miyoptri hastalarına mahsus retina incelmesi nedeniyle ortaya çıkan ve tamamıyla bünyesel nedenlere bağlı retina (bağ doku) yırtılmasının, yargılama safahatı boyunca alınan bilirkişi raporları neticesinde hekimin kusurundan kaynaklanmadığı ve dava konusu edilen tıbbi müdahalenin olağan bir komplikasyonu da olmadığı açıkça anlaşıldığı halde hastanın bu konuda aydınlatılmadığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiştir. Üstelik, hasta tarafından imzalanmış "Katarakt ameliyatı (Fakoemülsifikasyon) Aydınlatılmış Onam Formu"nda "Ameliyat sonrasında oluşabilecek komplikasyonlar" başlığı altında 11. madde numarası altında *"11. Ağ tabakada ayrılma ya da yırtık oluşumu"* şeklinde ifade edilmiş ve hastanın bu konuda spesifik olarak aydınlatıldığı sabit ve tartışmasız olmasına rağmen bu yönde hüküm kurulmuştur.

Yargılama safahatı boyunca istihsal olunan,

Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'nun raporu ve İÜ. İstanbul Tıp Fakültesi'nin konunun uzmanı öğretim üyelerinden oluşan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi içtihatlarını karşılar mahiyetteki heyet raporu, hekimin kusurlu olmadığını en ufak bir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuş olup bu husus raporlarda,

> *"Sonuç: ... Fort miyopi vakalarında İCL implantasyonunun tıp kurallarına uygun olduğu, fort miyop hastalarda retina dekolmanının sıklıkla görüldüğünün tıbben bilindiği, söz konusu hastada lens ekstraksiyonu uygulanmadığından ameliyatın dekolman değişimini kolaylaştıracak etkisinin olmadığının kabulü gerektiği, bünyesel nedenlerden kaynaklanan retina dekolman tedavisinin tıp kurallarına uygun olduğu, hekime ve hastaneye atfedilebilecek kusur bulunmadığı oy birliği ile mütalaa olunur."*

şeklinde ifade edilmiştir

İleri derecede miyoptri hastalarında kendiliğinden meydana gelebilen retina yırtıklarının hastaya uygulanan göz içi mercek yerleştirme operasyonu ile bir bağlantısının bulunmadığı; bu hastalarda incelen retinanın herhangi bir sebeple yırtılabileceği ve bu nedenle hekim tarafından uygulanan göz içi mercek yerleştirme ameliyatının doğrudan bir komplikasyonu olmayan retina yırtılması konusunda müstakilen ve spesifik olarak aydınlatma yapılmasının gerekmediği; nitekim hastada ameliyattan belirli bir süre sonra ve ameliyattan bağımsız bir şekilde farklı bir nedenle gelişmiş bulunan retina yırtığından hekimin sorumlu tutulabilmesinin mümkün bulunmadığı sabit olmasına rağmen; aydınlatılmış onam formunda operasyonla illiyeti bulunmayan *"retina yırtılması"* ibarelerinin bulunmadığından bahisle kusur izafe eden raporlar neticesinde hekime kusur izafe edilmiş bulunulmaktadır.

Gerek teorik gerekse Yargıtay kararları ile kabul edilen bir realitedir, ki aydınlatılmış onam, herhangi bir tıbbi müdahalede ortaya çıkabilecek komplikasyonlar konusunda hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırır (Özcan 2008/Yıldız, 2012/Hakeri, 2013). Bu nedenle, bir tıbbı müdahale sonrasında ortaya çıkan şikâyetin o tıbbi müdahale ile sebep-sonuç ilişkisine sahip bir komplikasyon olması gerekir, ki hekim o konuda aydınlatmada bulunabilsin ve sorumluluğu sona ersin.

