

Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Cannur ERCAN^(**)

Öz

Gebelik sırasında ya da çok daha öncesinde gebelik planlanmasında takip ve rutin kontrollerin gerçekleştirilmesi için hekimlere başvurulmaktadır. Bu kontrollerle, gebeliğin seyrinin sağlıklı olup olmadığı, fetüste sağlık sorunları varsa buna karşı neler yapılabileceğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. En nihayetinde kişilik hakkı kapsamında aile planlamasına ilişkin olarak hukuki çerçevede rahim tahliyesine karar verilip veril(e)meyeceği meselesi gündeme gelecektir. Oldukça riskli, fakat bir o kadar da olağan bir biyolojik süreç olan gebelikte, bahsi geçen olasılıklar ancak uzman bir hekim tarafından değerlendirilerek ortaya konulabilmektedir. Dolayısıyla söz konusu prenatal tanı testleri gebe kadın tarafından ister kabul edilecek ister reddedilecek olsun işlem öncesinde gebe kadının hekim tarafından doğru kapsam ve içerikle aydınlatılmış olması gerekmektedir. Çalışmamızda buna ilişkin meseleler üzerinde durulacaktır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hukuki sorumluluğu meselesinin bir bütün olarak hakkıyla ele alınması, bu kapsamdaki bir çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Çalışmanın konusu hekimin buna ilişkin hukuki sorumluluğunun çıkış noktası olarak prenatal tanı yöntemleri hakkında aydınlatma yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır. Çalışmada ayrıca hekimin genel anlamda aydınlatma yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Uygulamada bazı hekimlerin kendini hukuki sorumluluk bakımından garanti altına almak için her gebede gerekmediği halde gebe kadının iradesine tesir ederek fetüs bakımından riskli bir süreç olan amniyosentezi neredeyse rutin olarak uyguladığı görülmek-

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.02.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 24.03.2024.

Atıf Şekli: Cannur Ercan, 'Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 769, 805.

DOI: 10.52273/sduhfd..1434543.

^(**) Dr. iur., LL.M (Saarland), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: cannurercan@gmail.com.

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1870-0510.

tedir. Böylece tabiri caizse kehanet kendini olumsuz anlamda gerçekleştirmekte; hekim, hukuki sorumluluktan kendini kurtarmak isterken bunun tam ortasında bulunmaktadır. Değınilen gerekçeler, meselenin güncelliği nedeniyle yeniden ele alınması gereksinimi doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, Rızanın Geçerliliği, İstenmeyen Gebelik ve İstenmeyen Yaşam Davalarında Aydınlatma Yükümlülüğü.

Physician's Obligation to Inform about Prenatal Diagnostic Methods

Abstract

Physicians are consulted for follow-up and routine controls during pregnancy or much earlier in pregnancy planning. The aim of these controls is to determine whether the course of the pregnancy is healthy or not and what can be done in case of health problems of the fetus. Ultimately, within the scope of the family planning, the decision of abortion can be taken in the light of personal rights. Regarding pregnancy, which is a very risky, but also a natural biological process, the aforementioned possibilities can only be revealed by a specialist physician. Therefore, to take the prenatal diagnostic tests in question or not depends on the information provided by the physician before the procedure. This study focuses on the aforementioned issues in particular, physician's obligation to inform the patients on prenatal diagnostic methods.

A proper discussion of the physician's legal liability for breach of the duty of disclosure as a whole exceeds the limits of a study within this scope. The present study is limited to the obligation to inform about prenatal diagnostic methods as the starting point of the physician's legal liability in this regard. The study also touches upon the physician's obligation to provide general information. In practice, it is noted that some physicians almost routinely perform amniocentesis, which is a risky process for the fetus, by influencing the will of the pregnant woman, even though it is not necessary in every pregnant woman, in order to guarantee themselves in terms of legal liability. Thus, the self-fulfilling prophecy unfolds negatively, and while the physician wants to save himself from legal liability, they find themselves in the middle of it. The reasons mentioned require reconsideration due to the topicality of the issue.

Keywords

Scope of the Obligation to Inform, Validity of Consent, Obligation to Inform in Wrongful Birth and Wrongful Life Cases.

Extended Summary

Prenatal diagnostic tests provide information about the course of pregnancy and the health status of the fetus. Proper and accurate information about these tests can only be provided by physicians who are experts in their field. The physician's obligation to inform is of particular importance in two types of cases in terms of births with genetic disabilities, which are the focus of our study. The first one is the parent's claims for material and moral compensation due to the birth of the disabled child (wrongful birth); the second one is the material and moral compensation claims of the disabled child itself (wrongful life). The main subject of our study is not the content of these lawsuits and the examination of the legal basis and justification of the claims, but the fact that the physician violated the obligation of disclosure, especially in the presence of genetic disability in the fetus, which brings these lawsuits to the agenda and can be seen as the starting point of the process.

In pregnancy, which is a risky process in itself, there is usually a contractual relationship between the physician and the pregnant woman regarding the follow-up of this process. The physician's obligation to inform, which finds its basis in constitutional regulations and ethical principles, also appears as a contractual obligation in the presence of a contractual relationship. This contract, which is referred to as a treatment contract, is predominantly accepted in the doctrine to have the characteristics of an agency contract (BK m. 502 ff.). The physician is obliged to fulfill the duty of disclosure within the framework of the duty of care, and the degree of the duty of care will be determined according to objective criteria pursuant to the contract of agency, in other words, by taking other physicians specialized in the same field as a criterion. Subjective grounds such as lack of professional knowledge or personal issues will not prevent liability from arising if they lead to a breach of the duty of disclosure. The inadequacy of the medical devices in the hospital where the physician works for prenatal diagnostic tests or detailed ultrasound examinations does not eliminate or narrow the obligation to inform. However, in this case, the physician should refer the pregnant woman to another medical facility where the tests can be performed.

The physician's breach of the obligation of disclosure may occur in the form of the pregnant woman reaching the wrong decision to apply these methods due to the fact that she is not informed at all or properly informed about prenatal diagnostic methods, or in the form of misinforming the pregnant woman about the diagnosis this time if the physician reaches a wrong conclusion (diagnosis) from the tests performed, even though the pregnant woman is informed correctly. In both cases, since accurate information about the course of the pregnancy cannot be obtained (however, it should be noted that tests such as double/triple screening tests other than amniocentesis only provide information about the possibility of risk), the possibility of treatment of the fetus, if any, or termination of the pregnancy within the legal framework may be missed. The healthy follow-up of this process and making the right decisions depend on being properly informed by the physician, which is almost a prerequisite. Only then can the pregnant woman, if she wishes, refuse prenatal diagnostic tests in the first place, or, depending on the results of the test and the condition of the fetus, decide on treatment, keeping the baby under all circumstances, or terminating the pregnancy within the legal framework.

Any medical intervention performed on a pregnant woman (more generally, on the patient), even if it is for her benefit, is in principle an unjustified treatment (Art. 49 of the Civil Code). It gives rise to the legal/criminal liability of the physician or the relevant health personnel. The exception to the rule is the consent of the pregnant woman to the intervention in question, or in cases where it is not possible to obtain consent, reasons such as the existence of “superior private benefit...” (Art. 63/II of the Civil Code). Obtaining the consent, which is important in terms of our subject of examination, depends on the fact that the pregnant woman has been informed about the prenatal diagnostic tests in the correct and necessary scope. Information should be given to pregnant women in a manner they understand, taking into account her social and cultural level and education. If the pregnant woman herself is a physician or if the situation is urgent, the scope of the information given is narrowed. It is important to note that during the enlightenment, the physician cannot influence the pregnant woman’s decision by influencing her to make a positive or negative decision. For example, the physician cannot make prenatal diagnostic tests compulsory for the pregnant woman by scaring her with the fear of giving birth to a disabled baby, or amniocentesis, which is one of them and gives results with almost 100% accuracy, but carries various risks for the fetus.

In the event of a dispute regarding the physician’s obligation to inform, the burden of proof that the informing was done correctly and within the required scope belongs to the physician. As stated in court decisions, the justification for this is that the process is under the control of the physician and that he/she will have the relevant documents and information. It is not obligatory to put in writing that the enlightenment regarding prenatal diagnostic methods has been made. However, it is convenient for the physician to record the enlightenment verbally and to have the pregnant woman’s signature stating that she has been enlightened and that she consents or does not consent to the interventions to be performed.

Giriş

Hekimlik mesleği, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temeli de esasında anayasal ilkeler ve sözleşmeler dogmatığının tarihinden çok daha eskilere dayanmaktadır. Burada güven, saygı ve inanç vardır. Hekimlerin hasta karşısındaki bu saygınlığı, çoğu zaman körü körüne inanç ve sorgulamamayı da beraberinde getirmiştir. Hekimin koyduğu teşhislerin ve izleyeceği yöntemlerin sorgulan(a)madığı ortamlarda kişiler çoğunlukla bilinçli ya da bilinçsiz, ilahi takdirin bu yönde olduğu düşüncesiyle vicdanlarını susturmayı tercih etmişlerdir. Oysa bilimsel ve teknolojik gelişmeler hastalıkları görünür, tedavilerin doğru veya yanlışlığını ispatlanabilir kıldığından; tıp alanında da pek çok teşhis, tedavi veya destekleyici (palyatif) bakımlarda verilen kararların sorgulanma imkânını da beraberinde getirmiştir. İnceleme konumuz olan prenatal diagnostik (doğum öncesi tanı/teşhis) alanında da böyledir. Engelli doğumda doktorun bir tesiri ya da en azından teşhis noktasında ihmali olabileceği düşünceleri son yüzyılda, özellikle ikinci dünya savaşı sonralarında ivme kazanmıştır. Ancak insanoğlunun makus talihi, onu teknolojik gelişmelerle bir derdin kucağından alıp başkaca pek çok derdin kucağına bırakmıştır¹. Daha açık bir ifadeyle önceden ilahi takdir olarak görülenler, artık onlarca olasılıkla incelenmesi gereken bir malpraktis sorumluluğuna işaret ederek hukuki/cezai/idari yaptırımları gündeme getirebilecektir. Cezai sorumluluk ve kamu hastanelerinde çalışan hekimler bakımından gündeme gelebilecek idari sorumluluk, çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından inceleme konumuzun odak noktası, hekim ya da bir başkasının bizzat sebep olmadığı, fakat prenatal tanı yöntemleri hakkında anne adayının gebelik sırasında yeterince bilgilendirilmediği ve bu sebeple fetüste zaten genetiği nedeniyle var olan (*konkonzeptionelle Schädigung*) engelin teşhis edilemeyerek gebeliğe son verme hakkının elinden alındığı gerekçesi ile tazminat talebinde bulunduğu, istenmeyen doğum (*wrongful birth*) olarak ifade edilen davalar bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir. Aynı gerekçe ile fakat bu defa genetik engelli çocuk tarafından ileri sürülen, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) olarak anılan davalarda tazminat taleplerine ilişkin değerlendirmeler yapılabilmesi için de hekim bu konu hakkında aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş olmalıdır². Genetik

¹ Eduard Picker, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, wrongful life* (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995), 1.

² İstenmeyen yaşam davalarında genetik engelli çocuğun hekimden tazminat talebi hakkı olup olmadığı meselesi tartışmalı olup, Türk ve Alman hukukunda hâkim görüşü çocuğun, yaşamını

engelli doğumlar, aileden kalıtsal olarak aktarılan bazı bozukluklar nedeniyle gerçekleşebileceği gibi Çernobil nükleer reaktör kazası gibi çevresel bazı felaketlerin olumsuz tesiriyle de ortaya çıkmıştır³. Nitelendirmenin yapılmasında önem taşıyan husus, genetik bozukluğun hekim ya da başkaca bir kişinin tesiriyle döllenen sonra (*postkonzeptionelle Schädigung*) ortaya çıkmamasıdır⁴. Fetüste döllene sonrası herhangi bir sebeple (yanlış ilaç reçete edilmesi, gebenin fiziksel şiddete maruz kalması, alkol, sigara, uyuşturucu bağımlılığı gibi nedenler) gerçekleşen engele ilişkin hukuki değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır⁵.

hekim (onun aydınlatma yükümlülüğü ihlaline) borçlu olduğu ve var olmama hakkının bulunmadığı gerekçesiyle bu tür taleplerin reddini savunmaktadır. Kanaatimiz de bu yöndedir. Nitekim çocuğun tazminat talepleri bakımından anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesini, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak dayanak göstermesi de mümkün değildir. Bunun nedeni ebeveynin, genetik engelin tespiti halinde bebeğin yaşamına zaten son verecek olmalıdır. Meseleye ilişkin değerlendirmeler çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BGHZ 86, 240 ("Röteln-Fall"); Georg Faerber, *Wrongful Life* (Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Verlag an der Lottbek 1988) 92 - 93; Andreas Reinhart, *Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy* (Peter Lang Verlag 1999) 208 vd. Ayrıca karşı. Stephan Cramer, *Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin* (Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991) 146. Türk hukukunda aynı yönde bkz. Yusuf Büyükkay, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu* (Vedat Kitapçılık 2006) 115; Zarife Şenocak, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat* (Turhan Kitabevi 2009) 155 vd., özellikle bkz. 158. Cenin açısından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kabul edilebiliyorsa bkz. Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayınları 2011) 163 - 164. İstenmeyen yaşam davalarında bir hususu ayırarak dikkat çekmekte fayda vardır. Diğer durumların aksine, gebelik sırasında tespit edilebilseydi tedavi imkânı bulunan fakat hekim kusuruyla tespit edilememiş genetik engelin varlığı hallerinde vaktinde tedavi imkânı kaçırılmış ya da tedaviden elde dileyebilecek fayda azalmışsa hekim, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarında genetik engelli çocuğun tazminat talepleri bakımından sorumlu tutulabilmelidir. Aynı yönde bkz. Aydın Ünver (n 2) 110 vd.; aynı yönde bkz. Cannur Ercan, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life*, (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017), 118 - 119.

