

İNGİLİZ HUKUKUNDA İYİLEŞME ŞANSI KAYBININ TAZMİNİ*

Recovery of Loss of Chance in Medical Malpractice in English Law

Zehra ÖZKAN**

ÖZET

Şans kaybının tazmini, İngiliz hukukunda, bazı davalarda kabul edilirken, tıbbi sorumluluk alanında açıkça reddedilmektedir. Bazı davalarda doktrinin kabul edilmesi, tıbbi sorumluluğun söz konusu olduğu davalarda şans kaybının reddedilirken, ayrıntılı bir inceleme yapılmasına yol açmıştır. Bu kapsamda Lordlar Kamarası tarafından karara bağlanan *Hotson v. East Berkshire Authority* ve *Gregg v. Scott* davaları önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra İngiliz hukukunda nedensellik bağının tesisinde “zarar rizikosunu önemli oranda artırma” testinin kabul edildiği görülmektedir. Bu test ile şans kaybı doktrini ilişkilendirilmiş olduğundan, her ikisinin arasındaki farkların da açıklığa kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, çalışmada, doktrin ve içtihat tarafından konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İngiliz hukuku, tazminat, tıbbi sorumluluk, şans kaybı, iyileşme şansı kaybı

* Bu çalışma yazarın 11/12/2013 tarihinde savunduğu “Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şansı Kaybının Tazmini” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı. (zhozkan@yahoo.com).

ABSTRACT

While recovery of loss of chance is accepted in some cases, it is rejected in medical malpractice in English Law. Accepting recovery of loss of chance in some cases leads to make a detailed analyze when rejecting it in the medical malpractice. In this concept the House of Lord's *Hotson v. East Berkshire Authority* and *Gregg v. Scott* decisions have a significant importance. On the other hand, "materially increasing risk" test is admitted to establish the causation in English law. Therefore the relationship between this test and the loss of chance doctrine should be clarified. In this context, all of the ideas relating to the loss of chance in medical malpractice are presented in this article.

Keywords: English law, damages, medical malpractice, loss of chance, loss of healing chance

I. GİRİŞ

Şans kaybı doktrini uyarınca, davalının davranışı nedeniyle, belirli bir menfaati elde etme ihtimali veya zararın önlenme ihtimali zarar görenin elinden alınmakta¹ ve bu ihtimal oranında tazminata hükmedilmektedir. Şans kaybı doktrini Avrupa özel hukukunun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Nitekim şans kaybı tazmininin sorumluluk hukukunun güncel bir konusu olduğunun ve bu sorunla tüm Avrupa mahkemelerinin - *Kadner-Graziano*'nun ifadesiyle "Norveç'ten Portekiz'e ve İrlanda'dan Yunanistan'a"- yoğun bir şekilde meşgul olduğunun belirtilmesi

¹ Koch, Bernard A. (2011). Comparative Report, içinde Winiger, Benedict/Koziol, Helmut/Koch, Bernard A./Zimmermann, Reinhard. (eds.). *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlin: De Gruyter, s.1121-1122; Stark, Emil W. (1991). Die Perte d'une Chance" im schweizerischen Recht içinde Guillod, O. (ed.). *Developpements recents du droit de la responsabilite civile, Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, s.106; Cardona Ferreira, Rui. (2013). The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal*, (1), s.58. Müller ve Martin-Casals, kaybı daha iyi bir sonuç elde etme şansı olarak nitelendirmektedir. Müller, Christoph. (2002). Schadenersatz für verlorene Chancen-Ei des Kolombus oder Trojanisches Pferd?. *Aktuelle juristische Praxis (AJP) /Pratique Juridique Actuelle (PJA)*, (4) s.392; Martin-Casals, Miquel. (2008). Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the "Loss of Chance" Doctrine. *European Review of Private Law*, 16(6), s.1048.

gerekmektedir². İngiliz hukukunda ise söz konusu şans kaybının kimi davalarda tazmin edildiği, ancak tıbbi sorumluluk alanında reddedildiği görülmektedir. Bazı davalarda doktrin kabul edilirken, tıbbi sorumluluk alanında reddedilmesi içtihatla ayrıntılı bir inceleme yapılmasını gerekli kılmıştır. İchtihat ve doktrin tarafından ileri sürülen görüşler, aslında tüm hukuk düzenleri açısından, konuya ilişkin ışık tutacak niteliktedir. Bu nedenle çalışmanın konusu “İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini” olarak belirlenmiştir. Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için, öncelikle, şans kaybı doktrinin tarihi gelişimi ele alınmış, ardından şans kaybıyla ilişkilendirilen *zarar rizikosunu önemli oranda artırma testine* yer verilmiştir.

II. İngiliz Hukukunda Şans Kaybı Doktrininin Tarihi Gelişimi

McGregor, tebliğinde şans kaybıyla ilgili olarak, insanların “gerçekten şans kaybının ne olduğunu anlayan var mı?” ve “Lord’ların konuyu aydınlatmasına ihtiyacımız var.” söylemlerinde bulunduğunu belirtmiştir³. Aslında bu ifadeler, İngiliz hukukunda şans kaybının nasıl ele alındığını özetler niteliktedir.

İngiliz hukukunda, hatta Anglo-Amerikan hukukunda şans kaybının tazmini ilk defa 1911 tarihli *Chaplin v. Hicks*⁴ davasında söz konusu

² Kadner-Graziano, Thomas. (2008). Ersatz für “Entgangene Chancen” im europäischen und im schweizerischen Recht Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag. *Haftung und Versicherung*, s.62.

³ McGregor, Harvey. (2008). Loss of Chance: Where has it come from and where is it going?. *Professional Negligence*, 24 (1), s.2 (Loss of Chance).

⁴ *Chaplin v. Hicks* [1911] C.A 786. Bundan sonra *Chaplin* kararı olarak anılacaktır. Davaya konu olan olay, tiyatro yöneticisinin gazete ilânıyla düzenlediği bir güzellik yarışmasına ilişkindir. Bu ilâna göre, İngiltere 10 bölgeye ayrılacak ve her bir bölgede seçilen adayların fotoğrafları gazetede yayımlanacak, okuyucular tarafından en çok oy olan 50 aday görüşmeye çağırılacaktır. Yapılan bu görüşmeler sonucunda tiyatro yöneticisi bir komite yardımıyla 50 aday arasından 12 kişiyi seçecek ve ilk dört, ikinci dört ve üçüncü dörtle farklı koşullarda sözleşme imzalayacaktır. Davacı kendi bölgesinden birinci seçilmiştir. Davalı, davacıyı görüşme günü belirten bir mektup göndermiş, ancak mektup davacıya şehir dışında olduğu için geç ulaşmıştır. Davacı, başka bir görüşme günü talep etmiş olmasına rağmen, davlı kabul etmemiştir. Dolayısıyla davacı final aşamasına katılamamıştır. Bunun üzerine, davacı, tiyatro yöneticisinin sözleşmeyi ihlâl ettiğini ileri sürmüş ve bu nedenle kendisinin seçimlerdeki şansını kaybetmesinden doğan zararlarının tazmin edilmesini talep etmiştir. Jüri davalının, davacıya seçimlerde kendisini gösterebilme konusunda makul imkânı sağlamadığı yönünde karar vererek, tazminat miktarını 100 Pound olarak belirlemiştir.

olmuştur⁵. Bununla birlikte 1950’li yıllara kadar şans kaybı konusunda herhangi bir gelişme olmamıştır. 1950’li yıllarda ise, avukatın sorumluluğu alanında pek çok davada şans kaybı tazmin edilmiştir. Bu kararların en önemlisi *Kitchen v. Royal Air Force Association*⁶ kararıdır. 1987 yılında hekimin sorumluluğunun söz konusu olduğu *Hotson v. East Berkshire Authority*⁷ davasında Lordlar Kamarası⁸ şans kaybının tazminini reddetmiştir. 1995 yılına gelindiğinde yine temel bir karar olan *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons&Simmons*⁹ davasıyla birlikte, ihmâl olmasaydı nasıl gelişeceği “üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olan” olaylarda, şans kaybının tazmin edileceği kabul edilmiştir. Hemen akabinde 1998 yılında sonuca bağlanan *Doyle v. Wallace*¹⁰ davasıyla birlikte vücut bütünlüğü ihlallerinde şans kaybı doktrini uygulanmaya başlanmıştır. 2005 yılında, *Hotson* kararındaki gibi hekimin sorumluluğunun söz konusu olduğu, ancak *Hotson* kararındaki olaydan bazı farklılıklar arz eden *Gregg v. Scott*¹¹ davasında şans kaybı doktrini yine reddedilmiştir. Son olarak ise 2006 yılında karara bağlanan *Barker v. Corus*¹² davasıyla birlikte rizikonun önemli anlamda artırılması ile şans kaybı arasında bir ilişki kurulmuştur¹³.

⁵ McGregor, Loss of Chance, s.2; King, Joseph H.Jr. (1997-1998). Reduction of Likelihood” Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *University of Memphis Law Review*, 28 (2), s.501; Burrows, Andrew. (2008). Uncertainty about Uncertainty: Damages for Loss of a Chance. *Journal of Personal Injury Law*, (1), s.34. Bununla birlikte *McGregor*, şans kaybının tazmininin ilk kez *Richardson v. Mellish* davasıyla gündeme geldiğini belirtmektedir; McGregor, Harvey. (2003). *McGregor on Damages* (17.bs.). London: Sweet & Maxwell Ltd., s.311 (Damages).

⁶ *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] 1 W.L.R. 563. Bundan sonra *Kitchen* kararı olarak anılacaktır. Davaya konu olan olayda, kısaca avukatın ihmali nedeniyle, davacının zamanında dava açamaması söz konusu olmuştur.

⁷ *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, [1987] A.C. 750. Bundan sonra *Hotson* kararı olarak anılacaktır.

⁸ 2009 yılında kadar, İngiliz hukukunda en üst yargı mercii İngiliz Parlamentosunun ikinci meclisi olan Lordlar Kamarası idi. 1 Ekim 2009 tarihinde *Supreme Court* kurulduğunun ve yargılama yetkisinin kamaradan alınarak bu mahkemeye bırakıldığının belirtilmesine gerek duyulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>. <Son erişim tarihi 13/01/2014>.

⁹ *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons&Simmons* [1995] 1 W.L.R. 1602. Bundan sonra *Allied* kararı olarak anılacaktır. Davaya konu olan olayda, şirket devralma ve birleşmesi sözleşmesinin hazırlanmasında, sözleşmeye bir kloz eklenmesi konusunda avukatının ihmali olduğunu düşünen davacı söz konusu kloz eklenmiş olsaydı zarara uğramayacağını iddia ederek dava açmıştır.

¹⁰ *Doyle v. Wallace* [1998] P.I.Q.R. Q146. Bundan sonra *Doyle* kararı olarak anılacaktır.

¹¹ *Gregg v. Scott* [2005] 2 W.L.R. 268. Bundan sonra *Gregg* kararı olarak anılacaktır.

¹² *Barker v. Corus* [2006] 2 W.L.R. 1027. Bundan sonra *Barker* kararı olarak anılacaktır.

¹³ McGregor, Loss of Chance, s.4.

Tarihi gelişim göstermektedir ki, İngiliz hukukunda genel olarak şans kaybı doktrini kabul edilmesine rağmen, 1987 tarihli *Hotson* kararına kadar tıbbî sorumluluk hukukunda şans kaybının tazmin edilebilirliği tartışılmamıştır. 2005 yılındaki *Gregg* kararıyla Lordlar Kamarası, *Hotson* davasında vermiş olduğu kararı bir kez daha onaylamıştır. Bu kararlarla, şans kaybının uygulanma alanı daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. Nitekim artık bazı davalarda şans kaybı tazmin edilirken, bazı davalarda şans kaybının tazmin edilmemesi söz konusu olmaya başlamıştır. *Reece*, bu durumun ilk bakışta kararlar arasında uyumsuzluk varmış gibi bir görünmesine ve kararların keyfi verildiği sonucuna varılmasına yol açtığını belirtmektedir¹⁴. Dolayısıyla, şans kaybı doktrininin teorik bir temele oturtulması ve ayırımın belirgin hale getirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, İngiliz hukukunda 1970’li yıllardan itibaren nedensellik bağının tesisinde kimi hallerde zarar rizikosunu önemli oranda artırma (*materially increased risk*) testi uygulanmaya başlanmıştır. İlk kez *McGhee v. National Coal Board*¹⁵ kararında uygulanan bu testin tam anlamıyla teorik bir temele oturtulması ise zamanla gerçekleşmiştir. Bu çerçevede, *Wilsher Respondent v. Essex Area Health Authority Apellants*¹⁶ ve *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*¹⁷ kararlarında yine bu testin teorik temelleri tartışılmış, son olarak *Barker* kararı ile bu tartışmalara son verilmiştir.

