

# HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## (Disclosure Requirement of a Doctor)

Öğr. Gör. Pelin ÇAVDAR\*

### ÖZET

Hastaya teşhis (tanı), tedavi ve süreç, risk ve tedavi seçenekleri hakkında aydınlatma yapılmaksızın yapılan her tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, hekim hastasını açık ve anlaşılır bir dille aydınlatmalıdır. Bu bağlamda, hekim hastasını mesleki uygulama ölçütü, makul hasta ölçütü veya sübjektif ölçüt kullanarak aydınlatmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, acil tıbbi müdahale, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hastanın bilgisinin bulunması ve aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunması durumlarında hekim hastayı aydınlatma yükümlülüğünden muaf tutulabilmektedir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği hususundaki ispat yükü hekimdedir.

**Anahtar kelimeler:** Tıbbi müdahale, aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatma ölçütleri, aydınlatma yükümlülüğünün istisnaları, ispat yükü, aydınlatmanın şekli

### *Abstract*

Every medical intervention to the patient without disclosing the diagnosis, treatment process, risks and alternative treatment options is illegal. In order to make the intervention legal, the doctor must disclose the patient clearly and in an understandable language. Accordingly, doctor may use different standards such as the professional practice standard, the reasonable patient standard and the subjective standard when fulfilling his disclosure requirement to the patient. However, one should bear in mind that, there are some circumstances which exempts the doctor from disclosure requirement; immediate medical responses, patient's waiver from his illumination right, patient's knowledge about the intervention and in case of negative effects of disclosure to the patient. It should be kept in mind that, burden of proof in disclosing the patient is on the shoulders of the doctor.

**Keywords:** Medical intervention, disclosure requirement, standards of disclosure, exemptions from disclosure requirement, burden of proof, the way of disclosure

---

\* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu.

## GİRİŞ

Kişinin sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu vazgeçilmez, devredilemez ve hukuka aykırı olarak sınırlandırılmaz hakları vardır<sup>1</sup>. Bu hakların en başında yer alan kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar sadece var olmaları nedeni ile ayrılmaz biçimde sahip oldukları hukuken korunan değerlerden oluşmaktadır<sup>2</sup>. Bu hak gerek iç hukukumuzda gerekse uluslararası hukukta korunmaktadır. Nitekim 1982 Anayasası md.17 hükmünde, herkesin yaşama, maddi, manevi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğundan söz edilmektedir. TMK md. 23 hükmü ise kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceğini, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağını açıkça ortaya koymaktadır. En temel uluslararası sözleşme olarak kabul edilen AİHS<sup>3</sup>; yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi kişilik değerlerini koruyucu maddeler içermektedir.

Tıbbi müdahaleler<sup>4</sup> nitelikleri itibariyle yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü koruma gibi haklarla yakından ilgilidir<sup>5</sup>. Bu bağlamda AY md. 17 gereğince “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu hüküm ışığında kural olarak, kişiliği oluşturan değerlerden biri olan vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale ancak kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelir. Ancak rızanın geçerli olarak hukuk düzeninde yerini alabilmesi için hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekir<sup>6</sup>.

Bu çalışmada aydınlatma kavramı, aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanakları, ölçütleri, türleri ve istisnaları, aydınlatmanın şekli, aydınlatma yükümlüsü, aydınlatılacak kişi ve aydınlatmanın ispatı konularında yabancı mahkeme kararlarından da faydalanılarak açıklamalar ve değerlendirmeler yapılacaktır.

<sup>1</sup> 1982 Anayasası md.12: “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*”

<sup>2</sup> **Helvacı**, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013., s.105.

<sup>3</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

<sup>4</sup> Tıbbi müdahaleler; “*Kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslarına uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir*” Bknz: **Çakmut, Yenerer**, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24.

<sup>5</sup> **Boran**, Bedia, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.102.

<sup>6</sup> **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.108., Bkz: **Altay**, Sabah, Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.221.

## HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### I. Aydınlatma ve Aydınlatılmış Rıza Kavramları

Hekim ile hasta ilişkisinin temeli olan teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan bir yükümlülük<sup>7</sup> olan aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir<sup>8</sup>. Bu bağlamda aydınlatma, hekim açısından tedavi ve teşhis sözleşmesi gereği<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma ödevinin yükümlülük niteliğinde olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi yüküm niteliğinde olduğunu savunanlar da mevcuttur. Bu ayrım yaptırım bakımından önem arz etmektedir, şöyle ki; yüküm olduğu kabul edilirse yaptırım olarak belirli haklardan yoksun bırakılmak söz konusu olacak iken, yükümlülük olarak kabul edilirse, yükümlülüğün ihlalinde tazminat gibi alacak hakkının doğması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Ayrıntılı bilgi için bkzn: **Erman**, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.101.

<sup>8</sup> **Köprülü**, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD, 1984, C. LVIII, S.10.11, s.589.

<sup>9</sup> Bkz: **Gümü**, Alper, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014, s.133. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi, TBK md. 502 vd. hükümlerinde yer alan vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Yargıtay'da konuya ilişkin olarak, "*Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava doktorun mesleki kusuruna, diğer ifade ile özen hususuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır (BK. 386, 390, 321). bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz.*" hükmünü kurarak hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir. **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2003/711 E., , 2003/4255 K., 09.04.2003 T.** www.kazanci.com, E.T:20.04.2015, Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında; Davacı ameliyat sırasında verilmemesi gereken halatın gazı verilmesi neticesinde karaciğer harabiyeti oluştuğunu belirterek açtığı maddi ve manevi tazminat davasında Yargıtay "*Davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek, ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76. maddesi gereği doğrudan hakimnin görevidir. Davacı, davalıların yanlış tedavisi sonucu karaciğerini kaybettiğini ve organ nakli ile yaşama döndüğünü ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.*" **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2005/15820 E., , 2006/2367 K., 23.02.2006 T.** www.kazanci.com, E.T: 20.04.2015.

Bkz: **Şenocak**, Zariye, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991, s.23. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede önemli olan tedavinin özenle yapılmasıdır; yoksa belirli veya belirsiz bir süre için hekimin hizmette bulunması, "iş gücünü hastanın emrine tahsis etmesi" amaçlanmamaktadır. Bkz: **Bayraktar**, s.35 dpn.52, **İpekyüz**, Yavuz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 57. Hekim, kendisine başvuran hastayı belirli veya belirli olmayan bir süre unsuru olmaksızın ve "serbestçe" tedavi etmek amacıyla mesleğini icra edecektir. Hekimin amacı hastayı tedavi etmek olup, bunu da ilişkinin başında belirleyemeyeceği bir zaman dilimine bağlı olmaksızın yapacaktır. Belirli olan hastalığın tedavisi olup, hastanın talimatları doğrultusunda değil, mesleğinin gerektirdiği şekilde, "bağımlılık" unsuru olmaksızın yerine getirecektir. **İpekyüz**, s.63, Hekimin hastayı tedavisi ve cerrahi müdahalenin başarıyla sonuçlanması, mahiyeti gereği ve çoğu zaman da hekimin elinde olmayan faktörlere bağlı olduğu için, objektif olarak mahiyeti gereği taahhüt edilmeye elverişli değildir. Ancak bunun istisnasının estetik amaçlı protez yapımının üstlenildiği ameliyatlarda olduğu söylenebilir. Bu

bir edim olarak karşımıza çıkmakta<sup>10</sup>, hasta açısından ise kendi geleceğini belirleme hakkına ve vücut bütünlüğünün sağlanmasına hizmet etmektedir<sup>11</sup>. Hasta, hekim ile arasındaki güven ilişkisi<sup>12</sup> sebebiyle sağlığına kavuşmak için güven duyarak seçtiği bir hekime gitmekte, hekim ise mesleki tecrübelerini, bilgisini kullanarak hastasını iyileştirmek için çalışmaktadır. İşte bu iyileştirme çalışmalarını yaparken ve uygulanan tedavi sonrasında hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü doğmaktadır.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ise, kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklardandır ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal temelini oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Nitekim Amerikan hukukunda da Schloendorff v. Society of New York Hospital<sup>14</sup> davasında, fiil ehliyeti olan herkesin kendi vücut bütünlüğüne ilişkin karar verme hakkının olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Hasta, kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahip olarak vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verecektir. Hasta, bu kararı kimsenin etki veya baskısı altında kalmadan özgürce vermelidir.<sup>15</sup> Bu bağlamda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı tip etiğinin önemli ilkelerinden olan hasta özerkliğine saygıyı da korumaktadır<sup>16</sup>. Buna göre, hekim hastasının vermiş olduğu karara saygı göstermek zorundadır. Ancak kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahale konusunda karar verebilmesi için neye rıza

---

görüş çerçevesinde kural olarak hekim ile hasta arasındaki sözleşme eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.

Ancak doktrinde azınlıkta kalan görüş, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak nitelendirmektedir. (Atabek/Sezen)

Kanaatimizce, hekim ile hasta arasında yapılan sözleşme vekalet sözleşmesinin yapısına ve unsurlarına daha uygun düşmektedir. Hekim, hastasının emir ve talimatlarıyla bağlı olmaksızın, tıbbi müdahaleyi özenle gerçekleştirme yükümlülüğü altında olan şahıstır.

<sup>10</sup> Aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki özen yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz: **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s.189.

<sup>11</sup> **Ozanoğlu**, Hasan, Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S.3, s.59.

<sup>12</sup> Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasındaki güven ilişkisinin diğer sözleşmelere kıyasla daha yoğun olduğu kabul edilmektedir. Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasındaki özel güven ilişkisi, vekilin vekaleti kişisel olarak yerine getirme yükümünde (TBK md.506/III), sadakat yükümünde (TBK md.506/II) ve taraflara tanınan fesih hakkında (TBK md.512) somutlaştığı kabul edilmektedir. Bknz: **Gümüş**, s.127., Bkz: **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.701.