³ Thomas M. Mannsdorfer, 'Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, Grundzüge, wrongful life und Tendenzen' (2001) Band 137, ZBJV 605, 607.

⁴ Postkonsepsiyonel ve konsepsiyonel zarara uğrama ayrımları hakkında bilgi için bkz. Mannsdorfer, (n 3) 607 - 608.

⁵ Postkonsepsiyonel zarara uğrama gebelik sırasında fiziksel şiddet ya da trafik kazası gibi bazı travmalara maruz kalma sonucu ortaya çıkabileceği gibi yine gebelik sırasında gebenin kullandığı ilaçlar nedeniyle de meydana gelebilir. Bu türden bir mağduriyet (*postkonzeptionelle Schädigung*) olarak inceleme konumuzun kapsamı dışında kalsa da gebelik sırasında kullanılan ilaç nedeniyle genetik engelli doğumların gerçekleştiği sansasyonel bir olay olarak Almanya'da 1961 - 1962 yıllarında ortaya çıkan ve gebeleri sakinleştirmesi için reçete edilen ilacın

İstenmeyen doğum ve istenmeyen yaşam davaları, hekimin aydınlatma yükümlülüğü, bunun hukuki dayanakları, kapsamı vb. konularının yanı sıra başkaca faktörlerin de değerlendirilmesi gereken çok yönlü davalardır. Ancak bunların hepsinin hakkıyla ele alınması, bu kapsamdaki bir çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Aynı gerekçe ile kamu hastanelerinde çalışan hekimler bakımından gündeme gelebilecek idarenin hukuki sorumluluğu, çalışmanın kapsamı dışındadır. Hekimin özel hukuk bakımından hukuki sorumluluğu ve ona karşı açılacak davalarda davacı konumunda kimin olduğu (ebeveyn, çocuğun kendisi ya da her ikisinin aynı davada ileri süreceği) özellikle taleplerin gerekçeleri bakımından önemli farklılıklar içermektedir. Bu davalarda tazminat adı altında neleirin talep edilebileceği de özel olarak ele alınması gereken konulardan biridir. İnceleme konumuzda bu meselelere, hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından konu bütünlüğünün gerektirdiği kapsamda değinilecektir.

I. Prenatal Diagnostik Alanına Özgü Açılabilir Davalarda Önem Taşıyan Bazı Kavramlar

Doğuştan genetik engellilikte hekimin aydınlatma yükümlülüğü dolayısıyla hukuki sorumluluğunun belirlenmesi öncesinde alana yönelik bazı kavramlar açıklanmalıdır. Bunlar “istenmeyen gebelik (*wrongful pregnancy*)”, “istenmeyen doğum (*wrongful birth*)” ve “istenmeyen yaşam (*wrongful life*)” kavramlarıdır⁶.

İstenmeyen gebelikte (*wrongful pregnancy*), ebeveynlerin istemedikleri ama sağlıklı bir bebeğe olan gebelik söz konusudur. Burada hekimin gebeliği tespit edememesi ya da kürtajın gereği gibi yapılamaması gibi nedenlerle gebeliğe son verilemediği hallerden doğan sorumluluğu dolayısıyla açılabilir dava ifade edilmektedir⁷. İstenmeyen gebelik davaları, ebeveynlerin sahip olmak istemedikleri, fakat sağlıklı bir bebeğe ilişkin olduklarından inceleme konumuzun kapsamı dışında bırakılmıştır.

adiyla anılan Contergan skandal burada anılmaya değerdir. Sayısı 5.000 ve 10.000 arasında tahmin edilen bebek, eksik uzuvlar (*Dysmelie*), eksik organlar (*Aplasion*) gibi ağır engellerle dünyaya gelmiştir. Aynı ilaç sebebiyle gerçekleşen ölü doğumların sayısı ise tespit edilememiştir. Contergan skandal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. June Goodfield, *Wissenschaft und Medien, Fall: 4 Opfer einer Legende: Die Contergan Affäre* (Springer Basel AG 1983) 99 - 121.

⁶ Bu kavramlar gerek Türk gerek Alman hukukunda, Amerikan hukukun tesiriyle yer aldığından çalışmada İngilizceleri ile verilmiştir.

⁷ Claudia Junker, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Sachadensersatz* (Duncker & Humblot 2002) 36.

“İstenmeyen yaşam (*wrongful life*)” davaları ise ebeveyni hekim tarafından rutin kontroller ya da başkaca bir tedavi sırasında aydınlatma yükümlülüğü kapsamında doğru bilgilendirilse idi anne kürtaja karar verebilecekti ve engelli bebek hiç doğmayacaktı, varsayımına dayanmaktadır. Burada davayı açan, genetik engelli olup da kürtajının önüne geçilememiş bebek ya da onun adına yasal temsilcisidir. Engelli kişi bu kapsamda maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmaktadır⁸. Yine genetik engellilikte bu defa annenin (ebeveynlerin), tedavi sözleşmesi kapsamında gereğince bilgilendirilemediğinden kürtaj hakkı elinden alındığı gerekçesiyle, genetik olarak engelli bir bebek sahibi olduğu durumlarda fazladan yapması gereken masraflara ilişkin maddi tazminat ile manevi tazminata ilişkin davalar ise istenmeyen doğum (*wrongful birth*)” olarak anılmaktadır⁹.

“İstenmeyen doğum (*wrongful birth*)” ve “istenmeyen yaşam (*wrongful life*)” davaları maddi ve manevi tazminat taleplerinin genetik engellilikle gerekçelendirildiği davalardır. Burada inceleme konumuz dışında kalmakla beraber kısaca dikkat çekilmelidir ki her ikisinde de genetik engellik nedeniyle hekim veya ilgili sağlık personelinin birtakım maddi - manevi tazminat talepleri ileri sürülmekte; fakat ilkinde tazminat talebinde bulunan engelli bebek sahibi ebeveynler iken ikincisinde bizzat genetik faktörlerin tesiriyle engelli yaşam süren kişi davacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tam da bu sebeple aslında her iki davanın hukuki gerekçeleri birbirinden farklıdır ve aynı yasal dayanakla hem anne hem genetik engelli bebek adına tazminat talebinde bulunulamaz. Kısaca ifade etmek gerekirse annenin (ebeveynin) talepleri, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiği; annenin gebeliği sonlandırma hakkının elinden alındığı gerekçesine dayanmaktadır. Babanın tazminat talepleri, tedavi sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirildiğinde yine bu kapsamda ileri sürülebilecektir. Ancak aynı gerekçe, anne bilse idi yaşamıma son verecekti, ileri sürümünü içereceğinden engelli çocuk bakımından kabul görmemelidir. Kaldı ki burada çocuk bakımından üçüncü kişi yararına olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁰. Fakat ilginçtir ki uygulamada aynı yasal gerekçe ile (hatta bazen yasal gerekçe dahi gösterilmeksizin) “engelli doğum nedeniyle” hem anne hem bebek adına hekimden tazminat istenen davalara oldukça sık rastlanmakta; daha da

⁸ Junker (n. 7) 33. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 2’deki açıklamalar.

⁹ Junker (n. 7) 31, 32.

¹⁰ Bkz. yukarıda dn. 2.

ötesi temyiz aşamasında dahi anne ve bebek adına tazminat taleplerinde yasal dayanaklara ilişkin bu farklılığın gözden kaçırıldığı dikkat çekmektedir¹¹.

Aşağıda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bilgiler verildikten sonra bu yükümlülüğünü doğuştan genetik engellilikte hiç ya da gereğince yerine getirmeyen hekimin hukuki sorumluluğunun çıkış noktası olarak aydınlatma yükümlülüğünün hangi kapsamda, nasıl yerine getirilmesi gerektiği; bununla bağlantılı olarak gebe kadının söz konusu tanı yöntemleri hakkında aydınlatılmış rızasının geçerliliği meseleleri üzerinde durulacaktır.

II. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Hekimin prenatal tanı yöntemleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne özgü açıklamalar öncesinde konu bütünlüğünün sağlanması açısından aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağı, kapsamı ve türlerine ilişkin açıklamalara çalışmanın kapsamının gerektirdiği ölçüde yer verilecek; prenatal tanı yöntem-

¹¹ 11.12.2002 tarihli bir Yargıtay kararında genetik engelli doğum nedeniyle anne ve bebeğin maddi manevi tazminat taleplerinin söz konusu olduğu, bebek bakımından ortaya çıkan zarar ve gelişen durum (gelişen zarar) kavramları üzerinden zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı meselesi ele alınmaktadır. Ancak karar içeriğinden ebeveynin yanı sıra çocuk adına istenen taleplerin de kabul gördüğü anlaşılmaktadır. "... Dolayısıyla, davacıların, zararın varlığını buna dayalı bir tazminat davası açmalarını mümkün kılacak tüm unsurları ile birlikte doğum anında öğrenmiş olduklarının; zararın tazminine ilişkin her türlü talep ve dava hakları yönünden yasal zamanaşımı süresinin 31.1.1994 doğum tarihinde başladığının kabulü gerekir..." Yargıtay HGK 11.12.2002 tarih ve E. 2002/13-1011 K. 2002/1047 sayılı kararı için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2002-13-1011-k-2002-1047-t-11-12-2002-bes-yillik-zamanasimi-suresine-tabi-alacaklar/611706/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Karar değerlendirmesi için ayrıca bkz. Büyükay (n 2) 116. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 22.03.2022 tarihli, anne ve genetik engelli bebek adına maddi manevi tazminat talebinde bulunulan davaya ilişkin kararda hekimin, gebe kadını prenatal tanı yöntemlerinden amniyosentez hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine ilişkin ispat meselesi üzerinde durularak aydınlatma yükümlülüğünün oy çokluğu ile hekim tarafından, hastane protokol kayıtlarına dayanılarak ispat edildiği sonucuna varılmış ve anne ile genetik engelli bebeğin tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Öte yandan anne ve bebeğin tazminat talepleri bakımından yasal dayanağın farklılığına; bir başka deyişle engeli öğrenilse idi varlığı sonlandırılacak olan bebeğin, anne ve hekim arasındaki tedavi sözleşmesine dayanmasının zaten mümkün olmadığına; ayrıca kişinin adeta var olmama hakkından yola çıkarak, hayatını hekimin kusuruna borçlu olduğu halde ondan tazminat istemesinin yasal bir dayanağının bulunmayacağı gibi meseleler ele alınmaksızın hükme varılması dikkat çekmektedir. Bkz. Yargıtay HGK 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 - K. 2022/356 sayılı kararı. <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2020-592-k-2022-356-t-22-03-2022/4399769/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Genetik engelli bebeğin tazminat taleplerine ilişkin görüşler hakkında ayrıca bkz. yukarıda dn. 2'deki açıklamalar.

lerinde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne özgü açıklamalar bu bilgilerin üzerine inşa edilerek detaylandırılacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeni ile gündeme gelebilecek hekimin hukuki sorumluluğu çalışmanın kapsamını aşmakla beraber konu bütünlüğünün gerektirdiği ölçüde hekimin sadece özel hukuk sorumluluğuna ilişkin bilgilere de değinilecektir.

B. Kapsamı ve Yasal Dayanağı

Muayene dahil her türlü tıbbi müdahale kural olarak hastanın kişilik haklarını ihlal niteliği taşıyacağından, müdahale öncesinde hastanın aydınlatılarak rızası alınmalıdır. Bir başka deyişle teşhis, tedavi, kontrol amaçlı veya cerrahi müdahaleler ile tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda destekleyici (palyatif) müdahaleler olarak karşılaşılabilecek her türlü tıbbi girişim kural olarak hastanın vücut bütünlüğünü ihlal niteliği taşıdığından hukuka aykırıdır (BK m. 49/I). Müdahalede bulunanın hukuki sorumluluğu doğar. Meğerki hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunsun (BK m. 63/II). Rıza da hukuka uygunluk sebeplerinden biridir¹². Kişinin rızasının geçerli olarak alınabilmesi, diğer geçerlik koşullarının yanı sıra hastanın (inceleme konumuz bakımından gebe kadının) gereken kapsamda aydınlatılmasına bağlıdır. Tam da bu nedenle hastanın gereken kapsam ve usulünce aydınlatılmasını, vereceği rızanın bir koşulu olarak görmek gerekir¹³. Bir başka deyişle hasta, gerçekleştirilecek tıbbi müdahale hakkında

¹² Hukuka uygunluk sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası, Legem 2023) 686, nr. 1856 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) 24 vd., nr. 52 vd.