Zarar rizikosunu önemli oranda artırma testinin iyileşme şansı kaybının tazmini konusundaki önemi, aslında her iki kavramın da birbirine oldukça benzerlik göstermesinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda İngiliz hukukunda zarar rizikosunu önemli anlamda artırmanın, davacının zararın önlenmesi şansını kaybettiği anlamına geldiği kabul edilmekte¹⁸, hatta zarar rizikosunu artırma testi ile şans kaybının bir madalyonun iki yüzü olduğu ifade edilmektedir¹⁹. Bu durumda, bazı olaylarda bu testin uygulanması

¹⁴ Reece, Helen. (1996). Loss of Chances in the Law, *The Modern Law Review*, 59 (2), s.188.

¹⁵ *McGhee v. National Coal Board* [1973] S.C.(H.L.) 37. Bundan sonra “*McGhee*” kararı olarak anılacaktır.

¹⁶ *Wilsher Respondent v. Essex Area Health Authority Apellants* [1988] 1 A.C. 1074. Bundan sonra *Wilsher* kararı olarak anılacaktır.

¹⁷ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 A.C.32-119. Bundan sonra *Fairchild* kararı olarak anılacaktır.

¹⁸ Burrows, 32.

¹⁹ Weir, Tony.(1991). Loss of a Chance-Compensable in Tort? The Common Law, içinde Guillod, O (ed). *Developpements recents du droit de la responsabilite civile, Kolloquium*

suretiyle nedensellik bağı tesis edilerek tazminata hükmedilirken, tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının tazmin edilmemesi, testin konu kapsamında ele alınması gereğini ortaya koymaktadır. Bunun için de, bu alandaki temel kararlar olan *McGhee, Wilsher, Fairchild* ve *Barker* kararlarının incelenmesinde yarar görülmektedir.

Bu kapsamda, öncelikle zarar rizikosunu önemli anlamda artırma testi, ardından *Hotson* ve *Gregg* kararları, dolayısıyla tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybı incelenecektir.

III. Zarar Rizikosunu Önemli Oranda Artırma Testi

A) İngiliz Hukukunda Genel Olarak Nedensellik

İngiliz hukukunda da nedensellik bağının tesisinde tabii neden-hukukî neden ayrımı benimsenmiş olup, tabii neden *conditio sine qua non (but for)* testiyle tespit edilmektedir²⁰. Bununla birlikte, birden çok nedenin söz konusu olduğu olaylarda *conditio sine qua non* testi yetersiz kalmaktadır. Birden çok nedenin birleşerek daha büyük bir sonuç doğurduğu olaylarda, zarara maddî katkı sağlayan neden, zararın *conditio sine qua non*'u olarak yorumlanmaktadır²¹. Maddî katkı sağlama testi ilk defa *Wardlow v. Bonnington Castings*²² davasında uygulanmıştır²³.

Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, s.117.

²⁰ Hogg, Martin. (2007). Re-establishing Orthodoxy in the Realm of Causation. *Edinburgh Law Review*. 11(1), s.10. "Maddî anlamda katkı sağlama" testinin *but for* testinin uygulamasını mı oluşturduğu yoksa bir istisna mı teşkil ettiği hususu tartışmalıdır. Bu yöndeki tartışmalar için bkz.: Bailey, Stephen. (2010). Causation in Negligence: What is a Material Contribution?. *Legal Studies*, 30 (2), 167-185.

²¹ Hogg, s.11.

²² *Wardlow v. Bonnington Castings* [1956] AC 613. Davacı, davalının iş yerinde 8 yıldır çelik tesviyecisi olarak çalışmaktadır. İş yerinde soluduğu havada çok ince silis parçaları bulunan davacı pnömokonyoz hastalığına yakalanmıştır. İşyerinin havasında bulunan silis tozunun hastalığa neden olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, havadaki silis parçacıklarının iki olası nedeni bulunmaktadır. Bunlardan biri, işyerinde bulunan 4 adet taşlama makinesi iken, diğeri davacının da kullandığı hava çekicidir. Eğer havadaki silis tozu, taşlama makinesinden kaynaklanıyorsa davalı zarardan sorumlu olmayacak, bununla birlikte, hava çekiciden kaynaklanıyorsa davalının sorumluluğu doğacaktır. Sorunu bu şekilde ortaya koyan Lordlar Kamarası incelemesini de bu yönde yapmıştır. *Lord Reid*, silis tozunun iki ayrı kaynağı bulunduğu için, zarara tamamen birinin maddî anlamda katkı sağladığının söylenemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle, taşlama makinesinden kaynaklanan tozun zarara maddî bir katkı sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerekmektedir. Maddî katkı sağlama derecelendirme meselesidir ve

Weir, bu kararla, davalının, bir kişiyi yalnızca zarar riskine maruz bırakması durumunda sorumlu olmayacağını kabul edildiğini belirtmiştir. Sorumluluğun doğabilmesi için, davalının zararın meydana gelmesine katkıda bulunması gerekmektedir. Zararın meydana gelmesine katkıda bulunmak ise, bir farklılık yaratılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu kararla birlikte, davalının davranışının sonuç üzerinde bir etki uyandırması durumunda, davalının, zararın tümünden sorumlu olacağı kabul edilmiştir²⁴.

B) Zarar Rizikosunu Önemli Oranda Artırma Testinin Tarihi Gelişimi

Zarara katkının tamamen davalı tarafından sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilemediği davalarda, maddî katkı sağlama testi yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu durum özellikle alternatif nedenlerin mevcut olduğu olaylarda ve nedensellik sürecinin doğası gereği bilinemediği olaylarda söz konusu olmuştur²⁵. Nitekim bu olaylarda bireysel katkı sonuç üzerinde zorunlu bir farklılık yaratmamaktadır²⁶. Bu nedenle, *conditio sine qua non* 'un, başka bir anlatımla maddî katkı sağlama testinin yetersiz kaldığı bu olaylarda, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi benimsenmiştir²⁷. Bu test Lordlar Kamarası tarafından ilk defa 1973 tarihli *McGhee*²⁸ kararında

değerlendirmeye alınmayacak kadar az olmasının dışındaki tüm katkılar maddî anlamda katkı olarak kabul edilir. Her ne kadar *Lord Reid*, havadaki silis tozunun taşlama makinesinden ziyade hava çekicinden kaynaklandığını düşündüğünü ifade etse de, taşlama makinesinden kaynaklanan tozun zararın oluşumuna esaslı bir katkı sağladığının yeterince ispatlandığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, taşlama makinelerinin silis tozuna katkı sağladığı, dolayısıyla hastalığın oluşmasına yardımcı olduğu ve tüm bu hususların sorumluluğun kurulması için yeterli olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer *Lord*'lar da bu görüşe katılmakla birlikte *Lord Keith of Avonholm*, maddî anlamda katkı sağladığı sonucuna ulaşmasının olgusal nedenlerini açıklamıştır. Bu bağlamda *Lord*'a göre, zararın nedeni davacı tarafından solunan havadır; havanın da davalının kusuruyla zarara neden olan partiküller ve zarara neden olmayan partiküller olarak ayrılması mümkün değildir. İlk görünüşte bu partiküller zarara kümülatif olarak neden olmuştur. Eğer davacının taşlama makinelerinden kaynaklanan havayı hiç solunmadığı veya bu havanın çok önemsiz oranda silis tozu ürettiği ispatlanmış olsaydı, o zaman zararın oluşumuna maddî katkı sağlamadığı sonucuna varılacaktır.

²³ Hogg, s.11; Stapleton, Jane. (2003). Cause in fact and the scope of liability for consequences. *Law Quarterly Review*, 119, s.393.

²⁴ *Weir*, s.115.

²⁵ Khoury, Lara.(2006). *Uncertain Causation in Medical Liability*. Oxford: Hart Publishing, s.148 (Uncertain Causation); Hogg, s.11-12.

²⁶ Hogg, s.12.

²⁷ Khoury, Uncertain Causation, s.148; Hogg, s.11-12.

²⁸ Karara konu olan olayda, Ulusal Kömür Komisyonunda çalışan davacı genelde ocak borularını boşaltma işi yaparken, 30 Mart 1967 Perşembe günü tuğla ocağını temizlemeye

uygulanmıştır. Lordlar Kamarası, bu davada, hastalığın ortaya çıkmasına maddî anlamda katkı sağlamakla, hastalığın meydana gelme riskini önemli oranda artırmak arasında çok büyük bir farklılık olmadığı sonucuna vararak, nedensellik bağının tesis edildiğine karar vermiştir²⁹.

Lordlar Kamarası, *Wilsher* kararında ise, zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testini uygulamayı reddetmiştir. Davaya konu olan olayda kıldemsiz doktor prematüre bebeğe aşırı oranda oksijen vermiştir. Bebeğin bir gözü tamamen kör olurken, diğer gözü kısmen kör (*Retrolental Fibroplasia*-RLF) olmuştur. Zarara yeni doğanın maruz kaldığı oksijenin yanı sıra oksijenle ilgisiz, prematüre doğuma ilişkin ve davacının yaşadığı diğer dört faktörün (apne, yüksek karbondioksit, intraventriküler kanama, patent duktus arteriozus) de neden olmuş olabileceği belirtilmiştir³⁰.

başlamıştır. Daha sıcak ve daha tozlu koşullarda çalışmak durumunda kalan işçi, 2 Nisan Pazar günü, cildinde geniş kapsamlı bir tahriş hissetmiştir. Pazartesi gününden perşembe gününe kadar çalışmaya devam etmiş, cildindeki rahatsızlığın devam etmesi üzerine bir hekime başvurmuştur. Davacının ocak temizleme işini yaparken nemli, toz halindeki tuğlanın derisini kapladığı, iş yerinde hiçbir temizlenme imkânı olmadığı için cildini kaplayan tozdan temizlenmeden iş yerinden ayrılmak durumunda kaldığı ve dermatit rahatsızlığına yakalandığı tespit edilmiştir. Davacının söz konusu maddeden hemen arınsaydı, hastalığa yakalanmayacağı veya hastalığın daha hafif bir şekilde seyredeceği kanıtlanamamıştır. [1973] S.C.(H.L.) 37-38.

²⁹ [1973] S.C.(H.L.) 37-38.

³⁰ Olayda davacı bebek, normalden üç ay önce 15 Aralık 1978 tarihinde doğmuştur. Prematüre bebeklerin yaşadığı en önemli sorun ciğerleri yeterince gelişmediği için kandaki oksijen basıncının düşük olması ve bunun beyinde hasara yol açmasıdır. Oksijen basıncını (PO2) takip altına almak için, aorttaki atardamara katater yerleştirilmektedir. Kataterin ucunda bir sensör bulunmakta ve doğru bir şekilde ayarlanması yani kalibre edilmesi durumunda prematürenin kan basıncını ölçmektedir. Bunun yanı sıra kataterin içinde sensöre yakın bir aparat da bulunmakta, bu suretle kan analizi için kan örneği alınabilmektedir. Standart uygulamaya göre katater takıldıktan sonra, doğru yerleştirildiğinden emin olunması için röntgen filmi çekilmektedir. Somut olayda da 17 Aralık 1978 tarihinde sabah 8:00'de katater yerleştirilmiş ve röntgen filmi çekilmiştir. Bununla birlikte hekim tarafından katater aorttaki atardamar yerine kalpteki toplardamara yerleştirilmiş, çekilen röntgen filminden anlaşılmasına rağmen, röntgen filmi yanlış okunduğu için kataterin yanlış yerde olduğu tespit edilememiştir. 20 Aralık 1978 ve 23 Ocak 1979 tarihleri arasında beş farklı periyotta hekim ve hemşireler kandaki oksijen basıncı ölçmüş ve bu doğrultuda verilmesi gereken oksijen oranını saptamışlardır. İlk derece hakimi bu periyotlardan dördünde çok yüksek oranda oksijen verildiğini tespit etmiştir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi davacının talebini onaylamıştır. İstinaf Mahkemesi üyesi *Sir Nicolas Browne-Wilkinson* karara muhalif kalmıştır [1988] 2 W.L.R 1074-1079.