<sup>13</sup> **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012, s.269.

<sup>14</sup> Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 1914, statement by Justice Cardozo: "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body...".

<sup>15</sup> **Çakmut, Yenerer**, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s.10.

<sup>16</sup> **Tacir**, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s.153.

gösterdiğini bilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, tıbbi müdahale, hastanın tam olarak aydınlatılmasından sonra “aydınlatılmış rızanın” verilmesi üzerine yapılabilir. Aydınlatılmış rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüte yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından “gönüllülükle kabulü” olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü aydınlatılmış rızayı kapsamına alan ancak ondan daha kapsamlı bir yükümlülüğü ifade eder. Bir başka ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına aydınlatılmış rıza girdiği gibi, hekimin hastasını uygulanan tedavi sonrasında yapılması gerekenler konusunda bilgilendirmesi de girer.

Hekim tarafından hastasından aydınlatılmış rıza alınmadan, bir başka ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğü usulüne uygun olarak yerine getirilmeden verilen rıza tıbbi müdahaleyi TMK. md. 24 gereğince hukuka uygun hale getirmez, hekim açısından hukuki ve cezai sorumluluğın doğumuna yol açar.

## II. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Dayanakları

Aydınlatma yükümlülüğü öncelikli dayanağını AY md.17 hükmünde bulmaktadır. Bu hükümde, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” ifadesi yer almaktadır.

TMK md.23 ve md.24 hükümleri kişilik hakkını hukuki işlemlere ve hukuka aykırı fiillere karşı koruduğu için aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını oluştururlar. TMK md.25, TBK md. 56 ve md. 58 hükümleri ise, kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan değerlere hukuka aykırı müdahaleler karşısında müdahalede bulunanın hangi yaptırıma tabi olacağını belirtmektedir. Hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesi yukarıda belirtmiş olduğum gibi, TBK md. 502 vd. hükümlerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi kapsamında vekilin özen ve sadakat borcunun<sup>18</sup> gereği olarak değerlendirilir, buna göre, aydınlatma yükümlülüğünün

<sup>17</sup> Konuya ilişkin Amerikan hukukunda yapılan tanım için bkz: **Pozgar**, D., George, Legal Aspects of Health Care Administration, LLC 2007, s.278. “*Informed consent is a legal doctrine that provides that a patient has the right to know the potential risks, benefits, and alternatives of a proposed procedure*”. Bkz; **Ayan**, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.72.

<sup>18</sup> Bkz; **Gümüş**, s.155. “*Öğretide hakim görüş, aydınlatma yükümlünü haklı olarak vekilin genel sadakat yükümlününün bir görünümü olarak görmektedir. Buna göre aydınlatma yükümlü, vekil için, vekalet yabancı menfaatler karşısında, vekalet verenin menfaatine tabi olarak vekalet sonucunu elde etmeye yönelik gerekli olan her türlü bilgiyi vekalet verene sağlama yükümlünü ifade eder*”.

kanunumuzdaki dayanaklarından birisinin vekalet sözleşmesini düzenleyen hükümler olduğu kuşkusuzdur.

1219 sayılı TŞSTİDK 70. maddesine göre, “.....Bütün tıbbi müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir.”

Hasta Hakları Yönetmeliği' nin 15. maddesinde “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir”.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi' nin 14. maddesinde, “..... teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır”.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 7. maddesinde<sup>19</sup>, organ ve doku alacak hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları açıkça belirtilmektedir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun' un 7. maddesi de hekime, vericiyi aydınlatma yükümlülüğü yüklemiştir.

5237 sayılı TCK' nın 90. maddesinde “Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması .....” ifadesi ile yine aydınlatma yükümlülüğüne atıf yapılmaktadır.

Son olarak, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları' nın 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmektedir. Bu madde de, “Hekim hastasını sağlık durumu ve konulan tedavi, yöntemin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır” hükmü yer almaktadır.

Yargıtay da aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak vermiş olduğu kararda<sup>20</sup>, “hastanın açık ya da zımni iradesinin hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık

<sup>19</sup> Md. 7: “Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek.....” ifadesi yer almaktadır.

<sup>20</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T., www.kazanci.com E.T.:20.04.2015 “..... olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre.....” hükmü kurulmuştur.

*durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir”* hükmünü kurmuştur.

Amerikan hukukunda ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ilk tartışıldığı dava *Mohr v. Williams*<sup>21</sup> davasıdır. Bu davada, davacı hasta sağ kulağına yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyacı olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme, sol kulak ameliyatı konusunda hastanın aydınlatılmış rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir.

### III. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Ölçütleri

#### A. Mesleki Uygulama Ölçütü (The Professional Practice Standard)

Bu ölçüte göre, hekimin yeterli bilgiyi açıklama görevinin kapsamı geleneksel mesleki uygulamada yer alan ölçütlerden oluşmaktadır<sup>22</sup>. Hekim, sağlığı koruma görev ve yükümlülüğüne sahip, mesleğinin uzmanı olarak hangi bilgilerin açıklanması gerektiğini belirleyecektir. Bu anlayış, hekimlerin uzun yıllar birçok hastayı tedavi etmeleri nedeniyle hastaya hangi bilginin ne kadar söylenmesi gerektiğini bildiklerini kabul etmektedir. Konuya ilişkin Amerikan hukukunda şu ifadelere yer verilmektedir: “eğitim, deneyim ve yetenek sahibi olan hekim hastayı tedavi eder ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması için hangi bilgilerin verilmesi gerektiğine karar verir”<sup>23</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak bu ölçüt Amerika’da *Karp v. Colley*<sup>24</sup> davasında kullanılmıştır. Bu davada, Mr. Karp kalp ve damar hastasıdır ve kendisine kalp nakli gerekmektedir. Mr. Karp’ a kalp donörü bulunmadan kalbi duracak olursa hekim yapay kalp kullanılmasını sağlayacaktır. Ancak bu yöntem son derece tehlikeli olup, daha önce de denenmemiş bir yöntemdir. Bir süre sonra Mr.

<sup>21</sup> **Kaya**, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, Ankara 2012, s.61. *Mohr v. Williams*, 104 N.W.12, 1905.

<sup>22</sup> **Tacir**, s.154.

<sup>23</sup> “It is the treating physician who has the education, expertise, skill and training necessary to treat a patient and determine what information a patient should have in order to give informed consent”. Bkz:**Pozgar**, s.278.

<sup>24</sup> *Karp v. Colley* 493 F.2d 408, 1974. The Karp rule “compels a physician to disclose facts which a reasonable medical practitioner in a similar community and of the same school of medical thought would have disclosed regarding proposed treatment”.

Karp' ın kalbi durmuş ve kendisine yapay kalp yerleştirilmiştir. Ancak, Mr. Karp kısa bir süre sonra ölmüştür. Davacının eşi, kendilerine müdahale ile ilgili gereken bilgilendirmenin yapılmadığını iddia ederek dava açmışlardır. Mahkeme bu davada, mesleki uygulama ölçütünün kullanılması gerektiği ve benzer eğitimi alan makul bir hekimin açıklaması gereken bilgilerin açıkladığından bahisle davalı hekim lehine hüküm kurmuştur.

### B. Makul Hasta Ölçütü (The Reasonable Patient Standard)

Bu ölçüte göre, hekim tarafından tedaviye ilişkin olarak yapılacak aydınlatma ve açıklama makul bir hastanın bilmesi gerekli olan risk, alternatif ve sonuçları içermelidir. Bir başka ifadeyle, hasta hekimin karşısında bulunan kimse değil, belirli nitelik ve özelliğe sahip soyut bir kişidir<sup>25</sup>. Bu görüşe göre sağduyulu, makul bir insan tüm riskler açıklansaydı ne yönde karar verirdi sorusunun cevabına göre bilgilendirmenin kapsamı belirlenir. Ashe v. Radiation Oncology Assocs<sup>26</sup> davasında, davacı hasta akciğer kanseridir, hekimin önerisiyle kemateropi tedavisi görmeye başlar. Bu tedavi sonucunda omurilikleri oldukça fazla zarar görür ve davacı felç olur. Davacı kendisine omuriliklerinin bu denli zarar göreceğinin açıklanmadığını, bu risk açıklansaydı böyle bir tedaviye izin vermeyeceğini söyler. Davalı ise, bu riskin meydana gelme ihtimalinin yüzde bir veya iki olduğunu belirtir. İlk derece mahkemesi, davalı lehine hüküm kurar. Temyiz mahkemesi ise kararında, makul hasta ölçütünün uygulanması gerektiğini ve aynı durumda olan makul hastanın başka bir tedaviyi isteyip istemeyeceğinin araştırılması gerektiği yönünde görüş belirtir ve davacı lehine hükmü bozar.

### C. Sübjektif Ölçüt (The Subjective Standard)

Sübjektif ölçütte, hekim hastanın özel durumunu dikkate alarak “o hasta” açısından risk oluşturabilecek veya kararında etkili olabilecek tüm bilgileri açıklamalıdır. Bir başka ifadeyle, hasta hekim karşısındaki somut bir varlık, aydınlatılmayı bekleyen kimse olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Bu görüş çerçevesinde her hasta bireysel özellikleri (yaşı, cinsiyeti, mesleği, kişisel özellikleri) dikkate alınarak değerlendirilir<sup>28</sup>. Scott v.

<sup>25</sup> Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.128.

<sup>26</sup> Pozgar, D., George, s.282,283,284. Ashe v. Radiation Oncology Assocs 9 S. W.3d. 119, 1999. Aynı yönde görüş için bkz: Nixdorf v. Hicken, 612 P2d 348, 1980.