Ceza hukuku bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I (25. Bası Seçkin 2022) 293 vd., özellikle 329 vd.; Özlem Yenerer Çakmut, 'Tıpta Aydınlatma ve Rıza' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, 7 - 8, rıza kavramı hakkında bkz. 19 vd.

¹³ BGH, NJW 1956, s. 1106. "En önemli hukuka uygunluk sebeplerinden biri, hastanın, planlanan müdahale hakkında yeterince aydınlatılmış, (tıbbi müdahaleden) önceki rızasıdır. Söz konusu kararlarda hastanın rızasının gerekliliği ve bununla bağlantılı olarak aydınlatılma talebi, hastanın genel anlamda kişilik hakkıyla gerekçelendirilmekte; hem irade özgürlüğü (dem Schutz der Willensfreiheit-) ve kendi geleceğini tayin hakkının korunmasına (dem Selbstbestimmungsrecht) hem hastanın vücut bütünlüğüne (der körperlichen Integrität des Patienten) hizmet etmektedir. Bu nedenle hekimin aydınlatma yükümlülüğü, onun genel anlamda meslek yükümlülükleri arasında yer alır. Özel hukuk bakımından bir sözleşmesel ilişkinin varlığı; devlet memuru ya da çalışanı olarak hareket ediyor olması gerekmez." Bilgi için bkz. BGE 117 Ib 197, s. 200; BGE 115 Ib 180/181, BGE 114 Ia 358 E. 6; BGE 112 II 128; BGE 108 II 61 vd. E. 2 ve 3. Hastanın aydınlatılmasının, rızanın bir koşulu olduğu hakkında ayrıca bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü" (2003) 52 (3) AÜHFD 55, 60; Philip Schelling, *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung* (Springer Verlag 2003) 27.

gereğince aydınlatılmaksızın neye rıza gösterdiğini bilemeyeceğinden, kendisinden alınacak rıza hukuken anlamını yitirmektedir. Öyleyse hekim¹⁴ bakımından hastanın aydınlatılması ve rızasının, o gereğince aydınlatıldıktan sonra alınması bir yükümlülüktür. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasına ilişkin söz konusu yükümlülüğün hasta bakımından görünümü şüphesiz bir hakka işaret etmektedir¹⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü, dayanağını etik ve hukukta bulmaktadır. Bu yükümlülüğün ahlaki temelleri bulunduğundan hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, her şeyden önce etik bir gerekliliktir. Bu anlamda hastanın, aldatılmama ve kendi varlığını ortaya koyabilme noktasında etik bir talebi bulunmaktadır¹⁶. Vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı¹⁷, ayrıca kişilik hakkı kapsamında korunan temel haklardandır ve esasen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdikten sonra hastanın “aydınlatılmış rızasının¹⁸” alınması, hastanın söz konusu haklarının korunması bakımından kaçınılmazdır (AY m. 17; MK m. 23 vd. ve 1219 sayılı kanun m. 40; HHY m. 15,

¹⁴ HHY m. 4’te hastaya yapılacak müdahalenin, “her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından” gerçekleştirileceği kaleme alınmaktadır (HHY m. 4/ğ). Çalışmamız hekim perspektifinden ele alınmıştır.

¹⁵ Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün niteliği bakımından hasta açısından bir hak mı yükümlülük mü; hekim açısından bir yükümlülük mü külfet mi olduğu görüşleri hakkında bilgi için bkz. Zeynep Günler, İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam (Seçkin 2021) 68 vd. Yazar, sonuç olarak yukarıda değindiğimiz “hasta açısından bir hak, hekim açısından ise bir yükümlülüktür” görüşüne ulaşmaktadır. Bkz. Günler (n. 15) 70 - 71.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erwin Deutsch und Andreas Spickhof, *Medizinrecht* (6. Aufl., Springer Verlag 2008) 165, nr. 247.

¹⁷ Hastanın kendi geleceği hakkında karar verebilmesi (*das Selbstbestimmungsrecht*) ve vücut bütünlüğü (*Die körperliche Integrität*) üzerindeki hakkının ayrılmaz bir bütün olduğu yönünde bkz. BGE117 Ib 197, s. 201: “*Die Aufklärungspflicht dient sodann entgegen der erwähnten Kritik nicht nur dem Schutz der freien Willensbildung des Patienten, sondern auch dem Schutz seiner körperlichen Integrität. Das ergibt sich ohne weiteres aus der persönlichkeitsrechtlichen Grundlage dieser Pflicht. Denn der allgemeine Persönlichkeitsschutz umfasst den Schutz der körperlichen Integrität wie den darauf bezogenen Schutz des Rechtsträgers, nach freiem Willen über einen allfälligen Eingriff in seine körperliche Integrität zu entscheiden. Beides ist untrennbar miteinander verbunden.*” Kararda özetle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı, vücut bütünlüğünün korunmasını içermesi dolayısıyla kişilik hakkına ve bu hakkın sahibinin vücut bütünlüğüne olası müdahalelerde özgür iradesiyle karar verebilmesine; öyleyse her ikisinin de ayrılmaz bir bütün olduğuna dikkat çekilmektedir. Ayrıca bkz. Ozanoğlu (n. 13) 59, dn. 16; Hakeri (n. 12) 334.

¹⁸ “Aydınlatılmış rıza” kavramı yerine “aydınlatılmış onam”, “bilgilendirilmiş onam” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Öğretide Hakeri’nin de belirttiği üzere “onam” kavramı ne hukuk literatüründe ne Türk Dil Sözlüğünde yer almaktadır [Hakeri (n 12) 331]. Çalışmamızda “aydınlatılmış rıza” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

m. 24 vd., m. 31 ile TDN m. 14/II gibi özel nitelikteki diğer düzenlemeler)¹⁹. Değınmek gerekir ki aydınlatılmış rızaya ilişkin bu içerikteki düzenlemelerin yeri aslında özel nitelikteki bir “Hasta Hakları Kanunu” ya da tedavi sözleşmesi bakımından Borçlar Kanunu özel hükümlere getirilecek bir özel sözleşme tipine ilişkin düzenlemelerdir. Hasta haklarını kanunla koruyacak bir düzenleme, uzun yıllardır beklenmesine rağmen ülkemizde hala yasalaştırılabilmış değıldir. Bunun yerine 1998 tarih ve 23420 sayılı bir “Hasta Hakları Yönetmeliğı” bulunmaktadır. Yönetmelikte rıza, “kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi” şeklinde tanımlanmaktadır (HHY m. 4/h)²⁰. HHY m. 24 ve devamında rızaya ilişkin kapsamlı düzenlemelere yer verilmiřtir²¹.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, özerklik ilkesinin de bir gereğıdir²². Özerklik ilkesi anayasal dayanağıını AY m. 17/I’de bulmaktadır. Hüküm uyarınca “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığıını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” (AY m. 17/I). Öte yandan hekimlerin görevlerini icra ederken bağılı kalmaları gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri olarak yararlılık, zarar ver-

¹⁹ Bir hukuka uygunluk unsuru olarak hastanın her türlü tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış rızasının alınması zorunluluğunda ayrıca 03.12.2003 itibariyle Resmî Gazetede yürürlüğe girmesiyle ülkemizin de taraf olduğı ve Anayasa m. 90 uyarınca i hukukumuzun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile 1219 sayılı Tababet ve şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) m. 70, Türk Tabipleri Birliğı Meslek Etiğı Kuralları (TTBMEK) m. 26, Organ Nakli Yasası m. 6 gibi düzenlemelerle de hastaların rızasının bilgilendirilmesi gerekliliğı, aksi halde tıbbi müdahalede bulunamayacağı kaleme alınmaktadır.

²⁰ Buradaki “bilgilendirilmiş olma” ifadesi, “aydınlatma” kavramına işaret etmektedir. Hastadan onu gereğıince aydınlatmaksızın alınan rıza, esasen rızasının bulunmadığı anlamı taşıyacaktır.

²¹ HHY ve diğeri yasalardaki söz konusu düzenlemeler birlikte gözetildiğinde hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğüne dair yeterli yasal düzenlemelerin bulunduğı çıkarımı yapılabilecekse de kanaatimizce bir Hasta Hakları Yasası ya da Borçlar Kanunu özel hükümler arasında tedavi sözleşmesi adı altında getirilecek hükümlerle açık ve her türlü tıbbi müdahaleyi kapsayacak içerikte genel bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır. Aydınlatmanın kapsamına ilişkin tedavi sözleşmesi özelinde getirilen bir yasa düzenlemesi olarak Alman Medeni Kanunundaki bir düzenlemeye değinmekte fayda görüyoruz. 2013 yılında Alman Medeni Kanunu, BGB’ye (*Bürgerliches Gesetzbuch*) getirilen değışikliklerle “tedavi sözleşmesi” adı altında düzenlenen hükümlerden “aydınlatma yükümlülüğü (*Aufklärungspflichten*)” başlığıını taşıyan ř 630e’nin ilk fıkrası řu içerikle kaleme alınmıştır: “*Tedaviyi yapan kişi hastayı, rıza için gerekli olan tüm durumlar hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Özellikle tedbirin türü, kapsamı, uygulanması, beklenen sonuçları ve riskleri; ayrıca teşhis veya tedavi bakımından gerekliliğı, aciliyeti, uygunluğı ve başarı ihtimali bu kapsamdadır. Bilgilendirme sırasında, doğıruluğı tıbbi açıdan eřit derecede endike olan (kabul gören, belgelenen) ve alışıl gelmiş metodların önemli ölçüde farklılaşan sıklıntıları, risk ya da iyileşme şanslarına ilişkin alternatifler varsa bunlara ilişkin tedbirlere de dikkat çekilmelidir.*” (ř 630e/I BGB).

²² Türk Tabipleri Birliğı Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları m. 6; Hakeri (n 12) 329.

meme ve adaletin yanı sıra 1960'lardan itibaren bireysel hak ve özgürlüklerin anayasal olarak vurgulanmasıyla özerklik ilkesinin tıp etiği ilkesi olarak önem kazandığı görülmektedir²³. Öyleyse aydınlatmanın amacı, hastanın özerkliğine saygı gösterilerek maddi ve manevi varlığının korunması bakımından kendi kararlarını alabilmesi ve hekimin tıbbi müdahalesini kabul ya da hastalığın seyri kadere bırakmak noktasında iradesini serbestçe, kimsenin etki veya baskısı altında kalmadan ortaya koyabilmesini sağlamaktır²⁴. Bu da ancak muayene ile elde edilen bulguların hastaya bildirilmesi, söz konusu olabilecek tedavi ya da tıbbi müdahalelerin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçlarıyla beraber hastaya açıklanmasıyla mümkün kılınabilecektir²⁵.

AY m. 17/II'de "tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı" kaleme alınmaktadır. "Tıbbi zorunluluklar" hastanın rızası bulunmasa dahi varsayımsal rızasından hareketle (*mutmaßliche Einwilligung*)²⁶ tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebileceğine; "yasada yazılı haller" ise TMK ve TCK gibi vücut bütünlüğüne müdahalelere ilişkin hükümler içeren yasalarda bu müdahaleleri bazı hallerde "hukuka uygun" sayan yasal düzenlemelere işaret etmektedir (BK m. 63/II; TCK m. 24/I, m. 25/I, m. 26). Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının zorunlu olduğu haller ile bu rızanın alınmasının mümkün olmadığı; fakat yaşam hakkının üstün tutularak hasta rızası alınabilecek durumda olsa idi dahi yine bu müdahaleye onay verirdi²⁷, varsayımıyla hukuka uygun çerçevede hareket edilebilecek haller anayasal dayanağını m. 17/II'de bulmaktadır. Daha detaylı düzenlemeler, elbette ilgili diğer yasa ve yönetmelikler ile normlar hiyerarşisi uyarınca ilgili yasa ve yönetmeliklere bırakılmıştır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmeler hukuku bakımından yasal dayanağı, tedavi sözleşmesidir²⁸. Ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğü,

²³ Hakeri (n 12) 329.

²⁴ Hakeri (n 12) 332.

²⁵ Yenerer Çakmut (n 12) 10 ve dn. 72'de anılan yazarlar.

²⁶ Kavram için bkz. Markus Gehrlein, *Grundwissen Arzthaftungsrecht* (3. Aufl., C. H. Beck 2018) nr. 56. Deutsch/Spickhof (n. 16) 172, nr. 262 vd.

²⁷ Yenerer Çakmut (n. 12) 26 - 27.

²⁸ Hekimin genel olarak tazminat (özel hukuk) sorumluluğunun kaynakları sözleşme, haksız fiil ve vekaletsiz iş görme olarak ifade edilebilecektir. Söz konusu değerlendirmeler çalışmamızın kapsamı dışındadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz Yavuz İpekyüz, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu' (2015) 20 (33) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 27 vd.

kendine özgü mesleki özellikleri bulunan mesleki bir yükümlülük olarak ifade edilmekte; aslında sözleşmesel ilişkinin çok daha öncesinde hastalıkla ve tedaviye yönelik verilen bilgiler sözleşmenin kurulmasında rol oynamaktadır. Bu aşamada hekimin, hastayı bilgilendirme yükümlülüğü, dayanağını dürüstlük kuralında bulmaktadır (MK m. 2)²⁹. Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere tedavi sözleşmesi, vekalet sözleşmesi niteliğindedir (BK m. 502 vd.)³⁰. Hekim, hastasını kural olarak bizzat bilgilendirmekle yükümlüdür (BK m. 506/I)³¹. Vekalet sözleşmesinde vekilin icra edeceği tıbbi muayene, tetkik ve uygulayacağı tedavi veya destekleyici yöntemlerle bunlara ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, onun özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir³². İlgili düzenleme uyarınca “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözetererek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” (BK m. 506/II). “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” (BK m. 506/III)³³. Böylece hüküm uyarınca teşhis, tedavi ya da destekleyici müdahalelerle ilgili olarak tıbbi müdahalelerin herhangi bir safhasında

²⁹ Ozanoğlu (n 13) 64.