McGhee kararında testin uygulanmasının kabul edilip, *Wilsher* kararında reddedilmesi her iki davanın karşılaştırılmaya başlanması sonucunu doğurmuştur. *McGhee* kararında, zarara neden olabilecek tek olası etken bulunmaktadır. Bu etken, ister sorumluluk doğursun, ister doğurmasın davalının faaliyetidir. Ayrıca bu faaliyetin önceden mevcut olan riski artırdığı da kesinlik arz etmektedir. Bununla birlikte, *Wilsher* kararında artırılan risk, maruz kalınan hastalığın genel riskidir. Dolayısıyla, *McGhee* kararında, hastalığın ortaya çıkmasına maddî anlamda katkı sağlamakla, hastalığın meydana gelme riskini önemli oranda artırmak arasında çok büyük bir farklılık olmadığı sonucuna varılmasının meşru olduğu kabul edilmiştir. Oysa, *Wilsher* kararındaki gibi farklı kaynaklardan doğan farklı riskleri içeren ve haksız fiil teşkil etmeyen nedenlerin söz konusu olduğu davalarda böyle bir sonuca varılamayacağı belirtilmiştir³¹.

Fairchild kararında, *McGhee* ve *Wilsher* kararlarına dayanılarak zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi uygulanmıştır. Bununla birlikte diğer kararlarda, bu testle, takdire bağlı fiilî çıkarım yapılmasına izin verilebileceği sonucuna varılırken, *Fairchild* kararında, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testi, nedensellik bağının ispatında uygulanacak bir test olarak kabul edilmiştir³². Nitekim *Lord Bingham of Cornhill*, *McGhee* kararının, olgusal veya hukukî bir çıkarıma değil, geleneksel nedensellik anlayışının bir varyasyonuna dayandığını belirtmiş³³, *Lord Nicholls of Birkenhead*, *McGhee* kararını farklı ve daha az katı bir nedensellik testi olarak nitelendirmiş³⁴, *Lord Hoffmann* ise zarar rizikosunu önemli oranda artırmanın nedensellik koşulunu sağladığını belirtmiştir³⁵. Lord'lar bu görüşlerini gerekçelendirirken, bu sorunun bir hukuk sorunu olduğunu ve tıp uzmanlarının bu görüşleri desteklemediği müddetçe olgusal bir çıkarım yapılamayacağını ifade etmiştir. Doktrinde de bu yaklaşımın destek bulduğu görülmektedir³⁶.

Fairchild kararında, tazminattan zarara neden olma ihtimali oranında bir indirim yapılmadığının da belirtilmesi gerekmektedir. Öncelikle, *Fairchild*

³¹ Khoury, *Uncertain Causation*, s.154-155; Stapleton, s.396.

³² Khoury, *Uncertain Causation*, s.157.

³³ [2003] 1 A.C 69-70.

³⁴ [2003] 1 A.C 71.

³⁵ [2003] 1 A.C 75.

³⁶ Stapleton, s.399. Nitekim *Stapleton*, bu yaklaşımın daha şeffaf olduğunu dile getirmiştir.

kararında, davacı böyle bir talepte bulunmamıştır. Böyle bir talep olmuş olsaydı ve buna rağmen tam tazminata hükmedilseydi dahi; *Khoury*, bunun anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir. Nitekim yazara göre, böyle bir oranlamanın yapılmış olması, şans kaybı zararı ile ilişki kurulması sonucunu doğuracaktır. İyileşme şansı kaybı da İngiliz hukukunda zarar olarak kabul edilmediği için, oranlama, kavramsal olarak sadece ortak nedenin söz konusu olması durumunda yapılabilecektir³⁷.

IV. Lordlar Kamarası Kararlarında İyileşme Şansı Kaybının Tazmini

İngiliz hukukunda iyileşme şansı kaybının nasıl ele alındığını ortaya koyabilmek için konuyu kapsamlı bir şekilde ele alan “*Hotson*” ve “*Gregg*” kararlarının ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir. Nitekim *Hotson* davasını inceleyen temyiz mahkemesi hâkimlerinden *Sir John Donaldson*, bu davanın haksız fiil hukukunda zarar konusunda çok önemli olduğunu, çünkü davacının, davalının ihmâli nedeniyle uğradığı şans veya fırsat kaybının tazmin edilebilirliğinin özel olarak ele alındığını belirtmiştir. Her ne kadar, dava, tıbbî sorumluluğun söz konusu olduğu ihmâle dayanan haksız fiil davası olsa da, diğer alanlarda da aynı sorunun ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir³⁸.

A) *Hotson* Kararı

Karara konu olan olayda, 13 yaşındaki bir çocuk ağaca tırmanırken 12 fit (3,68 metre) yükseklikten düşmüş ve düşme sonucunda sol bacağına ağrı nedeniyle ağırlığını sol bacağının üzerine verememiştir. Hastanede sadece diz röntgeni çekilmiş, kalça röntgeni çekilmediği için ise doğru teşhis konulamamıştır. Diz röntgeninde herhangi bir sıkıntı görülememesi sonucunda diz bandajı verilerek hasta taburcu edilmiştir. Davacının ağrısı taburcu olduktan sonra da geçmeyince, babası, davacıyı 1 Mayıs 1977’de tekrar hastaneye götürmüştür. Çekilen röntgen filminde sol uyluk kemik ucunda bir yer değişikliği-kayma görülmüş, yani, sol uyluk kemik ucunda avasküler nekroz geliştiği tespit edilmiştir. Tedavi sonucunda davacının sol kalçasında bir deformasyon olup, hareket kabiliyeti azalmış ve sol bacağına bir aksama kalmıştır. Bunun yanı sıra, avasküler nekroz sonucunda ileride

³⁷ *Khoury*, *Uncertain Causation*, s.159-160.

³⁸ [1987] A.C. 755.

kalça eklemde kireçlenme oluşabileceği saptamasında bulunulmuştur. 5 gün boyunca, yani 26 Nisan ve 1 Mayıs 1977 tarihleri arasında doğru tanı ve teşhisin konulmasındaki ihmâl (*negligence*) sonucu çektiği acı ve kazanma kapasitesi kaybından dolayı davalılara karşı tazminat davası açılmıştır.

İlk derece mahkemesi, şans kaybı doktrinini uygulayarak tazminata hükmetmiştir. Temyiz Mahkemesi de bu kararı onaylamıştır. Bununla birlikte Lordlar Kamarası davayı reddetmiştir.

1. Temyiz Mahkemesi ve İyileşme Şansı Kaybının Tazmin Edilmesi

Temyizde karar *Sir John Donaldson M.R, Dillion, L.J. ve Croom-Johnson L.J.* tarafından incelenmiş ve ilk derece mahkemesinin kararı onaylanmıştır. Kararda Lord'lar, davayı genel olarak *common sense*'e aykırılık, nedensellik bağının tesisi ve şans kaybı zararı çerçevesinde ele almıştır.

Temyiz mahkemesi hâkimlerinin sonuca varış yollarında farklılıklar olduğu görülmektedir. *Sir John Donaldson M.R.*, zararı “zamanında tedavi edilme yararı kaybı” olarak nitелеmekte ve bunun ispatlandığını belirtmekte, sorunu tazminat miktarı kapsamında ele almaktadır. *Lord Dillion* ise, *Chaplin v. Hicks* davasıyla karşılaştırma yapmakta ve “haksız fiil davalarında da şans kaybının tazmin edilebileceğini” ifade etmektedir. Karşılaştırma yaparken tıp biliminin sadece kesinliklerle ilgilenmediğini, çoğu zaman bir hastanın; sadece iyileşme şansına veya mevcut durumunun daha kötüye gitmesini engelleme şansına sahip olmak için hekime başvurduğunu ileri sürmektedir. *Lord Croom Johnson* ise haksız fiil davalarında şans kaybının tazmin edilebileceğini ancak şans kaybının tazmin edilebilmesi için bireysel bir şansın söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, gerek sorumluluğun kurulması konusunda, gerek zarar miktarının hesaplanması konusunda şansın göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmiş ve konuyu tamamen ispat hukuku açısından ele almıştır.

2. Lordlar Kamarası ve İyileşme Şansı Kaybının Tazmininin Reddedilmesi

İlk derece mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi kararlarına karşı Lordlar Kamarası davayı reddetmiştir.

a) Geçmiş Olay-Farazi/Gelecek Olay Ayrımı

Lordlar Kamarası'nın *Hotson* davasını reddetmesinin en önemli gerekçesi olayın geçmiş maddî bir vakıa olması, bu nedenle de olasılıkların dengesi ilkesine göre ispat edilmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda, bu ayrımı yapan diğer kararlara da değinen Lord'lar, bu ayrımı şu şekilde açıklamıştır:

*Mallett v. McMonagle*³⁹ davasında *Lord Diplock*; geçmişte gerçekleşen olaylar ile geleceğe ilişkin olaylar arasında bir ayrım yapmıştır. *Lord*'a göre, geçmişte gerçekleşen olaylar, “geçmişte ne oldu” sorusuna, zararın belirlenmesi olarak nitelendirilen geleceğe ilişkin olaylar ise “geçmişteki bir olay olmasaydı ne olmuş olurdu veya gelecekte ne olacak” sorularına cevap aramaktadır. Geçmişte ne olduğu tespit edilirken, olasılıkların dengesi ilkesi uygulanacaktır. Buna göre olabilirliği, diğerine göre daha fazla olan olayın gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, *Lord Diplock*, zararın miktarının, geçmişte bir olay olmamış olsaydı, gelecekte ne olurdu veya ne olmuş olurdu sorusunun cevabına bağlı olduğunu ve bu bağlamda, mahkemenin, söz konusu şeyin olmuş olma veya ileride gerçekleşme şansını tespit ettiğini ve tazminat miktarının da bu şans yansıttığını belirtmiştir⁴⁰.

Yine atıfta bulunulan *Davies v. Taylor*⁴¹ davasında, *Lord Reid* de geçmişte gerçekleşen olay ve gelecekte gerçekleşecek veya gerçekleşmiş olacak olay ayrımı yapmış, ancak konuyu ispat hukuku açısından ele almıştır. Bu bağlamda geçmişte gerçekleşmiş bir olayın ispatlanabilir olduğunu, bununla birlikte gelecekte gerçekleşecek bir olayın ispatlanabilir olmadığını belirtmiştir. Olasılıkların dengesi ilkesinin, bir olayın, geçmişte gerçekleşmiş olup olmadığı konusunda bir ispat aracı olduğunu belirtmiş ve gelecekte gerçekleşecek olaylar bakımından ise sadece şansların değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür⁴².

Bu görüşler ışığında, *Hotson* davasına konu olan olay, geçmiş bir olaydır ve bu nedenle olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulmalıdır.

³⁹ Lordlar Kamarası'nın 11 Şubat 1969 yılında vermiş olduğu karar için bkz.: [1970] AC 166.

⁴⁰ [1987] A.C. 757.

⁴¹ [1974] A.C.207.

⁴² [1987] A.C. 757-758.