<sup>27</sup> Bayraktar, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.128.

<sup>28</sup> Erman, s.103, Hekim hastayı bilgilendirirken, genel ve soyut noktalara değinmekle yetinmemeli, yapılacak olan müdahalenin kendine özgü özelliklerini belirtmeli, ve bunların hastanın bilgi ve eğitim düzeyi açısından uygun bir dil ve üslupla anlatılmalıdır ki, kendine özgülenmiş bilgileri edinen hasta, bu müdahaleyle ilgili özgür iradesini oluşturarak, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilsin.



Bradford<sup>29</sup> davasında mahkeme, tedavinin riskleri açıklansaydı tedavi görmek amacıyla gelen hastanın tedaviyi kabul edip etmeyeceğinin belirlenip aydınlatma yükümlülüğünün bu ölçüye göre tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hastanın sübjektif durumunu esas alırken, hekimin hastayla ilgili her türlü ayrıntıyı bilmesi ve buna göre aydınlatma yapması şeklinde bir yaklaşım hekimi oldukça ağır bir yükümlülük altına sokar. Dolayısıyla, hekimden beklenen hastanın yaşı, mesleği gibi kolayca bilinebilecek özellikleri dikkate alarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesidir.

#### D. Türk Hukukunda Benimsenen Ölçüt ve Ölçütlerin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda Hekimlik Meslek Etiği Kurallarınının 26. maddesindeki, “..... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir” ifadesinden yola çıkarsak, hukukumuzda sübjektif ölçütün, bir başka ifadeyle, hastanın içinde bulunduğu somut koşullarının değerlendirilmesi yaklaşımının benimsendiğini görürüz.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu ölçütü benimseyerek, hekimin hastasının durumunu ve koşullarını dikkate alarak ona en uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp alarak tedaviyi gerçekleştirmek zorunda olduğuna hükmetmiştir<sup>30</sup>.

Birinci görüş olan mesleki uygulama ölçütü, hekimlerin yeterli bilgiye sahip, uzman bir kişi olarak hastaya neyin açıklanması gerektiğini bildiği varsayımından hareket etmektedir.

Bu görüşün benimsenmesi mesleğini uzun yıllardır yapan her hekimin konusunda uzman olduğunu kabul etmemiz sonucunu doğurur<sup>31</sup>. Oysa mesleğini uzun yıllardır yapan hekim dahi uygulanacak tedavi için yeterli bilgiye sahip olmayabilir ve aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun bir şekilde yerine getiremeyebilir. Bu açıdan bakıldığında hekimin gerçekten uzman bir hekim olup olmadığının tespiti oldukça güçtür. Ayrıca, hekimin her somut olaya uygulanacak mesleki standartlar öngörmesi mümkün değildir. Her hasta ve hikayesi farklıdır<sup>32</sup>.

Ancak, TBK md. 506 hükmü TTK md.18 hükmündeki, “her tacirin, ticaretine

<sup>29</sup> Scott v. Bradford, 606 P2d 554, 1979. Bkz: <http://www.casebriefs.com/blog/law/torts/torts-ke-yed-to-prosser/negligence/scott-v-bradford/> E.T: 12.02.2016.

<sup>30</sup> **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1993/131 E., 2741/1993 K., 05.05.1993 T.** www.kazancı.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>31</sup> **Tacir**, s.155.

<sup>32</sup> **Tacir**, s.155.

ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir” hükmüne paralel bir şekilde, vekilin özen ölçütünün belirlenmesinde “basiretli bir vekilin davranışını” esas almıştır. Kanun koyucu, vekilin özen ölçütünü objektifleştirmiştir<sup>33</sup>. TBK md. 506 hükmünün gerekçesinde de bu yaklaşımı destekler nitelikte şu ifadeler yer verilmiştir; “..... Fıkıradaki, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır...” Vekilin sorumluluğu bakımından, eğer vekil mesleki faaliyet kapsamında profesyonel olarak vekalet veren menfaatine iş ve hizmet görmeyi üstlenmişse, “basiretli vekilin davranışını” esas alan aşırı objektifleştirilmiş özen ölçütünün benimsenmesi gerektiği, mesleki ve profesyonel bir iş ve hizmete dayanmayan vekaletlerde ise “ortalama vekilin ortalama davranışı” esas alınarak vekilin özen ölçütünün belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Hekimin mesleki faaliyeti kapsamında profesyonel olarak vekalet veren hasta menfaatine iş ve hizmet gördüğü şüphesiz olduğundan, vekilin özen ölçütü açısından TBK md. 506 gereğince ağır bir objektif özen yükümlülüğünün söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

İkinci görüş olan makul hasta ölçütünde ise, makul hasta kavramı önem arz etmektedir ve buna ilişkin net bir yanıt bulunmamaktadır<sup>35</sup> dolayısıyla bu ölçütün kabul edilmesi farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

Kanaatimizce son görüş olan subjektif görüş hastanın kişisel özelliklerini dikkate alarak her hastayı ve her hastaya verilecek bilgileri ayrı ayrı değerlendirdiği için hastanın menfaatine daha çok hizmet eder, bir başka ifadeyle, hastanın kendi geleceğini belirleme noktasında hastaya daha çok yardımcı olur.

#### IV. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

##### A. Teşhis (Tanı) Aydınlatması

Teşhis aydınlatmasında, muayene sonucu elde edilen bilgiye göre konulan teşhis hakkında bilgi verilir<sup>36</sup>. Ancak bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirdiğinden bahsedebilmek için hekimin bu teşhise hangi nedenlerle vardığına ilişkin temel bilgi ve bulguları da açıklaması gerekmektedir<sup>37</sup>. Doktrinde teşhis aydınlatmasında he-

<sup>33</sup> **Gümüş**, s.163.

<sup>34</sup> **Gümüş**, s. 163.

<sup>35</sup> **Tacir**, s.157.

<sup>36</sup> **Gökcan**, Hasan, Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s.152,

<sup>37</sup> Bkz, **İpekyüz**, s.106, Tanının hastaya bildirilmesinin, aydınlatma yükümlülüğü içinde yer aldığı Alman uygulamasında kabul edilmektedir ancak doktrinde bu konuda birlik mevcut değildir. Bu konu özellikle kanser veya AIDS gibi hastalıklarda önem taşımakta ve doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, bu gibi durumlarda hastaya hastalığının teşhisine ilişkin bilgi

kimin yapacağı aydınlatmanın kapsamlı ve ayrıntılı bilgileri içermesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Hekim hastalığa ilişkin bulguları hastanın anlayabileceği bir dilde, açıklayıcı bir şekilde açıklamalıdır. Hasta kendisine yapılan teşhis aydınlatması sonucunda hastalığının ne olduğunu tam anlamıyla anlamalıdır. Belirtmek gerekir ki, hekimin hastasını henüz kesinleşmemiş, ispatlanmamış veya onaylanmamış şüpheli teşhislerle rahatsız etmemesi gerekir<sup>39</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekim hastasına teşhisi koyarken hastanın öyküsünü almalı, hastalığın ortaya çıkış sebebi üzerinde hasta ve gerekirse yakınlarından bilgi almalı, hastalığı tam ve doğru teşhis edebilmek için röntgen, emar, ultrason vs. gerekli tetkikleri hastasına yaptırmalıdır<sup>40</sup>.

### B. Tedavi ve Süreç Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasında hekim, hastanın sağlığına kavuşması için uygun gördüğü tedavinin özelliklerini ve amacını açıklamaktadır. Bunun yanında hekim tedavinin veya tıbbi müdahalenin istenilen başarılı sonucu vermesi için yapılması veya yapılmaması gereken hususlar, yaşam, vücut bütünlüğü ve diğer kişilik değerleri ile malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik davranışlar konusunda aydınlatması söz konusudur<sup>41</sup>. Hekim tarafından belirlenen uygulamanın türü, süresi, nerede yapılacağı, anestezi gerektirip gerektirmeyeceği, uygulamadan etkilenebilecek diğer vücut organ ve fonksiyonlarının neler olabileceğinin de açıkça anlatılması gerekmektedir<sup>42</sup>.

Hekim tarafından yapılan tüm açıklamalar sonucunda kişi hastalığının ne şekilde tedavi edileceği konusunda aydınlatılmış olmalıdır.

Hastanın rızasını alma amacına yönelik bir bilgilendirme olmadığı için bu bilgilendirmeye öğretide “uyarı yükümlülüğü” adı verilmektedir<sup>43</sup>.

Hekimin tedavi aydınlatması, kullanılacak ilaçların yan etkileri, kullanım miktarı gibi hususları da içermelidir<sup>44</sup>. Bu konuya ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü ilacın tehlikeliliğine göre belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle, ilacın kullanımının ağır yan etkilerinin bulunması veya sağlık ve yaşam bakımından tehlikeli olması halinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü genişleyecektir. Kural olarak ilacın tüm

---

vermekten kaçınılabileceği veya yanlış bilgi verilebileceği kabul edilmektedir.

<sup>38</sup> **Deryal**, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012, s.118.

<sup>39</sup> **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, İstanbul 2014, s.136.

<sup>40</sup> **Ayan**, s.65.

<sup>41</sup> **Zeytin**, Zafer, Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, S.3, Trabzon 2007, s.169.

<sup>42</sup> **Tacir**, s.163.

<sup>43</sup> **Hakeri**, s.284.

