

YAŞAMA ŞANSININ YİTİRİLMESİ SONUCU UĞRANILAN KAYIPLAR AÇISINDAN HEKİMİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI - UYGUN İLLİYET BAĞI TEORİSİNE DEĞİŞİK BİR YAKLAŞIM

*Yrd. Doç. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ**

GİRİŞ

Hasta, sözleşme yapıldığı anda sınırlı bulunan yaşama şansını, hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranmış olması nedeniyle tamamen kaybedebilir. Böyle bir durumda, hasta yakınlarının uğradığı kayıpların tazmin edilip edilmeyeceği, tazminat gerekiyorsa bunun kapsamının nasıl belirleneceği sorunu, Kıta Avrupası ve Anglo-sakson uygulamalarında tartışmalıdır.

Konunun esasına girmeden önce, tedavi sözleşmesinden doğan borca aykırılığın sonuçlarını genel olarak ele alacağız. İkinci aşamada, borca aykırılıkla, yaşama şansı sınırlı olan hastanın ölümü sonucu uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığına ilişkin farklı ülke yargı organlarının vermiş olduğu kararları irdeleyeceğiz. Son olarak, Türk yargı organları tarafından esas alınabilecek bir çözüm önereceğiz.

I. GENEL OLARAK HEKİMİN TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI

Hekimin tıp mesleğinin yüklediği acil olaylarda ilk yardım görevinden kaçınması veya rızası alınamayacak şartlar altında (koma hali) bulunan hastaya yanlış tedavi uygulaması sonucunda meydana gelen zararlar, BK'nun 41 vd. maddeleri uyarınca, haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilir. Vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetlerin bir sözleşmeyle öngörülmüş olması durumunda, sözleşmeden doğan borçların

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ifa edilmemesi sonucu uğranılan zararlar, BK'nun 96 vd. maddeleri uyarınca tazmin edilir.

Bu çalışmada, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğunu varsayacağız. Önce, tedavi sözleşmesinin hukukî niteliği; sonra, hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borçları; son olarak, tedavi sözleşmesinden doğan borca aykırılığın sonuçları üzerinde duracağız.

A. Tedavi Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Hastanın hekime göre sözleşmenin konusu ile ilgili daha az teknik bilgiye sahibi olması, sözleşmenin karşılıklı güven esasına dayanmasını gerektirir¹. Böylece, doğrudan veya dolaylı tedavinin amaçlandığı faaliyet, çoğu kez hasta ile hekim arasındaki bir vekâlet sözleşmesine dayanır². BK'nun 390. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, “vekil, müvekkiline karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir”. Vekil, vekâlet verenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zarara uğratacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâlet sözleşmesinden doğan bu borç, hekimi, tıp bilimi ve uygulamasının ön gördüğü şartlara bağlı kalarak gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedavi yöntemini seçmek ve uygulamakla yükümlü kılar³.

Hastanın tedavisinin sonucunun genellikle olduğu gibi hekimin faaliyetlerinin ve yeteneğinin dışında etkenlere bağlı bulunduğu durumlarda, hekimin tedavinin sonucunu garanti etmesi söz konusu olmaz⁴. Vekâlet sözleşmesiyle bağlı olan hekim, iş görürken yöneldiği sonucun elde

¹ Türk uygulamasında bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, **Uygun, Turgut**: Açıklamalı – İctihathı Borçlar Kanunu, C. VII, 2. Bası, Ankara 2003, s. 8577. İsviçre uygulamasında bkz. BGE 101 II 102; BGE 117 II 387, E. 2d. Vekâlet sözleşmesinde karşılıklı güven ilişkisinin rolü üzerine bkz. **Tandoğan, Halûk**: Borçlar Hukuku, C. II, ÖH, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara 1987, s. 407 vd.; **Başpınar, Veysel**: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 143; **Özkaya, Eraslan**: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Ankara 2005, s. 358; **Werro, Franz**: Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, n. 146 vd. Son yazar, bütün vekâlet sözleşmelerinde, taraflar arasında bir güven ilişkisinin bulunmadığını, vekâlet sözleşmesinin ayırdedici özelliğinin daha çok özen ödevi olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **Werro, Franz**: Commentaire des art. 394-406h CO, Commentaire Romand, C. I, Code des obligations, Basel 2003, ad art. 394, N 12.

² Türk uygulamasında bkz. HGK 28.06.1978 T, 976-4-3539 E, 978-696 K, ABD 1978, s. 980 vd.; 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, YKD 1994, s. 1288 vd. İsviçre uygulamasında bkz. BGE 117 Ib 197; BGE 116 II 519.

³ Bkz. 4. HD 17.12.1976 T, 692 E, 11046 K, YKD 1978, s. 545; 4. HD 07.03.1977 T, 76-6297 E, 77-2541 K, YKD 1978, s. 906.

⁴ Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, YKD 1994, s. 1288 vd.

edilmesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle yürütülmesinden sorumludur⁵.

Hekimin yeteneklerinin hastanın istediği sonucu elde etmek için yeterli olduğu ve hastanın tedavisinin sonucunun hekimin faaliyetlerinin dışında etkenlere bağlı olmadığı bir durumda, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi bir vekâlet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirebilmek zordur. Sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir deyişle belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı duraksamaya yer olmayacak şekilde anlaşılabilirse, taraflar arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi uygun olur⁶.

Eser sözleşmesindeki yükümlülük, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Vekâlet sözleşmesinin aksine, eser sözleşmesinde, çalışma sonunda maddî veya maddî olmayan, fakat nesnel bakımdan belirlenebilen bir sonucun elde edilmesi amacı güdülmektedir⁷. Tedavi sözleşmesi bir eser sözleşmesi niteliğindeyse, hekime, çalışmanın kendisinden çok bu çalışmada ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenmesi mümkün olan bir sonuç meydana getirme borcu yükler⁸. Özellikle estetik ameliyatlara⁹ ile diş hekiminin diş dolgusu veya protez yapımını üstlendiği tedavi¹⁰, BK'nun 355. vd. maddeleri uyarınca eser sözleşmesine konu teşkil eder.

B. Hekimin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Borçları

Hekim, tedavi sözleşmesiyle, hasta için iş görme ve işi sadakat ve özenle yapma borcu altına girer.

1. İş Görme Borcu

Hastanın sağlığına kavuşması için tıp uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmak üzere sözleşme yapan hekim, hastalığın tanısını koymak, tıbbî müdahale için hastanın rızasını almak ve tanıya uygun tedaviyi gerçekleştirmek borcunu yüklenir.

⁵ Bkz. 13. HD 07.02.2005 T, 2005/12088 E, 2005/1728 K, KBİB 818, madde 394/I.

⁶ Bkz. 15. HD 03.11.1999 T, 1999/4007 E, 1999/3868 K, YKD 2000, s. 723 vd.

⁷ Bkz. 1. HD 01.12.1993 T, 11699 E, 14620 K, **Uygur**, C. VII, s. 7649.

⁸ Bkz. 13. HD 05.04.1993 T, 1993/131 E, 1993/2741 K, YKD 1994, s. 79 vd.: “*Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, meslekî bilgisinin tam icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur*”.

⁹ Bkz. 15. HD 03.11.1999 T, 1999/4007 E, 1999/3868 K, YKD 2000, s. 723 vd.

¹⁰ **Bkz. 15. HD 14.02.2005 T, 2004/3331 E, 2005/698 K, KBİB 818, madde 355.**

a. Tanı Koyma

Hastalığa tanı koyma, hekimin hasta ile kurduğu sözleşmeden doğan aslı bir borçtur. Doğru tanı koyma, doğru tedavi yöntemini seçmenin ön şartıdır. Doğru tanıya ulaşabilmek için hekim, meslekî ilkeleri ve kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır.

Bir tanıya ulaşmadan önce gerekli çalışmaları özenle gerçekleştirmiş ve araştırma sonucunda elde edilen bulguları özenle takdir etmiş olan hekim için, sırf konulan tanının yanlışlığı yüzünden sorumluluk ortaya çıkmaz. Hekimin yetenekleri sınırsız olmadığı gibi, özenli bir araştırmaya karşın gerekli belirtiler hiç elde edilememiş de olabilir. Buna karşın, gerekli araştırmaları yapmaksızın tanı koyma yoluna giden veya elde edilen sonuçları meslekî eksikliği nedeniyle doğru yorumlayamayan ya da hastanın yararlanabileceği farklı tanı araçlarını ve uzman görüşlerini hastadan gizleyen hekimin, özensizliği nedeniyle verdiği zararı tazmin sorumluluğu söz konusu olur¹¹.

b. Tıbbî Müdahale Öncesi Hastanın Rızasını Alma

Kişinin yaşam ve sağlığı, onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması, ancak tıbbî tedavi amacıyla ve hastanın rızasıyla mümkündür¹². Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz". 1219 sayılı Tababet Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen bir müdahalenin kişilik haklarının ihlâli teşkil etmemesini, hastanın müdahaleye rıza göstermesine bağlamaktadır.

Kural olarak, hekim, tıbbî müdahaleye muvafakat edip etmeme hususundaki kararını etkileyebilecek her şeyi hastasına bildirmelidir (*die Eingriffsaufklärung*)¹³. 1 Ağustos 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre "hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir".

¹¹ Bkz. HGK 16.02.1972 T, 1971/4-137 E, 105 K, **Aşçıoğlu, Çetin**: Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 76.

¹² Bkz. HGK 26.09.2001 T, 2001/4-595 E, 2001/643 K, KBİB 2709, madde 29; 657, madde 13; 1086, madde 76.

¹³ Türk uygulamasında bkz. 13. HD 06.11.2000 T, 8590 E, 9569 K, **Uygur**, C. VII, s. 8581. İsviçre uygulamasında bkz. BGE 105 II 284.