Nitekim, *"yukarıda bahsi geçen hasta gibi gözü ileri derecede miyop olan hastalarda retina incelmiştir ve ameliyat olmasalar bile retina yırtığı gelişebilir, bunun ameliyat ile bir bağlantısı yoktur."* Bu nedenle, hekim tarafından gerçekleştirilmesi planlanan *"göz içi lens"* operasyonu öncesinde hastanın retina yırtılması konusunda aydınlatılması gerekmemektedir. Zira, yapılması planlanan operasyonun olağan bir komplikasyonu olmayan bu konuda herhangi bir aydınlatma yapılması gerekmediği gibi Mahkeme tarafından hekimin muhtemel komplikasyon olmayan bu durumla ilgili hekimin aydınlatmada bulunmasının mümkün olup olmadığının bu neticeyi öngörüp öngöremeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hekimler yaptığı tıbbi müdahalenin bir komplikasyonu olmayıp bununla neden-sonuç ilişkisi bulunmayan istenmeyen neticelerden aydınlatmada eksiklik olduğu gerekçesiyle sorumlu hale gelmektedir, ki bunun tamamıyla hatalı ve hukuka aykırı olduğu noktasında kuşku yoktur. Bu sorunun yegane kaynağı, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarında hekimin yaptığı tıbbi müdahale ile meydana gelen istemeyen durum arasında neden sonuç bağlantısı olmadığı yönünde görüş alınmaması yanında aynı zamanda tıbbi müdahale ile istenmeyen durum arasında neden sonuç ilişkisi bulunmadığının tespit edilmesi halinde hastanın bu durumda istenmeyen netice ile ilgili aydınlatılmasının mümkün olup olmadığı ile hekimden ortaya çıkan sonucu öngörüp aydınlatmada bulunmasının beklenip beklenemeyeceğinin de değerlendirilmelerde eksik bırakılmasıdır.

Nitekim, hekimin hastasına tıbbi müdahale ve işlemlerin olası tüm risklerini açıklamış ve bu riskler hakkında bilgilendirmiş olması gerektiği konusu kuşkusuzdur (Hakeri, 2013/Adıgüzel, 2014/Günler, 2021). Ancak, yargı makamları tarafından kesin bir görüş birliğine varılamamış olan konu, o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan istenmeyen durumlar hakkında hekimden bu neticeyi öngörmesinin beklenip beklenemeyeceği ile hekimin o tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan istenmeyen neticelerle ilgili aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususudur.

Dolayısıyla bu çerçevede, hekimin tıbbi müdahalesi kapsamında aydınlatılmış onamdan kaynaklı hukuka aykırılıkların da iddialar arasında yer aldığı maddi ve manevi tazminat talebi ile açılan davalarda mahkemelerce öncelikle tıbbi müdahale ile istenmeyen netice arasında illiyet bağının tespiti ile ilgili adli tıbbi görüş aldırılması gerekmektedir. Bu suretle istenmeyen neticenin tıbbi müdahaleden tamamen bağımsız bir şekilde geliştiğine yönelik adli tıbbi görüş mevcut ise hekimden artık bu noktada işbu istenmeyen neticeyi öngörüp aydınlatması

beklenmemeli ve aydınlatılmış onamdan kaynaklı kusur izafe edilemeyen hekimin tazminat sorumluluğu doğmamalıdır.

Hastanın kararını etkileyebilecekse, nadir görülen riskler de açıklanmalı ancak makul ortalama bir hasta için kararında etkili olmayabilecek on binde bir ihtimal içeren bir tehlikenin açıklanmaması hekimin sorumluluğunu doğurmamalıdır (Çelik, 2006/Ersoy, 1995).

AİHM kararları genel olarak değerlendirildiğinde aydınlatılmış onamın sadece prosedürel bir zorunluluk olmadığı fikri, aydınlatılmış onam fikrinin tüm yanlarıyla ele alınması ve en azından Avrupa genelinde genel kabul görebilmesi için umut verici bir gelişme olmakla beraber aydınlatılmış onama ilişkin dikkat edilmesi gereken ilke ve kuralların bir arada net bir şekilde açıklandığı bir içtihat geliştirilemediği gözlemlenmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere yargı makamları önüne gelen olaylardan anlaşıldığı üzere öncelikle yerel mahkeme nezdinde yürütülen yargılama esnasında ya adlı tıptan rapor aldırılmakta, adli tıp raporunun yeterli görülmemesi halinde üniversitelerden seçilen konusunda uzman hekimlerden oluşan bilirkişi heyetlerinden rapor istenmekte olup *(Benzer yönde: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.09.2008 tarihli ve 2008/4519 E., 2008/10750 K. sayılı kararı),* mahkemelerce alınan bu raporlarda tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan istenmeyen durumun o tıbbi müdahalenin muhtemel komplikasyonu olup olmadığının tespiti yapılmalı ve bu tespit neticesinde eğer hastada meydana gelen istenmeyen durumun, uygulanan tıbbi müdahalenin komplikasyonu olamayacağının yani tıbbi müdahale ile arasında illiyet bağı bulunmadığının tespitine ulaşılması halinde bu durumda yapılması gereken artık hem bilirkişi raporlarında hem de yargı makamları tarafında tıbbi müdahalenin muhtemel sonucu olmayan işbu istenmeyen durumla ilgili hekimin aydınlatmada bulunmasının mümkün olmadığı ve sorumluluğu bulunmadığı yönünde görüş birliğine varmaları gerektiğidir.