<sup>44</sup> **Hakeri**, s.284.

yan etkilerinin hekim tarafından açıklanması zorunlu değildir. Sıkça veya genellikle ortaya çıkan ve günlük yaşamı etkileyecek yan etkilerinin açıklanması gerekmektedir. Bu nokta da belirtmek gerekir ki, ilaç prospektüsünde ilacın kullanım dozuna veya yan etkilerine ilişkin bilginin bulunması hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Bunların dışında hekimin, müdahalenin hastanın araç kullanımını olumsuz yönde etkileyecek olması durumunda, hastasını ikaz etmesi gerektiği, aksi takdirde bu ikazı yapmaması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahalelerde de oldukça önemli olduğu kabul edilmektedir<sup>46</sup>. TMK md. 40 hükmü gereğince, cinsiyet değiştirmek için başvuruda bulunan şahsın transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ve üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun olduğunu sağlık raporuyla belgelemesi gerekmektedir. Hekimin ise bu noktada rolü çok büyüktür; hekim ameliyata karar vermeden önce söz konusu şahsın kanun maddesinde belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığını tespit edebilmek için gözlem yapması gerekir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin cinsiyet değişikliği ameliyatı sonucunda şahsın dış görünüş yönünden de ne dereceye kadar olmak istediği cins benzeyeceğini araştırması gerekir<sup>47</sup>. Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmiş olduğundan bahsedebilmek için, cinsiyetini değiştirecek olan şahsa, müdahalenin tehlikeleri, ameliyattan sonra artık eski cinsiyetine dönemeyeceği ve cinsiyet değiştirdikten sonra psikolojik durumunda olabilecek çalkantılar hakkında da cinsiyet değiştirecek olan şahsı aydınlatması gerekmektedir<sup>48</sup>.

### C. Risk Aydınlatması

Risk aydınlatmasında hastaya, seçtiği veya seçeceği tedavi veya tıbbi müdahalelerin olası riskleri ve sonuçları konusunda bilgi verilmektedir. Bu sonuçların hastaya tam ve doğru açıklanması sayesinde hasta kendi geleceğini belirleme hakkını en uygun şekilde kullanmaktadır. Risk aydınlatması sırasında, oluşabilecek komplikasyon sonucu ortaya çıkabilecek zararın ağırlığı ve kalıcılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Oluşabilecek ağır ve kalıcı zararlar hiç şüphesiz hastaya açıklanmalıdır<sup>49</sup>.

Yargıtay risk aydınlatmasına ilişkin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında, “.....Hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların

<sup>45</sup> Hakeri, s.289.

<sup>46</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>47</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>48</sup> Dural, Ögüz, s.127.

<sup>49</sup> Erol, Hatırnaz, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2013, s.116.

*da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davalı tarafça davacıyı uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.....*<sup>50</sup> hükmünü kurmuştur.

Hiç şüphesiz belirtmek gerekir ki, aydınlatılması gereken riskler, müdahalenin yapıldığı tarihte tıp biliminin ulaştığı düzeye göre genel kabul gören bilgiler çerçevesindedir.

Hekimin az rastlanan riskler konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığına ilişkin konuyu düzenleyen mevzuatlarda hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, gerçekleşme ihtimalleri en uzak olan risklerin bile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı göz önünde tutularak hastaya açıklanması gerekmektedir<sup>51</sup>, nitekim bu görüş Yargıtay'ın vermiş olduğu kararında benimsenmiştir.

Konuya ilişkin olarak görülen davada, dava konusunu muayene sonucu kızlık zarının bozulması oluşturmuştur. Yargıtay verdiği kararda muayene sonucunda her halde kızlık zarının bozulacağına tıbben kabul edilmediğini ancak nadiren de olsa böyle bir riskin görülebileceğinin davacıya bildirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>52</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar ışığında; az rastlanan, gerçekleşme ihtimali uzak olan riskler konusunda dahi hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Aynı konuda Alman hukukunda ise, istatistiksel olarak o riskin gerçekleşme olasılığının bulunmasının belirleyici olmadığı, riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçların önem ve ciddiyetinin göz önünde tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Alman Temyiz Mahkemesinde görülen bir davada, bilgilendirilmemiş çocuğa yapılan çocuk felci aşısı sonrasında çocuk felç olmuştur. Bu durumda genel olarak söz konusu risk 1/15.500.000 olmasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>53</sup>.

Doktrinde kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, gerçekleşme ihtimali çok uzak olan risklerin açıklanması hekimi oldukça ağır bir yükümlülük altına sokacaktır. Bu

<sup>50</sup> **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/17487 E., 2014/794 K., 16.01.2014 T.**, www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015

<sup>51</sup> **Hakeri**, s.290, Bknz:9.

<sup>52</sup> **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T. Karar**, www.kazanci.com E.T:20.04.2015.

<sup>53</sup> **Tacir**, s.166, Bknz: BGHZ 126,386; aynı doğrultuda Alman Temyiz Mahkemesi, NJW 2000, ss 1784-1785'den Aktaran: "Gerfried Fischer, "Die Aertzliche Aufklärungspflicht im Deutschen Zivilrecht, "Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.3, Sayı.2 (2006), s.22.

görüş, yalnızca kesin olarak öngörülebilir risk ve sonuçların değil, ortalama bir kişinin kararını etkileyebilecek risklerin açıklanması gerektiğini savunmaktadır<sup>54</sup>.

Kanaatimizce, birinci görüşün benimsenmesi durumunda, tıp hukukunun temel ilkelerinden biri olan hastanın menfaatinin gözetilmesi ilkesi sekteye uğrayacaktır. Şöyle ki; hastaya gerçekleşme ihtimali çok uzak olan bir riskin açıklanması, hastanın kendisi için mutlak surette gerekli olan tedaviyi korkusu sebebiyle reddetmesine neden olabilecektir. Ancak tedavi sonucunda riskin gerçekleşme ihtimali çok düşük olsa dahi hastanın kişisel özellikleri nazara alınarak söz konusu riske ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü TMK md.2 dürüstlük kuralı gereğince gündeme gelebilir. Örneğin, ünlü bir basketbolcunun geçireceği ameliyat sonucunda çok uzak da olsa parmaklarında his kaybı oluşması riski varsa, bu riskin görülmesi nadir olsa da, hastanın subjektif durumu TMK md.2 gereğince gözetilmelidir ve gerekli aydınlatmayı yapmayan hekimin sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Estetik operasyonlar<sup>55</sup> bakımından ise hekimin ayrıntılı bir aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Buna göre estetik müdahalelerde, tıbbi zorunluluk olmamasının yanında, kimi zaman diğer yöntemlere nazaran daha ağır ve tehlikeli sonuçlar doğurması sebebiyle, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü nadir görülebilecek riskler de dahil olmak üzere müdahalede meydana gelebilecek bütün tehlikeleri kapsmalıdır.<sup>57</sup> Bu hallerde olası sonuçlar ve yan etkiler hastaya anlatılmalı, operasyonun başarısızlık riskine ilişkin hastaya fotoğraflar ve diğer araçlar vasıtasıyla bilgi verilmelidir<sup>58</sup>.

#### D. Tedavi Seçenekleri Hakkında Aydınlatma

Hekim, hastaya tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastalığının iyileştirilmesi için uygulanabilecek çeşitli tedavi seçenekleri ile ilgili bilgi vermesi gerekir. Ancak bu bilgi sadece diğer tedavi yöntemlerinin ismini sıralayarak değil, bu yöntemlerin içerikleri, amaçları, risk ve yararlarını kapsayacak şekilde verilmelidir. Bu kapsamda hekimin tedavinin reddi seçeneğini de alternatif olarak sunması gerekmektedir. Tedavinin reddinin de aslında bir seçenek olduğu unutulmamalıdır.

<sup>54</sup> Gökcan, s.154.

<sup>55</sup> Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s.51, "Güzelleştirme denilince bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir kaza sonucu veya kendiliğinden oluşup da kişinin dış görünümünü bozan kılların, benlerin, sarkık derilerin, sivilcelerinin, kırmızı damar uçlarının, derideki yağ kümelerinin yok edilmesi; bedendeki ve yüzdeki sakatlık ve deformasyonların, yaraların düzeltilmesi için yapılan işlemlerdir olarak anlaşılır".

<sup>56</sup> Deryal, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012, s.118.

<sup>57</sup> Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.46.

<sup>58</sup> Özdemir, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFD, C.XIII, S,3-4, 2008.

Stover v. Surgeons davasında<sup>59</sup> mahkeme, hekimin hastasını uygulanabilecek diğer tedavi yöntemleri konusunda bilgilendirmediği için sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ekonomik aydınlatma da dahildir<sup>60</sup>. Hekim, hastaya hangi tedavi seçeneğinin ne kadar tutacağı noktasında da mutlaka bilgi vermelidir. Böylece hasta, tedavi masraflarının yaklaşık olarak ne kadar tutacağı konusunda önceden bilgi sahibi olacak ve ekonomik olarak ödeyebileceği tedavi seçeneğini seçecektir<sup>61</sup>.

Bu nokta da tartışılan sorunlardan bir tanesi de, hastanın mali durumunun karşılamaya yetmeyeceği tedavi seçeneğini hekimin açıklamakla yükümlü olup olmadığıdır. Konuya ilişkin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 20. maddesinde<sup>62</sup> hekimin, hastanın mali gücünün yetmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemeyeceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

Kanaatimizce, hükmü bu şekliyle uygulamak adaletsiz sonuçlara yol açabilir, şöyle ki, hekim hiçbir zaman hastanın mali gücünün ne olduğunu veya olabileceğini tam olarak bilemez. Dolayısıyla hekim ayırım yapmaksızın hastalığa uygulanabilecek tüm tedavi seçenekleri konusunda hastayı aydınlatmalı ve son kararı hastaya bırakmalıdır.