Hekimin, uygulanacak tıbbî yöntem hakkında hastasını aydınlatma yükümlülüğü, müdahalenin niteliğine, tehlikelilik derecesine ve meydana getireceği komplikasyonların ağırlığına ve yoğunluğuna göre değerlendirilmelidir. Tıbbî müdahalenin herkesçe kavranabilecek sonuçları ve makul bir hasta tarafından kabul edilmesi beklenen komplikasyonları için, hekimin hastasını aydınlatma ve onun rızasını alma yükümlülüğü söz konusu olmaz¹⁴. Buna karşın, yeterince denenmemiş olan bir tedavi yöntemi uygulanacaksa, hekim, alınacak tedbirler hakkında hastanın ve yakınlarının dikkatini çekmek ve yöntemin henüz tecrübe safhasında olduğunu bildirmekle yükümlüdür¹⁵. Hekim, bunu yaparken, tedavi yöntemi hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanmamalıdır¹⁶.

Uygulamada sorun, genellikle, hastanın bayılılarak gerçekleştirilen müdahale sırasında öngörülmeleyen bir durumla karşılaşılması hâlinde ortaya çıkar. Böyle bir durumda, hekimin hastanın muvafakatini kapsamını aşan operasyonlar için inisiyatif kullanıp kullanamayacağı tereddüt arz eden bir konudur. Ortaya çıkan yeni durumun zorunlu kıldığı müdahale, hastanın hayatını kaybetmesi tehlikesi arz etmiyorsa, yeni müdahalenin ertelenmesi ve hastanın muvafakatini beklenmesi yerinde olur¹⁷. Buna karşın, ortaya çıkan yeni durum hasta açısından hayati bir tehlike arz ediyorsa ve yeni bir müdahalede bulunulmasını zorunlu kılıyorsa, hastanın muvafakatini alınması için beklemek gerekmez.

Aşağıda ele alacağımız hekimin terapötik aydınlatma yükümlülüğünden farklı olarak, tıbbî müdahale öncesi alternatif tedavi yöntemlerinin kapsamı ve riskleri hakkındaki aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı, hekimin sadakat borcu değildir, hastanın tıbbî müdahaleye rızasının geçerlilik şartıdır¹⁸.

c. Tedavi Yöntemini Uygulama

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesine göre, hekimlerin mesleğini icra ederken hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatlerine göre hareket edecekleri hükme bağlanmıştır. Bu

¹⁴ Bkz. **Oğuzman, Kemal**: Tıpta Hastanın Muvafakatini Alınmasının Hukukî Yönü, ATD 1989, S. 5, s. 81.

¹⁵ Bkz. **Giesen, Dieter** (Çev. Salim Özdemir): Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukukî Sorumluluğu, YKD 1977, s. 217 vd.; **Şenocak, Zarfife**: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 67 vd.; **Öztürkler, Cemal**: Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 96.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özsunay, Ergun**: Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 31 vd.

¹⁷ Bkz. **Oğuzman**, s. 83.

¹⁸ Bkz. 4. HD 07.03.1977 T, 1976/6297 E, 1977/2541 K, YKD 1978, s. 905 vd.

düzenleme, hekimlerin tedavi yöntemini uygulamada tamamen serbest oldukları anlamına gelmemektedir. Yargı organları, hekimin tedavi yöntemini uygularken, hastanın özelliklerini göz önünde tutarak en güvenli yolu tercih etmesi yükümlülüğü üzerinde durmaktadır¹⁹. Hekim, tedavi yönteminin uygulanması sırasında, hastasını gereksiz risk altına sokmamaya özellikle dikkat etmelidir²⁰.

2. Sadakat Borcu

Hekimin aslî borçları olan tanı koyma, tedavi yöntemini seçme ve uygulamadan başka, bu borçların sözleşmeye uygun suretle ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçları da vardır. Bunlardan biri, BK'nun 390. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu, iş göreni, iş sahibinin yararına olacak davranışlarda bulunmak yükümlülüğü altına sokar²¹. Özellikle vekâlet sözleşmesinin güven esasına dayanması, hekimin, tedavi sürecinde ve sonrasında kendisine duyulan güvene uygun olarak hastanın yararını tedavi sözleşmesindeki amaç çerçevesinde korumasını gerektirir²².

Hekim, hastalarının zarar görmemesi için yalnız meslekî değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Tıbbî çalışmalarda bulunurken bazı meslekî şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbiri alarak yapmakla yükümlüdür²³. Hekim, örneğin, tıbbî müdahaleye başlamadan önce kullanacağı malzemenin steril olup olmadığını kontrolünü yapmalıdır. Yeteneklerinin hastanın istediği sonucu elde etmek için yeterli olmadığı, hastanın tedavisinin sonucunun kendi faaliyetlerinin dışında etkenlere bağlı olduğu durumlarda dahi, tedaviyi gerçekleştirdiği ortamın ve tedavi esnasında kullandığı malzemelerin steril olmasını sağlamak yükümlülüğündedir²⁴. Ayrıca, hekim, tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmalı ve koruyucu tedbirler almalıdır²⁵.

Hekim, BK'nun 390. maddesinin 2. fıkrası ve 321. maddesi uyarınca, tedavi sözleşmesinde hastanın iyileşmesi için gösterdiği faaliyetin kural olarak bizzat kendisi tarafından ifa edilmesinden sorumludur²⁶. İstisnaî

¹⁹ Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, **Uygur**, C. II, s. 1371-1372.

²⁰ Bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 417.

²¹ Bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 407 vd.; **Zevkliler, Aydın**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004, s. 367; **Başpınar**, s. 138; **Werro**, CO 394, N 26 vd.

²² Bkz. 3. HD 14.04.1998 T, 1998/2963 E, 1998/3981 K, TNBHD 1999, s. 97 vd.

²³ Bkz. 4. HD 07.03.1977 T, 1976/6297 E, 1977/2541 K, YKD 1978, s. 908.

²⁴ Bkz. 13. HD 05.04.1993 T, 1993/131 E, 1993/2741 K, YKD 1994, s. 79 vd.

²⁵ Bkz. HGK 28.06.1978 T, 976/4-3539 E, 978-696 K, ABD 1978, s. 980.

²⁶ Bkz. 4. HD 13.03.1973 T, 2684 E, 2978 K, **Uygur**, C. VII, s. 8571.

olarak, hasta tarafından hekimin bir başka hekimi görevlendirmesine izin verilmesi, hekimin başka bir hekimi görevlendirmesinin özen borcunun gereği sayılması (ör. bir iç hastalıkları uzmanının cerrahî bir müdahale gerektiği takdirde bir operatöre başvurması) veya hekimin başka bir hekimi görevlendirmesine hâlin gereklerine göre mecbur kalması (ör. aniden hastalanan hekimin başka bir hekim görevlendirmesi) durumlarında hekimin işi bizzat görmesi beklenemez²⁷.

Düzenli olarak hastalığı ile ilgili doğru bilgilerin verilerek hastanın aydınlatılması, hekimin sadakat borcunun diğer sonuçlarından biridir. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, “hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmamak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi [gerekir]”. Bununla birlikte, hastanın aydınlatılmasının risklerinin neler olabileceğini hesaplamak, hastalığı hakkında verilecek bilgileri özellikle hastanın psikolojik durumuyla uyum içinde olacak biçimde sınırlamak, hekimin takdirine bırakılmalıdır. Hastanın psikolojik varlığı üzerinde olumsuz etkide bulunmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hâllerinde, 1 Ağustos 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, teşhisin hastadan saklanması mümkündür.

Hekim, hastanın tedaviye cevap verebilmesi açısından uyması gereken davranış yükümlülüklerinin ne olması gerektiği konusunda da hastayı aydınlatmalıdır (*die therapeutische Aufklärung*). Hekim, tedavinin seyrine ilişkin olarak hastayı aydınlatırken, tedavinin maliyetine ilişkin olarak hastaya bilgi vermek borcu altındadır (*die wirtschaftliche Aufklärungspflicht*)²⁸.

²⁷ Vekâlet sözleşmesinden doğan borcun kural olarak bizzat vekil tarafından ifa edilmesine ve bu kuralın istisnalarına ilişkin olarak bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 456 vd.; **Aral, Fahrettin**: Borçlar Hukuku, ÖH, 5. Bası, Ankara 2003, s. 421 vd.; **Zevkliler**, s. 369; **Yavuz, Cevdet**: Türk Borçlar Hukuku, ÖH, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 587 vd.; **Başpınar**, s. 195 vd.; **Özkaya**, s. 361.

²⁸ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin hangi tarafça ispatlanması gerektiği uygulamada sıkça sorun teşkil etmektedir. MK'un 6. maddesi uyarınca, Kanun'da aksi yönde bir düzenleme yoksa, bir iddianın sahibi iddiasını ispatla yükümlüdür. Buna göre, aydınlatılmaksızın rızasının alındığını söyleyen hasta, bu iddiasını ispatlamalıdır. Ancak hasta-hekim ilişkisinde hastanın teknik bilgisinin hekime oranla çok daha az olduğu göz önünde bulunduran Yargıtay, aydınlatmayı ispat yükünün hekime ait olduğunu kabul etmektedir. 4. HD 07.03.1977 T, 1976/6297 E, 1977/2541 K, YKD 1978, s. 909. Hekimin aydınlatma yükümüne ilişkin olarak, İsviçre uygulamasında bkz. BGE 119 II 456, E. 2d. Ayrıca bkz. **Abegglen, Sandro**: Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung, ZBJV 1994, s. 178 vd.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin konusu hastanın beden bütünlüğü ve sağlığı gibi üstün kişilik değerleri ile ilgili olduğu için, hekimin çıkarlarıyla hastanın çıkarları çatıştığında hekim, sadakat borcu uyarınca, kendi çıkarlarından fedakârlıkta bulunabilmelidir²⁹. Özellikle parasal çıkarların çatıştığı hâllerde hekim, hastanın lehine olabilecek bir çözüm bulmak için çaba sarf etmelidir.

Sadakat borcu, tedavi sürecinin sonra ermesinden sonra da devam eder. 1 Ağustos 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbî değerlendirmeler, muayene, teşhis, tedavi ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemler ve sağlık harcamalarının kaynağı, hastanın ölümünden sonra dahi açıklanamaz. Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesi de, hekimlerin meslek ve sanatlarının icrası sırasında öğrendikleri sırları açıklamayı yasaklamıştır³⁰. Bu düzenleme, hekime, hastasını tedavi ederken öğrendiği ya da işin niteliği gereği öğrenmek durumunda kaldığı bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmama borcu yükler. Herkesçe zaten bilinen hususlar ise sır kavramına girmez.