Bu bağlamda, *Lord Bridge*; öncelikle avasküler nekrozun iki olası nedeni olduğunu tespit etmiştir. Bunlardan ilki, düşme sonucunda gelişmiş olması, diğeri ise hasar gören damarlardaki kanama dolayısıyla ortaya çıkan baskının epifizi canlı tutan diğeri damarların da zarar görmesi sonucu gelişmiş olmasıdır. Bununla birlikte tıbbî deliller arasında açık bir çelişki bulunmaktadır. Nitekim davalının lehine tanıklık yapan uzman, avasküler nekrozun gelişmesini tamamen düşmeye bağlarken, davacı lehine tanıklık yapan uzman ise en iyi ihtimalle hekimin ihmalinin avasküler nekroz gelişmesine maddî anlamda katkı sağladığını belirtmiştir. *Lord*, her ne kadar, özellikle tıbbî sorumluluk davalarında nedenselliğin her zaman açıklanamayacağını ve dolayısıyla mahkemenin sadece istatistikî şansı belirtmek durumunda kalabileceğini ifade etse de, somut davanın bu şekilde nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Nitekim geçmiş bir olaya ilişkin nedensellik tesis edilirken, hâkim, olasılıkların dengesi ilkesinden kaçınamaz. Bu nedenle, *Lord*, davacının, ihmâlin en azından zararın meydana gelmesine maddî anlamda katkı sağladığını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir⁴³.

Lord Mackay de somut olayı geçmiş maddî vakıa olarak değerlendirmiş ve davanın olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. *McGhee* kararını incelemiştir. Her ne kadar, örnekleme için kesin figürler verilemese de, *Lord Mackay*, *McGhee* kararının *Hotson* davasından farkını şu örnekle açıklamıştır. *McGhee* kararında, aynı koşullardaki 100 kişiden 70'inin dermatite yakalanma ihtimali bulunmaktadır. Yıkanma olanaklarının sağlanması durumunda ise, 100 kişiden sadece 30'u dermatite yakalanacaktır. Başka bir bulgunun olmaması durumunda, dermatit ile yıkanma olanaklarının yokluğu arasında bir bağlantı kurulduğu çıkarımının yapılması makuldür. Dolayısıyla yıkanma olanaklarının yokluğu dermatite yakalanma konusunda maddî anlamda bir katkı sağlamıştır. Sonuç olarak *Lord Mackay*, *McGhee* kararında şans kaybının tazmin edilmediğini belirtmiştir⁴⁴. *Lord Mackay*, Amerika'da iyileşme şansı kaybının tazmin edildiği bir kararı da incelemiş, ancak somut davada, davacının zararının tek nedeninin düşme olması, başka bir anlatımla hastaneye ulaştığında iyileşme şansının olmaması gerekçesiyle, kararda

⁴³ [1987] A.C. 782.

⁴⁴ [1987] A.C. 786.

uygulanan şans kaybı doktrinin bu davada uygulanamayacağı sonucuna varmıştır⁴⁵. Tüm bunların yanı sıra *Lord Mackay*, tıbbî sorumluluk davalarında, şans kaybını ispatlayan bir davacının hiçbir surette tazminat alamayacağı kuralını sevk etmenin akıllıca olmayacağını belirterek, bu konuda açık kapı bırakmıştır.

Lord Ackner, aynı düşünceden yola çıkarak, düşme sonucunda epifizi canlı tutmaya yetecek kadar damarın hasar görmeden kalıp kalmadığı sorununun davadaki asıl sorun olduğunu belirlemiştir. Dolayısıyla, hekimin ihmâlinin bir sonuç doğurup doğurmadığı tespit edilmesi gereken nedensellik bağı sorunudur. Bu bağlamda, yükümlülük doğmadan önce zararın gerçekleştiği veya kaçınılmaz kılındığı hallerde şans kaybının uygulaması söz konusu olmayacaktır⁴⁶.

b) *Chaplin* ve *Kitchen* Kararlarından Farkı

Lord Bridge, *Chaplin* ve *Kitchen* kararlarında uygulanan şans kaybının kıyasen vücut bütünlüğü zararını önleme şansı veya tıbbî sorumluluk davalarında doğru teşhis ve uygun tedaviyle daha iyi bir tıbbî sonuç alma şansı olarak uygulanıp uygulanamayacağını da incelemiştir. Söz konusu davalar ile *Hotsen* davası arasında farklılıklar bulunması nedeniyle, böyle bir kıyasın yapılamayacağı sonucuna varmıştır. Ancak *Lord Bridge*, bu farklılıkları görüşünde açıkça belirtmemiştir⁴⁷.

Somut davayı, *Kitchen* kararıyla karşılaştıran *Lord Ackner*, bu davanın *Kitchen* kararıyla hiçbir ilgisi olmadığını ifade etmiştir. *Kitchen* kararında, açık bir sözleşme ihlâli nedeniyle davacı değerli bir davayı kaybetmiştir. *Lord*'a göre, başarı beklentisi olan her dava bir değer arz etmekte ve mahkemenin yapacağı tek şey ise bu davanın değerini belirlemektir. *Lord Ackner*, *Chaplin* kararıyla da davayı karşılaştırmıştır. Davacının atıfta bulunduğu *Chaplin* kararının da talebini desteklemediğini belirtmiştir⁴⁸.

c) Tazminattan İndirim

Lord Bridge, İngiliz hukukunda şansı yansıtmak suretiyle tam tazminattan indirim yapıldığını gösteren Lordlar Kamarası kararı olmadığını

⁴⁵ [1987] A.C. 789-790.

⁴⁶ [1987] A.C. 793.

⁴⁷ [1987] A.C. 782-783.

⁴⁸ [1987] A.C. 793.

belirterek, (tam tazminata hükmedilen) *Bonnigton ve McGhee* kararlarının bu görüşü desteklemediğini ifade etmiştir⁴⁹.

Lord Ackner, somut davadaki sorunun nedensellik bağının ispatı olduğunu ve sorumluluğun aralarında bölünmesi gereken müşterek davalılar gibi özel durumlar olmadığı müddetçe, nedensellik bağının olasılıkların dengesine göre ispatlanacağını belirtmiştir. Ayrıca sorumluluk kurulduktan sonra, davacının tüm zararı karşılanacaktır. Başka bir anlatımla, nedensellik bağının %100 kesinlikle tesis edilemediği durumlarda, nedensellik bağının tesis edildiği orana tekabül eden bir indirim yapılmamaktadır. Bununla birlikte gelecek zararın değerlendirilmesinde belirsizliğin göz önünde bulundurulacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır⁵⁰.

B) *Gregg* Kararı

1. Karara Konu Olan Olay ve İlk Derece Mahkemesi

Aslında olay iyileşme şansı kaybının klâsik örneğidir. Davacı *Mr. Gregg* sol kolunun altındaki şişlik nedeniyle hekime başvurmuştur. Hekim; davacıya aslında lenf kanseri olmasına rağmen yanlış teşhis koyarak, şişliğin iyi huylu olduğunu belirtmiştir. Bu da davacının tedaviye başlamasında dokuz aylık bir gecikme sonucunu doğurmuştur. Gecikme dolayısıyla kanser yayılmış, ve hekimin doğru teşhiste bulunsaydı, hastanın sahip olmuş olacağı %42 iyileşme şansı (hastalığın nüksetmediği 10 yıl yaşama şansı), hekimin özen yükümünün ihlâli nedeniyle %25'e inmiştir. Davacı, hekimin kendisini ileri tetkik için hastaneye yönlendirmesi gerekliliğini ileri sürerek hekimin özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesi, doğru teşhis ve zamanında tedavi gerçekleşmiş olsaydı, hastanın acilen yüksek düzeyde kemoterapi almasına gerek olmayacağını ve en azından kanserin sol göğüs bölgesine sıçramasının engellenebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, olasılıkların dengesi ilkesi uyarınca, hekimin ihmâli olmasaydı, davacının sağlık durumunun daha iyi olacağı veya özel bir tedavinin uygulanmasının önüne geçilebileceği sonucuna da varılamayacağını ifade etmiştir. Bu sonuca varırken mahkeme, davacının hekime başvurduğu sırada %42 iyileşme şansına sahip olduğu, hekimin ihmâli neticesinde ise bu oranın azaldığı olgusundan hareket

⁴⁹ [1987] A.C. 782-783.

⁵⁰ [1987] A.C. 793.

etmiştir. İlk derece mahkemesi hakimi *Judge Inglis*, bu gerekçelerle davayı reddetmiş ve aynı zamanda *Hotson* kararına da atıfta bulunmuştur⁵¹.

2. Lordlar Kamarası

Lordlar Kamarası da ilk derece mahkemesinde olduğu üzere iyileşme şansı kaybının tazmini talebini reddetmiştir. Bununla birlikte *Hotson* kararından farklı olarak, bu karar oybirliği ile değil, oy çokluğu ile alınmıştır. Nitekim, *Lord Nicholls of Birkenhead* ve *Lord Craighead* iyileşme şansı kaybının tazmin edilebilirliğini savunmuştur. Bu kapsamda özellikle, *Lord Nicholls of Birkenhead* ayrıntılı bir inceleme yapmış ve hangi hallerde iyileşme şansı kaybının tazmin edilebileceğine ilişkin bir teori ileri sürmüştür.

a) İyileşme Şansı Kaybının Tazmin Edilmesi Yönündeki Mülâhazalar

Lord Nicholls of Birkenhead, bu davada tıbbî ihmâl davalarında neyin adaletsizlik oluşturduğu konusunun *common law*'daki içtihat ve mahkemeleri ikiye böldüğünü belirtmiştir. *Lord*; olasılıkların dengesi ilkesinin tüm tıbbî ihmâl davalarında, hastanın, iyileşme beklentisinin %50'nin üzerinde olması durumunda tazminat alabilmesi, %50'nin altında olması durumunda ise tazminat alamaması sonucunu doğurduğunu ifade etmiştir. Ayrıca *Lord*, böyle bir sonucu akıldışı olarak değerlendirmiş ve savunulamaz olduğunu ileri sürmüştür. Nitekim %45⁵² oranında iyileşme beklentisinin kaybı en az %55 iyileşme beklentisinin kaybı kadar gerçektir. Her iki olayda da, hekim, hastaya karşı özen yükümünü ihlâl etmiş, her iki olayda da hastanın durumu kötüleşmiştir. Hastanın kaybı önem ve değer arz etmektedir. Bununla birlikte, ilk olayda hastanın kaybı tazmin edilmekte, ikinci olayda ise bu kayıp tazmin edilmemektedir. Bu sonucun hiçbir anlamı bulunmamaktadır. *Lord Nicholls of Birkenhead*, ayrıca olayların %45'inde tazminata hükmedilmeyeceği için, hekime özen yükümlülüğü yüklenmesinin bir anlamı kalmayacağını belirtmiştir. Bu nedenleri gerekçe göstererek, *Lord*, söz konusu ayrıma karşı çıktığını ifade etmiştir. Bunun dışında *common law*'un mahkemeleri gerçeklik dışı bu uygulamaya zorlamadığını da belirtmiştir. *Lord*, %50'nin altında da olsa üstünde de olsa zarar görenin tazminat alma hakkı bulunduğu görüşünde olduğunu açıklamıştır⁵³.

⁵¹ [2005] 2 W.L.R. 268-269.

⁵² *Lord Nicholls of Birkenhead*, bu değerlendirmesinde genelleme yapmak suretiyle durum tespitinde bulunmuştur.

⁵³ [2005] 2 W.L.R. 270-271.