## V. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

### A. Acil Tıbbi Müdahaleler

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde<sup>63</sup> kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınmasının zaman gerektirdiği ve hastaya derhal müdahale yapılmadığı takdirde hayatı ve hayati organlarından birinin tehlike altında olacağı durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün aranmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, genel kural tıbbi müdahalelerde ancak aydınlatılmış rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olması iken, eğer hasta rıza gösterebilecek durumda değilse, hastanın

<sup>59</sup> Stover v. Surgeons 635 A.2d 1047 (Pa. Super. Ct.1993), "... it was material for her to have been told about the alternatives.....".

<sup>60</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>61</sup> Ekonomik aydınlatmanın özellikle özel sigortası bulunan hastalarda önem teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; İpekyüz, s.81.

<sup>62</sup> Madde 21: "... Tabip ve dış tabibi, hastaya lüzumsuz veya fuzulî masraflar yaptırmayacağı gibi faydası olmayacağına ve hastanın mali kudretinin kâfi gelmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemez".

<sup>63</sup> Madde 24: "... Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz".

aydınlatılmış rızası olmasa da hekimin müdahalesi hastanın daha üstün nitelikte özel yararı söz konusu olduğu için hukuka uygun olacaktır.<sup>64</sup>

Bu bilgiler ışığında, hangi durumların acil durum olarak nitelendirilebileceği konusunda iki kıstas getirilmiştir. Birincisi, hastanın travma, ani bir hastalık gibi nedenlerle karar veremeyecek durumda olması. İkincisi ise, hayatı tehdit eden bu durumun derhal müdahaleyi gerektirmesidir.<sup>65</sup>

Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda<sup>66</sup>, böbreğindeki taşın alınması için aydınlatılmış rızası alınan hastanın, ameliyat esnasında, rızası olmaksızın böbreğinin tamamı alınmıştır. Yargıtay, hastanın böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyatta, böbreğin iltihabi durumu sebebiyle, yalnızca taşın alınmasının, hastanın sağlığını tehlikeye sokacağı, böbreğin tamamının alınmasının tıbbi zaruret gereği olduğu, ameliyatın durdurulup bu konuda aydınlatılmış rıza alındıktan sonra yeniden ameliyata geçilmesinin, tıbbi açıdan sakıncalığı olduğuna hükmetmiştir.<sup>67</sup>

Acil müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması bir görüşe göre farazi (varsayılan) rıza ile açıklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, hastanın rızasını açıklayamayacak durumda olması ve onun adına da rıza açıklayacak bir kimse- nin bulunmaması halinde, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması mefruz irade ile açıklanmaktadır.<sup>68</sup> Hasta yapılacak müdahalenin risk ve tehlikesini bilseydi dahi müdahaleye rıza gösterirdi düşüncesine dayanmaktadır.<sup>6970</sup> Konuya ilişkin olarak

<sup>64</sup> **Helvacı**, s.155.

<sup>65</sup> **Erman**, s.110.

<sup>66</sup> **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1970/10853 E., 1971/2096 K., 05.03.1971 T.** www.kazanci.com, E.T: 20.04.2015.

<sup>67</sup> **Dural, Ögüz**, s.107. Mefruz irade, narkoz altında olan bir hastanın ameliyatının genişlemesinin söz konusu olduğu hallerde de rol oynar. Hastaya narkoz verildikten sonra ameliyatının kapsamının genişlemesi halinde hasta genel anestezi altındaysa, onu ayılıp rızasını alıp tekrar bayılarak ameliyata devam etmesi hekimden beklenemez. Hekim böyle bir durumla karşılaşınca, hastanın mefruz iradesinden hareket ederek ameliyata devam etmelidir. Buna karşılık hastanın lokal anestezi altında olduğu hallerde, rızanın alınmasının gerektiği kuşkusuzdur.

<sup>Bkz:</sup> **Ayan**, s.80, Alman hukuku öğretisi ve uygulamasında, genişletmenin öngörülebilir olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ameliyatın genişletilmesi önceden öngörülebilir nitelikteyse, hekim, ihtiyaten ameliyatın genişletilmesi ihtimali için de hastanın rızasını almalıdır. Müdahaleden önce tahmin edilmesi mümkün olmayan genişletmeler içinse, Federal Mahkeme tekrar ikili bir ayırım yapmaktadır. Genişleme hayati bir tedavi amaçlamıyor ve diğer taraftan beraberinde önemli (yüksek) tehlikeler getiriyorsa, hastanın rızasını elde etmek için ameliyat kesilmelidir. Buna karşılık, genişletme tehlikeli olmadığı ve muhtemelen hastanın ilave bilgi istemeden muvafakat edeceği veya ameliyatın kesilmesinin tıbbi açıdan aksi yönde etki etki yapacağı yani en azından müdahalenin sürdürülmesindeki gibi tehlikeye düşürecek olduğu takdirde, aydınlatma yapılmaksızın ameliyata devam edilebilir.

<sup>68</sup> **Dural, Ögüz**, s.107.

<sup>69</sup> **Erol**, s.120.

<sup>70</sup> Aksi görüş için bkz, **Erman**, s.111, Buna karşılık bu durumun, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması anlamına gelececeği, yaşamı yakın bir tehlike altında da olsa,



Amerikan hukukunda da hekimin müdahalesinin meşrulaştırılması farazi rıza esasına dayandırılmaktadır<sup>71</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tıbbi zorunluluk halinde, hekim müdahaleyi tamamen hasta yararına ve hastanın mefruz iradesine uygun olarak gerçekleştirdiği için söz konusu edimin karşılığı olan ücretin, zorunlu ve faydalı masrafların TBK md.526 vd. hükümleri uyarınca vekaletsiz iş görme<sup>72</sup> kapsamında talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Diğer bir görüş, burada hekimin müdahalesini hukuka uygun hale getiren hastanın farazi iradesi değil, zorda kalış (ıztırar) hali olduğunu benimsemektedir. Bu görüş, acil durumda hastanın ne şekilde hareket edilmesini istediğini belirlemenin imkansız olduğundan hareket etmektedir<sup>74</sup>.

Bu görüşün benimsenmesi teknik anlamda zorunluluk halinin tanımına uygun değildir; şöyle ki, TBK md. 64 gereğince zorunluluk hali, bir kişinin kendisinin veya başkasının şahıs varlığı veya malvarlığı değerlerine yönelik derhal meydana gelecek bir tehlikeyi önlemek için tehlikeyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin mallarına zarar vermesidir. Dolayısıyla bu tanımdan hareketle, konuya ilişkin bu yaklaşımın benimsenmesinin kurumun niteliğine uygun düşmeyeceği aşikârdır.

Kanaatimizce, mefruz irade görüşünün benimsenmesi daha uygundur, şöyle ki; hekim tamamen hastanın menfaatine, hastanın sağlığına tekrar kavuşmasına yönelik olarak müdahalede bulunmaktadır. Hastaya yapılan müdahale yaşamı ve sağlığı açısından kaçınılmaz niteliktedir. Hasta daha önceden acil durumlarda dahi vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmasına rıza göstermediğini yazılı veya sözlü olarak açıklamışsa, bu durumda artık hastanın mefruz iradesinin olduğunu varsayarak yapılan müdahale elbette ki hukuka aykırı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, müdahalede bulunmasında aciliyet bulunan hallerde de

---

hastaya, müdahalede bulunup bulunulmayacağı üzerinde bir seçim hakkı tanınması gerektiği ifade edilmektedir.

<sup>71</sup> **Hartman**, Kurt, M., **Liang**, Bryan, A., "Exceptions To Informed Consent in Emergency Medicine", *Perspective in Legal Medicine and Health Law* Mart, 1999, s.54. "The general rule is that, in certain emergency medical situations, patient consent is "presumed to exist" for medical treatment that addresses the emergency".

<sup>72</sup> **Yavuz** Cevdet, **Acar** Faruk, **Özen** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.751 vd. "Gerçek vekaletsiz iş görmede, bir kimsenin (işgörenin) başkasına (iş sahibine) ait bir işin görülmesi iradesiyle, onun hukuk alanına bu konuda bir mezuniyeti bulunmaksızın müdahale etmesi söz konusudur; burada iş görenin, iş sahibinin menfaatine ve gerçek ya da tahmin olunan amacına uygun hareket etmesi gerekir".

<sup>73</sup> **Özbilen**, Barış, Arif, Vücut Bütünlüğünde Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İTÜSD, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013/2, s.101. Yılmaz, s.38.

<sup>74</sup> **Tacir**, s.174.

yapılan müdahaleden sonra bilinci açılan hastaya veya yakınlarına müdahale ile ilgili bilgilendirme yapılması gerekir.

## B. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hasta, kendi geleceğine karar verme hakkı kapsamında hastalığı ve kendisine yapılacak müdahaleye ilişkin bilgileri duymaktan kaçınabilir, aydınlatılma hakkından feragat edebilir. Bu durumda hekimin hastanın bu yöndeki iradesine saygı göstermesi gerekmektedir.<sup>75</sup> Ancak hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi sorumsuzluk anlaşması şeklinde ortaya çıkmamalı, vazgeçmenin haklı ve inandırıcı sebepleri olmalıdır<sup>76</sup>.

Hasta aydınlatılma hakkından feragat ederek müdahalenin tüm idaresini hekimine bırakmakta ve yapacakları kabul etmektedir.

Nitekim konuyu düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği md. 20 hükmünde, “..... hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”

Hekim Meslek Etiği Kurallarında 27. madde de, “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez.....” ifadeleri yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak Amerika’da görülen davada<sup>77</sup>, mahkeme, aydınlatılıp aydınlatılmama konusunda herkesin özgür olduğunu ve hastanın aydınlanmama hakkını kullanabileceğini vurgulamıştır.

İngiltere’ de hükme bağlanan bir başka davada ise “...sağlam akla ve bilince sahip olan bir yetişkin, tedaviye ilişkin olarak aydınlatılmayı ve tıbbi müdahaleyi reddetme konusunda tamamen özgürdür”<sup>78</sup> ifadeleri kullanılmıştır.