C. Tedavi Sözleşmesinden Doğan Borca Aykırılığın Sonuçları

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranışının hukukî sonuçlarını, tarafların sözleşmeyle bir sorumsuzluk şartı kabul etmiş olup olmamalarına göre iki ayrı başlık altında ele almak yerinde olur.

1. Sözleşmede Sorumsuzluk Şartının Bulunmaması Hâlinde

Hekimle hasta arasındaki hukukî ilişki bir vekâlet sözleşmesine dayanıyorsa, hekimin hastanın tedavisi için elinden geleni yapmış, başka bir deyişle özen borcunu gereği gibi yerine getirmiş olması, yöneldiği sonuca ulaşamamış olması hâlinde dahi, ifanın gereği gibi yapılmış sayılmasını gerektirir. Çünkü vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucu elde edilememesinin rizikosu kendisine yüklenemez; bu riziko müvekkil üzerinde kalır³¹. Hekimin yeteneklerinin hastanın istediği sonucu elde etmek için yeterli olduğu ve hastanın tedavisinin sonucunun hekimin faaliyetlerinin dışında etkenlere bağlı olmadığı bir durumda (ör. dış hekiminin dış dolgusu veya protez yapımını üstlendiği tedavide), hekimin sözleşmeyle tedavinin sonucunu garanti etmiş olduğu duraksamaya yer olmayacak şekilde anlaşılabiliriyorsa, yöneldiği sonuca ulaşamamış olması, hekimin borcun

²⁹ Bkz. HGK 05.05.1993 T, 1-79 E, 195 K, Uygur, C. VII, s. 8549 vd; HGK 27.10.1999 T, 1999/1-886 E, 883 K, KBİB 818, madde 386; Aral, s. 417; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, ÖH, İstanbul 1992, s. 417.

³⁰ Ayrıca bkz. 1. HD 02.10.1995 T, 11443 E, 12592 K, YKD 1996, s. 198 vd.

³¹ Bkz. 13. HD 05.02.1991 T, 7902 E, 1070 K, Uygur, C. VII, s. 8553 vd.; Aral, s. 407; Zevkililer, s. 367.

ifasını gereği gibi yapmamış sayılmasına neden olur ve hekimin ifa borcu, sözleşmeden doğan bir tazminat borcuna dönüşür³².

Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, hekimin, hastasına tedavinin sonucunu garanti etmemiş olduğunu varsayalım. Böyle bir durumda, hekime karşı açılan sorumluluk davasında, tıp uygulamasında yerleşmiş kurallara uyulmadığını, zararın mevcudiyetini ve zarar ile kurallara uyulmama arasındaki illiyet bağına kanıtlamak, MK'nun 6. maddesi uyarınca mağdura aittir. Bu unsurların ispat edilmesi durumunda, hekim kurallara uymamasının olayın gereklerine göre bir özen eksikliği oluşturmadığını kanıtlamadıkça sorumluluktan kurtulamaz. Bununla birlikte, hastanın teknik bilgisinin hekime oranla çok daha az olduğunu göz önünde bulunduran yargı organları, zaman zaman, tıp uygulamasında yerleşmiş kurallara uyulmuş olmasına rağmen zararın meydana geldiğinin ispatının hekime ait olduğunu kabul etmekte; yani, ispat yükünü ters çevirmektedirler³³.

Yargı organları, bir meslek hatasının yapıldığının açıkça söz konusu olduğu hâllerde ise, vekâlet sözleşmesinden doğan özen ödevinin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermektedirler³⁴. Özellikle, hekimin mesleğini icra ederken bilmesi gereken bir konuda yanılmış veya zarar verici olayı engellemek için bilimin gerektirdiği tedbirleri almayı ihmal etmiş bulunduğu hâllerde, fazlaca bir araştırmaya gerek duymaksızın meydana gelen zarardan sorumlu olduğuna karar vermektedirler³⁵. Örneğin, tedavinin gerçekleştirildiği ortamın ve tedavi esnasında kullanılan malzemelerin steril bulundurulmamış olması durumunda, yargı organları, doğan zarardan hekimin doğrudan sorumlu olacağını kabul etmekte; bu şekilde, sorumluluğunu ağırlaştırmaktadırlar³⁶.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hekim tarafından gösterilmesi gereken özenin ölçüsü, objektif kıstaslara göre belirlenir³⁷. Başka bir deyişle, yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zarara sebep olanın sübjektif niteliklerine bakılmaksızın, orta seviyede bir

³² Bkz. 15. HD 03.11.1999 T, 1999/4007 E, 1999/3868 K, YKD 2000, s. 723 vd.; 13. HD 09.05.2000 T, 1146 E, 4438 K, **Uygur**, C. VII, s. 7633.

³³ Bkz. 4. HD 07.03.1977 T, 1976/6297 E, 1977/2541 K, YKD 1978, s. 909.

³⁴ “Meslek hatası” kavramı için bkz. **Şenocak**, s. 83 vd.

³⁵ Bkz. 13. HD 14.10.1974 T, 2637 E, 2492 K, YKD 1976 II, s. 79 vd.; 13. HD 04.02.1993 T, 8052 E, 825 K, **Uygur**, C. VII, 8555 vd.; 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, YKD 1994, s. 1288 vd.

³⁶ Türk uygulamasında, tedavinin gerçekleştirildiği ortamın ve tedavi esnasında kullanılan malzemelerin steril bulundurulmasını sağlamak, hekim için, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara uymak ve tıp biliminin kurallarını uygulamak açısından bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Bkz. 13. HD 05.04.1993 T, 1993/131 E, 1993/2741 K, YKD 1994, s. 79 vd.

³⁷ Bkz. 3. HD 18.12.2003 T, 14004 E, 14485 K, YKD 2004, s. 188 vd.

kimsenin, yani tedbirli bir hekimin aynı şartlar altında göstereceği mutat özenden ibarettir³⁸. Bununla birlikte, hekimin çalışma koşulları da gösterilmesi gereken özenin derecesinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır³⁹. Örneğin büyük bir şehirde hemen her türlü tanı ve tedavi imkânı elinin altında olan deneyimli bir hekimden beklenen özenin derecesi, küçük bir yerleşim biriminde mesleğe yeni başlamış bir hekimden beklenen özenin derecesinden fazla takdir edilmektedir.

Özen ödevini ihlâl eden hekimin, BK'nun 394. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "vekâleti usulü dairesinde ifa" etmemiş sayıldığını ve bu durumun, hekimin ifa borcunu tazminat borcuna dönüştürdüğünü yukarıda belirtmiştik⁴⁰. Kötü ifanın yerine yeniden gereği gibi ifada bulunulması, tedavi sözleşmesine konu uyuşmazlıklarda hastanın durumunun çok ağırlaşması veya hayatını kaybetmesi nedeniyle genellikle söz konusu olmaz. Yeniden ifa mümkün olsa bile, bu konuda hekimin bir yükümlülüğünden bahsedilemez.

Güven esasına dayalı bir sözleşme olan vekâlet sözleşmesi yapılırken hastanın hekimin kişisel becerilerini ön planda tutmuş olması, hastanın BK'nun 97. maddesinin 1. fıkrası uyarınca masrafı hekime ait olmak üzere tedavisini bir başka hekime yaptırmasının önünde bir engel teşkil eder⁴¹. Hekimin kişisel becerilerinin önemli olmadığı hâllerde bu yola başvurulması ise, hekim her an istifa edip iş görme borcunu ortadan kaldıracığından uygulamada gerçekleşmeyecektir⁴².

2. Sözleşmede Sorumsuzluk Şartının Bulunması Hâlinde

BK'nun 99. maddesinin 1. fıkrası ve 100. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümlere uygun olarak, vekilin ve yardımcılarının kusurlarından sorumlu olmayacağına ilişkin olarak taraflarca sözleşmeye bir şart konulabilir. Şart, sorumluluk hukukunu düzenleyen emredici hükümlere veya sözleşmenin içeriğine aykırı olmadığı ölçüde geçerli sayılabilir.

Hekimin ve yardımcılarının özenle iş görmesini konu alan vekâlet sözleşmesine konulacak bir sorumsuzluk şartı, bizce bu sözleşmenin

³⁸ Bkz. 15. HD 03.11.1999 T, 1999/4007 E, 1999/3868 K, YKD 2000, s. 723 vd. Doktrinde, konuyla ilgili genel açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 411 vd.; **Aral**, s. 420; **Yavuz**, s. 586.

³⁹ Bkz. 4. HD 06.05.2003 T, 2003/307 E, 2003/5910 K, KBİB 818, madde 41, 47, 49.

⁴⁰ Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, **Uygur**, C. VII, s. 8578 vd.

⁴¹ Hatırlatalım ki, iş sahibi, caiz olmamasına rağmen işin görülmesinin bir başkasına bırakılmasını sonradan onaylayarak yapılan işi kabul edebilir. Buna, "ifa yerini tutan edim" denir. Bkz. **Engin, İlkay**: İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 839 vd.

⁴² Bkz. 3. HD 01.07.2003 T, 8582 E, 8468 K, YKD 2003, s. 1506 vd.

içeriğine aykırı düşer⁴³. Vekâlet sözleşmesi, tarafların karşılıklı güvenine dayalı bir sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinin bir türü olan tedavi sözleşmesinde, hekimin ve yardımcılarının özen eksikliğinden doğabilecek muhtemel sorumluluklarını ortadan kaldıran bir şart, kendilerine duyulan güveni de ortadan kaldıracağından geçerli sayılmamak gerekir.

Sonuç olarak, hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranışının hukukî sonuçları, tarafların sözleşmeyle bir sorumsuzluk şartı kabul etmiş olup olmamalarına göre farklı hükümlere tâbi tutulamaz.

II. HEKİMİN TEDAVİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI SONUCU HASTANIN YAŞAMA DEVAM ETME ŞANSINDAN YOKSUN KALMASI

Yukarıda, iyileşme şansı tam olan bir hastanın, hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranması sonucu uğrayabileceği kayıpları ve bunların tazminine ilişkin genel düzenlemeleri ele aldık. Aşağıda, sözleşme yapılmadan önce yaşama şansını kısmen yitirmiş bir hastanın (ör. ileri derecede kanser olan bir hastanın) ölümü nedeniyle yakınlarının (ör. destekten yoksun kalan yakınların) tazminat isteyip isteyemeyecekleri sorununun ele alacağız.