³⁰ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler - Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 439. Vekalet sözleşmesi kapsamında hekimin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II (4. tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2008) 415 vd.; Zafer Zeytin, ‘Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu’ (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 96, 101.

³¹ Vekalet sözleşmesinde vekilin kural olarak işi bizzat görmesi gerekliliği ve istisnaları hakkında bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Bası, Beta Yayınları 2019), 664 vd.; Gümüş (n. 30) 451 vd.

³² Bkz. yukarıda II. B başlığı altındaki açıklamalar ve aşağıda dn. 34.

³³ Hâkim görüş uyarınca tedavi sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, hekimin, bu sözleşme ile tedavi ya da iyileşme başarısını; bir başka deyişle bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmemesine, dahası garanti edemeyecek olmasına dayanmaktadır. Hekim, tıbbi standartlar kapsamında elinden geleni yapmış olsa dahi hastanın biyolojisinden kaynaklanan sebepler elde edilmek istenen sonuca tesir edebilir. İnsan biyolojisinin özelliği, hekimin uygulayacağı tıbbi/cerrahi müdahaleler ya da tedavi yöntemlerinde sonuç garanti etmesine engeldir. Hekimin tedavi sözleşmesiyle üstlendiği borçlar, tedavi sürecine ilişkindir. Tedavinin sonucuna değil. Öte yandan estetik amaçlı cerrahi müdahaleler ile diş, protez kol, bacak protezleri ya da sterilizasyon amaçlı ameliyatlara; kan ya da idrar testlerinin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmeler sonuç odaklı olduğundan hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Deutsch/Spickhof (n 16) 74; Yavuz İpekyüz (n. 28) 61 vd. Eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinin aksine “... yüklenici (tedavi sözleşmesinde “hekim”), bir eser meydana getirmeyi...” dolayısıyla bir sonucu üstlenmektedir (BK m. 470). Estetik amaçlı cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi değil; vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Gümüş (n. 30) 439 - 440.

hekimin özen yükümlülüğünün kapsamı, basiretli bir hekime göre belirlenecektir. Söz konusu kriter objektiftir. Bir başka deyişle hekimin tecrübesinin yeterliliğini ya da sübjektif nedenlerle o an için özenli davranmadığını ileri sürmesi dinlenmeyecektir³⁴.

Prenatal diagnostik alanına özgü ifade edecek olursak hekimin bu alanda uzmanlaşmış diğer hekimler gibi özenli davranması beklenecektir. Hekimin tanı yöntemleri hakkında gebe kadını hiç bilgilendirmemesi ya da yanlış teşhiste bulunması onun “aydınlatılmasını” etkileyerek gebe kadını yanlış yönlendirebilecek; dahası fetüs bakımından yanlış tedaviye karar vermesi ya da buna hiç gerek olmadığı düşüncesiyle tedaviden kaçınması gibi sonuçları da beraberinde getirebilecektir. Engelli gebeliklerde bir diğer olasılık, tedavi mümkün değilse anne adayının gebeliği sonlandırma kararı alıp almayacağını değerlendirebilmesi için gereken doğru aydınlatmanın kendisine yapılmasıdır. Bu nedenle prenatal diagnostikte kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir diğer görünümü gebe kadının aile planlaması hakkında eşi ile beraber doğru karar alabilmesini sağlama fonksiyonunun bulunmasıdır (NPK m. 6/II). Hiç ya da doğru içerikle yapılmayan bir aydınlatma, ebeveynlerin aile planlaması hakkının ihlali ile sonuçlanabilecektir. Nitekim hekime yöneltilen manevi tazminat taleplerinin dayanağı, bu hakkın ihlali olarak görülmelidir³⁵. Yine engelli gebeliklerde fetüsteki engelin tedavisi mümkün ise tedaviye ilişkin planlama imkanları kaçırılacaktır.

Aydınlatmanın kapsamı her somut olay bakımından kendine özgü³⁶ olacağından tıbbi müdahalenin gerekliliği, ivediliği, riskin ve olası komplikasyonların meydana gelme ihtimalinin fazlalığı gibi durumlara göre kapsam daralacak ya da genişleyecektir. Risk arttıkça aydınlatmanın kapsamı ve detayı genişleyecek, tıbbi müdahale için ivedilik arttıkça müdahalenin hızı artarken aydınlatma kapsamı daralacaktır³⁷. Nitekim hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak Yargıtay kararlarında da aydınlatmanın standart olarak herkese

³⁴ Vekilden beklenen objektifleştirilmiş özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş (n. 30) 462 vd.

³⁵ Yoksa engelli bir bebeğin varlığının vereceği üzüntü, keder değil. Aksinin kabulü, insan onuru ile bağdaşmamaktadır. Aynı yönde bkz. Şenocak (n. 2) 154.

³⁶ “Hasta o derece aydınlatılmalıdır ki aydınlatılma sonrasında, tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe ve durumun gerektirdiği bir karar verebilecek duruma gelebilmelidir.” Ozanoğlu (n. 13) 60.

³⁷ Hakeri (n. 12) 397.

aynı değil; kişisel ve hastaya özgü olması gerekliliğine dikkat çekildiği görülmektedir³⁸.

Aydınlatmanın kapsamına dair ayrıca Türk Tabipleri Meslek Etiği Kuralları m. 26'ya değinilmelidir. Hüküm uyarınca aydınlatma, “*hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta*” olmalı; onun kavrayacağı şekilde yapılmalıdır (TTBMEK m. 26/I, 2). Ancak hastanın kendisi de hekimse ya da açıkça veya kuşkuyla yer vermeyen bir tutumla, daha fazla bilgi istemeden önerilen tedaviye razı olduğu anlaşılıyorsa aydınlatma ödevi ortadan kalkar³⁹.” TTMEK m. 26'da ayrıca “*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır*” hükmü ile aydınlatma kapsamına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir (TTMEK m. 26/I, 1).

Son olarak kısaca aydınlatmanın kime yapılması gerektiğine değinelim: Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında aydınlatılacak kişi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılan rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle hastanın kendisidir (HHY m. 18/III)⁴⁰. İnceleme konumuz açısından prenatal tanı yöntemleri ile ilgili olarak fetüs ile gebe kadının sağlık durumu özelinde hekimin yapacağı aydınlatma sonrasında ve yasal çerçevede gebeliğin sona erdirilmesine karar verilecekse gebe kadının evli olması halinde eşinin de rızasının alınması gerekliliği yasaca düzenlenmiştir (HHY m. 30/III; NPK m. 6/II). Gebe kadın küçük ise velisi, vesayet altında ise ergin değilse kendi rızası ile birlikte vasisinin rızası ve sulh hakiminin izni aranmaktadır (NPK m. 6/I, 1). Akli melekeleri zarar

³⁸ Yargıtay 13. H.D 13.06.2013 tarih ve E. 2013/14354 - K. 2013/16113 sayılı karar özetinden: “... Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi dosyaya ibraz edilen onay formu matbu olup, davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriğiyle anlaşılabilir değildir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-14354-k-2013-16113-t-13-06-2013-tazminat-davasi/1452658/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Hakeri (n. 12) 400.

³⁹ BGE 105/II 284 cons. 6 JdT, 1980, 172 [Tandoğan, (n. 30) 420'den naklen]. Aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı veya kapsamının daraldığı haller için ayrıca bkz. Erwin Deutsch, ‘Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung’ (1980) NJW 1305, 1305 ff.; Yenerer Çakmut (n. 12) 14 vd.

⁴⁰ Hakeri (n. 12) 386; Pelin Çavdar, ‘Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan) 757.

görmüş, ayırt etme gücü bulunmuyorsa gebe kadının kendi rızası aranmaz (NPK m. 6/I, 2). Öte yandan izin alınmasının zaman alacağı fakat hayati tehlike bulunan hallerde veli ya da mahkeme izni aranmaksızın müdahale gerçekleştirilebilecektir (NPK m. 6/III). Dolayısıyla veli ya da vasiden rıza alınması gereken hallerde aydınlatma, onlara yapılıp izinleri aydınlatılmış rıza ile alınmalıdır. Küçük veya kısıtlının mümkün olduğunca bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır (HHY m. 24/I, II). Elbette ki bir irade beyanı olarak aydınlatılmış rıza geçerli olarak, irade sakatlığı hallerinin tesirinden uzak verilmiş olmalıdır⁴¹.

C. Türleri

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, Alman doktrininde iki temel ayrımla ele alınmaktadır. Bunlar: Müdahale (*Eingriffs-*), özellikle kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*) ve tedavi aydınlatması (*therapeutische Aufklärung*) olarak da ifade edilen güvenlik aydınlatmasıdır (*Sicherungsaufklärung*)⁴².

Müdahale (kendi geleceğini belirleme) aydınlatması kendi içerisinde tanı aydınlatması (*Diagnoseaufklärung*), süreç aydınlatması (*Verlaufsaufklärung*) ve risk aydınlatması (*Risikoauflärung*) olarak üçlü bir ayrımla ele alınmaktadır. Bunların yanı sıra hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer türü olarak ekonomik bakımdan aydınlatmanın (*wirtschaftliche Aufklärung*) bulunduğu kabul edilmektedir⁴³. Alman hukukundaki söz konusu tasnif, hukukumuzda da etkisini göstermektedir⁴⁴.

Hastanın karar vermesini sağlayan aydınlatmalar özellikle müdahale aydınlatması ve bunun içerisinde değerlendirilebilecek karar aydınlatmasıdır. Prenatal tanı (prenatal diagnostik) alanında da hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından bunlar öncelikle değerlendirilmelidir. Ayrıca fetüste tedavi edilebi-

⁴¹ İrade sakatlığı halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n. 12) 435, nr. 1162 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler*, Cilt I (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 95, nr. 297 vd.

⁴² Lena Schneider, *Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht - Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Versicherung* (Springer Verlag 2010) 147 ff.

⁴³ Schelling (n. 13) 24 ve 131 vd.; Ünsal Dönmez, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten* (Dönmez/Ercan/Çatakli, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017) 61 - 62.

⁴⁴ Ozanoğlu (n. 13) 64 vd. Karşı. Şenocak (n. 2) 99 vd.

lecek bir genetik engelin varlığı halinde hekimin tedaviye ilişkin de aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aşağıda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün türlerine dair söz konusu ayrımlar dikkate alınarak kısaca genel bilgiler verilecek, inceleme konumuz olan prenatal tanı kapsamında genetik engellilikte hekimin aydınlatma yükümlülüğüne dair bazı özel durumlar ayrıca bir başlık açılarak kaleme alınacaktır.

1. Müdahale Aydınlatması: Tanı, Süreç ve Risk Aydınlatması

Aydınlatmanın hangi kapsamda yapılması gerektiği meselesi, aslında müdahale aydınlatmasının “temel hareket noktasını” oluşturmaktadır⁴⁵. Her türlü tıbbi müdahalenin kural olarak hastanın vücut bütünlüğü ihlali dolayısıyla hukuka aykırı fiil teşkil ettiği ve (aydınlatılmış) rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu göz önünde bulundurulduğunda hastanın serbestçe ve doğru karar alabilmesi, onun bu kararları almasını sağlayacak bir kapsamda aydınlatılmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu alt ayrımlar da doktrinde, aslında hastanın teşhis ve tedavi sürecinde tam olarak nelerle karşılaşacağını, hangi konularda aydınlatılması gerektiğini ortaya koymak için getirilmiştir⁴⁶.

Tanı (teşhis) aydınlatması, hekimin muayene ve/veya bazı tıbbi tetkikler neticesinde hastaya ilişkin elde ettiği bulguları hasta ile paylaşmasıdır⁴⁷. Tanı aydınlatmasından, hasta ve hastalığın seyri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek olması halinde kaçınılabilecektir. Bu halde hastaya, hastalık hakkında kabaca bir bilgilendirmenin yapılması yeterli kabul edilmektedir⁴⁸. Süreç aydınlatması ise hastanın tedaviden kaçınması halinde karşılaşacağı sonuçlar ile başarılı bir tedavi ihtimali ve bunun sonuçlarına ilişkindir. Öte yandan süreç aydınlatması, duruma göre temel yaklaşım şekli ve beklentilerle sınırlandırılabilir. Hasta, olasılıkları değerlendirerek hekim ile bir tedavi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğine karar verebilmelidir⁴⁹. Daha açık bir deyişle süreç aydınlatması, konulan teşhise göre tedavisi mümkün bir hastalıkta ne tür bir tedavi uygulanacağı, gerçekleştirilmesi olası cerrahi müdahaleler ile bunlardan beklentiler, olası komplikasyonlar ile tedavi ya da cerrahi müdahale sırası ve sonrasında

⁴⁵ Ozanoğlu (n. 13) 65.