Bu kapsamda TMK md. 23 hükmünde kimsenin özgürlüklerinden vazgeçmeyeceği ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmesinin hasta tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir.

Kanaatimizce, burada hasta kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde aydınlatılma hakkından feragat etmektedir ve bu sebeple hukuka veya ahlaka aykırı bir kısıtlama söz konusu değildir. Önemle vurgulamak gerekir ki, hasta özgür iradesine

<sup>75</sup> Aksi görüş için bkz: **Dural, Ögüz**, s.110, Bazı hallerde hekimin açıklama yükümlülüğü bulunmayabilir. Bunların başında, hastanın açıklamadan feragat ettiği haller gelir (HHY 20). Ne var ki, böyle bir halde de müdahalede hayati tehlike bulunuyorsa, yine de açıklama yapılmalıdır.

<sup>76</sup> **Aşçıoğlu**, s.34.

<sup>77</sup> Henderson v. Milobsky, 595 F.2d 595, 1978. <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/background01.htm>. E.T: 12.02.2016.

<sup>78</sup> **Biggs**, Hazel, Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.54, Trust v. Bland (1993) 1 All ER 821.

dayanmaksızın bilgilendirilme hakkından feragat etmişse, hastanın bu feragati TMK md.23 gereğince hukuka aykırı kabul edilmeli ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekimin sorumluluğu gündeme gelmelidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hastanın aydınlatmadan feragat ifadesi açıkça tespit edilmelidir, bir başka deyişle vazgeçme açık olmalıdır, örtülü vazgeçmenin geçerli olabilmesi için, hastanın bu yöndeki iradesinin açıkça ve ciddi olarak ortaya konabiliyor olması gerekmektedir. Bunu ispat yükünün ise hekimde olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>.

### C. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hastanın kendisine yapılacak müdahale konusunda çeşitli nedenlerle bilgi sahibi olduğu hallerde, hekimin aydınlatma yapmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, hasta hekim veya hemşire ise ve hastalığı hakkında yeterince bilgi sahibi olduğu anlaşılıyorsa veya hasta daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılmış ise, tıbbi müdahalede bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü olmayabilir.

Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, hastanın uluslar arası üne sahip hekimlerce aydınlatılmış olmasının tedavi eden hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına, bu durumun sadece aydınlatmanın türü ve kapsamını etkileyeceğine hükmetmiştir<sup>80</sup>.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, hekimlik mesleğini sürdüren veya tıbbi ürünler üretimi işiyle iştigal eden hastalar bakımından, her ne kadar hastanın genel tıbbi bilgisi olduğu kabul edilebilirse de, uzmanlık gerektiren ve hastanın kararını etkileyecek önemli bilgilerin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastaya açıklanması gerekmektedir<sup>81</sup>.

Yargıtay'da görülen bir davada<sup>82</sup>, “Mahkeme davacının .... Tıp Araştırma Ürünleri Şirketi müdürü ve sahibi olduğu, ameliyat için gerekli rızası olduğuna dair belgeyi imzaladığı, Adli Tıp raporuna göre de flep kopmasının bu tür ameliyatlarda rastlanan bir durum olduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacının tıbbi araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez. Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez...” hükmünü kurmuştur.

<sup>79</sup> Çakmut, s.15.

<sup>80</sup> Hakeri, s.316.: BGH 1976, 363.

<sup>81</sup> Gökcan, s.171.

<sup>82</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/4219 E., 2008/10660 K., 16.09.2008 T. www.kazanci.com, E.T:20.04.2015.

Almanya'da hükme bağlanan bir davada, 24 yıllık genel cerrahi uzmanı olan hastanın safra kesesi ameliyatı öncesi alacağı iyot içeren ilaçtan dolayı tiroit oluşumu konusunda aydınlatılmamış olması, hastanın hekim olması ve aydınlatma yapılmayan konunun tıp eğitimi sırasında verilen temel bilgilerden olması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak görülmemiştir<sup>83</sup>.

Kanaatimizce, hastanın bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır, bu konuda baştan, mutlak bir yargıya varılmamalıdır.

#### D. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinin hastanın tedavisini olumsuz yönde etkileyebileceği durumlarda, hekimin söz konusu yükümlülüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu konuda Alman hukukunda “meşru yalan hakkı” kavramı geliştirilmiştir. Buna göre, hastanın maneviyatına zarar verebilecek bilgiler hastaya verilemeyecek ancak hastaya moral kazandıracığı düşünülen “masum yalanlar” söylenebilecektir<sup>84</sup>. Ancak hiç şüphesiz ki, hekimin hasta yakınlarına gerçek durumu açıklaması gerekmektedir.

Konuya ilişkin olarak mevzuatımızda açık düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinde “.... hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde de, “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, tabibin takdirine bağlıdır” hükümleri yer almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeyi de incelediğimizde, hekim bu noktada geniş bir takdir hakkı tanıdığı görülmektedir. Hekimin tam olarak aydınlatmanın doğurabileceği tıbbi zarar ile hastanın tam olarak aydınlatılma hakkı

<sup>83</sup> **Hakeri**, s.316: OLG Hamm, VersR 1998, 322 vd.

<sup>84</sup> **Deryal**, s.118. Bu konuda örnek olarak Theodor Storm olayı gösterilmektedir. Kendisine kanser olduğu bildirilen ünlü yazar psikolojik bakımdan büyük bir çöküntüye uğramıştır. Bunun üzerine kardeşi, özel bir hekimler kurulu oluşturmuş ve bu kurulda ilk teşhisin yanlış olduğunu, hastalığın bir mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklayan bir rapor düzenlenmiştir. Böylece ünlü yazar, yaşama yeniden başlamış ve 1886-1888 tarihleri arasında “Kır Atlı” isimli eserini yazmıştır.

arasında ölçülülük kuralları çerçevesinde bir denge kurması gerekmektedir<sup>85</sup>. Hekim, takdir hakkını kullanırken hastanın menfaatini düşünmeli ve kendisine tanınan bu ayrıcalığı kötüye kullanmamalıdır, eş deyimle, gerçeğin gizlenmesi hasta için daha büyük bir iyileşme yaratıyor ise, hekimin takdiri yetkisi devreye girmeli ve aydınlatmanın kapsamı hasta yararına sınırlandırılmalıdır. Bu durum hekimin “tedavi ayrıcalığı” olarak adlandırılmaktadır<sup>86</sup>. Hekimin ayrıca hastanın yerine geçerek kendisini karar verici pozisyona sokmaması ve hasta özerkliğini koruması gerekmektedir. Özellikle, psikolojik tramvalara, intihara teşebbüse, kalp krizine veya tedaviden vazgeçilmesine neden olabilecek hususlar bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması hastanın menfaatine daha uygun düşecektir. Bunun yanında hekim takdir hakkını, hastayı aydınlatma yönünde kullanırsa, endişe verici ifadeler kullanmaktan kaçınmalı, hastayı paniğe sevk ederek bu durumdan olumsuz yönde etkilenmemesi için elinden geleni yapmalıdır.

## VI. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın hangi şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin olarak konuyu düzenleyen mevzuat hükümlerinde sınırlayıcı bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilgilendirme sözlü, yazılı,<sup>87</sup> resimli, uygulamalı ve bilgilendirici film gösterimi şeklinde gerçekleştirilebilir<sup>88</sup>. İspat gücü bakımından ise yazılı olması ve hastanın imzasını içermesi tercih edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, hastaya konuya ilişkin matbu bir formun, broşürün<sup>89</sup> verilmesi halinde aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yapıldığından söz edilemeyecektir. Benzer şekilde, hastadan aydınlatılmış rızasının alındığına ilişkin, imzalı kısa bir yazı da bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>90</sup>.

Hekim aydınlatılacak kişinin seviyesine uygun olarak, onun yaşı, sağlık ve eğitim durumunu dikkate alarak onun anlayacağı şekilde, tıbbi terimlerden mümkün olduğunca arınmış olarak, teknik ayrıntılara girmeden basit ve açık deyimlerle aydın-

<sup>85</sup> **Yenisey**, Feridun, *Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart, Ankara, s.874.

<sup>86</sup> **Ayan**, s.78.

<sup>87</sup> Yazılı aydınlatma iki ayrı şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Birinci şekil, hastanın formüller vasıtası ile aydınlatılmasıdır, ikinci şekil ise broşür aydınlatmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Ayan**, s.84.

<sup>88</sup> **Zeytin**, s.178.

<sup>89</sup> Bkz: **İpekyüz**, s.87, **Ayan**, s.84. Zira bu yöntemde öğrenim düzeyi düşük hastanın broşürü okuyup okumadığı veya anlayıp anlamadığı belirlenemez. Bir diğer sakıncası da, açıklamanın kısa ve yüzeysel olması yüzünden verimli olamamasıdır. Öte yandan, gereğinden fazla bilginin broşürde yer alması halinde, evhamlı hastaların, tedaviyi başarısız bırakacak şekilde korkuya kapılmasına neden olabileceği gerekçesiyle de eleştirilmiştir.

<sup>90</sup> **Özcan**, Funda Işık, *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

latma yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>91</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hastanın gerçekleşecek müdahalenin içeriği, önemi ve kapsamı hakkında yeterince bilgi sahibi olmasıdır. Yabancı hastalar bakımından ise gerektiğinde tercümanlar kullanılarak bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır.

Kanaatimizce, aydınlatmanın sözlü olarak yapılması, daha sonra sözlü olarak alınan bu beyanın yazılı belgelere geçirilmesi en uygun yoldur. Sözlü beyan alınırken hastaya hastalığı ile ilgili soru sorma imkanı tanınmalıdır<sup>92</sup>.