Kanaatimizce, yargılama safahatinde alınan bilirkişi raporlarında hastada tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan istenmeyen durumun komplikasyon olmadığı, gerçekleştirilen tıbbi müdahale ile ortaya çıkan durum arasında illiyet bağının bulunmadığı ve tıbbi müdahalede hekimin kusurunun bulunmadığının tespit edilmesi halinde artık bu noktada hekimin hastayı ortaya çıkan istenmeyen durumla ilgili aydınlatmasının beklenmemesi ve hekimin öngörmesi mümkün olmayan ortaya çıkan durumla ilgili aydınlatmada bulunabilmesinin mümkün olmadığının sonucuna varılarak hekimin aydınlatılmış onamdan

kaynaklı bir eksikliğinin veya kusurunun bulunmadığı ve bundan kaynaklı tazminat sorumluluğunun doğmadığının kabulü sonucuna varılmalıdır. Bu konudaki görüşlerimizin; hem önlerine gelen her olguda yargılama makamları tarafından dikkate alınması hem de bu konuda adli tıbbi görüş istenmesi ile bir anlam kazanacağı ve hekimlerin aydınlatılmış onamdan kaynaklanan iddialarla ilgili sorumluluklarının kapsamı belirlenerek sınırları çizilmiş olacaktır.

7. SONUÇ

Modern tıpta, kökenini Hipokrat'ta bulan hastanın şahsi haklarını ve iradesini daha arka planda tutan, tıbbi müdahale konusunda en doğruları ancak hekimin bildiği anlayışına dayanan geleneksel ve otoriter hekimlik anlayışı bugün için hukuk ve tıp çevrelerince artık kabul edilmemektedir. Günümüzde hastanın şahsi haklarına ve iradesine saygıyı ön planda tutan, hekim-hasta iş birliğine dayanan aydınlatılmış onam kavramı geliştirilmiştir.

Modern hukukta kişinin vücut bütünlüğüne, dokunulmazlığına ve diğer şahsi haklarına yönelik her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırı sayılmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hem Anayasa hem de Türk Medeni kanununda güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen kararlarında da belirtildiği üzere Anayasa'nın Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesine göre, herkesin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunumuzda da 23. ve 24. maddeler ile kişiliğin korunması ile ilgili bazı temel hükümler öngörülmüş olup, 24. maddede de hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırıda bulunulan kimsenin saldırıla bulunan kişilere karşı korunacağı ilkesine yer verilmiştir. Bu çerçevede, en temel insan hakları arasında yer alan kişilik haklarının bir parçası olarak vücut bütünlüğüne yönelik her türlü müdahalenin hukuka uygun olması gerektiği şüphesizdir.

Nitekim, hekim tarafından bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi halinde müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için hastanın rızasının alınması gerekir. Bu kapsamda, hastanın geçerli bir rıza beyanının varlığı için bu rızanın hekim tarafından hukuka uygun bir şekilde aydınlatılması neticesinde alınması gerekir.

Hastanın aydınlatılması ile ulaşılmak istenen hedef, kişiye hastalığı hakkında ve tıbbi müdahale ile ilgili her türlü bilgiyi vermek ve hastayı özgürce seçim yapabilecek ve karar verebilecek bir duruma getirmektir. Hastanın kendi geleceğini belirlemesi konusunda, kararını kendi serbest iradesi ile verebilmesi için hukuka uygun bir şekilde aydınlatılması gerekir.