A. Genel Olarak

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranması sonucu hastanın yaşama devam etme fırsatından yoksun kalması, tazminat sorumluluğu açısından illiyet bağı ve zarar kavramları çerçevesinde olmak üzere iki farklı zeminde irdelenebilir.

1. Konunun İliyet Bağı Kavramı Çerçevesinde Ele Alınması

Hekimin, vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğundan söz edebilmek için, eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması yanında, bir zararın varlığı ve zararın kusurlu sayılan eylemin uygun sonucu olması gerekir⁴⁴. Konumuz açısından,

1. hekim hatasının bir hastanın iyileşme şansını ortadan kaldırdığını ve iyileşme şansını ortadan kaldırdığı ölçüde hastanın ölümüne neden olduğunu;

2. hekim tarafından kusurlu davranışta bulunulmamış olsaydı, hastanın kurtarılma şansının istatistikî verilere göre %40 olduğunu varsayalım.

Böyle bir durumda, hekimin kusurlu davranışıyla (ör. hastalığın tanısını geç koymasıyla), meydana gelen ölüm ve dolayısıyla zarar (*la perte*

⁴³ Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 433; **Şenocak**, s. 96; **Öztürkler**, s. 165.

⁴⁴ Bkz. 4. HD 13.09.1988 T, 1988/4147 E, 1988/7408 K, **Uygur**, C. II, s. 1368.

d'une chance) arasında illiyet bağının kurulmuş olduğunu söylemek mümkün müdür? Ölenin yakınları, tanının zamanında konulmamış olmasının, hastalığın iyileştirilememiş ya da ilerleyişinin yavaşlatılmamış olmasında önemli bir rol oynadığını öne sürebilirler. Gerçekten de, %40 oranında sahip olunan yaşama şansının hekimin kusurlu sayılabilecek davranışıyla tamamen yitirilmiş olması, ölenin yakınlarının destekten yoksun kalma iddialarına neden olabilir. Buna karşın hekim, hastanın hayatını kaybetmesi sonucu uğranılan zararın, kusurlu davranışının değil, hastanın yakalanmış olduğu hastalığın sonucu olduğunu; ayrıca, hastalığa yakalanmasına davranışının yol açmadığını iddia edilebilir.

Yargı organlarına göre, haksız eylemle zarar arasında illiyet bağının mevcut olması demek, zararın, eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması; yani, eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir⁴⁵. Verilen zararın tazmin borcu doğurabilmesi, zararın kendisine tazmin mükellefiyeti bağlanan olayın bir sonucu olarak görülmesine, bu ikisi arasında uygun bir neden-sonuç bağı bulunmasına bağlıdır.

Yargı organları, eylemle zarar arasında uygun bir neden-sonuç ilişkisinin belirlenmesi için, öncelikle eylemle zarar arasında tabî illiyet bağının varlığını; başka bir deyişle, eylemin zararlı sonucun zorunlu şartı veya şartlarından biri olup olmadığı araştırmaktadırlar. Tabî illiyet bağının varlığını tespit ettikten sonra, eylemin zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığını; eylemin gerçekleşen türden bir zararın meydana gelmesini önemli ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmadığını ya da böyle bir zararın gerçekleşme ihtimalini önemli ölçüde artırıp artırmadığını irdelemektedirler⁴⁶. Örneğin Yargıtay, 15 Mart 1993 tarihli kararında, akut kalp hastası olan bir kimsenin yaşama şansının haksız fiille ortadan kaldırılmasında illiyet bağı görmeyen ilk derece Mahkemesi'nin kararını bozarken, davalının eyleminin akut kalp rahatsızlığı bulunan yakınlarının ölümünü önemli ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmadığını; başka bir deyişle, önemli ölçüde ölüm ihtimalini artırıp artırmadığının incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁷. Yargıtay'a göre tazmini gerektiren olay, mağdur açısından faydalı olabilecek bir sonuca ulaşma fırsatından (belli bir yüzdede yaşama devam etme şansından) mahrum kalmış olmak değil, fırsat gerçekleşmiş olsaydı meydana gelmiş olabilecek muhtemel bir sonuca (yaşamaya devam etme) ulaşmaktan alıkonulmuş olmaktır. Yargıtay, yaşama fırsatından mahrum kalmanın hukukî niteliğini, illiyet bağı kavramı çerçevesinde ele almış, hekimin kusurlu eylemi sonucu bu şansın önemli

⁴⁵ Bkz. 4. HD 27.10.1989 T, 3793 E, 8235 K, **Uygur**, C. II, s. 1365.

⁴⁶ Bkz. 4 HD 13.09.1988 T, 4147 E, 7408 K, **Uygur**, C. II, s. 1359.

⁴⁷ 4. HD 15.03.1993 T, 11451 E, 2534 K, **Uygur**, C. II, s. 1369.

ölçüde yitirilmesini, eylemle ölüm sonucu uğranılan zarar arasında hukukî bir bağ kurulmasında yeterli kabul etmiştir.

Şu hâlde, hastanın yaşama devam etme fırsatından yoksun kalması sonucu yakınlarının tazminat isteyip isteyemeyecekleri sorunu, “önemli ölçüde yaşama şansının yitirilmesine neden olma” kavramının ne ifade ettiğinin ortaya konmasına bağlıdır. Örneğin, hayatta kalma şansı hekimle sözleşme yaptığı anda istatistikî verilere göre %5 olan mağdurun hastalık tanısının geç konulması sonucu bu şansı kaybetmesi, tanının geç konulmuş olmasıyla ölüm sonucu meydana gelen zarar arasında illiyet bağının kurulmuş olduğunu söylemek için yeterli midir? İlliyet bağının kurulduğunu söyleyebilmek için gerekli olan yüzdellik dilimin başlangıç noktasını tespit etmek, yargı organları için, kuşkusuz kolay bir görev değildir.

2. Konunun Maddî Zarar Kavramı Çerçevesinde Ele Alınması

Hukuka aykırı eylemle zarar arasında mevcudiyeti tartışmalı bir illiyet bağının (ör. istatistikî verilere göre %40), failin meydana gelen zarardan sorumlu tutulması için yeterli olup olmadığına cevap aramak yerine, yitirilen fırsatın gerçekleşme ihtimalinin ifade ettiği ekonomik değerın tazmin edilebilir bir zarar kalemi oluşturduğu kabul edilebilir⁴⁸. Bu çözüm tarzı, mahrum kalınan fırsat gerçekleşmiş olsaydı elde edilmiş olabilecek faydayı tazminata esas alan ve Türk hukukunda hâlen kabul gören öğretilen farklılık arz eder. Tazmini gerektiren olay, muhtemel bir sonuca ulaşmaktan alıkonulmuş olmak değil, sonuca ulaşma fırsatından mahrum bırakılmış olmaktır. Tazminata hak kazanabilmek için mağdur, sorumluluğa neden olan

⁴⁸ Bu yönde bkz. **Widmer, Pierre/Wessner, Pierre**: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes und Erläuternder Bericht, Bern 2000, s. 243 vd.; **Müller, Christoph**: La perte d'une chance - Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Bern 2002; **Loser, Peter**: Causation – Kausalität, HAVE 2005, s. 251; **Guillod, Olivier**: Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel 1986, s. 83; **Stark, Emil**: Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 101 vd.; **Koziol, Helmut**: Schadenersatz für verlorene Chancen, ZBJV 2001, s. 889 vd; **Thévenoz, Luc**: La perte d'une chance et sa réparation, Colloque du droit de la responsabilité civile (Fribourg 2001), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, s. 237 vd.; **Chabas, François**: La perte d'une chance en droit français, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 131 vd.; **Ruellan, Catherine**: La perte d'une chance en droit privé, RRJ 1999, s. 729; **Dettwiler, Stefan**: Bestätigung der Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition Urteil des Bundesgerichts vom 15.1.2002 i.S. A./B. (4C.215/2001), HAVE 2002, s. 302 vd. Ayrıca bkz. Zürich Kanton Mahkemesi'nin 17 Kasım 1988 tarihli kararı, RSJ 1989, s. 119 vd.; Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi'nin 7 Ocak 2004 tarihli ve 01-17426 numaralı kararı, http://lexinter.net/JPTXT4/refus_d'agrement_de_la_cession_de_droits_sociaux.htm.

bir fiil, fiil nedeniyle yitirilen bir fırsat ve fırsatın ekonomik bir değer ifade ettiğini ispat etmelidir.

Fırsatın ifade ettiği değer, yitirilmesine neden olan eylemde bulunulmamış olsaydı, elde edilmiş olacak faydanın gerçekleşme ihtimaliyle çarpılması sonucu bulunur⁴⁹. Elde edilememiş olan faydanın hesaplanması kolaydır. Örneğin, mağdur haksız eylem nedeniyle iyileşme şansını yitirmemiş olsaydı, yakınlarının yoksun kalmamış olacağı destek (ör. 100.000 YTL), yaşama şansının yitirilmesi sonucu elde edilememiş olan faydadır. Ancak, bizim burada bahsettiğimiz öğretiye göre, tazminata konu olan elde edilememiş olan fayda değil, faydanın elde edilmesine olanak tanıyan fırsatın gerçekleşme ihtimalinin yitirildiği anda ifade ettiği ekonomik değerdir. Yitirilen fırsatın gerçekleşme ihtimalinin ifade ettiği ekonomik değerın hesaplanabilmesi için, elde edilememiş olan faydanın hesaplanmasından (bkz. yukarıda 100.000 YTL) sonra, fırsatın gerçekleşme ihtimali hesaplanmalıdır (ikinci aşama). Bir fırsatın gerçekleşme ihtimalinin hesaplanması için, istatistikî bilgilere başvurulmalıdır. Üçüncü ve son aşamada, fırsatın yitirilmesine neden olan eylem gerçekleşmemiş olsaydı elde edilmiş olabilecek faydanın ifade ettiği ekonomik değer, fırsatın gerçekleşme ihtimaliyle çarpılmalı ve bu şekilde, yitirilen fırsatın gerçekleşme ihtimalinin yitirildiği anda ifade ettiği ekonomik değer bulunmalıdır.