⁴⁶ Ozanoğlu (n. 13) 65 - 66.

⁴⁷ Deutsch/Spickhof (n. 16) 175.

⁴⁸ Deutsch/Spickhof, (n. 16) 175, nr. 267.

⁴⁹ Süreç aydınlatması hakkında bkz. Deutsch/Spickhof, (n. 16) 176, nr. 268. Ayrıca alternatif tedaviler hakkında bilgilendirmeye ilişkin bkz. Deutsch/Spickhof (n. 16) 176, nr. 269 vd.

dikkat edilmesi gerekenlere ilişkin bilgileri içermelidir. Tedavisi mümkün bir hastalık değilse hastalığın sıkıntılarını hafifletmek amaçlı neler yapılabileceğine ilişkin bilgilendirmelerde bulunulmalıdır.

Risk aydınlatması ise hastanın, muhtemel olarak öngörülen terapi ya da tedavi alternatiflerinin tehlikelerine ilişkin aydınlatmayı içermektedir⁵⁰. Aynı şekilde hastaya uygulanacak tıbbi müdahalede meydana gelebilecek risk ve tehlikeler ile müdahale sonrasında meydana gelebilecek olası komplikasyonlar hastaya açıkça ve kavrayacağı şekilde anlatılmalıdır⁵¹. Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin başarısızlığa uğrama ihtimali de risk aydınlatması kapsamında dır⁵². Ayrıca tıp biliminde bilinen risk oranları hakkında aydınlatmanın, hastanın karar sürecine tesir edip etmeyeceği de önem taşımaktadır⁵³. Konuyla ilgili olarak 2016 tarihli bir Yargıtay kararında risk oranı daha düşük başka bir tedavinin hastaya uygulanıp uygulanamayacağına araştırıldığı dosya kapsamında anlaşılmadığı, böylece uygulanan tedavinin isabetli olup olmadığının anlaşılmadığı eleştirilmektedir⁵⁴. Tanı, (tedavi ya da hastalığın seyrine ilişkin) süreç ve risk aydınlatmaları, sonuç olarak hastanın kararında önemli rol oynayacaktır. Bu bakımdan karar aydınlatması olarak adlandırılan aydınlatma türünün de bileşenlerini ifade etmektedirler⁵⁵. Hasta, doğru karar verebilmesi için ayrıca alternatif teşhis ya da tedavi yöntemleri hakkında da bilgilendirilmelidir⁵⁶.

2. Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasının tıbbi müdahaleye yönelik hastanın rızasını alma bakımından bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Burada hastanın uygulanacak tedavinin nasıl olacağıyla ilgili hekimin özen yükümlüğü dahilinde olan bir aydınlatma çeşidi söz konusu olduğundan sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür⁵⁷. Bu nedenle tedavi aydınlatması (*therapeutische Aufklärung*) doktrinde

⁵⁰ Deutsch/Spickhof (n. 16) 178, nr. 273; Gehrlein (n. 26) 101 vd.

⁵¹ Hakeri (n. 12) 353-354; Günler (n. 15) 84; Çavdar (n. 40) 735, 746.

⁵² Deutsch/Spickhof (n. 16) 178, nr. 273.

⁵³ Hakeri (n. 12) 354.

⁵⁴ Yargıtay 13. H.D 21.06.2016 tarih ve E. 2015/439 - K. 2016/1058 sayılı kararı için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2015-439-k-2016-1058-t-21-01-2016/2448860/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁵⁵ Hakeri (n. 12) 345; Günler (n. 15) 84.

⁵⁶ Alternatifler hakkında aydınlatmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch/Spickhof (n. 16) 176, nr. 268 vd. Gehrlein (n. 26) 105 vd.; Hakeri (n. 12) 346.

⁵⁷ Günler (n. 15) 83; Hakeri (n. 12) 360; Gehrlein (n. 26) 53, nr. 31; Schelling (n. 13) 14.

Deutsch/Spickhof tarafından “gerçek olmayan bir aydınlatma (*keine echte Aufklärung*)” olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Hekimin yükümlülükleri arasında hastasının zarar görmemesi için onu aydınlatmak da yer almaktadır⁵⁹. Tedavi aydınlatması buna hizmet etmekte; hasta, hekim tarafından, özellikle kendi davranışlarıyla sebep olabileceği olumsuzluklar ile tedavi sürecinin başarıya ulaşması için gerekli belirli davranış kuralları hakkında uyarılmaktadır⁶⁰. Bu nedenle öğretilen güvenlik aydınlatmasına uyarı yükümlülüğü de denilmektedir⁶¹. Hekim ayrıca tıbbi müdahale sonrasında olası komplikasyonlar ile kullanılacak ilaçların dozu, kullanım şekli ve muhtemel yan etkileri, ihtiyaç halinde hastanın iyileşmesini sağlayacak diyet programını oluşturmak için lehine olabilecek tüm hususlar hakkında onu aydınlatmalıdır. Aydınlatma, hastanın anlayacağı şekilde gerçekleştirilmelidir⁶².

3. Genetik Engellikte Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün İçeriği, Kapsamı ve Türü

Hamileliği biyolojik bakımdan en olağan fakat bu olağanlık içerisinde en çok risk barındıran doğal bir süreç olarak ifade etmek, çok da yanlış olmasa gerektir. Tam da barındırdığı bu riskler nedeniyle hamilelik boyunca, hatta bazen çok daha öncesinde, hekim tarafından tedavi sözleşmesi kapsamında rutin kontrollerin takibinin gerçekleştirilmesi üzerine taraflar anlaşmaktadır. Hekim, hamilelik süresi boyunca gebelik haftasına göre gerekli kontrolleri gerçekleştirmeli; tetkik amaçlı yapılabilecek/yapılması gereken testler konusunda anne adayını bilgilendirmeli, olası risklere karşı uyarmalıdır. Bazen de anne adayını bütün hamilelik sürecinin takibi değil; sadece testlerin gerçekleştirilmesi için (başkaca) bir hekime başvurmaktadır. Hekim, prenatal tanı testleri konusunda gebe kadını aydınlatmalı; ancak onun aydınlatılmış rızası doğrultusunda testleri gerçekleştirmelidir.

Genetik engelliliğin önlenmesi amacıyla henüz gebelik gerçekleşmeden yapılabilecek kontroller, gen analizleri⁶³, preimplantasyon genetik tanısı⁶⁴. Gebe-

⁵⁸ Deutsch/Spickhof (n. 16) 180, nr. 276.

⁵⁹ Hakeri (n. 12) 360.

⁶⁰ Deutsch/Spickhof (n. 16) nr. 276 - 277.

⁶¹ Hakeri (n. 12) 360; Çavdar (n. 40) 745.

⁶² Hakeri (n. 12) 361; Günler (n. 15) 83.

⁶³ Gebelik öncesi teşhis ve tanı yöntemleri “Floresan In Situ Hibridizasyon (FISH), Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR); gebelik sonrası teşhis ve tanı yöntemleri ise ultrasonografi, kromo-

lik gerçekleştiikten sonra ise çeşitli yöntemlerle genetik analizler gerçekleştirilebilmektedir⁶⁵. Bunlar arasında en sık başvuru alanlarından biri de amniyosentezdir. Ancak bu tür analizler, mutlaka her gebelikte yapılması gereken analizler olmayıp anne adayının yaşı, kronik ya da genetik rahatsızları, diğer aile üyelerinde genetik hastalıkların bulunması, gebeliğin seyri gibi özel durumları gözetilerek karar verilmelidir⁶⁶. Ayrıca ceninin viral bir hastalıktan etkilenmiş olacağına dair bir risk ya da herhangi bir şekilde riskli bir gebeliğe işaret eden bulgular mevcutsa hekim yine prenatal tanı testlerini hastaya önermekle yükümlüdür⁶⁷. Hamilelik sırasında anne adayının yakalandığı kızamıkçık hastalığı da fetüste genetik anomaliler meydana gelmesinin nedenlerinden biridir⁶⁸. Anne adayının bu konu hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle engelli bebek sahibi olduğu haller mahkeme kararlarına da konu olmuştur⁶⁹.

Uygulamada aslında gebe bakımından amniyosenteze başvurulmasını destekleyen yeteri kadar olumsuz veri (annenin ileri yaşı, ultrason görüntülerinde bazı olumsuz veriler, annede/ailede genetik rahatsızlıklar gibi) olmasa da bazı hekimler tarafından kendilerini olası yasal taleplerden kurtarmak ve garantiye almak için gebeyi amniyosenteze ikna ettiğine sıkça rastlanılmaktadır. Burada hukuki bakımından iki aksaklık bulunmaktadır. İlki: Gebe kadının risk grubunda bulunduğu sonucuna varmak için yeterince olumsuz veri bulunmadığı halde amniyosentez yapılması, tıbbi müdahalenin gereksizliği nedeniyle (her ne kadar

zom analizi, amniyosentez, koryonik doku biyopsisi, kordosentez ve fetoskopi gibi gen analizini sağlayan yöntemlerdir. Gebelik öncesi ve sonrası gen analiz yöntemleri hakkında bkz. Büyükay (n. 2) 35 vd.

⁶⁴ Preimplantasyon genetik tanı hakkındaki eleştiri ve görüşler için bkz. Büyükay (n. 2) 28 vd.

⁶⁵ Gebelik gerçekleştiikten sonra gerçekleştirilebilecek testler hakkında ayrıca bkz. Aydın Ünver (n. 2) 112 - 114.

⁶⁶ "... davacı (...) yaşı gözetilerek ve özellikle önceki hamileliğin down sendromu şüphesiyle sonlandırılması nazara alınıp, ultrason aşamalarındaki değerlendirme ve kararların yerinde olup olmadığı ve davacının özel durumu da gözetilerek tıbben uygulanması gereken işlemlerin neler olduğu uygulamanın yeterli olup olmadığı, gebeliğin hangi aşamalarında ve hangi ultrason ve diğer tetkiklerin gerektiği ve davalı doktorun bunları öngörüp öngörmediği ve riskleri ile davacıyı aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği üzerinde durulmalı..." Yargıtay 13 H.D. 29.05.2014 tarih ve E. 2013/15408 - K. 2014/16675 sayılı kararından. Bilgi için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-15408-k-2014-16675-t-29-05-2014/1672621/amniyosentez>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁶⁷ Şenocak (n. 2) 102.

⁶⁸ Şenocak (n. 2) 100.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 18.01.1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 240 ("Röteln-Fall"); Dieter Weber, *Arzthaftpflicht für Nachkommenchaftschäden?* (Springer Verlag, Tübingen 1988), 31.

rızaya dayalı olarak yapılırsa da) hala hukuka aykırı bir fiil niteliği taşıyacaktır. Yine bununla bağlantılı olarak ikinci hukuki aksaklık, gebenin hekim tarafından aydınlatıldığı sırada kendi kararını vermekte serbest bırakılmaması; adeta amniyosentezden kaçınırsa başına gelebilecek olumsuzluklarla korkutularak bu tür tanı testlerine hekim tarafından sevk edilmesidir. Bahsi geçen nedenlerle burada gebe kadından alınan rıza hukuka uygun değildir. Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalede bütün süreç yolunda gitse dahi hekim, gebenin vücut bütünlüğünün ihlali dolayısıyla hukuka aykırı fiilinden sorumlu tutulacaktır.

Tekrar konuya dönecek olursak gebe hakkında analizlere dikkat çekerek, prenatal tanıda bu tür tıbbi imkanların bulunduğu ve hastanın özel durumu doğrultusunda bunları mutlaka yaptırması gerektiği ya da yaptırmasının yararlı olacağı hususlarında hastayı bilgilendirecek kişi hekimdir (BK m. 506/I). Aydınlatma yükümlülüğünün borçlusu olarak hekim, bunun gereğini yerine getirirken gebenin şahsi durumunu dikkate almalı; gerekli bilgilendirmeleri onun anlayacağı şekilde yapmalıdır. Herkese benzer durumlarda aynı yönde standart bilgilendirme gerçekleştirilerek gebenin gereği gibi aydınlatıldığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁷⁰. Prenatal tanıda izlenecek yöntem, bu yöntemin sebep olabileceği çeşitli komplikasyonlar ile tanı testlerinin reddi halinde gebenin karşılaşılabileceği tablolar konusunda yeterince aydınlatıldıktan sonra kendisinin karar vermesi sağlanmalıdır. Hekimin çalıştığı kurum, prenatal tanı testleri ya da ayrıntılı ultrason değerlendirmelerine yeterli teçhizat olanağı sunmuyorsa hekim, hastayı durum hakkında bilgilendirerek bir başka doktor ya da kuruma sevk etmelidir.

Prenatal tanı yöntemlerinin uygulanması hususunda rıza verip vermeme anne adayını tamamen özgür olup aksi yönde karar verecekse dahi hekim tarafından bir varsayımdan hareket edilmemeli; bunun sonuçları gebeye yeterince açıklanmalı, beyan olumsuz dahi olsa bu bilinçle verilmelidir. Ayrıca gerektiği kadar kapsamlı bir aydınlatma sonrasında geçerli olarak verilen rızanın her zaman geri alınabileceği unutulmamalıdır⁷¹. Bunun dayanağı, hekimle hasta

⁷⁰ Bkz. Büyükay (n. 2) 55.