Hekim hastayı aydınlatırken hastalık hakkında bilgi verilmesinin yanı sıra, müdahale usulü, ağırlık derecesi, süreci, riskleri ve komplikasyonları hakkında zamanında ve yeterli düzeyde bilgilendirmesi gerekir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü bazı istisnai durumlarda

ortadan kalkmaktadır. Hasta için acil durumun mevcudiyeti gibi işbu istisnai durumlarda hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk sebebinin ne olduğu tartışmalı bulunmakla hastanın üstün yararı ile hekimin kanuna dayanan yetkisi kanaatimce tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebeplerdir.

Özetle belirtilmelidir ki, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Bu husus, hukuka uygun bir tıbbi müdahale için elzemdir. Hem hekimlerin mesleklerinin ifası sırasında hukuki yükümlülüklerini bilinçli bir şekilde yerine getirebilmeleri hem de hastaların sağlanan hukuki güvencenin kapsamını bilmeleri açısından olmazsa olmaz bir nitelik arz eden hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda müstakil bir yasal düzenleme bulunmamakta, bu konu sağlık hukuka ilişkin mevzuat içerisinde ve uluslararası sözleşmelerde düzenlenmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamı incelediği kararlarda genel olarak Derece Mahkemelerinde aydınlatılmış onama ilişkin iddiaların değerlendirilmemesini Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali şeklinde yorumlamakta ve ihlal kararı vermektedir. Aydınlatılmış onama ilişkin olarak yapılan başvurularda tıbbi müdahale ile ilgili olarak aydınlatılmış onam alındığı dosya kapsamı itibariyle anlaşılmasına rağmen aydınlatılmış onamdan kaynaklanan her iddianın Derece Mahkemelerince değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir gerekçeyle ihlal kararları verilmesi hekimlerin sorumluluğunun sınırlarının genişlemesine sebebiyet vermektedir. Oysa ki, hem Derece Mahkemelerinde hem Yargıtay hem de Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmeyen husus; tıbbi müdahale ile işbu tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen istenmeyen netice arasında bir illiyet bağının bulunup bulunmadığı hususunun tespiti ile eğer tıbbi müdahale ile meydana gelen istenmeyen netice arasında illiyet bağı yok ise bir başka ifadeyle istenmeyen netice tıbbi müdahaleden bağımsız bir şekilde gelişmiş ise bu konuda hekimin artık aydınlatmamaktan dolayı sorumlu olamayacağıdır. Bu konuya ilişkin olarak yargılama safahatinde mutlaka adli tıbbi görüş istenmesi icap etmektedir. Zira, bir tıbbi müdahale ile ilgili olarak hastanın aydınlatılması gereken konuların kapsamının genişletilmesi hem hekim açısından tıbbi müdahalede her olabilecek veyahut olmasına imkân olmayan ve yaşanmamış bir durumu öngörmesi gerektiği şeklinde makul olmayan bir yükümlülük yükletilmesine ve sonsuz bir ihtimal sürecinin anlatılması gibi hayatın olağan akışına aykırı bir duruma sebebiyet verilecek hem de hasta açısından tıbbi müdahaleye rıza göstermek güçleşecektir.

Neticede, hastalar tarafından yargı sürecine taşınan olaylarda hastaların aydınlatılmış onamdan kaynaklı sorunlarla ilgili iddialarını tetkik etmiş bulunduğumuz bu çalışmada gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında gerek Yargıtay kararlarında gerekse Derece Mahkemesi kararlarında hekimin hangi konuyla ilgili aydınlatmada bulunması gerektiği genel olarak tespit edilmek ve bilinmektedir. Ancak, yargı mercilerinin aydınlatılmış onamla ilgili hukuka aykırılık iddiaları çerçevesinde önlerine gelen olgularda dosya kapsamında tıbbi müdahale ile illiyet bağı içerisinde olmayan bir başka ifade ile tıbbi müdahalenin komplikasyonu olmayan istenmeyen neticelerle ilgili hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı hususu tartışılmadığı gibi bu konuyu tartışmaya açacak adli tıbbi görüş dahi istenmediği görülmektedir. Keza, tüm bunların neticesinde tıbbi müdahalenin muhtemel komplikasyonu olmayan ve bağımsız bir şekilde ortaya çıkan istenmeyen durumlarla ilgili hekimin o neticeyi öngörüp aydınlatabilip aydınlatamayacağına dair değerlendirme de doğal olarak hem bilirkişi raporlarında hem de yargı kararlarının gerekçesinde yapılmadığı görülmektedir.