Örneğin, bir hekimin hastalığın tanısını geç koymasının hastanın iyileşme şansını ortadan kaldırdığını, sonuçta hastanın ölümüne neden olduğunu düşünelim. Hekim tarafından kusurlu davranışta bulunulmamış olsaydı, hastanın kurtarılma şansının istatistikî olarak %40 olduğunu varsayalım. Tazmin edilebilir zarar, yaşama şansının yitirilmesi sonucu yakınlarının mahrum kaldığı fayda (100.000 YTL) değil, faydanın elde edilme ihtimalinin ifade ettiği ekonomik değerdir (100.000 YTL X %40 = 40.000 YTL).

B. Karşılaştırmalı Hukukta

Hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranması sonucu hastasını yaşama devam etme fırsatından yoksun bırakması, hasta yakınlarının zarara uğramasına neden olabilir. Söz konusu zararın tazminine

⁴⁹ Bkz. **Oftinger, Karl/Stark, Emil**: Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. I, Allgemeiner Teil, 5. Bası, Zürich 1995, § 3, N 42 vd.; **Gauch, Peter**: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Recht 1996, s. 227 vd.; **Schwenzer, Ingeborg**: Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 3. Bası, Bern 2003, N 21.08; **Thévenoz**, s. 241; **Le Tourneau, Philippe/Cadiet, Loïc**: Droit de la responsabilité et des contrats, 3. Bası, Paris 2000, N 1419; **Faure, Michael**: Causal Uncertainty, Joint and Several Liability and Insurance, Tort and Insurance Law, C. X, Viyana 2003, s. 87.

ilişkin farklı yaklaşımlar mevcuttur. Sırasıyla Fransız, Anglo-sakson, İsviçre ve Türk yargı organlarının soruna yaklaşımını ele alacağız.

1. Fransız Uygulamasında

Haksız eylemle, bunun muhtemel sonucu olarak gerçekleşen kayıp arasındaki uygun illiyet bağının ne zaman “önemli ölçüde” kurulmuş sayılıp ne zaman önemli ölçüde kurulmuş sayılmayacağına ilişkin problemleri ortadan kaldırmak amacıyla, Fransız yargı organları, ekonomik değer arzeden bir fırsattan mahrum kalınmasını, tazmini mümkün zarar kalemlerinden saymaktadırlar⁵⁰. Yargı organları, örneğin gereği gibi tedavi edilememiş bir hastanın hayatını değil, yaşama devam etme fırsatını kaybettiğini; estetik ameliyatı başarıya ulaşmamış bir kişinin güzellik yarışmasını değil, onu kazanma şansını kaybettiğini kabul etmektedirler.

Uygulamada, ekonomik değer arzeden bir fırsattan mahrum kalınmasının zararın özel bir görünümünü teşkil etmesi, mağdurun sonuca ulaşmak çabası içinde bulunması (ör. hastalığını tedavi ettirerek hayatta kalmak veya estetik ameliyat olarak bir güzellik yarışmasını kazanmak istemesi) ve haksız eylemin bu çabanın sonuçsuz kalmasına neden olması ile açıklanmaktadır. Örneğin Versay İstinaf Mahkemesi’nde görülmekte olan bir uyuşmazlığa konu teşkil eden olayda hekim, hamile olan bir kadının kan tahlili sonucunda bulunan kan değerlerini (β -hCG, AFP ve Östriol) hamileliğin gelişimi açısından gereği gibi değerlendirememiştir. Hekim, ne tahlil sonucu kanda bulunan bir maddenin çocuğun mongol doğabilecek olduğuna dair bir işaret sayılabileceğini, ne de bulunan maddenin mongolizmin kesin bir belirtisi olmadığını ebeveynlere bildirmiştir. Çocuklarının mongol doğması üzerine ebeveynler, uğramış oldukları zararın karşılanması için hekime tazminat davası açmışlardır.

Hamilelik esnasında ceninin sağlık durumundan düzenli olarak haberdar edilmiş olsalardı, ebeveynlerin kürtaja başvurma şansları olabileceği gerçeğinden hareket eden Mahkeme, çocuğun kalıcı sakatlığına yol açabilecek durumun hamilelik sırasında teşhis edilememesi sonucu, ebeveynlerin cenini aldırma fırsatından yoksun kaldıklarını belirlemiş ve hekimi manevî tazminat ödemeye mahkûm etmiştir⁵¹. Hamilelik sırasında

⁵⁰ Bkz. C. Cass. 7 Kasım 2004, Karar no. 01- 17426, http://lexinter.net/JPTXT4/refus_d'agrement_de_la_cession_de_droits_sociaux.htm; C. Cass. 19 Ekim 1999, SJ 1999 IV, s. 2986; C. Cass. 16 Temmuz 1998, Bull. civ. 1998, 10141; C. Cass. 8 Temmuz 1997, SJ 1997, 22921; C. Cass. 25 Kasım 1997, RCA 1998, N 58.

⁵¹ CA Versailles 8 Temmuz 1993, GP 1994 I, s. 149. Kararın eleştirisi için bkz. **Thévenoz**, s. 244. Sözleşmeden doğan borcu yalnızca ceninin gelişimini izlemek ve bunu ebeveynlere aktarmak olan (tıbbî bir müdahalede bulunmayan) hekimin, ceninin ana rahminde anormal gelişimini gözlemleyememesi sonucu, anneyi kürtaj imkânından

aldırılmadığı için doğan sakat çocuğun ebeveynlerin mal varlığında bir eksilme meydana getirmiş olması ya da getirecek olması değil, hekimle yapılmış olan vekâlet sözleşmesinden doğan borca aykırılık nedeniyle ebeveynlerin çocuğu aldırma fırsatından yoksun kalmış olmaları sonucu uğradıkları psikolojik bütünlüğün zedelenmesi, zarar olarak nitelendirilmiştir.

Kararda, kanda bulunan maddenin çok az bir oranda olsa da mongolizmin habercisi sayılabileceği belirtilmekle yetinilmiş, ancak ebeveynlerin kan değerlerinden haberdar edilmemiş olmasıyla çocuğun mongol doğmuş olması arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığı üzerinde durulmamıştır. Kan değerlerinden haberdar edilmeyen ebeveynlerin kürtaj fırsatından mahrum kalması sonucu psikolojik varlıkları üzerinde meydana gelen olumsuz etki, manevî zarar olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, kararda, ceninin sağlığı konusunda tam ve doğru olarak bilgilendirmiş olsalardı, ebeveynlerin ya kendi iradeleriyle hamileliği seçmiş ve bu şekilde mongol bir çocuğun dünyaya gelmesine rıza göstermiş olacakları ya da kürtajı seçmiş ve ceninin ölümünden duydukları üzüntünün kendi seçimlerinin bir sonucu sayılmış olacağı vurgulanmıştır.

2. Anglo-Sakson Uygulamasında

İngiliz uygulamasında, bir fırsatın yitilmesi sonucu uğranılan kayıpların tazmin edilebilir bir zarar kalemi oluşturup oluşturmadığı, Fransız uygulamasından farklı olarak, haksız eylemle zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisi irdelenerek tespit edilmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre, haksız fiil ya da borca aykırılık sonucu mahrum kalınan bir fırsat nedeniyle uğranılan kayıpların zarar sayılabilmesi, haksız fiil ya da borca aykırılığın zararın gerçekleşme ihtimalini en az %51 oranında artırıp arttırmadığına bağlıdır⁵². Bu anlamda, hastalık tanısının geç konulmasıyla meydana gelen ölüm sonucu uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı, söz konusu kusurlu davranışın hastanın yaşama devam etme

yoksun bırakmasıyla ortaya çıkan zararların tazmini, uygulamada çözümlenmesi kolay olmayan bir sorun teşkil etmektedir. Konuyla ilgili olarak bkz. **Büyüksağış, Erdem:** Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi ?, E-Akademi İnternet Dergisi, Şubat 2006, s. 48.

⁵² Bkz. **Weir, Tony:** Loss of A Chance - Compensable in Tort? The Common Law, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 111 vd.; **Markesinis, Basil/Deakin, Simon:** Tort Law, Oxford 1999, s. 181 vd.; **Fleming, John:** The Law of Torts, 9. Bası, Sidney 1998, s. 227 vd.; **Lunney, Glynn:** What Price A Chance?, LS 1995, s. 1 vd.

fırsatını en az %51 oranında azaltmış olup olmamasına bağlıdır. Haksız eylemle zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi, istatistikî verilerin ışığı altında en az %51 oranında gerçekleşmediğinde, yargı organları tazminat davasını reddetmektedir⁵³.

Zarar miktarının hesaplanmasında ise, İngiliz yargı organları, bir fırsatın gerçekleşme ihtimalinin yitirildiği anda onun ifade ettiği ekonomik değeri değil, mahrum kalınan fırsat gerçekleşmiş olsaydı elde edilmiş olabilecek olan faydanın ifade ettiği değeri esas almaktadır⁵⁴. Başka bir deyişle, haksız eylemle zarar arasında illiyet bağı bir kez kurulduktan sonra; yani, haksız eylemle uğranılan zarar arasında en azından %51 oranında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı tespit edildikten sonra, fırsatın yitirilmesine neden olan eylemde bulunulmamış olsaydı elde edilmiş olacak faydanın ifade ettiği ekonomik değer fırsatın gerçekleşme ihtimaliyle çarpılmamakta, yoksun kalınan tüm ekonomik değer, zarar olarak kabul edilmektedir (*the full amount of the claimant's loss*). *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons* davasına konu olan olayda bir şirket, kendisini yanlış bilgilendirerek bir başka şirketi devir alma kararında etkili olan avukatına tazminat davası açmıştır⁵⁵. Devir alma işlemini gerçekleştiren şirket, devir sözleşmesi imzalanmadan önce varlığını bilmediği ve devir alınan şirketten talep edemeyeceği bazı borçları üstlenmek zorunda kalmıştır. Şirket, avukatı tarafından iyi bilgilendirilmiş olsaydı, devir alınan şirketten borçlarına dair güvence istemiş olabileceğini beyan etmiştir. İstinaf Mahkemesi, avukatın sözleşmeden doğan borcuna aykırı davranması sonucu devir alan şirketin söz konusu borçlara karşı güvence elde edebilmek için esaslı bir müzakere fırsatından mahrum kaldığına karar vermiştir⁵⁶. Mağduru bu şanstı mahrum bıraktığı için avukatı, devir alan şirketin tüm zararlarını ödemeye mahkûm etmiştir.