Lord Nicholls of Birkenhead; somut davada iyileşme şansı kaybının tazmin edilmesi gerekliliği sonucuna varırken, çok ayrıntılı bir inceleme yapıp, konuyu pek çok açıdan değerlendirmiştir.

aa) Geçmiş Olay-Gelecek Beklentisi Ayrımı ve Şans Kaybı Zararı

Lord Nicholls of Birkenhead, öncelikle, geçmiş olgu ve gelecek beklentisi ayrımını incelemiştir. Bu ayrım uyarınca, geçmiş bir olayın ya gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği sonucuna varılacaktır. *Lord*'un “geçmişte ne oldu” sorusuna yanıt aranırken bu yaklaşımın benimsenmesi konusunda hiçbir itirazı bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Lord*, davalının ihmâli olmasaydı geçmişte ne olmuş olacaktı sorusunun da mahkemeler tarafından genellikle olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde, ya hep ya hiç sonucu doğuracak şekilde belirlendiği tespitinde bulunmuş ve bu noktada, ayrımın eleştiriye açık olduğunu belirtmiştir. Nitekim *Lord*'a göre, geçmişte ihmâl olmasaydı ne olmuş olacağı farazîyeye dayanmaktadır. Farazî olaylar tanımları gereği ne geçmişte gerçekleşmiş, ne de gelecekte gerçekleşecek olaylardır ve bu olaylarda çok fazla belirsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle *Lord*, olayların olasılıkların dengesi ilkesine göre belirlenmesi durumunda, tatmin edici sonuçlara ulaşılmasının oldukça güç olacağı düşüncesindedir. *Lord Nicholls of Birkenhead*, bu durumda özellikle davalının ihmâli nedeniyle, davacının kendi kontrolünde olmayan ve doğası gereği belirsiz olan “istenilen sonucu elde etme şansı veya fırsatını” kaybetmesi durumunda karşılaşılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle de *Lord*, iyileşme şansı kaybının tazmin edilmesiyle bu eleştirilerin bertaraf edilebileceği sonucuna varmaktadır. Bu kapsamda *Lord Nicholls of Birkenhead*, iyileşme şansının tazmin edilebilmesi için şansın esaslı olması gerektiğini de belirtmiştir⁵⁴.

bb) Tıbbî İhmâl

Lord Nicholls of Birkenhead, iyileşme şansı kaybının tazmininin hem tıbbî gerçeklikle uyum gösterdiğini, hem hekimin yükümlülüğün amacıyla örtüştüğünü belirtmiştir. Nitekim hekimin yükümlülüğün amacı teşhiste ve hastaya müdahale sırasında özen göstermek suretiyle hastanın iyileşme beklentisini yükseltmektir. Bu çerçevede *Lord*, hali hazırda hekimin ihmâli nedeniyle, hastanın bu beklentisinin elinden alınması durumunda, davacının tazminat talebinin kabul edilmemesini haksız fiil hukukunun ciddi bir eksikliği

⁵⁴ [2005] 2 W.L.R. 272-274.

olarak değerlendirmektedir. Bu durum, hekimin yükümlülük ihlâli bakımından uygun bir hukukî çare sağlanmamış olması anlamına gelmektedir. *Lord*, “bir bacağı kurtarma şansı kaybı ile bir bacağı kaybetmenin aynı şeyler olmadığı, ancak bu saptamanın hekimin doğrudan sorumlu olduğu şans kaybının bir değer arz etmediği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda *Lord*, hukukun bu konuya ilişkin yaklaşımını yeniden değerlendirmesi gerektiğini ve adalet anlayışının iyileşme şansı kaybının da ekonomik bir şans kaybı kadar tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmesi gerektirdiğini ifade etmiştir⁵⁵.

cc) İstatistikî Delil

Lord Nicholls of Birkenhead, tıbbî sorumluluk olaylarında hastanın tedaviye nasıl cevap vereceğinin bilinmediğini ve bilinmeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle de hastanın öyküsü ve diğer belirtiler yardımcı olsa da, sıklıkla istatistikî delillerden yararlanılmaktadır. *Lord*'a göre, her ne kadar “istatistikî şansın” bir değeri olmadığı, dolayısıyla tazmin edilebilir bir zarar teşkil etmediği görüşü mantıklı olsa da, kabul edilebilir bir düşünce değildir. *Lord Nicholls of Birkenhead*, bazı davalarda, mahkemelerin hakkaniyetin açıkça gerektirdiği durumlarda delil boşluğunu gideren usuller benimsediğini ileri sürmüş ve *Fairchild* kararını bu duruma örnek olarak göstermiştir. Somut olay kapsamında da *Lord*, acil tıbbî müdahale yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, gecikmenin hastanın üzerinde olumsuz etkisi olacağına herkes tarafından bilinen bir gerçek olduğunu, nitekim kanserin yayılmış olması durumunda, tedavi karşısındaki duyarlılığın azalacağını belirtmiştir. Diğer hastaların sonuçlarından elde edilen bu deneyimlerin istatistikî olarak kayıt altına alındığını ve mahkemenin de gecikme dolayısıyla tek bir hastanın azalan iyileşme beklentisinin ölçülmesinde bu istatistikî kayıtlardan yararlanmasında herhangi bir sorun olmadığı görüşünde olduğunu ifade etmiştir. Her ne kadar *Lord*, istatistiğin değerinin kalitesine bağlı olduğunu ve değerlendirmede kullanılacak olan metot, güncellik, hasta sayısı ve davacının durumuna olan yakınlık gibi unsurların istatistiğin kalitesini gösterdiğini kabul etse de, istatistikî delillerin tamamen reddedilmesine karşı çıkmaktadır. Nitekim *Lord*'a göre, bunca eleştiriye rağmen, uygulamada somut olaydaki azalan beklentiyi gösterebilecek en iyi delil istatistikî delildir ve özellikle davalının

⁵⁵ [2005] 2 W.L.R. 274-276.

ihmâli nedeniyle uygun tedavi alamadığı için hastanın iyileşme şansının belirlenemediği hallerde istatistikî delillerin kullanılması çok daha ikna edicidir. *Lord Nicholls of Birkenhead*, ayrıca tıbbî istatistiklerin bu şekilde kullanımının yeni olmadığını da eklemiştir. Bu bağlamda, özellikle riziko artımı analizinin uygulandığı olaylarda, söz konusu rizikonun %50'nin üstünde olup olmadığına bakılmaksızın uygulandığını ifade etmiştir. %20 epilepsi riski taşıyan kafa yaralanması olayında, mahkemenin, tazminatı hesaplarken %20'lik riski göz önünde bulundurduğunu da belirtmiştir⁵⁶.

dd) Tıbbî İhmâl Davalarında Şans Kaybının Belirlenmesi

Lord Nicholls of Birkenhead, bu kapsamda somut davayı *Chaplin ve Hotson* kararları ile karşılaştırmıştır. *Chaplin* kararında, ihmâl olmasaydı hiç kimsenin ne olmuş olacağını bilemeyeceğini belirtmiştir. Bu belirsizlik de şans kaybının tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmesini meşru kılmıştır. Aksi takdirde, davacı, tazminata hak kazanamayacaktır. Bu bağlamda, davacının kaybettiği şans, final aşamasına katılma ve mülakatta değerlendirmeye alınmaktadır. Dolayısıyla, bu tip davalarda, ihmâl zamanında davacının fiilî durumu, farazî olgunun belirleyicisi değildir⁵⁷.

Oysa tıbbî ihmâl davalarındaki durum daha farklıdır. Hastanın ihmâlin gerçekleştiği zamandaki fiilî durumu, çoğunlukla ihmâl olmasaydı ne olmuş olacaktı sorusuna verilen cevabın sıklıkla belirleyicisidir. Nitekim *Hotson* kararında, *Hotson*'ın düşüşünden sonra epifizi besleyecek yeterli damar kalıp kalmadığı meselesi, ne olmuş olacaktı sorusunu belirlemekte ve eğer uygun bir tedavi görseydi avasküler nekroz önlenbilir miydi sorusuna verilecek cevabı doğrudan etkilemektedir⁵⁸.

Ama durum her zaman bu kadar basit değildir. İhmâlin gerçekleştiği zaman, hastalığın yapısının ve kapsamının makul bir kesinlikle belirlenmiş olması, ne olmuş olacaktı sorusuna basit bir cevap sağlamamaktadır. Olası birden çok sonuç bulunmaktadır. Bu soruya en iyi şekilde, ancak, istatistikî verilerin -mümkün olduğunca- kişiselleştirilmesiyle cevap verilebilecektir⁵⁹.

⁵⁶ [2005] 2 W.L.R. 276-277.

⁵⁷ [2005] 2 W.L.R. 277-278.

⁵⁸ [2005] 2 W.L.R. 278.

⁵⁹ [2005] 2 W.L.R. 278.

Bu bağlamda *Lord Nicholls of Birkenhead*, tıbbî ihmâl davalarını iki kategori altında değerlendirmiştir. *Hotson* kararı ilk kategoriye girerken, somut dava ikinci kategoriye girmektedir. Bu çerçevede de hastanın fiili durumunun ne olduğu yine olasılıkların dengesine göre belirlenecektir. *Hotson* kararında olasılıkların dengesi ilkesine göre epifizi besleyecek yeterli damar kalmadığı için, ikinci aşama olan ne olmuş olacaktı sorusuna verilen cevap oldukça basit olacaktır⁶⁰.

Lord Nicholls of Birkenhead, *Hotson* kararında *Gregg* tipindeki davalar konusunda açık bir kapı bırakıldığını belirtmiştir. Nitekim *Lord Bridge of Harwich*, özellikle nedenselliğin belirlenemediği durumlarda, mahkemenin, sadece istatistikî şansı tespit edebileceğini ifade etmiştir⁶¹.

Lord'a göre, mevcut davada *Hotson* kararında olduğu gibi geçmiş olguya ilişkin bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sadece ihmâl olmasaydı sonucun ne olmuş olacağını makul bir kesinlikle gösteren tıbbî görüş bulunmamaktadır. Bu durumda *Lord Nicholls of Birkenhead*, ya hep ya hiç sonucunu doğuran olasılıkların dengesi ilkesinin tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağı kabul edilip, ekonomik şans kayıplarında olduğu gibi şans kaybının tazmin edilmesi gerekliliğini belirtmiştir. *Lord Nicholls of Birkenhead* öncelikle uygun tedavi görmüş olması halinde davacının sahip olacağı iyileşme beklentisinin tıbbî bilgi uyarınca, ancak olasılık terminolojisiyle açıklanabilmekte olduğunu, başka bir anlatımla, olasılık terminolojisiyle açıklanmasının tıbbî gerçekliğin bir yansıması olduğunu belirtmiştir. *Lord*'a göre, hukukî yükümlülüğü uyarınca, hekim, hastanın menfaati doğrultusunda hareket etmelidir. Bu yükümlülük hastanın iyileşme beklentisinin en üst seviyeye çıkartılmasını da içermektedir. Bu çerçevede de hastanın beklentisinin yüksek olması veya düşük olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla iyileşme şansı kaybı, hekimin korumakla yükümlü olduğu şeyin kendisinin kaybıdır⁶².

Bu nedenlerle, bir hastanın iyileşme beklentisi önemli derecede tıbbî belirsizliğe bağlı ise ve iyileşme beklentisi tıbbî ihmâl nedeniyle önemli ölçüde azalmışsa, *Lord Nicholls of Birkenhead*'e göre, beklenti kaybının, tazmin edilebilir bir zarar teşkil etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda

⁶⁰ [2005] 2 W.L.R. 278-279.

⁶¹ [2005] 2 W.L.R. 279.

⁶² [2005] 2 W.L.R. 279-280.

ihmâlden önce hastanın iyileşme beklentisinin %50'nin üzerinde olmasının veya biraz altında olmasının bir önemi bulunmamaktadır. “Tıbbî belirsizlik”, hastanın durumunun doğasında olan bir belirsizliktir ve bu belirsizlik tıp bilimiyle açıklığa kavuşturulamamaktadır⁶³.