Bu nedenle, hastalar tarafından malpraktis iddiaları ile ilgili açılan davalarda eğer hastaların aydınlatılmış onama ilişkin hukuka aykırılık iddiası da bulunması halinde Mahkemeler tarafından istenmeyen netice ile tıbbi müdahale arasında neden sonuç ilişkisi bulunup bulunmadığının tespiti konusunda adli tıbbi görüş istenmesi ve neticede tıbbi uygulama neticesinde ortaya çıkan durumun o tıbbi müdahalenin muhtemel sonucu olup olmadığının tespitini müteakip hekimin ortaya çıkan istenmeyen durumla ilgili aydınlatmada bulunmasının mümkün olup olmadığının ve öngörüp öngöremeyeceği belirsiz olan bu netice ile ilgili hastanın aydınlatılmamasına ilişkin sorumluluğunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmekte olup; yargılama sürecinin bu şekilde yürütülmesi hem hastaların aydınlatılmalarını istedikleri konularla ilgili bilinçlenmelerini sağlayacak hem de hekimin aydınlatılmış onamdan kaynaklı hukuki sorumluluğunun kapsamını belirlenmesinde bir adım atılmış olacaktır.

8.KAYNAKÇA

Adıgüzel, Sibel (2014 Ekim). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. TAAD, Yıl:5, Sayı:19 http://www.taa.gov.tr/indir/hekimin-aydinlatma-yukumlulugu-, Ekim 2017.

Akartepe, Alpaslan (2007). Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006. Ankara: Yetkin Yayınları.

Aşçıoğlu, Çetin (1993). Tıbbi Yardım ve El Atmadan Doğan Sorumluluk. Ankara.

Aşıcıoğlu Faruk, Demircan Tunç (2015 Ekim). Sağlık Hukuku ve Mevzuatı. İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Ders Notu, İstanbul. 10 Mayıs 2022 tarihinde"http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/saglikkurumlariisletmeciligi_ao/saglik hukukumevzuati.pdf " adresinden erişildi.

Aşıkoğlu, Eda Demirsoy (2018). Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler. 9/35 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s:319, 320.

Ataay, Aytekin (1978). Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş- Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul.

Atabek Reşat, Sezen Merih (Şubat 1954). Hekimin Mesuliyeti. İBD., Cilt 28, S.2, s.136.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, 2022 MART
İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi 01.08.2022 tarihinde https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/aihm/AIHM032022.pdf adresinden erişildi.

Ayan, Mehmet (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.

Aydın, Erdem (2003). Hasta Hakları ve Terminal Dönem. Yoğun Bakım Dergis**i**, S. 1, C. 3, s. 41.

Basalak, Mehmet (2012). Aulus Cornelıus Celsus ve De Medıcına Eserinde İdeal Hekimin Nitelikleri. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eski Çağ Dilleri ve Kültürleri Anabilim Dalı Latin Dili ve Edebiyatı Bilim Dalı İstanbul: s.91.

Bayraktar, Köksal (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Kitabevi.

Bayraktar, Köksal (2006). Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı. Hastanın Hakkı, Sağlık Hukuku ve Yeni TCK.'daki Düzenlemeler Sempozyumu 17.11.2006. İstanbul.

Belgesay, M. Reşit (1953). Tıbbi Mes'uliyet, İstanbul: s.155.

Berg J.W ve diğerleri (2001). Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice Account. 2nd edt, Oxford University Press.

Bulut, Beste/Özkaya, Selin Karakuş (2017). Sağlık Hukuku Kapsamında Aydınlatılmış Onam. İstanbul:01.08.2022 tarihinde http://www.buluthukukburosu.com.tr/wpcontent/uploads/2018/01/AYDINLATILMI%C5%9E-ONAM.pdf adresinden erişildi.

Casap N, Alterman M, Sharon G, Samuni Y.(2008). The effect of informed consent on stress levels associated with extraction of impacted mandibular third molars. J Oral Maxillofac Surg, s:878-81.

Çelik F. (2006). Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Çelik, Nuri (2013). İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta Yayınevi, Yenilenmiş 26. Bası. Çilingiroğu, Cüneyt (1993). Tıbbi Müdahaleye Rıza. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Demir, Mehmet (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3.

Doğan, Cahid (2011). Tıbbî Kayıtların Tutulmasından Cezaî Sorumluluk. Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7- 8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Donay, Süheyl (1978). Meslek Sırrının Açıklanması Suçu. İstanbul.