ABD’de, bir fırsatın kaybindan doğan kayıpların tazminine ilişkin federal bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda Eyalet Mahkemeleri farklı kararlar verebilmektedir. Bazı Eyalet Mahkemeleri parayla ölçülebilen bir fırsatın kaybindan doğan kayıpların tazminini onaylamazken, birçok Eyalet Mahkemesi bu tip kayıpları bir zarar kalemi olarak görmektedir. Örneğin *Elaine Dumas v. David Cooney* ve *Roberts v. Ohio Permanente*

⁵³ Bkz. *Hotson v. East Berks HA* [1987] AC 750; *Lawson v. Lafferiere* [1991] 1 SCR 541.

⁵⁴ Bkz. *Johnson v. Perez* [1988] 166 CLR 351; *Nikolaou v. Papasavas* [1988] 166 CLR 394.

⁵⁵ *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, [1995] 4 All ER 907. Kararın eleştirisi için bkz. **Thévenoz**, s. 246.

⁵⁶ Benzer davalar için bkz. *McWilliams v. Sir William Arrol & Co Ltd* [1962] 1 WLR 295, s. 306 vd.; *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 QB 428, s. 439.

Medical Group davalarına konu olmuş benzer uyuşmazlıklarda, Kaliforniya ve Ohio Eyalet Mahkemeleri farklı kararlar vermiştir. Her iki uyuşmazlığa da konu teşkil eden olayda, akciğer kanseri, hekimin kusurlu davranışı nedeniyle 18 ay gecikmeli teşhis edilebilmiş ve dolayısıyla hastanın tedavisine geç başlanmıştır. İlk davaya konu olayda tümör, hastalığın tanısının geciktirilmesi nedeniyle hastaya yaşama şansı bırakmayacak derecede yayılmıştır. Tümör 18 ay önce tespit edilebilmiş olsaydı, hastanın yaşama şansının istatistikî verilere göre % 33 oranında gerçekleşmiş olabileceği tespit edilmiştir. İlk Derece Mahkemesi, hastanın 320.000 dolarlık maddî tazminat talebini kabul etmiştir. Karar, Kaliforniya Eyalet Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Zarardan söz edebilmek için, bunun hekimin kusurlu davranışının en az %51 sonucu (*more likely than not*) sayılması gerektiğinin altını çizen Mahkeme, İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin kararında esas aldığı teoriye benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur⁵⁷.

Kaliforniya Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu ilk karardan farklı olarak ikinci kararda, Ohio Eyalet Mahkemesi, hekimin kusurlu olarak tedaviye geç başlamasının hastalığın ilerlemesine, sonuçta hastanın sahip olduğu yaşama şansını kaybetmesine neden olduğunu kabul etmiştir⁵⁸. Mahkeme, erken teşhisin yaşama şansını sadece %10 - %20 arttırmış olabilecek bulunması durumunda dahi, tedaviye zamanında başlanmamış olmasını, yaşama şansının yitirilmesine gerekçe olarak göstermiş ve bundan doğan kaybın tazmin edilebilir bir zarar kalemi teşkil ettiğini karara bağlamıştır.

3. İsviçre Uygulamasında

Türk Borçlar Kanunu'na kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre, tazminata hak kazanabilmek için mağdur, haksız eylemle zarar arasındaki illiyet bağıını ispatlamalıdır. Uygulamada, İsviçre Federal Mahkemesi, birçok kararında, mağdurun haksız eylemle zarar arasındaki illiyet bağıını bilimsel anlamda bir kesinlikle ispat etmek zorunda olmadığına hükmetmiştir⁵⁹. İspat, zararın büyük olasılıkla eylemin sonucunu teşkil ettiğini ortaya koyacak nitelikte olmalıdır⁶⁰. Başka bir

⁵⁷ Elaine Dumas v. David Cooney, 235 Cal. App. 3d 1593 (California 1991). Kararın eleştirisi için bkz. **Thévenoz**, s. 247.

⁵⁸ Roberts v. Ohio Permanente Medical Group, 76 Ohio St. 3d 483, 668 N.E. 2d 480 (Ohio 1996). Kararın eleştirisi için bkz. **Thévenoz**, s. 247. Benzer kararlar için bkz. Sindell v. Abott Laboratories, 607 P. 2d 924 (California 1980); Martin v. Abott Laboratories, 689 P. 2d 368 (Washington 1984).

⁵⁹ Bkz. BGE 116 II 519, E. 4a; BGE 119 Ib 334, E. 5b; BGE 123 III 110, E. 2.

⁶⁰ Bkz. **Werro**, CO 41, N 37; **Giger, Hans**: Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, FS für Max Keller, Zürich 1989, s. 141 vd.; **Gauch**, s. 229; **Sidler, Max**: Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, AJP 2005, s. 539.

deyişle, zararın hayatın olağan akışına göre haksız eylemin sonucu kabul edilen durumlarda, sebep-sonuç ilişkisi kurulmuş sayılmalıdır.

Şu hâlde sorun, hayatın olağan akışına uygun düşen illiyet bağından ne anlaşılması gerektiği konusunda düğümlenmektedir⁶¹. Zürih Kanton Mahkemesi tarafından verilen bir karara konu oluşturan olayda, bir hastanın kanser olduğu hekim tarafından geç teşhis edilmiştir⁶². Bunun sonucunda, en azından bazı kanserli hücrelerin yok edilmesini sağlayabilecek olan tedavi, iki ay gecikmeli olarak başlayabilmiştir. Tedaviye başlama tarihinde, kanserli hücreler hastanın vücuduna ona iyileşme şansı tanımayacak derecede yayılmıştır. Ölenin yakınları, istatistikî verilerin ışığı altında, tedaviye iki ay önce başlanmış olsaydı hastanın yaşama şansının devam ediyor olabileceğini ispatlamışlardır. Ancak bu, tedaviye zamanında başlanmış olsaydı, hastanın kesinlikle hayatını kaybetmemiş olacağı anlamına gelmemektedir.

Mağdurların ölüm olayıyla tedaviye geç başlanmış olması arasında kesin bir şekilde illiyet bağı ispatlayamamış olmalarına karşın Mahkeme, geç tanının ciddi bir ihtimalle ölüm sonucunu doğurmuş olabileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin kararına göre hasta, tanının geç konulması sebebiyle %60 civarında olan yaşama şansını kaybetmiştir ve bu ihtimal ölümün geç tanının sonucu olarak kabul edilebilmesi için yeterince ciddi bir olasılıktır.

Kararda, geç konulmuş olan hastalık tanısının ciddi bir ihtimalle ölüm sonucunu doğurmuş olabileceği kabul edilmiş olmakla beraber, mağdurun uğramış olduğu bütün kayıpların tazmin edilebilir bir zarar kalemi oluşturduğu kabul edilmemiştir. Mahkeme, maddî zarar tazminatını %40 oranında az takdir etmiş; yani, hastanın yaşama şansını kaybettiği oran olan %60 oranında belirlemiştir.

4. Türk Uygulamasında

Türk yargı organları tarafından kabul gören uygun illiyet nazariyesi uyarınca, eylem veya olay niteliği itibariyle olayların doğal akışına, hayat denemelerine ve objektif olasılığa göre, meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli ise, o eylemle veya olayla sonuç arasında illiyet bağı mevcut demektir. Diğer bir deyişle sonuç, niteliği itibariyle eyleme ve olaya uygun olmalı, onun uygun bir sonucu olarak görünmelidir⁶³. Sonuç, olayların doğal akışına ve hayat denemelerine göre beklenemeyecek

⁶¹ Bu konuda bkz. **Dettwiler**, s. 302 vd.; **Luder, Konrad**: Der Einwand der Verkürzten Lebenserwartung gegenüber Geschädigten, HAVE 2003, s. 68 vd.

⁶² Karar için bkz. RSJ 1989, s. 119 vd.

⁶³ **Bkz. HGK 06.03.1987 T, 1985/4-854 E, 1987/140 K, KBİB 818 madde 41, 47.**

bir nitelikte ise, eylemi işleyen veya olayı meydana getiren bu türden anormal; yani, illete uygun olmayan sonuçtan sorumlu tutulmaz⁶⁴.

Eylem veya olayın, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden bir zararı genel olarak meydana getirmeye elverişli olup olmadığı; başka bir deyişle, gerçekleşen türden bir zararın meydana gelmesini kolaylaştırıp kolaylaşdırmadığı ya da böyle bir zararın meydana gelme ihtimalini önemli ölçüde arttırıp arttırmadığını belirlemek, yargı organlarının karşılaştığı önemli güçlüklerden birisidir. Olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre bir eylemin ya da olayın gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığının tespitinde yargı organları, sorumluluğu doğuran eylemin veya olayın tanımına, zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalini arttıran tüm şart ve faktörleri dahil etmektedirler. Eylem veya olay içinde dikkate alınan şart ve faktörler, somut olarak değerlendirilir, *ex post* bir tanıya dayanır ve gerçekleşmesi beklenen değil, gerçekleşmiş eylem ve olguların nesnel görüşlerine göre belirlenir⁶⁵. Başka bir deyişle, yalnızca eylem veya olay sırasında fail tarafından bilinen şart ve faktörler değil, eylem veya olay sonrasında öğrenilen ve fail tarafından bilinmeyen şart ve faktörler de (ör. mağdurun kalp hastası olması) göz önünde bulundurulur. Uygun illiyet teorisinin bu şekilde uygulanmasıyla, bir eylem veya olayın meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangisinin, ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiği objektif ölçütlerle belirlenmeye çalışılır. Mağdurun hukuka aykırı eylemle zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini net bir şekilde ortaya koyamadığı durumlarda, bu tarz bir uygulama, yargı organlarını, tazminat talebini kabul etmek ya da reddetmek gibi iki alternatiften birini seçmeye zorlamaktadır.