Lord Nicholls of Birkenhead, iyileşme şansı kaybının uygulanmasına ilişkin önerdiği sınırlandırmaların belirsiz olduğu eleştirisine karşı, mahkemelerin önlerine gelen bir olayın hangi kategoriye gireceğini belirleyebileceklerini, bu ayrımın çizilmesi gerekliliğini ifade etmiştir. Ayrıca bu belirsizliğin ya hep ya hiç yaklaşımının getireceği adaletsizlik karşısında tercih edilebileceğini belirtmiştir⁶⁴.

b) İyileşme Şansı Kaybının Tazmininin Reddedilmesi Yönündeki Mülâhazalar

Çoğunluk olan ve dolayısıyla Lordlar Kamarasının kararını belirleyen bu görüş uyarınca, somut davada iyileşme şansı kaybı tazmin edilmemelidir. *Lord*'lar ve *Baroness Hale*, bu karara varırken çeşitli mülâhazaları göz önünde bulundurmuşlardır. *Lord*'ların ve *Baroness*'in görüşleri bu mülâhazalar çerçevesinde aktarılacaktır.

aa) Kısmî Tazminat İtirazı

Bu mülâhaza *Lord Phillips* tarafından ileri sürülmüştür. Bugüne kadar zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testinde dahi tam tazminata hükmedildiğini belirterek, *Lord Phillips*, farklı olaylara adaletsizlik gerekçesiyle özel nedensellik testlerinin uygulanmasının *common law*'un ahengine genel bir tehlike oluşturacağı değerlendirmesinde bulunmuştur⁶⁵.

bb) Zararın Henüz Gerçekleşmemesi

Lord Phillips, *Lord Nicholls of Birkenhead*'in yaklaşımının somut olayda olduğu gibi, önlenebilecek olan zararın henüz gerçekleşmediği olaylarda uygulanamayacağını belirtmiştir. Nitekim davacı hâlâ hayattadır ve yaşayıp yaşamayacağı konusunda da bir belirsizlik bulunmaktadır. Bununla birlikte, sonucun gerçekleştiği olaylarda bu sonuca varmanın daha zor

⁶³ [2005] 2 W.L.R. 280-281.

⁶⁴ [2005] 2 W.L.R. 281-282.

⁶⁵ [2005] 2 W.L.R. 311.

olduğunu ifade ederek, bu konuda bir açık kapı bırakmıştır⁶⁶.

cc) Şans Kaybı Tazmini Doktrininin Uygulanmasındaki Güçlük

Lord Philipps, şans kaybının uygulanmasının zorluğunu vurgulayarak, olasılıkların dengesi ilkesi çerçevesinde çözüme bağlamanın çok daha kolay olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, adaletin önemli oranda tesis edilememesi sonucunu doğurması durumunda, sadece güç olduğu için bir doktrinin uygulanmaktan kaçınılmayacağını da ifade etmiştir⁶⁷.

dd) Zararın Davalıya İsnat Edilebilirliği

Lord Hoffmann, şans kaybı doktrininin, sadece, zararın, davalının eylemine açıkça isnat edilebilir olduğu olaylarda uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda *Doyle* kararında, davacının drama öğretmeni olmuş olabilseydi, elde etmiş olacağı ek kazancı kaybetmesinin, davalıya yüklenmesi konusunda herhangi bir ihtilâf bulunmamaktadır. Benzer bir şekilde, zarar gören eklemde arterit gelişmesi durumunda, eklemdeki yaralanmanın arterite neden olduğu konusunda da çoğunlukla bir ihtilâf bulunmamaktadır. Oysa somut davada, sorun, davacının 10 yıl daha yaşayıp yaşamaması değil, olası erken ölümünün davalıya yüklenip yüklenemeyeceğidir. *Lord Hoffmann*'a göre, bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira ilk derece hakimi, tedavideki gecikmenin iyileşme kaybının nedeni olmadığını tespit etmiştir. *Baroness Hale* de benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Her ne kadar *Lord Diplock*, gelecek zararların miktarının belirlenmesinde şansın ve riskin göz önünde bulundurulacağını belirtmiş olsa da, *Lord Hoffmann*, dolaylı zararın davalının neden olduğu zarar dolayısıyla ortaya çıkması gerektiğini belirtmiştir⁶⁸.

ee) *Reece*'in Deterministik Neden-İndeterministik Neden Ayrımı

Lord Hoffmann, ayrıca somut olaya şans kaybı doktrininin uygulanıp uygulanmayacağını *Chaplin*, *Hotson*, *Wilsher* ve *Fairchild* kararları çerçevesinde ele almış ve incelemesinde, *Reece*'nin belirlenmiş neden-belirlenmemiş neden (deterministik neden-indeterministik neden) ayrımını temel almıştır. Bu kapsamda, *Hotson* kararında kalça eklemine kanla

⁶⁶ [2005] 2 W.L.R. 301.

⁶⁷ [2005] 2 W.L.R. 311.

⁶⁸ [2005] 2 W.L.R. 284-285.

beslenmesi, *Wilsher* kararında, RLF'in ve *Fairchild* kararında akciğer zarı kanserinin belirli bir nedeni olduğunu ve davacının bu nedeni ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca *Fairchild* kararında benimsenen istisnanın bu kuralın ne kadar güçlü olduğunu vurgulamaya hizmet ettiğini de görüşlerine eklemiştir. *Lord Hoffman*'a göre, *Hotson* kararında hastanın hastaneye ilk gittiği zaman yeterli incelemenin yapılmaması ile *Wilsher* kararında tıp biliminin yeterli bir cevap sağlayamaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Geçmiş bir olayın nedenine veya geçmişteki bir olayın gelecekte başka bir olaya neden olup olmayacağına ilişkin belirsizlik, insanoğlunun bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Yani doğası gereği belirsiz değildir. Hukuk, insanoğlunun bilgi eksikliğinden kaynaklanan belirsizliği, ispat yükü kurumuyla çözüme bağlamaktadır. Somut olayda da davacının hastalığının nedeni belirlenmiştir, yani deterministiktir. Determinizm anlayışının tek bir istisnası bulunmaktadır, o da insanoğlunun davranışdır. Nitekim hukuk, insanın özgür iradesi olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede de, davacının kendisinin davranışına bağlı olan olaylar ile üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olan olaylar arasında bir ayırım yapılmıştır. İhmâl olmasaydı ne olacağının davacının kendisine bağlı olduğu davalarda, olasılıkların dengesi ispat ölçüsü aranırken, üçüncü bir kişinin davranışına bağlı olduğu olaylarda şans kaybının tazmini kabul edilmektedir. Bu keyfi ayırım açıkça politik gerekçelerle benimsenmiştir⁶⁹.

Baroness Hale de benzer bir yaklaşım benimsemiş ve olayı yazı-tura oyunundaki olasılık örneği ile açıklamıştır. *Hotson* kararında bozuk para atılmış, yani ya yazı ya da tura gelmiştir. Ancak hangisinin geldiği bilinmemektedir. Bu nedenle bu örnekte şanstın bahsedilemez. Aynı şekilde, *Hotson* kararında çocuk düştüğü anda kaderi belirlenmiştir. Yani ya epifizi canlı tutmaya yetecek kadar damar kalmıştır ya da kalmamıştır. Şanstın sadece bozuk para atılmadan önce veya atılmış olmasına rağmen henüz yere düşmemişse söz edilebilir. Bu bağlamda *Baroness*, bu örneğe tekabül edecek çok sayıda olay olduğunu da ifade etmiştir. Somut olaya ilişkin ise henüz bir mahkeme kararı bulunmamaktadır⁷⁰.

⁶⁹ [2005] 2 W.L.R. 285-288.

⁷⁰ [2005] 2 W.L.R. 320.

ff) *Lord Nicholls of Birkenhead*'in Önerisine İtirazlar

Lord Hoffmann, Lord Nicholls of Birkenhead'in nedenselliğin ispatındaki sorunun tıp biliminin cevap sağlayamamasından kaynaklanması durumunda, şans kaybının tazmin edilmesi, bununla birlikte ispat sorununun olaya ilişkin bilgi eksikliğinden kaynaklanması durumunda tazmin edilmemesi önerisini eleştirmiştir. Nitekim *Lord*'a göre, *Hotson* kararında nedensellik bağının ispatı, en az *Wilsher* kararındaki kadar güçlüdür. Ayrıca *Hotson* kararında yaşanan ispat güçlüğü davalının ihmâlinden kaynaklanmıştır⁷¹.

gg) Vücut Bütünlüğü Zararı ile Ekonomik Zarar Farkı

Baroness Hale, ise şans kaybının zarar olarak kabul edilip tazmin edilmesini çeşitli açılardan eleştirmiştir. Ayrıca haksız fiil hukukunun ceza hukuku olmadığını vurgulamış, ihmâle dayanan haksız fiil davasının özünün zarar olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda *Baroness, Kitchen* kararında şans kaybı tazmin edilirken, hekimin sorumluluğunda neden tazmin edilmediğini incelemiştir. İleri sürülebilecek argümanlardan birinin *Tony Weir*'in ifade ettiği vücut bütünlüğü zararı ile ekonomik zarar arasındaki fark olduğunu belirtmiştir. Nitekim kazanç şansı kaybı kazanç şansı gibidir, nitelik olarak benzemekle birlikte nicelik olarak kazançtan daha azdır. Bununla birlikte bacağı kaybetme şansı kaybı, bacağı kaybetmekle aynı değildir. *Baroness* bu ayırımın aslında günümüzde ortadan kalktığını ifade etmekle birlikte, ekonomik zararların çoğunun, elde edilmesi beklenen kazançla ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda beklenen kazanç ile kazanç elde etme şansı arasında çok fazla bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte “hastalıktan kurtulma” ile “hastalıktan kurtulma şansı” arasında çok daha büyük bir fark bulunmaktadır⁷².

hh) Sorunun Parlamento Tarafından Çözülmesi Gerekliliği

Lord Hoffmann, 10 yıl daha yaşama şansının kaybının tazmini talebinin kabul edilmesinin, Lordlar Kamarasının bugüne kadar ki kararlarını

⁷¹ [2005] 2 W.L.R. 288.

⁷² [2005] 2 W.L.R. 322-324. Bu noktada *Baroness Hale*, *Tony Weir*'in açıklamalarına atıfta bulunmuştur. Kazanç şansı kaybı, kazanç kaybına benzerlik arz etmektedir. Zira, kazanç şansı kaybı ile kazanç kaybı arasında niteliksel bir farklılık bulunmamakta, sadece kazanç şansı kaybı, kazanç kaybından niceliksel olarak daha az bir miktara tekabül etmektedir. Oysa iyileşme şansı kaybı bakımından böyle bir tespit yapılamamaktadır. [2005] 2 W.L.R. 322-324.

değiştirmesi anlamına geleceğini belirtmiştir. Nitekim benzer bir talep *Wilsher* kararında reddedilmiştir. Ayrıca *Fairchild* kararında, *Wilsher* kararı açıkça onaylanmıştır. Yeni argümanlar ileri sürülmediği ve koşullarda değişiklik olmadığı gerekçesiyle *Lord Hoffmann*, eski kararlardan ayrılan radikal bir karar verilmesini doğru bulmamıştır. Ayrıca olası nedenselliğin toptan benimsenmesi hukukta radikal bir değişiklik anlamına gelmektedir. Bu, parlamento tarafından yapılması gereken büyük bir değişikliktir. Nitekim böyle bir değişikliğin sigorta şirketleri ve Ulusal Sağlık Hizmetleri üzerinde olası büyük sonuçları olacaktır. Bu nedenle de *Lord Hoffmann*, bu hususun Parlamento'ya bırakılması gerekliliğini ifade etmiştir⁷³.

Lord Phillips de ihmâlin, soyut zarara neden olması iddiası karşısında olasılıkların dengesi ilkesinden vazgeçilip vazgeçilmemesi hususunun Lordlar Kamarasından ziyade, Hukuk Komisyonunun değerlendirmesi gerekliliğini belirterek tazminat talebini reddetmiştir⁷⁴.