Dönmezer Sulhi, Erman Sahir (1997). Genel Kısım. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul: C.II,11. Bası, Beta Yayınları, s.51.

Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi Türk Tabipler Birliği Çevirisi 15 Mayıs 2022 tarihinde https://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf adresinden erişildi.

Engisch, s.5-6; Kohlhaas, Max, (1963). Dierechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatnestanden. NJW., 16. Jahrgang, 1963/II, Heft.51 S.2350.
Eren, Fikret (2014). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 16. Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları.

Erman, Barış. (2003). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ertem G, Oksel E, Akbıyık A. (2009). Hatalı Tıbbi Uygulamalar (Malpraktis) ile İlgili Retrospektif Bir İnceleme. Dirim Tıp Gazetesi, 84(1), s:1-10.

Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi, s.52.

Günler, Zeynep (2021). Aydınlatılmış Onam ve İnsan Hakları. Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gürelli, Nevzat (1981-1982). Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları Doğumun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV—XLVII, s.1-4, İstanbul: İÜHFM.1979-1980-1981.

Güven, Kudret (2000). Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım A.Ş., s. 2.

Hakeri, Hakan(2011). Ceza Hukuku. 10. baskı Ankara: Adalet Yayınevi.

Hakeri, Hakan. Hasta Hakları Kanunu Taslağı: Hastalara Daha Fazla Hak. 15 Mayıs 2022 tarihinde< https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hasta-haklari-kanunu-taslagi-hastalara-daha-fazla-hak-72-64-3236.html> adresinden erişildi.

Hakeri, Hakan (2012). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, Hakan (2013). Tıp Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, Hakan (2015). Tıp Hukuku. 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, Hakan (2019). Tıp Hukuku. 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hancı, Hamit (2006). Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hatemi/Serozan/Arpacı (1992). Borçlar Hukuku Özel Bölüm**.** İstanbul: Filiz Kitabevi. İpekyüz, Filiz Yavuz (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

JASPER, Margeret C. (2008). Hospıtal Lıabılıty Law, Second Edition New York: s.20 Katz J, The Silent World of Doctor and Patient(2002). The John Hopkins University Press.

Keyman, S. (1978). Hekimin Cezai Sorumluluğu. Cilt 35, Sayı 1, s.57, Ankara:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 14.05.2022 tarihinde https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637568 adresinden erişildi.

Kılıç, Melek (2014). Sağlık Kurumlarında İletişim: Hasta-Sağlık Personeli İletişimi. Yüksek lisans tezi, T.C. Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Hastane Ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, İstanbul: s.93-94.

Köprülü, Ömer (1984). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. İBD, c.58, s.10-11-12.

Metin, S. (2010). Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık 2010.

Mollamahmutoğulları, Hamdi /Muhittin Astarlı (2012). İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6098 Sayılı Borçlar Kanunu – 6102 Sayılı Türk Ticaret

Kanunu – 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Namal A. (2007). Hasta Hakları ve Etik. Celal Ülgen ve Coşkun Olgun (eds) A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları.

Ersoy, Nermin (1995). Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi. 3/1 Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi 2, 14 Mayıs 2022 tarihinde <http://www.klinikarastirmalar.org/upload/documents/file_204.pdf> adresinden erişildi.

Oğuz Yasemin Neyyire, Tepe Harun, Büken Nüket Örnek, Kucur Deniz Kırımsoy(2005). Biyoetik Terimleri Sözlüğü. Ankara: s.132.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Olgaç, Senai (1977). İstisna Akdi. Ankara.

Oral T. (2011). Hekimin Aydınlatma Ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü. Ankara: Ankara Barosu Dergisi, s:185-209.

Ozanoğlu, Hakan Seçkin (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatılması Yükümlülüğü. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.C.52, Sayı: 3, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi

Özbilen, Arif Barış (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013/2.

Özcan, Funda Işık (2008). Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özdemir, Hayrunnisa (2004). Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Ankara: Yetkin yayınları.

Özdemir, Zarife Şenocak (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası. 50/4 AÜHFD 65, 73 vd.

Özek, Çetin (1965). Hekim ve Hukuk-Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları. Cilt 28, s.450.İÜTFM.

Özsunay, Ergun (1982). Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları. Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu. Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. Ankara: Fakülteler Matbaası.