⁷¹ Büyükay (n. 2) 55 ve dn. 226'da adı geçen yazarlar. Kişilik hakkının kapsamı ve inceleme konumuz doğrultusunda kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden hayat ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğüne ilişkin bilgi için bkz. Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001) 50 vd.; özellikle 50 - 51. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 174 vd., nr. 576 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, Cilt II (22. Bası, Filiz Kitabevi 2021) 104 vd., nr. 522 vd.

arasında güven ilişkisinin bulunması gerekliliğidir. Söz konusu güven ilişkisinde madalyonun diğer yüzü, rızanın her zaman serbestçe geri alınabilmesi; hekimle hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin her zaman feshedilebilmesidir (BK m. 512/1)⁷². Aydınlatma gebenin, fetüsün olası⁷³ genetik engelliliği hususunda yeterince bilgilendirilerek varsa tedavi imkânı, yok ise bu yönde yeterince tıbbi veri olmak kaydıyla kürtaj hakkının varlığının kendisine hatırlatılmasını da içermelidir. Prenatal tanı testleri, gebeliğin sadece belirli haftalarında gerçekleştirilebilirler. Tıbbi olarak dikkat çekilmediğinden bu sürenin kaçırılması sonucu testin gerçekleştirilemediği hallerde anne adayları, fetüsün sağlığı konusunda yeterince aydınlatılmadığından olası tedavi imkanlarının kaçırılması ya da yasal imkân olsa dahi duruma göre kürtaj hakkını kullanamama ve istenmediği halde engelli bebek sahibi olunması sonuçlarına neden olacaktır.

İstenmeyen gebelikler, hukukumuzda 10. gebelik haftasının bitimine kadar hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, tıbbi bir zorunluluk bulunmasa dahi sona erdirilebilmektedir (Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/1; TCK m. 99/II). İşlenen bir suç neticesinde gebe kalınması halinde sağlıklı gebeliklerde bu süre 20. haftanın bitimine kadar uzamaktadır (kriminal endikasyon, TCK m. 100). Bu süreler dışında gebeliğin ancak *“annenin hayatını tehdit ettiği/edeceği”* ya da *“doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde”* kürtajın (yasadaki ifadesiyle *“rahim tahliyesinin”*) gerçekleştirilebileceği kaleme alınmaktadır. Bunun gerekliliği *“doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile”* tespit edilmiş olmalıdır (Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/II). Bu düzenlemelere göre genetik engelliliğin anne adayının yaşamını tehdit edeceği ya da gelecek nesiller için ağır maluliyete sebep olabileceği hallerin varlığı durumunda gebeliğin sonlandırılması için bir üst zaman sınırı bulunmamaktadır. Gebeliğin *“annenin hayatını tehdit ettiği”* durumlar, sadece fiziksel olarak anlaşılmalıdır; annenin psikolojik durumu da bu ifade içerisinde değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle genetik engelli bir çocuk sahibi olmak, anne adayının psikolojisinin tıbbi endikasyon sebebi sayılacak derecede ağır etkilenmesine yol açıyorsa ancak o zaman rahim tahliyesi hukuken gerekçelendirilerek haklı bir yasal zemine kavuş-

⁷² “Her zamanlı fesih hakkının”, vekalet sözleşmesinin emredici nitelikte bir yapısal unsur olduğu hakkında bkz. Gümüş (n. 30) 434 - 436.

⁷³ Prenatal tanıya ilişkin testlerle her zaman %100 kesinlikle saptanamasa da amniyosentezde sonucun kesinliği %99’un üzerindedir. Bu testin yapılmış olması, başkaca bir genetik tanı testine ihtiyaç bırakmamaktadır. <<https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberi/hamilelikte-amniyosentez-karari>>.

muş olacaktır⁷⁴. Genetik engelli bebek sahibi olmanın anne adayına getireceği maddi ve manevi yük düşüncesinin onda ruhsal çöküntüye, majör depresyona sebep olması, onu intihara meyilli düşüncelere sevketmesi buna örnek gösterilebilir. Bu durum objektif verilerle ve hekim raporu ile belirlenmiş olmalı; sadece kişinin beyanları esas alınarak bir yargıya varılmamalıdır. Aksi yönde bir kabul, bir başka deyişle engelli bir bebeği dünyaya getirecek olmak, başkaca bir kriter aranmaksızın rahim tahliyesinde tıbbi endikasyon sebebi kabul edilirse engelli doğacak kişilerin yaşam hakkının bulunmadığı yönünde bir yaklaşımın benimsenmesine yol açacaktır. Nitekim NPK m. 5/II hükmündeki “ya da” ifadesi, engelliliğin “doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olacağı” hallerin annenin sağlık durumu gibi başkaca bir veri ile desteklenmeksizin rahim tahliyesinin gerçekleştirilebileceği yönündedir. Oysa söz konusu düzenleme ile öjenik endikasyonun (*eugenische Indikation*) önü açılmakta; sağlıksız nesillerin dünyaya gelmesi önlenmek arzusu güdülmektedir. Bu ise temel hak ve özgürlüklerden yaşam hakkı ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden kanaatimizce rahim tahliyesinde tek başına bir kriter olarak kabul görmemelidir⁷⁵. Böylece prenatal tanıya ilişkin çekinceler etik sebeplerle beraber haklı olarak öjeniyeye (*eugenische Indikation*) neden olabileceği yönünde de bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir⁷⁶. Gebeye rahim tahliyesine ilişkin aydınlatma yapılırken bu hususların da dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

Fetüsteki genetik engele ilişkin bir diğer olasılık, genetik engel tespit edilmiş olmakla beraber, anne karnında ya da doğum sonrası çeşitli ameliyatlara giderilebilecek ya da büyük oranda tedavisi sağlanabilecek ise anne adayı, yine bu yönde bilgilendirilmiş olmalıdır. Fetüste parmak sayısının fazlalığı, bağırsak yapısındaki anomaliler, bazı kalp rahatsızlıkları gibi genetik sorunların cerrahi müdahalelerle tedavisi sağlanabilmektedir. Prenatal dönemde tedavi imkânı bulunan anomalileri hekimin fark etmemesi, onun ayrıca engelli çocuğa karşı

⁷⁴ Hasan Çataklı, *Das deutsche und türkische Recht zum Schwangerschaftsabbruch* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017) 26 ve 29 - 30. Endikasyon kavramı hakkında öz bilgi için bkz. Hakan Hakeri, ‘Tıp Hukukunun Temel Kavramları’ (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 65, 76 - 77; ayrıca bkz. Hakeri (n. 12) 593 vd.

⁷⁵ Aynı yönde görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çataklı (n. 74) 39 - 40.

⁷⁶ Ayrıca karşı. Emine Topçu ve Yasemin Yalım, ‘Preimplantasyon Genetik Tanının Öjeniyeye ve İnsanın Araçsallaştırılmasına Yol Açıp Açmayacağına Tıp Etiği Açısından Yamaç Aşağı Kayma Argümanı ile Değerlendirilmesi’ (2015) Vol. 2 No: 3 Türkiye Biyoetik Dergisi 187, 187 vd.

da sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır⁷⁷. Kanaatimizce bir anomalinin tedavi edilip edilemeyecek olması hekimin sorumluluğunun kapsamında dikkate alınması gereken bir kriter olmalıdır⁷⁸. Yoksa tıbbi bir endikasyon sebebi olarak tek başına rahim tahliyesinin gerekçesi değil⁷⁹.

Değinilmesi gereken bir başka mesele, prenatal tanı yöntemlerine karşı olan bir hekimin etik sebeplerle gebeliğin sonlandırılması ihtimalinin önüne geçmek için prenatal tanı testlerini gebeye önermekten kaçınma ya da ultrasonografide fetüste tespit ettiği bir anomaliyi gizleme, bu konuda bilgilendirmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığıdır. Borçlar Hukukunda hâkim ilkelere irade serbestisi (irade özerkliği) üst başlığı altında yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar, kural olarak hukukun çizdiği sınırlar içerisinde diledikleri sözleşmeyi diledikleri kimse ile yine diledikleri içerikle yapabilecekleri gibi bu serbesti, yine kural olarak sözleşme yapmaktan kaçınmayı da içermektedir⁸⁰. Öyleyse tedavi sözleşmesi de özel hukuk karakterli bir sözleşme olarak taraflarına aynı serbestiyi tanımaktadır. Ancak hekim, sözleşmeyi kurmak istemediğini icra ettiği meslek dolayısıyla karşı tarafa “hemen” bildirmelidir (BK m. 503). Hekim, daha en baştan sözleşme yapmaktan kaçınabilir. Aksi halde, hekim ve anne adayları arasında bir kere sözleşme kurulduktan sonra hekim, gebelik takibi sırasında fetüsteki anomaliyi fark etmiş de etik sebeplerle gebeyi bu konuda bilgilendirmemiş ya da buna ilişkin testler hakkında bilgilendirmeden daha en baştan imtina etmiş ise engelli doğumun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu söz konusu olur⁸¹. Öyleyse hekim anne adayını fetüsün engellilik durumuna ilişkin açıkça bilgilendirmeli; ancak kendisi etik sebeplerle bunu doğru bulmuyorsa kendi görüşünü bu doğrultuda açıklamalıdır. Fetüsün

⁷⁷ Aynı doğrultuda bkz. Aydın Ünver (n. 2) 110 vd.; Ercan (n. 2) 118 - 119.

⁷⁸ Bu doğrultuda bkz. Aydın Ünver (n. 2) 110 vd.

⁷⁹ Bazı genetik anomaliler “yaşayla bağdaşan anomaliler” nitelendirilmesiyle rahim tahliyesi için yasal gerekçe olamayacağı yönünde değerlendirilmektedir. Bu fikre katılmakla birlikte yaşayla bağdaşın/bağdaşmasın öjeni çekincesiyle tek başına rahim tahliyesine birer gerekçe sayılamayacakları görüşündeyiz. Meğerki annenin fiziki ya da ruhsal sağlık durumu gibi başkaca verilerle desteklensin. “Yaşayla bağdaşan anomaliler” ayrımı ve bu konudaki değerlendirmeler hakkında bkz. Şenocak (n. 2) 104.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n. 12) 16, nr. 45 vd.

⁸¹ Hekimin kimlere karşı hangi kapsamda özel hukuk sorumluluğunun bulunduğu hakkında bkz. Büyükkay (n. 2) 111 vd. Ayrıca konu hakkında Türk ve Alman hukukunda karşılaştırmalı hukuka ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Ercan (n. 2) 110 vd. ebeveynin tazminat talepleri için bkz. 130 vd. Genetik engelli çocuğun, bu sebeple ebeveyninden tazminat talepleri bulunup bulunmayacağına ilişkin ayrıca bkz. Ercan (n. 2) 139 vd. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 2’deki açıklamalar.

engelliliği hususunda bilgi vermekten imtina hakkı bulunmamaktadır⁸². Anne adayı kendisine yapılan bilgilendirmeler doğrultusunda içerisinde bulunduğu durumu doğru değerlendirme imkanına sahip olmalı; kararı yine kendisi vermelidir. Hekim onun adına karar veremez. Sadece objektif tıbbi veriler doğrultusunda gerekli beyanlarda bulunabilir. Hekim açısından bu bir hak değil; yükümlülüktür. Fetüste bir anomali tespit edilmesi halinde hekim aydınlatma yükümlülüğünü, gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmaması yönünde karar verilmesi için gereken kapsamda yerine getirmelidir⁸³. Anne adaylarının (hastaların) çoğunlukla tıbbi eğitimlerinin bulunmadığı göz önünde tutulduğunda bilgilendirme, tıbbi bilgiye sahip olmayan birine anlatır içerikte yapılmalıdır.

Anne adayı hekimin gereken kapsamda aydınlatmasına rağmen rıza göstermiyorsa olası riskleri yine “aydınlatılmış rızası” ile üstlenmelidir. Öyleyse gebelik takibi sırasında ya da özel olarak prenatal tanı için kendisine başvuran anne adayını, hekimin isabetli bir risk analizi yaparak gerekli testlere yönlendirmemesi, bu konuda ona bilgi vermemesi (ya da eksik bilgi vermesi) hukuki sorumluluğuna neden olacak bir tanı kusurudur. Hekim, anne adayını risk analizini doğru yaparak prenatal tanı testlerine yönlendirmiş olmakla beraber bu testlerin nasıl gerçekleştirileceği; ne tür komplikasyonlara neden olabileceği, testlerin öncesi ve sonrasında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarında yanlış ya da eksik bildirirse bu halde “süreç” ve “risk” aydınlatmalarının ihlali ile karşılaşılacaktır. Amniyosentez testleri örneği üzerinden gidilecek olursa hekim, rutin bir şekilde her gebeye bu testi yapmamalı; annenin yaşı, sağlık durumu, gebeliğin seyri gözetilerek doğru analizlerle testin yapılması gerekliliği kanısına varan hekimin, konu hakkına gereken bilgilendirmeleri testin yapılmaması ve yapılması olasılıklarıyla gebeye açıklanması gerekmektedir. Amniyosentezin yapılmaması halinde üstlenilecek riskler ile yapılacaksa amniyosentez süreci, nasıl bir işlem olduğu, fetüs için taşıdığı riskler (örn. plasenta zarının yırtılması riski, düşük riski, bölgesel kanama veya kızarıklıklar) ve işlem sonrasında gebenin istirahat süresi, amniyosentezin risklerinin aza indirilmesi için işlem sonrası kullanılması gereken ilaçlar hususunda anne adayını aydınlatılmış olmalıdır.