Aydınlatmanın hastaya tedavi veya tıbbi girişimde bulunulmadan önce yapılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hastaya düşünmesi için makul ve uygun bir süre tanınmalıdır. Aydınlatmanın zamanı operasyonun boyutuna veya tedavinin zorluğuna göre değişmelidir.<sup>93</sup> Örneğin, çok ciddi, yaşamsal tehlike içeren bir ameliyata girecek olan hasta ameliyattan hemen önce aydınlatılmamalı, hastaya düşünebilmesi, yakınlarından da fikir alabilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Ancak basit bir müdahalenin gerektiği operasyonlar bakımından, müdahaleden hemen önce veya aynı gün içerisinde aydınlatma yerine getirilebilir.

Hastanın ameliyat sırasında aydınlatılması, tıbbi müdahaleyi kabul veya ret noktasında hastanın serbestçe karar verebilmesini engelleyecek, hastanın kararını baskı altında vermesine yol açabilecektir.<sup>94</sup> Bu da hastanın kendi geleceğini en uygun şekilde belirlemesine engel teşkil edecektir.

## VII. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü kural olarak müdahaleyi üstlenen hekime aittir. Ancak söz konusu hekimin, hastanedeki işbölümü gereği bu yükümlülüğü başka bir meslektaşının yerine getirmiş olduğuna haklı olarak güvenmesi durumu bunun istisnasını oluşturur<sup>95</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hemşirenin veya başka bir sağlık personelinin bu konuda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, hemşirenin sorumluluk alanına giren

<sup>91</sup> **Bayraktar**, Köksal, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No:1, İstanbul 2007, s.102.

<sup>92</sup> **Parzeller**, Markus, **Wenk**, Maren, **Zedler**, Barbara, **Rothschild**, Markus, "Patient Information and Informed Consent Before and After Medical Intervention", Dtsch Arztebl 2007; 104(9): A 576-86, s.6, "The physician should inform the patient in a face to face conversation and in understandable nature language..... For routine procedures, an information sheet may suffice as long as the patient has the opportunity to ask additional questions if desired....".

<sup>93</sup> **Adıgüzel**, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19. Sayı, Ekim 2014, s. 966; **Ayan**, s.83.

<sup>94</sup> **Erman**, s.104.

<sup>95</sup> **Erman**, s.103.

bir müdahale söz konusu olursa, örneğin, kan alma gibi bu halde hemşirenin de aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>96</sup>.

Tıbbi müdahale birden fazla hekim tarafından yapılacaksa, her hekim kendi uzmanlık alanına göre hastayı bilgilendirmelidir. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü başka bir meslektaşına tevdi edebilir ancak bu durumda görevlendirilen hekimin bilgilendirme borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda, tedaviyi üstlenen hekimin de sorumluluğu söz konusu olur<sup>97</sup>.

Doktrinde tedavi yöntemini öneren hekim ile tedavi uygulamasını yapan hekimin farklı olması durumunda, aydınlatma yükümlülüğünün kime ait olacağı tartışmalıdır<sup>98</sup>.

Alman Federal Mahkemesince verilen karara konu olan olayda, hastane başhekimince sağırılık şikayeti nedeniyle hastaya ortakulak ameliyatı tavsiye edilmiş, ameliyat başka bir hekim tarafından yapılmış, ancak ameliyat sırasında nervus facialis (fasiyal sinir) zedelendiği için hastanın yüzünün bir yanı felç olmuştur. Mahkeme, ilk hekimin bu riskten söz etmemesi nedeniyle ameliyatı yapan hekimle birlikte tazminattan sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir<sup>99</sup>.

Gökcan'ın görüşü çerçevesinde, tedavi uygulamasını yapan hekim bu uygulamadan önce gerekli bilgilendirmeyi yapmadığı için, tedavi yöntemini öneren hekim de hastanın tedavi olmasında iradesini etkileyici rol oynadığı için müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.

### VIII. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılacak kişi tıbbi girişimden yararlanacak olan hastanın kendisidir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu bağlamda, hasta ayırt etme gücüne sahipse o aydınlatılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, yapılacak müdahale hasta için ağır ve tehlikeli sonuçlar doğurabilecek nitelikteyse hastanın yakınlarına da bilgi verilmelidir. Bu bağlamda, hastanın zorunlu sebeplerle aydınlatılmadığı veya gereği gibi aydınlatılmadığı hallerde hastanın yakınlarına verilecek bilgi daha kapsamlı olmalıdır<sup>100</sup>.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay<sup>101</sup> vermiş olduğu kararda şu ifadelere yer vermektedir:

<sup>96</sup> **Hakeri**, s.302.

<sup>97</sup> **Hakeri**, s.302.

<sup>98</sup> **Deryal**, s.118.

<sup>99</sup> **Gökcan**, s.157. BGH, NJW 1980, 1905.

<sup>100</sup> **Yılmaz**, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s.41.

<sup>101</sup> **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T. Karar**, www.kazan-ci.com E.T:20.04.2015.

“... Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.”

Yargıtay vermiş olduğu kararda, hastanın geleceğini belirleme hakkının bizzat kendisinde olması sebebiyle, aydınlatmanın da bizzat kendisine yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Uygulamada ise hasta yaşı küçük olmamasına ve kendisine anlatılan açıklamaları kavrayabilecek yetide olmasına rağmen aydınlatmanın kendisine değil, ailesine yapıldığı görülmektedir<sup>102</sup>. Bu durumda hastanın ailesine yapılan aydınlatma hukuka aykırı niteliktedir.

Konuya ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki 15. madde de “Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde belgelendirilmesi istenebilir” hükmü yer almaktadır.

Kanaatimizce, ayırt etme gücüne sahip olmayan<sup>103</sup> (tam ehliyetsiz) hasta bakımından aydınlatmanın kanuni temsilcisine yapılması uygundur, şöyle ki; ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse kendisine verilen bilgileri anlayacak ve değerlendirebilecek yetiye sahip değildir. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olan hasta (sınırlı ehliyetsiz)<sup>104</sup>, kendisine yapılan bilgilendirmeyi anlayabilecek bilince sahipse aydınlatmanın bizzat hastaya yapılması daha uygun olacaktır. Ancak hekim aydınlatma yükümlülüğünü, sınırlı ehliyetsizin anlama ve kavrama yeteneğini dikkate alarak yerine getirmelidir. Bu şekilde yapılan yorumun tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğu kuralına ve sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma bakımından tam ehliyetli gibi kabul edilmesi anlayışına da daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi<sup>105</sup>, 16 yaşındaki bir gencin ameliyatı

<sup>102</sup> **Hakeri**, s.300.

<sup>103</sup> Bkz: **Antalya**, Gökhan, **Topuz**, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s.188. Ayırt etme gücü, bir kimsenin akla uygun biçimde davranma, fiillerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğidir. Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır, dolayısıyla ayırt etme gücünün varlığının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek araştırılması gerekmektedir. TMK md. 13 hükmünde hangi sebeplerin ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı belirtilmektedir.

<sup>104</sup> Hukukumuzda bu kişiler sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılmaktadır.

<sup>105</sup> **Hakeri**, s.301, OGH JBL. 1985, 548.



için sadece ebeveynin aydınlatılması, gencin hiç aydınlatılmaması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetsizin anne babasına da müdahale konusunda bilgi alma hakkı tanınmalıdır. Anne babanın söz konusu haklarının hukuki dayanağının TMK md. 339 ve 340 hükümlerinde düzenlenen velayet hakkı olduğu şüphesizdir<sup>106</sup>.

### IX. Aydınlatmada İspat Külfeti

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı hususunda konuyu düzenleyen mevzuatlarda hüküm bulunmamaktadır. İspat konusuna ilişkin düzenlenen ve genel hüküm niteliğinde olan TMK md.6 hükmü, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddianın sahibinin iddiasını ispatla yükümlü olduğuna yer vermektedir. Bu hükme göre, aydınlatılmaksızın rızasının alındığını ileri süren hasta, bu iddiasını ispatlamalıdır<sup>107</sup>. Doktrinde hekim karşısında zayıf ve korumasız konumu sebebiyle aydınlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükünün hekimde olduğu kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için aydınlatma şarttır ve aydınlatmanın yapılmış olmasından hekim istifade eder, dolayısıyla ispat yükü ona düşer<sup>109</sup>. Doktrinde ayrıca aydınlatmaya ilişkin belgelerin hekimde bulunması sebebiyle de ispat yükünün hekimde olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Alman hukukunda da aynı prensip benimsenmektedir<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> **Şenocak**, s.79. Bu hakkın tanınması, anne babanın TMK. Md. 339 ve 340 hükümleri çerçevesinde çocuğun bakımını, eğitimini ve kişiliğinin gelişimini sağlama hak ve ödevini gereği gibi yerine getirebilmeleri açısından zorunludur.

<sup>107</sup> **Büyüksağış**, Erdem, Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHF, C.54, S.4, 2005, s.125.

<sup>108</sup> **Ayan**, s.243, Yılmaz, s.41.

<sup>109</sup> **Özay**, Merter, Estetik Amaçlı Hukuki Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.60. Fransız hukukunda 1997’ de verilen ve dönüm noktası olarak tabir edilen bir karar ile “... akdi veya kanuni olarak bir aydınlatma borcunun ifasından sorumlu olan taraf, bu edimin yerine getirildiğinin ispatını da getirmek zorundadır. Bu durumda hastaya karşı aydınlatma borcu olan hekim, bu borcu ifa ettiğini de ispat etmelidir...”. Anılan karardan sonra, gerekli yasal düzenleme de 04.05.2002 tarihinde getirilmiş, Fransız Kamu Sağlığı Kanunu’ nun 1111. Maddesinin ikinci fıkrası “uyuşmazlık halinde, ilgiliye karşı öngörülen şartlarda aydınlatmanın yapıldığını ispat, hekime veya hastaneye düşmektedir...” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Cass., 1re civ., 27.02.1997, Welsch, s.65. Anılan kararın geniş değerlendirmesi için bkz. Philippe Pierre, L’obligation D’Information a La Charge Du Medecin, La Responsabilite Medicale: Vers Un Derive a L’ Americaine? L’ etat de la responsabilite civile dans le secteur medical liberal, Centre de Recherche Juridique de L’ Ouest, Actes De La Journee du 23.01.1999, s.41 vd.