Oysa, sınırlı bulunan yaşama şansının hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranmış olması nedeniyle tamamen kaybedilmiş bulunması durumunda olduğu gibi, çoğu zaman eylem veya olayla zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi derecelendirilmeye uygundur⁶⁶. Hastalık tanısının geç konulması nedeniyle meydana gelen ölümlerde öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, meydana geliş şekli itibariyle, olayla tazmini

⁶⁴ Bkz. 4. HD 08.05.2003 T, 2003/1344 E, 2003/6072 K, KBİB 818, madde 41.

⁶⁵ Bkz. HGK 24.06.1964 T, 508/D-4 E, 481 K, **Karahasan, Mustafa**: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, s. 281 vd.; **Tandoğan, Halûk**: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 78; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku, GH, Tıpkı 7. Bası, İstanbul 2001, s. 523. Bazı yazarlar, bu teorisinin ("sonradan değerlendirme teorisi") dürüstlük kuralı çerçevesinde törpülenmiş olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku, GH, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 504.

⁶⁶ Bkz. **Bydlinski, Franz**: Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964, s. 62; **Stark**, s. 101 vd.; **Widmer/Wessner**, s. 243 vd.; **Thévenoz**, s. 237 vd.

istenen zarar arasında yukarıda anılan nitelikte uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı noktasında düğümlenmektedir. Hekimin kusurlu sayılabilecek bir davranışla hastalığın tanısını geç koyması ve dolayısıyla tedaviye geç başlamasıyla uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı; başka bir deyişle, hekimin kusurlu davranışının hastanın yaşama şansını kaybetmesinde “önemli ölçüde” rol oynayıp oynamadığını araştırmak yerine, yargı organları, hekimin borcunu gereği gibi ifa etmemiş olması sonucu hastanın yaşama devam etme fırsatından yoksun kalmış olup olmadığını tespit etmekle yetinebilirler. İkinci aşamada, fırsatın gerçekleşme ihtimalini hesaplayabilir ve son aşamada, fırsatın yitirilmesine neden olan eylem gerçekleşmemiş olsaydı elde edilmiş olabilecek faydanın ifade ettiği ekonomik değeri fırsatın gerçekleşme ihtimaliyle çarpabilirler.

Bir fırsattan mahrum kalınmasını tazmin edilebilir bir zarar kalemi olarak kabul etmek, Türk hukukunda hâlen benimsenen fark teorisinin dışına çıkılmasını gerektirmez. Yargıtay içtihatlarına göre zarar, aktiflerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde malvarlığında meydana gelen irade dışı eksilmedir⁶⁷. Fark teorisi esas alınarak bu şekilde tanımlanan zararın miktarı, mağdurun zarar verici eylemden önceki ve sonraki malvarlığı arasındaki değişim bulunarak hesaplanır. Fransız, Anglo-sakson ve İsviçre uygulamalarında olduğu gibi, Türk uygulamasında da, ekonomik değer ifade eden bir fırsatın, başka bir deyişle bir faydanın elde edilmesi ya da bir kaybın önlenmesi ihtimalinin, mağdurun malvarlığına dâhil unsurlardan sayılmaması için bir neden yoktur. Bu görüşü destekleyen bir yargı kararına konu olan olayda davalı, davacıya ait iki atın koşulara sokulmaması için Danıştay’a başvurarak yürütmenin durdurulması kararı almış ve açılan davada Mahkeme tarafından haksız bulunmuştur. Davacının, atlarının yarışa katılmamasından dolayı zarara uğradığını iddia ederek tazminat davası açması ve ilk derece Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi şu sonuca varmıştır:

“(...) Yerel mahkeme kararında, davacının tazminat isteğinin mücerret bir iddiaya ve varsayımına dayandığı, zira yasaklama süresi içinde davacının atlarının yarışlara girip giremeyeceğinin, gireceklerse yarışları kazanıp kazanamayacaklarının meçhul olduğu (...) ileri sürülmektedir. Oysa, bu görüşün de yasal bir dayanağı olduğunu kabul mümkün değildir (...) Davada ileri sürülen (...) zarar, [kâr yoksunluğu] zararıdır (...) Kâr yoksunluğu, genellikle varsayımına dayanan (farazî) bir hesaba isnat eder, mal varlığının gelecekteki çoğalması ihtimali burada göz önünde

⁶⁷ Bkz. HGK 05.07.2000 T, 2000/2-1072 K, 2000/1124 E, YD 2000, s. 68; **Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, s. 64; **Tekinay, Selâhattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atillâ**: Borçlar Hukuku, GH, İstanbul 1993, s. 736; **Eren**, s. 489; **Oğuzman/Öz**, s. 497.

bulundurulur, zarar verici olay bu çoğalmaya engel [oluşturur]. Burada zararı, malvarlığının olaydan sonraki durumuyla, çoğalma ihtimali tahakkuk etseydi arz edeceği farazî durum arasındaki fark teşkil eder (...) Kâr yoksunluğu, varsayımlı bir hesaba dayandığı cihetle, her varsayımlı hesapta olduğu gibi, kâr yoksunluğunun saptanmasında da bir kesinlik yoktur. Ancak hâkim, yoksun kalınan kazancı saptarken (...), dar bir görüşle hareket edip (sadece zarar verici olay meydana gelmeseydi muhakkak surette elde edilebilecek olan kazancı) [göz önüne almamalıdır]. Hâkim, (...) bunların ihtimal derecesini göz önüne almalı ve (...) muhtemel kazancı saptamalıdır (...) Davacının atlarının gerek yürütmenin durdurulması kararından önce ve gerekse sonra katıldığı yarışları kazandığı, (...) ibraz edilen [listeden] anlaşılmaktadır (...) Davacının atlarının nitelikleri ve aldığı sonuçlar belli olduğuna göre, bu konuda yetenekli bilirkişiler eliyle yaptırılacak bir inceleme ile kuvvetle muhtemel olan kazanç kaybının saptanması mümkündür (...) Kaldı ki, alınan karar yüzünden atların koşulara iştirak edememeleri de uygun illiyet bağının varlığını gösteren kesin kanıtlardandır”⁶⁸.

Mağdurun hukuka aykırı eylemle zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini net bir şekilde ortaya koyamadığı durumlarda, uğradığı kayıpların, yitirmiş olduğu fırsat oranında tazmin edilmesini sağlayan ve Yargıtay’ın at yarışını kazanma şansından mahrum kalınmasına ilişkin vermiş olduğu karara esas teşkil eden teori, yaşama şansının kaybedilmesinin söz konusu olduğu hâllerde, bizce öncelikle uygulanmalıdır.

SONUÇ

BK’nun 42. maddesinin 2. fıkrasında (BK Tasarısı’nın 51. maddesinin 2. fıkrasında), uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hâllerde, hâkimin, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını belirleyeceği belirtilmektedir. Öteden beri Yargıtay içtihatlarında benimsenen bu düşünce tarzına göre hâkim, haksız eylemle zarar arasındaki illiyet bağının kesin olarak kurulup kurulmadığını tespit etmekle yetinmeyecek, olayların akışına göre zararın haksız eylemin muhtemel bir sonucu sayılıp sayılmayacağını irdeleyecektir.

Bizce, yargı organları bir adım daha ileri gitmeli ve BK’nun 42. maddesinin 2. fıkrasını Anglo-sakson ve Kıta Avrupası’ndaki gelişmeler ışığında yorumlamalıdır. Tazminat miktarını, olayların akışına göre belirlenmiş olan illiyet bağının derecesine göre tespit etmelidirler. “Zayıf illiyet bağı teorisi” olarak adlandırabileceğimiz bu öğretinin ışığında, illiyet bağı zayıfladığı oranda, zararın tazmin edilebilir kısmının da azaldığına hükmetmeli; ancak, illiyet bağının, haksız fiil ya da borca aykırılık sonucu

⁶⁸ 4. HD 17.10.1977 T, 88091 E, 9687 K, Uygur, C. II, s. 1425.

uğranılan zararın tazmininde bir kurucu unsur olarak fonksiyonunu yitirmediğini vurgulamalıdır.

BK'nun 42. maddesinin 2. fıkrasındaki ve BK Tasarısı'nın 51. maddesinin 2. fıkrasındakine benzer bir hüküm, İBK Ön Tasarısı'nın 56d maddesinde daha net ifadelerle yer almıştır. Bu düzenlemeye göre, sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığını belirlemek için hâkim, haksız eylemle zarar arasında inandırıcı dereceye ulaşan sebep-sonuç ilişkisini kararında dikkate almak zorundadır. Tazminat miktarını ise, illiyet bağının gerçekleşmiş sayıldığı bu oran (*die einleuchtenden Wahrscheinlichkeit; vraisemblance convaincante*) üzerinden belirlemeli; başka bir ifadeyle, mağdurun uğradığı kaybı, illiyet bağının kurulmuş sayıldığı yüzdelik dilime göre değerlendirmelidir. Böylece, haksız fiille ya da borca aykırılıkla zarar arasında zayıf da olsa bir illiyet bağı bulunduğunu ispatlayan mağdur, tazminat davasından eli boş dönmeyecek; ancak, haksız fiil faili ya da borcuna aykırı davrananın kendisine ödeyeceği tazminat, illiyet bağının gücü oranında daha az takdir edilecektir. Başka bir deyişle, kusurlu sayılabilecek davranışıyla bir kimsenin sahip olduğu ekonomik değer ifade eden fırsatın yitirilmesine sebep olan, fırsatın yitirilmesine sebep olduğu ölçüde bunu tazmin etmekle yükümlü tutulacaktır.

Ulusal hukuklarda uygun illiyet bağı kavramına şimdiye kadar hâkim olmuş “ya hep ya hiç” mantığının⁶⁹ yerini, JOHN NASH tarafından geliştirilmiş olan oyun kuramının "kazan - kazan" paradigmasına bıraktığını söyleyebiliriz⁷⁰. Bu durum, pratikte, uluslararası alanda şimdiye kadar uygulanagelen bir hukuk ilkesinin ulusal boyuta taşınması anlamına da gelmektedir. *European Group on Tort Law* (Tilburg Grubu) tarafından hazırlanan Avrupa Medeni Kanunu projelerinden *Principles of European Tort Law*'un sorumluluğun genel şartları başlığı (Başlık II) altında düzenlediği illiyet bağına ilişkin bölümünde (Bölüm 3, madde 3.106), şöyle bir hüküm yer almaktadır: “Mağdur, etki alanı içinde bulunan bir eylem, olay veya diğer tüm şartların [muhtemelen] neden olmuş sayılabileceği kayıplara, [eylem, olay veya şartın] kayba yol açtığı oranda katlanmak

⁶⁹ İlliyet bağının değerlendirilmesinde yargı organları tarafından esas alınan “ya hep ya hiç” mantığının (*das Alles-oder-Nichts-Prinzip*) eleştirisi için, bkz. **Sidler**, s. 537 vd.