Öztürk, Atilla (2002). Adlî Tıp Uygulamasında Hekim Hataları ve Hekimin Sorumluluğu. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Adlî Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul: s.68.

Petek, Hasan (2006). Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk. Cilt 8, S.1. s-177-239 İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Polat, Oğuz (2005). Tıbbi Uygulama Hataları. Ankara.

Randevusuna gitmeyene ceza. 14 Mayıs 2022 tarihinde http://www.saglikaktuel.com/haber/randevusuna-gitmeyene-ceza-7213.htm adresinden erişildi.

Reisoğlu, Seza (1983, 1982). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler. V. Sempozyumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Saatçıoğlu, Onur Can (2012). Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu. Ankara: Sağlık Hukuku Digestası, ABY.

Sarıal, Enis (1986). Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler. İstanbul.

Selçuk, Polat (2015). Tıpta Aydınlatılmış Onam ve Özerklik İlkesi. Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Sütlaş, Mustafa (2000). Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, Çivi Yazıları.

Şeker, Zeynep. (2020). Malpraktis Davalarında Aydınlatılmış Onam İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi. Uzmanlık Tezi, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Adana.

Şenocak, Zarife (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 44.

Şuaekici, Sevim (2007). Tıpta Yanlış Uygulamalar Nedeniyle Hekimin Sorumluluğu ve Mesleki Sorumluluk Sigortası. Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü platformu 12 Mayıs 2022 tarihinde https://www.sdplatform.com/Dergi/38/Tipta-yanlis-uygulamalar-nedeniyle-hekimin-sorumlulugu-ve-mesleki-sorumluluk-sigortasi.aspx adresinden erişildi.

Tandoğan, Haluk (2018). Borçlar Hukuku -Özel Borç İlişkileri. c.1/2 Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basımdan İstanbul: s. 432.

Tandoğan, Haluk (1987). Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri C. II, 2. Bası, Ankara: Olgaç Matbaası.

Tekinarslan M. (2015). Tıbbi Malpraktisin Hasta ve Hasta Yakınları Üzerindeki Psikolojik, Sosyal ve Ekonomik Etkileri. Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta.

The Nuremberg Code (1996). 7070/313 British Medical Journal 1448, 13 Mayıs 2022 tarihinde<https://media.tghn.org/medialibrary/2011/04/BMJ_No_7070_Volume_313_The_Nuremberg_Code.pdf. adresinden erişildi.

Türk Hukuk Lûgatı (1998). Başbakanlık Basımevi, 4. Bası Ankara, s.254.

Yağoğlu, Melike (2011). Hastaneye Kabul Sözleşmesi. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kayseri: s.65.

Yavuz, Cevdet (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 10. Bası İstanbul: Beta Yayınları, s. 1184-1185.

Yavuz, FilizİpekyüZ (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul.
Yenerer Çakmut, Özlem (2003). Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi. 1. Baskı. İstanbul:Legal Yayınevi.

Yenerer, Çakmut Ö. (2007). Tıpta Aydınlatma ve Rıza. in Roche Sağlık Hukuku Günleri I (1. Bası, Roce.

Yıldız, Ceren (2012). Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Yılmaz, Berfin Işık (2012). Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s:389, 392.

Zengin, M.A (2012). Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması. 1. Baskı Ankara: Adalet Yayınevi.

Zevkliler, Aydın (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları. S.1, s.23 Diyarbakır: DÜHFD.

Zevkliler, Aydın (1981). Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler. Ankara: Seçkin Yayınevi.
Zeytin, Zafer (2007). Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu. Roche Sağlık Günleri 1/Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık.

9. ÖZGEÇMİŞ

Sinem DOĞAN, lise öğrenimini Süleyman Nazif Anadolu Lisesi'nde tamamladı. 2011 yılında giriş yaptığı Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2016 yılında mezun olmuştur. 2014 ve 2015 yıllarında Ulusal Farazi Dava Yarışmasına katılmıştır. 2015 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nda ve 2016 yılında Dışişleri Bakanlığı Stratejik Araştırmalar Merkezi'nde staj eğitimi almıştır. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra 2019 yılında İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü'nde yüksek lisans eğitimine başlamıştır. 2017 yılında yasal stajını tamamlamış ve halen avukat olarak çalışmaya devam etmektedir.