Gereken testlere başvurulduğu halde test sonuçlarına dayanarak teşhis yükümlülüğü “tıp biliminin mutad ve bilinen kurallarına riayet edilerek⁸⁴” değerlendirilmediğinden hekim tarafından engelin saptanamaması ya da fetüste

⁸² Büyükay (n. 2) 82; Şenocak (n. 2) 105.

⁸³ Şenocak (n. 2) 103 ve dn. 64.

⁸⁴ Tandoğan (n. 30) 416.

hiçbir engel bulunmadığı halde engelin varlığının belirtilmesi de hekimin tanı aydınlatmasını doğru gerçekleştiremediği hallerdendir⁸⁵. Dolayısıyla “tanı kusuru” niteliği taşıyacaktır⁸⁶. Ancak tanı (teşhis) hatasında hekim, mesleğinin icrasını gereğince, “zorunlu tüm zamanını ve dikkatini de harcayarak” anne adayını muayene edip uygun teşhisi koymuş ve tedavi imkanı varsa bunu önerip genel kabul gören ilkelerle bunu uygulamışsa tek başına teşhis hatası nedeniyle artık sorumlu tutulamayacağı kabul görmektedir⁸⁷.

D. Aydınlatmanın Şekli ve Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde İspat Meselesi

Aydınlatmanın ne şekilde yapılması gerektiğine dair hukukumuzda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kapsamlı cerrahi müdahaleler⁸⁸ ve organ ve doku nakli⁸⁹ ya da rahim tahliyesi⁹⁰ gibi tıbbi müdahalelere ilişkin yazılı şekli şartı ilgili düzenlemelerle özel olarak aranmaktadır. Öyleyse özel düzenlemelerin bulunmadığı hallerde hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve gerçekleştirilecek tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılmış rızasının alındığını yazılı kayıt altına alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun anlamı, hekimin dilerse aydınlatma yükümlülüğünü sadece sözlü olarak yerine getirebileceğidir⁹¹. Ancak

⁸⁵ Prenatal tanıda hekimin teşhis yükümlülüğünün ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Ünver (n. 2) 113.

⁸⁶ Şenocak (n. 2) 101.

⁸⁷ Tandoğan (n. 30) 419. Aynı yönde bkz. “... Az yukarıda açıklandığı üzere doktorun tıbbi çalışmalarını yürüten özen yükümlülüğü bağlamında her türlü önlemi almak zorunda olup, en ufak bir tereddüt halinde bu tereddüt ortadan kaldıracak araştırmalar yapmayı ve gelişen teknolojiyi kullanmayı, ayrıca hastanın özel durumu da gözetilmelidir. Gerektiğinde riskleri açıklanmalı ve bu konularda da aydınlatma görevini de yerine getirmelidir. Davalı doktor mesleğinin tüm kurallarına uymayı ve yerine getirmesini beklemekte haklı olan hastaya karşı en ufak kusurundan ... sorumludur. Üzerine düşen tüm edimleri yerine getirmesine ve gerekli ihtimamı göstermesine karşın sonuçta teşhis ya da tedavi istenen başarıya ulaşmasa dahi sorumluluktan kurtulur.” Yargıtay 13 H.D. 29.05.2014 tarih ve E. 2013/15408 - K. 2014/16675 sayılı kararı. Bilgi için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-15408-k-2014-16675-t-29-05-2014/1672621/amniyosentez>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁸⁸ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70/1, 2. tümce “büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır”.

⁸⁹ Organ ve Doku Nakli Kanunu m. 6 “... vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”.

⁹⁰ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlemesine İlişkin Tüzük m. 13. Ayrıca Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/IV.

⁹¹ Hakeri (n. 12) 399 - 400; Yenerer Çakmut (n. 12) 18.

ispat meselesi bakımından, aydınlatmanın sözlü yapılmasının ardından bunun içeriğinin yazılı olarak da hastaya sunulup, onun aydınlatıldığına dair imzasının alınması elbette hekim lehinedir. Matbu olmayan, hastaya özgü ve hastanın el yazısıyla doldurabileceği boşlukların bulunduğu olduğu bir form ispat yükü altındaki hekim bakımından lehe sonuçlar doğurmaya elverişlidir⁹².

Aydınlatmanın şeklinde olduğu gibi ispatı meselesi ve ispat yükünün kimin üzerinde olduğuna dair de hukukumuzda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ispat yükünün hastasını aydınlatarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi olan aydınlatılmış rızayı alan hekimde olduğu; gerekli bilgi ve belgelerin onda olduğu gerekçesiyle bu kabulün normal olduğu ileri sürülmektedir⁹³. Yargıtayın yerleşik kararları da aydınlatma yükümlülüğüne dair ispat yükünün hekim ya da hastane üzerinde olduğu yönündedir⁹⁴. Ayrıca prenatal tanı yöntemlerine ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü meselesinde gebeliğin başlı başına riskli bir süreç olması dolayısıyla gebelik sırasında hekime çoğunlukla rutin kontroller ile olası risk durumları halinde alınabilecek tedbirler için başvurulduğu düşünüldüğünde gebe kadın ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi bulunacağı gözden kaçırılmamalıdır. Doktrinde hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu hallerde hekimin, aydınlatma yükümlüsü (bu an-

⁹² Hakeri (n. 12) 406.

⁹³ Hakeri (n. 12) 430.

⁹⁴ Yargıtay 13. H.D. 23.12.2013 tarih ve E. 2013/3720 - K. 2013/32218 sayılı karar uyarınca: “.. rıza ve muvafakatin ve aydınlatmanın ispatı konusunda ise genel hükümlere göre çözümlenmelidir. Davalı tarafın bu rıza ve aydınlatmayı kanıtlaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, aydınlatma konusunda pek çok düzenleme mevcut olup, muvafakatin alınıp, hastanın aydınlatıldığı konusunda da ispat külfeti hastane ya da hekimdedir. Büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerektiği halde, diğer müdahalelerde ispatı konusunun ise genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-3720-k-2013-32218-t-23-12-2013-maddi-manevi-tazminat-tahsil-istemi/1428006/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. H.D. 10.03.2016 tarih ve E. 2015/30631 - K. 2016/7474 sayılı kararı: “... Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir”. Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2015-30631-k-2016-7474-t-10-03-2016/2450527/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

Yargıtay 13. H.D. 14.11.2013 tarih ve E. 2013/22821 - K. 2013/28228 sayılı karar özetinden: “Davalının, davacıyı enjeksiyonun sonuçlarını ve olası komplikasyonlarını anlattığına ve davalının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına dair bir araştırma yapılmamıştır. Aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu gözetilerek bu hususta taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-22821-k-2013-28228-t-14-11-2013-tedavi-giderleri-ile-igoremezlik-kaybindan-dogan-mad/1428713/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

lamda tedavi sözleşmesinin borçlusunu) olduğuna dikkat edilirse BK m. 112'deki karine gereğince kusurlu kabul edildiği; aksini (kusursuzluğunu), buradaki anlamıyla aydınlatma yükümlülüğünü özen yükümlülüğü çerçevesinde gereğince yerine getirdiğinin ispat yükünün hekime ait olacağı çıkarımı yapılacaktır⁹⁵. Öyleyse gebe kadın ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sözleşme ilişkisine dayanarak ileri sürülebileceği göz önünde tutulduğunda, sorumluluğun dayanağı olarak tedavi sözleşmesi ele alınmalıdır⁹⁶. Bu kapsamda sözleşmeden doğan sorumluluğunun unsurları, öncelikle gebe ve hekim arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, hekimin kusuru, zararın meydana gelmesi ve sözleşmenin (burada: aydınlatma yükümlülüğünün) ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁹⁷. Bu çalışmada söz konusu unsurlar sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında detaylı olarak değerlendirilmeyecektir⁹⁸. İspat meselesi bakımından konunun açıklanabilmesinde konu bütünlüğünün sağlanması için yer verilmiştir. Bu doğrultuda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereğince yerine getirmemesi aynı zamanda özen yükümlülüğü ihlali dolayısıyla kusuruna işaret edecektir⁹⁹. Hekim ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu hasta tarafından ispatlandıktan sonra aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini hekim ispat edecektir. Sözleşmeler hukuku bakımından bu bilgi, BK m. 112 genel düzenlemesiyle desteklenecektir. Hüküm uyarınca *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

⁹⁵ Büyükay (n. 2) 93; Şenocak (n. 2) 135.

⁹⁶ Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği hakkında bkz. yukarıda dn. 24 ve dn. 27.

⁹⁷ Büyükay (n. 2) 49 vd. Prenatal tanıda hekimin sorumlu kılınması bakımından sözleşmeye aykırılığın unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak (n. 2) 91 vd. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel bilgi için bkz. Eren (n. 12) 1163, nr. 3222 vd.

⁹⁸ Hekimin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri için bkz. Zeytin (n. 30) 106 vd.

⁹⁹ Modern tıp hukukunda kusur prensibine ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Christian Katzenmeier, *Arzhaftung* (Mohr Siebeck 2002) 185 vd. Ayrıca bkz. Katzenmeier, 185 - 186: *“Kusur nedeniyle sorumluluk ilkesi bir yandan iradenin yanlış kullanılmasından doğan zararlar ve böylece kişisel sorumluluk fikri doğrultusunda dikkatsiz davrananların sorumluluğunu gerektirendirmektedir... Öte yandan bir sorumluluk eşiğine işaret etmektedir. Kim en azından ihmalkâr davranırsa, o sorumlu tutulmalıdır. Bununla beraber bilgisi ve yeteneği kapsamında herhangi bir zararı öngör(e)meyen herkesin, meydana gelen zarar nedeniyle belki de öngörülemez bir sorumluluktan korkmaksızın hareket etmesine izin verilmelidir. Böylece kusur ilkesi, bireysel hareket özgürlüğü ve sorumluluk sevincinin güvence altına alınmasına hizmet etmektedir”* (Katzenmeier (n. 99) 185 - 186 ve dn. 245 ve 246'da adı geçen yazarlar).

Aydınlatma yükümlülüğünü gereğince (doğru içerikle ve gereken kapsamda) yerine getirdiğine dair hekim, özen yükümlülüğü kapsamında üzerine düşeni yaptığını ve bu anlamda bir kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir. Buraya kadarki genel verilerle, inceleme konumuz özelinde prenatal tanı yöntemleri hakkında hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından ispat yükünün kendisinde bulunduğu; aydınlatmayı gebe kadından rıza beyanını yazılı bir formda almaksızın da yerine getirebileceği; ancak aydınlatmanın gerçekleştirildiğine dair ispat meselesi bakımından zorluklarla karşılaşabileceği sonucu çıkarılacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan, hekimin prenatal tanı testlerine ilişkin aydınlatma yükümlülüğü özelinde ispat meselesi bakımından bir sonraki adımda illiyet bağının varlığı ispatlanmalıdır. İlliyet bağına ilişkin olarak ispatı gereken husus, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile ebeveynin genetik engelli bebek sahibi olmasından doğan ve savunduğumuz görüş uyarınca dikkate alınması gereken fazlaya ilişkin zararı (*Mehraufwand*) arasındaki uygun illiyet bağının varlığıdır. İstenmeyen gebelik (*wrongful pregnancy*) davalarında genetik engelli çocuk sahibi ebeveyne ödenmesi gereken tazminat miktarı hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan hâkim görüş olan ilki uyarınca sadece engellilik nedeniyle fazladan üstlenilmesi gereken bakım, eğitim ve rehabilitasyon ya da tedavi masrafları tazminat olarak talep edilebilmelidir. “Fazladan” ifadesinden kasıt, sağlıklı bir bebek sahibi olmaya kıyasen fazladan üstlenilmesi gereken masraflardır¹⁰⁰. Diğer görüş uyarınca ebeveyn, aslında hiç sahip olmak istemeyeceği genetik engelli bebeğe, annenin gebeliği sonlandırma hakkı elinden alındığından onun nafaka, eğitim, tedavi gibi masraflarının “tamamını” talep edebilecektir¹⁰¹. Her iki görüş bakımından da “zarar” genetik engelli bir bebeğin varlığı değil; onun yaşamı için üstlenilmesi gereken masraflardır¹⁰². Aksinin kabulü, genetik engelli bebeğin varlığının zarar olarak nitelendirilmesi dolayısıyla anayasal eşitlik ilkesi ve insan onuruna aykırıdır¹⁰³.

İlliyet bağı meselesinde azınlıktaki bir görüş, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarında, engelli çocuğun doğmasında hekimin bir tesiri bulunmadığından, bir

¹⁰⁰ Görüş için bkz. Weber (n. 69) 44; Mannsdorfer (n. 3) 621. Görüşler hakkında ayrıca bkz. Büyükkay (n. 2) 131 vd.

¹⁰¹ Karşı görüşe ilişkin kritik değerlendirmeler ve mahkeme kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Weber (n.69) 44, 59 ff.

¹⁰² Mannsdorfer (n. 3) 621.