<sup>110</sup> **Hakeri**, s.327.

<sup>111</sup> **Parzeller, Wenk, Zedler, Rothchild**, s.9, “In civil proceedings, the pycsian bears the burden of proof of proper, complete, timely and correct information of the patient to enable an autonomous decision”.

Yargıtay' da vermiş olduğu bir kararında<sup>112</sup> “....davalıların davacıya penisilin enjektesi yapmadan önce alerji testi yaptıklarını ispat edemedikleri gibi, ailesinde alerji öyküsü olmasa bile, nadiren olsa da bu tür komplikasyonların oluşabileceği konusunda, kendisini bilgilendirip aydınlattıklarını ve bu konuda davacının onayını aldıklarını da yazılı belge ile ispat edilmiş değildir” hükmünü kurmuştur.

Yargıtay diğer bir kararında,<sup>113</sup> “... Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Hastanın aydınlatıldığına ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup, davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizi-kolara karşı aydınlattığını kanıtlayamamıştır. Öyle olunca, hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır” sonucuna ulaşmıştır. Bu kararlar ışığında Yargıtay da, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğini ispat edemediği sürece sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir.

Aydınlatmanın bir hukuki işlem olmaması sebebiyle her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmektedir<sup>114</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tanık beyanı da ispat aracı olarak kullanılabilir. Hakim bu durumda müdahalenin niteliği, olayların gelişim biçimi ve genel hayat tecrübelerinden yola çıkarak hangi tanık beyanına üstünlük tanıyacağına karar vermelidir<sup>115</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekimin ağır veya hafif kusurlu olması halinde zararlı sonuçtan sorumlu olmayacağı ve hekim aleyhine dava açılmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa, bu anlaşma kesin hükümsüz kabul edilmelidir; şöyle ki, TBK md.115/III hükmünde uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanat kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir.<sup>116</sup> Bu bağlamda hekim ile yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak kabul edilmesi söz konusu olamayacaktır.

Hekim asli edimi olan hastayı tedaviye yönelik faaliyetini özenli bir şekilde yerine getirmeyi TBK m. 506 hükmü gereğince taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, ağır bir

<sup>112</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/15195E., 2009/5671K., 28.04.2009 T. www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>113</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/4219E., 2008/10660K., 16.09.2008 T. www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>114</sup> Kaya, s.68.

<sup>115</sup> Kaya, s.68.

<sup>116</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu 99. Madde hükmünde ise, böyle durumlarda hafif kusur halinde hakime takdir yetkisi tanımaktaydı. Ancak yürürlükte olan TBK md.115/3 hükmü, bu durumlarda hakime takdir hakkı tanımamakta, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşmaları kesin hükümsüz olarak kabul etmektedir.

objektif özen yükümlülüğü altında bulunan hekimin yapılacak sorumsuzluk anlaşmasıyla sorumsuzluğunu gündeme getirmenin hekim ile hasta arasında yapılan vekalet sözleşmesinin doğasıyla bağdaşmayacağı açıktır.<sup>117</sup> Bu bilgiler ışığında, TBK md. 115 hükmü olmasaydı dahi, vekalet sözleşmesinde hekimin taahhüt ettiği özen yükümlülüğü esas alınarak sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması gerekirdi. Kaldı ki, sorumsuzluk anlaşmasında zayıfı koruma düşüncesi egemen olmalıdır; üstelik hekim ve hasta arasındaki sözleşmede korunması gereken taraf hiç şüphesiz hastadır.<sup>118</sup>

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu şekilde yapılan sorumsuzluk anlaşması TBK md. 27<sup>119</sup> gereğince hastanın kişilik hakkına, kamu düzenine ve ahlaka aykırılık teşkil eder, söz konusu anlaşmanın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması gerekir<sup>120</sup>.

## SONUÇ

Tıbbi müdahaleler kişinin yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması gibi kişiliği oluşturan değerleriyle yakın bir bağlantı içerisindedir. Kural olarak kişinin vücut tamlığına yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Ancak tıbbi müdahalelere ilişkin hukuka ve ahlaka aykırı olmadan verilen rıza, TMK md. 24 gereğince hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırıci nitelikte olabilmesi için ise rızanın bilgilendirilmiş, aydınlatılmış rıza olması gerekmektedir.

Bu bağlamda, hekimin en önemli yükümlülüklerinden bir tanesi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına hizmet eden aydınlatma yükümlülüğüdür. Hekim, hastanın sosyal, ruhsal, kültürel durumunu dikkate alarak hastalığın teşhisi, tedavi süreci, tedavi sonucunda meydana gelebilecek riskler ve varsa alternatif tedavi yöntemleri gibi konularda hastanın anlayabileceği bir dille aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Müdahalenin riski ve müdahale sonucunda oluşabilecek komplikasyonların ağırlığına göre aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemelidir. Özellikle acil durumlarda, hastanın aydınlatılmayı istememesi, hastanın bilgisinin bulunması ve bilgilendirmenin hastayı olumsuz etkileyecek nitelikte olması durumlarında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Önemle

<sup>117</sup> Benzer görüş için bkz: **Aşçıoğlu**, s.128. Aşçıoğlu, hakimin, hekim ile arasındaki güven unsurunu ve yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kişinin yaşam ve sağlık hakkını ilgilendirdiğini benimseyerek, anlaşmayı tümüyle geçersiz sayması gerektiğini düşünmektedir.

Aynı şekilde, TBK md.116/3 gereğince hekimin yardımcı şahsın kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması da kesin hükümsüz kabul edilecektir.

<sup>118</sup> **İpekyüz**, s.145.

<sup>119</sup> TBK md.27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...”.

<sup>120</sup> **Ayan**, s.121.

vurgulamak gerekir ki, bu sınırlamalar mutlak nitelikte değildir dolayısıyla somut olayın koşulları incelenerek karar verilmelidir.

Hekimin standart olarak düzenlenen yazılı bir formu hastaya imzalatması aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamını taşımamaktadır. Hekim hastaya önce sözlü olarak bilgilendirme yapmalı daha sonra ispat kolaylığı sağlamak için bu bilgilendirmeyi yazıya geçirmelidir. Hastaya tedavisiyle ilgili soru sorma imkanı tanınması aydınlanma hakkının bir gereği olarak görülmelidir. Hekim müdahaleyi başarılı bir şekilde tamamlamış olsa dahi, aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğini ispat edemezse hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

### KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Sibel: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19. Sayı, Ekim 2014, s. 943-995.
- ALTAY, Sabah: Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları, Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.215 vd.
- ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2015.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Bası, İstanbul 2015.
- AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk, 1. Bası, Ankara, 1993.
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 1991.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No:1, İstanbul 2007, s.96-104.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 1972.
- BIGGS, Hazel: Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.53-64.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD, C.54, S.4, 2005, s.119-148.
- ÇAKMUT, Y., Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- ÇAKMUT, Y., Özlem: Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1.Bası, İstanbul 2007, s.1-31.
- DERYAL, Yahya: Sağlık Hukuku Problemleri, 1.Bası, Ankara 2012.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara 2014.
- ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Bası, Ankara 2003.
- EROL, Gültezer Hatırnaz: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 3. Bası, İstanbul 2013.
- GÖKCAN, Tahsin Hasan: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 2013.
- GÜMÜŞ, Alper, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- GÜNDAY, Rezzan: Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 2012.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku El Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2014.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- HARTMAN, Kurt; LIANG, Bryan: Exceptions to Informed Consent in Emergency Medicine, Perspectives in Legal Medicine and Health Law, U.S 1999, s.53-59.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 5. Bası, İstanbul 2013.
- İPEKYÜZ, Yavuz, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, 1. Bası, İstanbul 2006.
- KAYA, Mine: Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, Ankara 2012, s.46-82.
- Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.
- O'NEILL, Onora: Some Limits of Informed Consent, Journal of Medical Ethics, Cambridge 2003, s.4-7.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFHD, Cilt 52, Sayı:3, Ankara 2003, s.55-77.
- ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Hukuki Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara 2006.
- ÖZBİLEN, Barış, Arif: Vücut Bütünlüğünde Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İTÜSBD, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013/2, s.99-124.
- ÖZCAN, Işık, Funda: Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- ÖZDEMİR, Hayrunissa: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFHD, Cilt XIII, Sayı: 3-4, Erzincan 2008, s.347-379.
- PARZELLER, Markus; WENK, Moren; ZEDLER, Barbara; ROTHSCHILD, Markus: Patient Information and Informed Consent Before and After Medical Intervention, Dtsch Arztebl 2007, 104 (9), s.1-21.
- POZGAR, George: Legal Aspects of Health Care Administration, 10th Edition, Canada 2007.
- ŞENOCAK, Zarfife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991.

ŞENOCAK, Zarife: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHF, C.50, s.4, Y.2001, s.66-80.

TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011.

YAVUZ Cevdet, ACAR Faruk, ÖZEN Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2014.

YENİSEY, Feridun: Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart, Ankara, s.868-880.

YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1.Bası, Ankara 2007.

ZEYTİN, Zafer: Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sayı:3, Trabzon 2007, s.165-190.