V. Doktrinde İyileşme Şans Kaybının Tazmininde Göz Önünde Bulundurulmuş Mülâhazalar

A) Sözleşme Sorumluluğu-Haksız Fiil Sorumluluğu Ayrımı

Chaplin kararının sözleşme hukukundan doğan sorumluluk, *Hotson* kararının ise haksız fiil sorumluluğu olması dolayısıyla, şans kaybının uygulama alanı bakımından sözleşme hukuku-haksız fiil hukuku ayrımının bir önemi bulunup bulunmadığı tartışılmaya başlanmıştır. *Reece*, bu yaklaşımın şaşırtıcı bir biçimde kabul gördüğünü, bununla birlikte bu ayrımın geleneksel bir bakış açısına dayandığını da ifade etmektedir⁷⁵. Bu yaklaşımın temelinde, “sözleşme ihlâli” davasının açılabilmesi için zararın ispatlanması gerekmezken, “ihmâle dayanan haksız fiil” davasının açılabilmesi için zararın ispatlanmasının gerekiyor olması bulunmaktadır. Nitekim sözleşme ihlâli davasında nominal zarar da talep edilebildiğinden; zarar sorunu sadece, zarar miktarının belirlenmesi çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁶. Bu ayrımın şans kaybının uygulama alanı bakımından bir

⁷³ [2005] 2 W.L.R. 287-289.

⁷⁴ [2005] 2 W.L.R. 312.

⁷⁵ *Reece*, s.189.

⁷⁶ *Reece*, s.189-190; *Khoury, Uncertain Causation*, s.122-123.

önemi bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁷. Nitekim haksız fiil davalarında da kimi hallerde zarar miktarının belirlenmesinde de şans göz önünde bulundurulmaktadır⁷⁸. Her ne kadar ihmâle dayanan haksız fiil sorumluluğunda, şans kaybının tazminine temel kararlar avukatın sorumluluğuna ilişkin olsa da, şans kaybının sadece bu davalarda uygulama alanı bulduğu sonucuna varılmamalıdır. Nitekim *Doyle* kararı gibi, vücut bütünlüğünün ihlâl edildiği olaylarda da uygulama alanı bulduğunun belirtilmesi gerekmektedir⁷⁹.

B) Geçmiş Olay- Farazî/Gelecek Olay Ayrımı

Hotson kararında, talebin, Lordlar Kamarası tarafından reddedilme gerekçesi bu ayrıma, yani, geçmiş olay-gelecek olay ayrımına dayanmaktadır. Aslında bu ayrım nedensellik bağı-zararın belirlenmesi ayrımının bir yansımasıdır. Nitekim sorunun nedensellik bağının tesisi olarak ele alınması durumunda, olasılıkların dengesi ilkesi uygulanacak, oysa zarar miktarının belirlenmesi olarak ele alındığında şans göz önünde bulundurulacaktır⁸⁰. Aynı ayrımın *Gregg* kararında da benimsendiği ve özellikle *Lord Nicholls of Birkenhead* tarafından ayrıntılı bir biçimde incelendiği görülmektedir. Buradan yola çıkarak şans kaybı doktrininin, sadece gelecek veya farazî olaylar bakımından söz konusu olabileceği, geçmiş olaylar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılabilir⁸¹.

Bu bağlamda *Cooper*, tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansının geçmiş bir olaya değil de, hastanın belirli ilaçlara nasıl tepki vereceğine bağlı olduğu örneğinde olduğu gibi, farazî bir olaya dayanması durumunda tazmin edileceğini ileri sürmektedir⁸². Ayrıca *Cooper*, *Hotson* kararının sözleşme hukukunda da uygulama alanı bulacağını ifade etmekte⁸³ ve bunu

⁷⁷Oliphant, Ken. (2008). Loss of Chance in English Law. *European Review of Private Law*, 16(6), s. 1062; Khoury, Uncertain Causation, s.123; Burrows, s.41.

⁷⁸Fischer, David A. (2001). Tort Recovery for Loss of a Chance. *Wake Forrest Law Review*, 36, s.609; Khoury, Uncertain Causation, s.123.

⁷⁹McGregor, Damages, s.324; Burrows, 37-38.

⁸⁰McGregor, Loss of Chance, s.5.

⁸¹McGregor, Damages, s.313-314; McGregor, Loss of Chance, s.5; Oliphant, s.1068-1069; Burrows, s.34; Khoury, Uncertain Causation, s.124-127; Cooper, Glenn. (1988). Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort. *Auckland University Law Review*. 6(1), s.41.

⁸²Cooper, s.42.

⁸³Cooper, s.43. Aynı yönde bkz. Burrows, s.41.

bir örnekle açıklamaktadır. Bu örneğe göre, bir köpek çitten atlarken yaralanmış, bunun üzerine de sahibi tarafından veterinerine götürülmüştür. *Hotson* kararına konu olan olaya benzer bir şekilde köpeğin sinirlerinin çitten atlarken mi zarar gördüğü yoksa veterinerin ihmâli sonucu mu zarar gördüğü belirlenmemektedir. Aynı şekilde sinirlerin %75 ihtimalle olay anında zarar gördüğü, olay anında zarar görmemesi durumunda dahi, hekimin ihmâli olmasaydı sağlığına %25 ihtimalle kavuşacağı tespit edilmiştir. Bu olayda köpeğin sahibi ile veteriner arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Buna rağmen çözüme bağlanması gereken maddî olay geçmişe ilişkindir; bu nedenle olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu ilkeye göre ise nedensellik bağı ispat edilemeyecektir. Dolayısıyla, köpek sahibi, aynen ifa (bu davada olası gözükmesi de), sözleşmenin feshi ve ödediği miktarın iadesi gibi taleplerde bulunabilecekken, kötü ifa nedeniyle zararın tazminini talep edemeyecektir⁸⁴.

Bununla birlikte bu ayrıma karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. *Reece*, bu ayrımın sunî bir ayrım olduğunu, her olaydaki belirsizliğin hem geçmiş vakia, hem farazî olay olarak formüle edilebileceğini belirtmektedir. Nitekim *Hotson* kararında uygun tedavi yapılmış olsaydı, avesküler nekroz gelişecek miydi sorusu farazî bir olaya ilişkinen, “epifizin canlı kalmasına yetecek kadar zarar görmeyen damar var mı” sorusu ise geçmiş maddî olaya ilişkindir. Benzer bir şekilde davalının ihlâli olmasaydı ne olmuş olacaktı sorusu, *Chaplin* kararında farazî olaya ilişkin olup, davacı ödül alacak on iki kişiden biri miydi sorusu geçmiş maddî olaya ilişkindir. Bu nedenle *Reece*, söz konusu yaklaşımının aydınlatıcı olmadığını ileri sürmektedir⁸⁵.

C) İstatistikî Şans-Bireysel Şans

Hill, şans kaybının tazmin edilebilirliği incelemesini bireysel şans-istatistikî şans temelinde yapmıştır. İyileşme şansı kayıplarında sadece istatistikî bir şans bulunmaktadır. *Hill* bunu bir örnekle açıklamıştır. Bu örnek; bir hastanın kanserin iyileşme oranı %35 olan ilk evresindeyken hastalığının teşhis edilememesi ve bir süre sonra başka bir hekime başvurduğunda iyileşme oranı %20 olan ikinci evresindeyken tanı

⁸⁴ Cooper, s.43.

⁸⁵ Reece, s.191.

koyulmasına ilişkindir. Örnekte hastanın iyileşme şansı istatistiksel olarak %15 azalmıştır. Ancak buradaki şans istatistikî bir şanstır. Burada önem arz eden husus, hastanın kendisinin gerçekten ne kaybettiğidir. Başka bir anlatımla, hasta ya %20'lik gruba dahil olup yaşayacak ve hiçbir şey kaybetmemiş olacak ya da %80'lik gruba dahil olarak hayatını kaybedecek, dolayısıyla davacı tam tazminat alacaktır. Bu noktada hastanın hangi gruba dahil olacağına belirlenmesi mahkemenin görevidir. Bu çerçevede, mahkeme, hastanın 15 kişiden biri olup olmayacağına karar verecek, böylelikle istatistik kişiselleştirilmiş olacaktır. 15 kişiden biri olduğuna karar verilirse, hasta tam tazminat alacaktır. Bu ise geçmiş bir maddî vakıa sorunu olduğu için olasılıkların dengesi ilkesine göre çözüme kavuşturulacaktır. Bununla birlikte bu sonuca varabilmek için daha fazla delile ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim tümörün yeri nedeniyle tedavi normalden daha karmaşık olabilir veya ilk bulunuş zamanında tümörün boyutu, uygun testler yapılsaydı dahi teşhis edilememesine neden olabilir. Bu durumda, hastanın iyileşme şansı, istatistikî şanstın daha az olacaktır. Tam tersi koşulların olması halinde ise, bu şans daha yüksek olacaktır. Bu görüşe göre istatistikî şans somutlaştırılmadığı müddetçe tazmin edilmemesi gerekmektedir⁸⁶.

D) Epistemolojik Şans –Objektif Şans

Reece, geçmiş maddî vakıa-farazî olay ayrımının aslında daha derinde yatan bir deterministik-indeterministik ayrımının yansıması olduğunu ileri sürmektedir. *Gregg* kararında, hem *Lord Hoffmann*, hem *Baroness Hale* tarafından bu görüşe ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Bu nedenle, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla kısa bir açıklama ile geçilecektir⁸⁷. Deterministik-indeterministik neden ayrımının temelinde belirsizliğin nereden kaynaklandığı yatmaktadır. Belirsizliğin insanoğlunun bilgi eksikliğinden kaynaklanması durumunda, bu nedenin, deterministik olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, belirsizliğin insanoğlu davranışı gibi doğası gereği indeterministik bir nedenden kaynaklanması durumunda ise şans kaybının tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁸.

⁸⁶ Hill, Timothy. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review*, 54(4), s.512-513.

⁸⁷ Bkz. yuk. s.18-19.

⁸⁸ *Reece*, s.188-205.

VI. *Barker* Kararı ve İyileşme Şansı Kaybı

Hogg, şans kaybı doktrinini, zarar rizikosunu artırma testinin bir alternatifi olarak değerlendirmiştir. Hatta *McGhee* ve *Fairchild* kararlarındaki sorunun şans kaybı doktrini çerçevesinde daha iyi bir çözüme kavuşturulacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, şans kaybı doktrininden davalının kusurlu davranışı olmasaydı, zararın yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir belirsizlik durumunda yararlanılabilir. Bu bağlamda, belirsizliğin, geline bilim seviyesinin eksikliğinden mi, yoksa insan davranışının öngörülmezliğinden mi kaynaklandığının bir önemi bulunmamaktadır⁸⁹. *Hogg*, *Barker* kararından önce mahkemelerin “şans kaybının tazmini” ile “zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testi” arasındaki kavramsal farklılıkları açıklamakta güçlük çektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda aralarındaki tek fark, zarar rizikosu testinde tam tazminata hükmedilirken, şans kaybı doktrininde oransal tazminata hükmedilmesi olarak görülmüştür. *Barker* kararında ise tüm bu problemler ele alınmıştır⁹⁰.

Barker davasına konu olan olay, *Fairchild* kararına konu olan olaya oldukça benzerlik göstermektedir. Yine bir işçi, iki ayrı dönemde çalıştığı farklı işyerinde asbeste maruz kalmış ve akciğer zarı kanserine yakalanarak hayatını kaybetmiştir. Ancak asbeste maruz kaldığı bir üçüncü dönem daha vardı ki, bu dönemde kendi hesabına çalışmıştır. Lordlar Kamarası, her iki iş yeri sahibi olan davalıyı da zarar rizikosu oranında sorumlu bulmuştur.

Barker kararından sonra, doktrinde bu kararın sonuçları tartışılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda varılabilecek ilk sonuç, zarar rizikosunu önemli oranda artırma testinin kapsamının genişlemesidir. *McGhee* kararında, zarara, tek bir davalının haksız fiil teşkil eden davranışıyla, haksız fiil teşkil etmeyen davranışı birlikte neden olmuşken, *Fairchild* kararında ise birden çok davalının haksız fiil teşkil eden davranışı zarara birlikte neden olmuştur. Oysa *Barker* kararında, hem birden çok davalının kusuru, hem davacının kusuru zarara neden olmuştur. Bu bağlamda *Barker* kararıyla birlikte, davacının kusurunun da zarara katkıda bulunduğu olaylarda zarar rizikosunu artırma testi uygulama alanı bulacaktır⁹¹. *Barker* kararının en

⁸⁹ Hogg, s.15. Aksi yönde Reece, s.188-205.

⁹⁰ Hogg, s.15.