¹⁰³ Picker (n. 1) 27 ff.

başka deyişle engelin kaynağı döllenme olayının kendisi olduğundan, illiyet bağının eksikliğine dikkat çekmektedir¹⁰⁴. Karşı görüş burada hukuki sorumluluğa dayanak teşkil eden hipotetik illiyet bağının ispatını (*der Nachweis der hypothetischen Kausalität zur Haftungsbegründung*) yeterli görmektedir¹⁰⁵. İlliyet bağı bakımından genetik engelli bebek sahibi ebeveynin ileri sürümü “bu konuda aydınlatılmış olsaydık, gebeliğe son verecektik” iddiasıdır. “Gebeliğe son verecektik” beyanı, maddi tazminat talepleri bakımından bakım, eğitim, rehabilitasyon gibi masraflara ilişkin “zararımız doğmayacaktı” ileri sürümünü içermektedir. Manevi tazminat taleplerinin dayanağı ise aile planlaması haklarının elinden alınması olarak görülmelidir¹⁰⁶. Ancak bebeğin istenmesi ya da engel hakkında bilgi sahibi olunmasına rağmen gebeliğin sonlandırılması imkanının ihmal edilerek kaçırılması hallerinde tazminata dayanak oluşturacak bir hukuki gerekçe bulunmayacaktır¹⁰⁷.

Doktrinde, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı da gebe kadının yine de herhangi bir prenatal tanı testi yaptırmayacağını ve gebeliğe son vermeyeceğine dair ispat yükünün hekimde olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Gehrlein da bu doğrultuda bilgilendirme ya da erken tanı testlerinin yanlış olduğu, bilgilendirme doğru yapılsaydı gebeliğe son verilecek olduğu iddiasının ebeveynine¹⁰⁹; buna karşılık doğru bilgilendirilseydi de annenin prenatal tanı testlerine ve bunun neticesinde gebeliğin sona erdirilmesi yoluna zaten başvurmayacağı iddiasının ispatının hekime yükletilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁰. Gecikmeden hekimin sorumlu olmaması halinde rahim tahliyesinin zamanında yapılabileceğini ispat yükü ise anneye aittir¹¹¹. Anneye (ebeveyne) yükletilen ispata ilişkin meselelerde katı davranılmaması, ispat kolaylıklarının göz önünde bulundurulması gerektiği kanısındayız. İlk görünüş ispatı (*Prima-facie-Beweis, Anscheinsbeweis*) Alman hukukuna atıfla hukukumuzda da dile getirilen ispat kolaylıklarından biridir¹¹². Yasada düzenlemekle beraber Alman mahkeme kararların-

¹⁰⁴ Mannsdorfer (n. 3) 625, dn. 87, 88’de adı geçen yazarlar.

¹⁰⁵ Görüş için bkz. Mannsdorfer (n. 3) 626 ve dn. 89’da adı geçen yazarlar.

¹⁰⁶ Şenocak (n. 2) 154.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. BGH Urteil vom 27.11.1984 - VI ZR 43/83 - NJW 1985, 671.

¹⁰⁸ Şenocak (n. 2) 125 vd. ve 129-130.

¹⁰⁹ BGH NJW 1987, 2923; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹⁰ BGH NJW 1997, 1638; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹¹ BGH NJW 1987, 2923; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹² İlk görünüş ispatı hakkında Alman hukukundaki bilgilerin öz aktarımı için Türk hukukunda bkz. Büyükay (n. 2) 95, s. 108 - 109; Şenocak (n. 2) 136 - 137. Ayrıca bkz. Ercan (n. 2) 107.

da geliştirilerek kabul görmüştür. İlk görünüş ispatı uyarınca ispat yükü yer değiştirmez. Sadece bir somut olayda, davacı, tipik bir yaşam olayını göstererek gerekirse bunu ispat etmek zorundadır. İspat kolaylıklarından bir diğeri hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde somut olaydaki zararın karine gereği “hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının bir sonucu olduğu” ve zarar ile illiyet bağının varlığının kabul görmesidir¹¹³.

Sonuç

Prenatal tanı testleri gebeliğin seyri ve fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi edinilmesini sağlayan testlerdir. Bu testler hakkında gereken kapsamda ve doğru bilgilendirme, ancak alanında uzman hekimler tarafından yapılabilecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, çalışmamızın odak noktasını oluşturan genetik engeli doğumlar bakımından iki tür davada ayrıca önem arz etmektedir. Bunlardan ilki ebeveynin engelli doğum nedeniyle maddi ve manevi tazminat talepleri (*wrongful birth*); ikincisi engelli çocuğun kendisinin bizzat maddi ve manevi tazminat talepleridir (*wrongful life*). Çalışmamızın esas konusu bu davaların içeriği ve taleplerin yasal dayanakları ile haklılığının incelenmesi olmayıp, bu davaları gündeme getiren ve adeta sürecin çıkış noktası olarak görülebilecek, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü özellikle fetüste genetik engelin varlığı halinde ihlal etmiş olmasıdır.

Başlı başına riskli bir süreç olan gebelikte çoğunlukla hekim ile gebe kadın arasında bu sürecin takibine ilişkin bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Dayanağını anayasal düzenlemelerde ve etik ilkelerde bulan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme ilişkisinin varlığı durumunda ayrıca sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmenin, doktrinde ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir (BK m. 502 vd.). Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olup, özen yükümlülüğünün derecesi vekalet sözleşmesi uyarınca objektif kıstaslara göre, bir başka deyişle aynı alanda uzman başkaca hekimler kıstas alınarak belirlenecektir. Mesleki bilgi yetersizliği, kişisel meseleler gibi sübjektif gerekçeler, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline yol açıyorsa sorumluluğun doğmasına engel oluşturmayacaktır. Hekimin çalıştığı hastanedeki tıbbi cihazların prenatal tanı

¹¹³ Alman Hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıkları ve ilk görünüş ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gehrlein (n. 26) 71 vd.; Katzenmeier (n. 99) 423 vd. İspat kolaylıklarının türleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch/Spickhoff (n. 16) 324 vd.

testleri ya da detaylı ultrason tetkikleri için yetersizliği, aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ya da daraltmaz. Ancak bu durumda hekim, gebe kadını testlerin yapılabileceği bir başka yere sevk etmelidir.

İnceleme konumuz açısından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi gebenin, prenatal tanı yöntemleri hakkında hiç ya da gereğince bilgilendirilmesi nedeniyle bu yöntemlere başvurulması noktasında yanlış karara varması şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi gebe kadın doğru bilgilendirildiği halde hekimin, yapılan testlerden yanlış bir kaniya (taniya) varması halinde gebenin bu defa tanı hakkında yanlış bilgilendirilmesi şeklinde olabilecektir. Her iki halde de gebeliğin seyri hakkında doğru bilgi edinilemeyeceğinden (ancak dikkat etmek gerekir ki amniyosentez dışında ikili/üçlü tarama testleri gibi testler sadece risk olasılığı hakkında bilgi vermektedir) varsa fetüsün tedavi imkanları ya da yine yasal çerçevede gebeliğe son verilmesi imkanları kaçırılmış olabilecektir. Bu sürecin sağlıklı takibi, kararların doğru alınması adeta bir ön koşul niteliğindeki hekim tarafından doğru aydınlatılmış olmaya bağlıdır. Ancak bundan sonra gebe kadın dilerse en başta prenatal tanı testlerini tamamen reddedebilir; dilerse test yapıldıktan sonra sonuçlarına ve fetüsün duruma göre tedavi, her koşulda bebeğe sahip çıkma ya da yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması kararına varabilir. Bütün bu süreçte dikkat etmek gerekir ki gebe kadına (daha genel ifadesiyle hastaya) yapılan her türlü tıbbi müdahale, onun yararına dahi olsa kural olarak hukuka aykırı fiil niteliğindedir (BK m. 49 vd.). Müdahalede bulunan hekim ya da ilgili sağlık personelinin hukuki/cezai sorumluluğunu doğurur. Kuralın istinası gebe kadının söz konusu müdahaleye rızası ya da rızanın alınmasının mümkün olmadığı hallerde “daha üstün nitelikte özel yarar...”ın varlığı gibi sebeplerdir (BK m. 63/II). İnceleme konumuz açısından önem arz eden rızanın alınması da yine belirttiğimiz gibi gebe kadının doğru ve gereken kapsamda prenatal tanı testleri hakkında aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Aydınlatma elbette, gebenin sosyal ve kültürel seviyesi, eğitimi dikkate alınarak, anlayacağı kelimelerle yapılmalıdır. Gebe kadının kendisi de hekimse ya da durumun aciliyeti söz konusu ise aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır. Önemle dikkat çekmek gerekir ki aydınlatma sırasında hekim, gebenin kararını olumlu ya da olumsuz karara varılması yönünde tesir ederek yönlendiremez. Örneğin engelli bir bebek doğurmakla korkutarak prenatal tanı testlerini ya da bunlardan biri olan ve neredeyse %100'e yakın bir doğrulukla sonuç veren, fakat fetüs bakımından çeşitli riskleri barındıran amniyosentezi gebeye zorunlu tutamaz.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ihtilaf bulunması halinde aydınlatmanın doğru ve gereken kapsamda yapıldığına dair ispat yükü hekime aittir. Mahkeme kararlarında da yer verildiği üzere bunun gerekçesi sürecin hekimin

kontrolünde olduğu ve buna dair belge ve bilgilerin kendisinde bulunacağıdır. Prenatal tanı yöntemlerine ilişkin aydınlatmanın yapıldığı yazılı olarak kaleme alınmak zorunda değildir. Ancak aydınlatmanın sözlü olarak yapıldıktan sonra kayıt altına alınması ve bunda gebe kadının aydınlatıldığına, yapılacak müdahalelere rızası bulunduğu ya da bulunmadığına dair imzasının bulunması hekim açısından elverişlidir. Gebenin hiç ya da gereğince aydınlatılmadığını; fakat aydınlatılsa idi dahi zaten prenatal tanı testlerine başvurmayacağını ve gebeliği son erdirmeyeceğine dair ispat yükünün de hekimde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın bilgilendirme ya da prenatal tanı testlerinin yanlış olduğu, bilgilendirme doğru yapılıyorsa gebeliğe son verilecek olduğu iddiası da anne (ebeveyn) tarafından ispatlanmalıdır. Anneye getirilen ispat yükünde ispat kolaylıklarından yararlanılmalıdır. İlk görünüş ispatı ve hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde zarar ve illiyet bağının varlığının kabul görmesi, Alman hukukunda ileri sürülen, hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıklarındandır.

Kaynakça

- Aydın Ünver T, *Ceninin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayınları 2011).
- Büyükcay Y, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu* (Vedat Kitapçılık 2006).
- Cramer S, *Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin* (Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991).
- Çataklı H, *Das deutsche und türkische Recht zum Schwangerschaftsabbruch* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Çavdar P, 'Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan) 735-764.
- Deutsch E, 'Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung' (1980) NJW 1305-1352.
- Deutsch E und Spickhof A, *Medizinrecht* (6. Aufl., Springer Verlag 2008).
- Dönmez Ü, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Cilt II* (22. Bası, Filiz Kitabevi 2021).
- Ercan C, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life*, (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası, Legem 2023).
- Faerber G, *Wrongful Life* (Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Verlag an der Lottbek 1988).
- Gehrlin M, *Grundwissen Arzthaftungsrecht* (3. Aufl., C. H. Beck 2018).
- Goodfield J, *Wissenschaft und Medien, Fall: 4 Opfer einer Legende: Die Contergan Affäre* (Springer Basel AG 1983).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler - Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020).
- Günler Z, *İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam* (Seçkin 2021).
- Hakeri H, *Tıp Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (25. Bası Seçkin 2022).
- Hakeri H, 'Tıp Hukukunun Temel Kavramları' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 65-95.
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001).
- Junker C, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Sachdensorsatz* (Duncker & Humblot 2002).

- Katzenmeier C, *Arzthaftung* (Mohr Siebeck 2002).
- Mansdorfer T, 'Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, Grundzüge, wrongful life und Tendenzen' (2001) Band 137 ZBJV 605-663.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler*, Cilt I (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2019).
- Ozanoğlu H S, 'Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü' (2003) 52 (3) AÜHFD 55-77.
- Picker E, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, wrongful life* (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995).
- Reinhart A, *Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy* (Peter Lang Verlag 1999).
- Schneider L, *Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht - Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Versicherung* (Springer Verlag 2010).
- Schelling P, *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung* (Springer Verlag 2003).
- Şenocak Z, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat* (Turhan Kitabevi 2009).
- Tandoğan H, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II (4. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2008).
- Topçu E ve Yalım Y, 'Preimplantasyon Genetik Tanının Öjeniye ve İnsanın Araçsallaştırılmasına Yol Açıp Açmayacağına Tıp Etiği Açısından Yamaç Aşağı Kayma Argümanı ile Değerlendirilmesi' (2015) Vol. 2 No: 3 Türkiye Biyoetik Dergisi 187-201.
- Weber D, *Arzthaftpflicht für Nachkommenchaftschäden?* (Springer Verlag, Tübingen 1988).
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Bası, Beta Yayınları 2019).
- Yavuz İpekyüz F, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu' (2015) 20 (33) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-61.
- Yenerer Çakmut Ö, 'Tıpta Aydınlatma ve Rıza' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 1-31.
- Zeytin Z, 'Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 96-117.