⁹¹ Khoury, Lara. (2008). Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France. *Law Quarterly Review*, 124, s.111 (Causation and Risk).

önemli sonuçlarından biri riziko artırımının zarar olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla tazminatın, risk oranına tekabül edecek şekilde belirlenmesidir⁹². *Burrows*, zarar rizikosunun önemli oranda artırılması ifadesi yerine şans kaybı ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Bu bağlamda, yazar, vücut bütünlüğü zararını önleme şansı kaybının ilk kez *Barker* kararında kabul edildiğini, ancak bu şans kaybının tazmin edilebilmesi için iki koşulun sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Yazar tarafından “ikiz kriter” olarak adlandırılan bu koşullar; hastalığın veya zararın gerçekleşmiş olması ile zarara tek bir nedensel unsurun neden olmasıdır⁹³.

Burrows; zararın gerçekleşmiş olması şartının, zararın gerçekleşmediği olaylarda, olasılıkların dengesi ilkesinin şans kaybına tercih edilmesi olarak yorumlanmaması gerektiğini, henüz zararın ortaya çıkmaması dolayısıyla politik gerekçelerle bu şartın benimsenmiş olduğunu belirtmiştir⁹⁴. Zarara tek bir nedensel etken olması şartını ise eleştirmiştir. Yazar, *Barker* ve *Fairchild* kararlarına konu olan olaylarda, tek bir nedensel etkenin *Wilsher* kararında ise birden çok nedensel etkenin olduğu konusunda şüphe bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, *Hotson* ve *Gregg* kararlarına konu olan olaylarda da tek bir nedensel etken olduğu ileri sürülebilir. Nitekim *Hotson* kararında bu unsur, çocuğun kalça engeline yol açan kan tedarikinin kesilmesi iken, *Gregg* kararında kanserin yayılmasına yol açan önceden mevcut kanser hücreleridir. Bu nedenlerle, *Burrows*, tek etken kavramının nasıl anlaşılması gerekliliği konusunda güçlükler olduğunu ve bu kavramın son derece muğlak olduğunu ifade etmiştir⁹⁵.

Jansen ise, şans kaybı ile zarar rizikosunun artırılması testi arasında bir ayırım yapılması gerekliliğini düşünmektedir⁹⁶. Yazar, özellikle şans kaybının ayrı bir zarar olarak kabul edilmesi durumunda, dava sayısının artmasının önüne geçilebilmesi için bu ayırımın yapılması gerekliliğini vurgulamıştır⁹⁷. Yazar, her iki test ve doktrin arasındaki farklılığı *Hotson* ve *Wilsher* kararları

⁹² Khoury, *Causation and Risk*, s.111.

⁹³ Khoury, *Causation and Risk*, s.111; *Burrows*, s.38.

⁹⁴ *Burrows*, s.39.

⁹⁵ *Burrows*, s.39.

⁹⁶ Jansen, Nils. (1999). The Idea of Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*, 19(2), s.281.

⁹⁷ *Burrows* da tek nedensel etken koşulunun aranmasının ardında açılacak olan dava sayısının artacağı korkusunun yattığını belirtmiştir. Bkz. *Burrows*, s.40.

çerçevesinde açıklamıştır. Nitekim *Hotson* kararında hasta %25'lik bir iyileşme şansına sahip iken, *Wilsher* kararında şans kaybının söz konusu değildir. *Wilsher* kararında hekimin kusuru, hastanın hâlihazırdaki riskli durumunu daha da riskli hale getirmiştir. Ancak hastanın iyileşme şansını yok etmemiştir. *Wilsher* kararında birbirinden bağımsız beş etken söz konusudur. Hangi etkenin nihaî sonuca neden olduğu bilinmemekle birlikte, her bir olası neden birbirinden bağımsız olarak sürece katkıda bulunmuştur. Farklı riskler basitçe birbirinin etkisini artırmadığı için geriye esaslı bir şans kalmıştır⁹⁸. Şans kaybı olayları, *Wilsher* kararında olduğu gibi, hem yeni bir riskin yaratıldığı davalardan, hem diğer nedenlerden dolayı ölecek olan bir kişiye ateş edilmesi örneğinde olduğu gibi doğrudan nihaî zarara neden olan olaylardan ayrılmalıdır⁹⁹. Başka bir anlatımla, şans kaybı doktrinin uygulandığı olaylarda davacının sahip olduğu şans *tamamen* elinden alınmalıdır. Diğer olaylarda ise sadece zarar rizikosunun artırılması söz konusudur¹⁰⁰.

VII. SONUÇ

İngiliz hukukunda şans kaybı doktrinin uygulama alanının sınırlandırılmak istendiği şüphesizdir. Bununla birlikte, sınırlandırmanın nasıl yapılacağı konusunda tartışmalar yer almaktadır. İyileşme şansı kaybının tazmini konusunda ileri sürülen tüm argümanlar değerlendirildiğinde, göz önünde bulundurulacak başlıca kriterin; ister nedensellik bağı-zararın belirlenmesi, ister deterministik olay-indeterministik olay olarak adlandırılınsın, geçmiş olay-farazî olay ayrımı olduğu görülmektedir. Bu ayrıma yönelik eleştiriler ve bu eleştiriler nedeniyle farklı gerekçeler arayışı, aslında bu ayrımın tatmin edici olmadığını göstermektedir. Nitekim bu olaylarda, ister geleceğe yönelik olsun, ister geçmişe yönelik olsun, tıp biliminin ulaştığı seviyeye rağmen nedensellik sürecinin aydınlatılamaması söz konusudur.

Sonuç olarak, geçmiş olaylara ilişkin nedensellik sürecinin belirlenmesinde geleneksel yaklaşıma istisna getirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. *McGhee*, *Wilsher* ve *Fairchild* kararlarındaki çeşitli nitelemelerin ardından, *Barker* kararıyla birlikte geçmiş olayın belirlenmesinde şans

⁹⁸ Jansen, s.281-282.

⁹⁹ Jansen, s.282, dn.59.

¹⁰⁰ Jansen, s.282.

kayıbı-zarar rizikosunun artırılması “zarar” olarak kabul edilerek, oransal tazminata hükmedilmiştir. Ancak kararda, şans kaybı-zarar rizikosunun artırılması zararının uygulama alanı oldukça sınırlandırılmıştır. Zararın gerçekleşmesi koşulu, *Gregg* kararının doğru bir karar olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, özellikle tek nedensel etken sınırlandırması tartışmalara yol açmıştır. Bu kapsamda, *Barker* kararının, bundan sonra tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının söz konusu olduğu olayları nasıl etkileyeceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. İngiliz hukukundaki bugüne kadarki gelişmeler, tıbbî sorumlulukta iyileşme şansı kaybının, *Hotson* kararına benzer olaylarda ve *Gregg* kararına benzer olaylarda tazmin edilemeyeceğini göstermektedir. *Hotson* kararındaki belirsizlik, zararın çocuğun düşme anında meydana gelmiş olma olasılığından, *Gregg* kararında ise, nihaî zararın henüz gerçekleşmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Henüz mahkemelerin önüne gitmemiş, dolayısıyla tartışılmamış bir sonraki olay grubu ise, belirsizliğin, hekimin ihmâlinden kaynaklandığı ve nihaî zararın gerçekleştiği olaylardır. Bununla birlikte, özellikle diğer kararlarda farklı çözüm yollarının benimsenmesi göz önünde bulundurulduğunda, Lordlar Kamarasının önüne böyle bir olay geldiğinde, iyileşme şansı kaybının tazmin edilmeyeceği öngörüsüne¹⁰¹ katılmamak mümkün değildir.

İncelenen tüm davalarda ileri sürülen geleneksel yaklaşımın korunmasına yönelik mülâhazaların yanı sıra, en dikkat çekici mülâhaza, tıbbî sorumluluk alanında iyileşme şansı kaybının zarar olarak kabul edilmesinin Ulusal Sağlık Hizmetleri ve hekimler üzerinde doğuracağı sonuçtur. Bu çerçevede açılacak olan dava sayısının artması ve sağlık hizmetlerinin maliyetinin artması göz önünde bulundurulmaktadır. Bu nedenle de özellikle *Gregg* kararında, *Lord*'lar, böylesine bir radikal değişikliği Parlamente'ye sevk etmiştir. Bununla birlikte, özellikle zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testinin kabul edilme süreci, bu mülâhazanın aslında belirleyici bir mülâhaza olmadığını da göstermektedir. Nitekim 1973 yılından itibaren uygulaması olan zarar rizikosunun önemli oranda artırılması testi, ancak 2006 yılında *Barker* kararıyla teorik bir temele oturtulabilmiştir. Tartışmalar, her kararda farklı teorik nitelendirmeler barındırmakta, İngiliz hukukunda bu konuya ilişkin geleneksel yaklaşımdan kolay vazgeçilmediği düşüncesine yol açabilmektedir.

¹⁰¹ Oliphant, s.1070-1071.

KAYNAKÇA

- Bailey, Stephen. (2010). Causation in Negligence: What is a Material Contribution?. *Legal Studies*, 30 (2), s.167-185.
- Burrows, Andrew. (2008). Uncertainty about Uncertainty: Damages for Loss of a Chance. *Journal of Personal Injury Law*, (1), s.31-43.
- Cardona Ferreira, Rui. (2013). The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal*, (1), s.56-74.
- Cooper, Glenn. (1988). Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort. *Auckland University Law Review*. 6(1), s.39-51.
- Fischer, David A. (2001). Tort Recovery for Loss of a Chance. *Wake Forrest Law Review*, 36, s.605-655.
- Hill, Timothy. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review*, 54(4), s.511-523.
- Hogg, Martin. (2007). Re-establishing Orthodoxy in the Realm of Causation. *Edinburgh Law Review*. 11(1), s.8-30.
- Jansen, Nils. (1999). The Idea of Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*, 19(2), s.271-296.
- Kadner-Graziano, Thomas. (2008). Ersatz für "Entgangene Chancen" im europäischen und im schweizerischen Recht Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag. *Haftung und Versicherung*, s.61-68.
- Khoury, Lara.(2006). *Uncertain Causation in Medical Liability*. Oxford: Hart Publishing (Uncertain Causation).
- Khoury, Lara. (2008). Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France. *Law Quarterly Review*, 124, s.103-131 (Causation and Risk).
- King, Joseph H.Jr. (1997-1998). Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *University of Memphis Law Review*, 28 (2), s.491-560.

- Koch, Bernard A. (2011). Comparative Report, içinde Winiger, Benedict/Koziol, Helmut/Koch, Bernard A./Zimmermann, Reinhard. (eds.). *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlin: De Gruyter, s.1120-1123.
- Martin-Casals, Miquel. (2008). Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine. *European Review of Private Law*, 16(6), s.1043-1050.
- McGregor, Harvey. (2008). Loss of Chance: Where has it come from and where is it going?. *Professional Negligence*, 24 (1), s.2-12 (Loss of Chance).
- McGregor, Harvey. (2003). *McGregor on Damages* (17.bs.). London: Sweet & Maxwell Ltd (Damages).
- Müller, Christoph. (2002). Schadenersatz für verlorene Chancen-Ei des Kolombus oder Trojanisches Pferd?. *Aktuelle juristische Praxis (AJP) /Pratique Juridique Actuelle (PJA)*, (4) s. 389-406.
- Oliphant, Ken. (2008). Loss of Chance in English Law. *European Review of Private Law*, 16(6), s. 1061-1070.
- Reece, Helen. (1996). Loss of Chances in the Law, *The Modern Law Review*, 59 (2), s.188-206.
- Stapleton, Jane. (2003). Cause in fact and the scope of liability for consequences. *Law Quarterly Review*, 119, s.388-425.
- Stark, Emil W. (1991). Die Perte d’une Chance” im schweizerischen Recht içinde Guillod, O. (ed.). *Developpements recents du droit de la responsabilite civile, Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, s.101-109.
- Weir, Tony.(1991). Loss of a Chance-Compensable in Tort? The Common Law, içinde Guillod, O (ed). *Developpements recents du droit de la responsabilite civile, Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, s.111-129.