⁷⁰ Oyun kuramı için bkz. **Nash, John/Kalisch, Gerhard/Milnor, John/Nering, Evar:** *Some Experimental n-person Games, Decision Processes*, New York 1954, s. 310 vd.; **Kreps, David:** *Game Theory and Economic Modeling*, Oxford 1990, s. 26 vd.; **Parisi, Francesco:** *The Cost of the Game: A Taxonomy of Social Interactions*, EJLE 2000, s. 99 vd. Oyun kuramının hukuk alanındaki bir başka uygulaması için bkz. **Büyüksağış, Erdem:** *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Analyse économique et comparative*, Zürich 2005, s. 365 vd.

zorundadır”⁷¹. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’in (UNIDROIT - Roma 2004) 7.4.3 (2) maddesinde, tazminat konusunun, [borca aykırılık sonucu] elde edilememiş olan fayda değil, faydanın elde edilmesine olanak tanıyan fırsatın gerçekleşme ihtimalinin yitirildiği anda ifade ettiği ekonomik değer olduğu belirtilmektedir⁷².

Bizce, fırsatın gerçekleşme ihtimalinin yitirildiği anda ifade ettiği ekonomik değer belirlenmesinde, söz konusu fırsatın tekrar elde edilebilir olup olmadığına göre iki farklı çözüm benimsenebilir. Aynı tip fırsatın tekrar yaratılması mümkünse, örneğin benzer bir fırsata sahip olmayı mümkün kılan bir piyasa mevcutsa, yitirilen fırsatın değeri, fırsatın piyasa değeri kadar takdir edilmelidir. Örneğin A, B’nin, içinde piyango biletleri olan cüzdanını çalsın⁷³. Cüzdan, piyanonun çekilmesinden sonra boş bir şekilde bulunsun. Piyangonun büyük ikramiyesini kazanan kimse, piyango müdürlüğüne başvurmamış olsun. Yakalanan hırsız, piyango biletlerini çöpe attığını itiraf etmiş olsun. Böyle bir durumda A, kazanılmış olması muhtemel bir ikramiyeden mahrum bıraktığı için, B’ye tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Çünkü B’nin yitirmiş olduğu biletlerin büyük ikramiye kazanan numaraları taşıyıp taşımadığını kesin olarak bilebilmek mümkün değildir. Biletlerin yitirilmesiyle büyük ikramiyeden mahrum kalma arasındaki illiyet bağı çok zayıftır (ör. ~ 1/1.500.000). Buna karşın, B’nin mal varlığında biletlerin piyasa değeri (ör. 10 YTL) kadar bir eksilme meydana geldiği ve biletlerin çalınmasıyla mal varlığında meydana gelen eksilme arasında illiyet bağının mevcut olduğu tartışmasızdır. A, B’ye biletlerin piyasa değeri kadar tazminat ödemelidir.

Yitirilmiş olan bir fırsatın tekrar elde edilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda, yitirilmiş olan fırsatın ekonomik değeri, fırsat kaybedilmemiş olsaydı elde edilmiş olacak menfaatle onun gerçekleşme ihtimalinin çarpılması sonucu tespit edilmelidir. Örneğin, hekimin kusurlu sayılabilecek bir davranışla hastalığın tanısını geç koyması sonucu hasta yaşama şansını tamamen kaybederse, yitirilen yaşama devam etme fırsatının parasal değeri şu şekilde hesaplanmalıdır:

1. Hekimin kusurlu davranışı sonucu hasta hayatını yitirmemiş olsaydı, mahrum kalınmamış olacak destek miktarı, başka bir deyişle fırsat

⁷¹ Principles of European Tort Law, madde 3.106: Uncertain causes within the victim’s sphere: “The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere”.

⁷² Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, madde 7.4.3 (2): “Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence”.

⁷³ Örnek için bkz. **Thévenoz**, s. 239.

gerçekleşmiş olsaydı uğranılmamış olacak kayıp miktarı belirlenmelidir. Ancak belirtelim ki, bu miktarın tamamı tazmin edilebilir bir zarar kalemi oluşturmaz.

2. İstatistikî verilerden yararlanılarak yitirilen yaşama şansı belirlenmelidir. Örneğin, belli mesleklerde çalışan kimselerin ortalama yaş ömrüne ilişkin istatistiklerden yararlanarak bir kimsenin gelecekte elde edebileceği gelirin hesaplanmasına benzer bir yöntemle, belli safhada bulunan kanserli vakıaların derlenmesinden elde edilen istatistikler değerlendirilebilir ve kanserli hastanın hekimle sözleşme yaptığı andaki iyileşme şansı tespit edilebilir.

3. Hastanın ölümü sonucu mahrum kalınan destek miktarı (yukarıda n. 1), hastanın hekimle sözleşme yapmış olduğu anda sahip olduğu yaşama şansı ile çarpılmalıdır⁷⁴.

⁷⁴ Türk yargı organları, buna benzer bir şekilde, istatistikî verileri değerlendirerek, BK'nun 45. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ölenin desteğinden yoksun kalma sonucu ve BK'nun 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ekonomik geleceğin zedelenmesi sonucu uğranılan zararların miktarını hesaplamaktadır. İstatistikî bilgilerin uygun ya da mevcut olmaması durumunda ise, hâkim, zararın miktarını BK'nun 42. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hesaplar.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AC	:	Appeal Case
AJP	:	Aktuelle Juristische Praxis
All ER	:	All England Law Reports
AT	:	Allgemeiner Teil (Genel hükümlere ilişkin bölüm)
ATD	:	Adli Tıp Dergisi
BGE	:	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BK	:	Borçlar Kanunu
bkz.	:	bakınız
Bull. civ.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Fransa)
C	:	cilt
C. Cass.	:	Cour de cassation (Fransa)
CA	:	Cour d'appel (Fransa)
Cal. App.	:	California Appellate Reports
CLR	:	Commonwealth Law Reports (Avustralya)
DMJ	:	Duke Mathematical Journal
E	:	esas
E.	:	Erwägung
EJLE	:	European Journal of Law and Economics
FS	:	Festschrift
GH	:	Genel Hükümler
GP	:	Gazette du Palais (Fransa)
HA	:	House of Appeal (İngiltere)
HAVE	:	Haftung und Versicherung (İsviçre)
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
K	:	karar
KBİB	:	Kazancı Bilişim İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr)
LS	:	Legal Studies (İngiltere)
MK	:	Medenî Kanun
N	:	paragraf numarası
N.E.	:	North Eastern Reporter, (Amerika Birleşik Devletleri)
ÖH	:	Özel hükümler
ör.	:	örneğin
QB	:	Quebec Official Reports

RCA	:	Responsabilité civile et assurance (Fransa)
RRJ	:	Revue de la recherche juridique (Fransa)
RSJ	:	Revue suisse de jurisprudence
s.	:	sayfa
S.	:	sayı
SCR	:	Supreme Court Reports (Kanada)
SJ	:	La semaine juridique (Fransa)
T	:	tarih
TNBHD	:	Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
YD	:	Yargıtay Dergisi
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
WLR	:	Weekly Law Reports (İngiltere)
ZBJV	:	Zeitschrift des bernischen Juristenverein

BİBLİYOGRAFYA

- Abeglen S.**, Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung, ZBJV 1994, s. 178 vd.
- Aral F.**, Borçlar Hukuku, ÖH, 5. Bası, Ankara 2003.
- Aşçıoğlu Ç.**, Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Başpınar V.**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004.
- Büyüksağış E.**, Ebeveynleri Tarafından Dünyaya Gelmesi Arzu Edilmemiş Çocuğun Doğumunu Engellemek Hekimin Sorumluluğunu Gerektirir mi ?, E-Akademi İnternet Dergisi, Şubat 2006, s. 48.
- Büyüksağış E.**, La Notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Analyse économique et comparative, Zürich 2005, s. 365 vd.
- Chabas F.**, La perte d'une chance en droit français, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 131 vd.
- Dettwiler S.**, Bestätigung der Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition Urteil des Bundesgerichts vom 15.1.2002 i.S. A./B. (4C.215/2001), HAVE 2002, s. 302 vd.
- Engin İ.**, İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 839 vd.
- Eren F.**, Borçlar Hukuku, GH, Tıpkı 7. Bası, İstanbul 2001.
- Faure M.**, Causal Uncertainty, Joint and Several Liability and Insurance, Tort and Insurance Law, C. X, Liber Amicorum Pierre Widmer, Viyana 2003, s. 79 vd.
- Fleming J.**, The Law of Torts, 9. Bası, Sidney 1998.
- Gauch P.**, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, Recht 1996, s. 225 vd.
- Giesen D.**, Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukukî Sorumluluğu, çev. **Özdemir S.**, YKD 1977, s. 217 vd.
- Giger H.**, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, FS für Max Keller, Zürich 1989, s. 141 vd.
- Guillod O.**, Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel 1986.
- Hatemi H./Serozan R./Arpacı A.**, Borçlar Hukuku, ÖH, İstanbul 1992.
- Koziol H.**, Schadenersatz für verlorene Chancen, ZBJV 2001, s. 889 vd.
- Le Tourneau P./Cadiet L.**, Droit de la responsabilité et des contrats, 3. Bası, Paris 2000.
- Loser P.**, Causation – Kausalität, HAVE 2005, s. 250 vd.

- Luder K.**, Der Einwand der Verkürzten Lebenserwartung gegenüber Geschädigten, HAVE 2003, s. 68 vd.
- Lunney G.**, What price a chance?, LS 1995, s. 1 vd.
- Markesinis B./Deakin S.**, Tort Law, Oxford 1999.
- Müller C.**, La perte d'une chance - Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Bern 2002.
- Oftinger K./Stark E.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. I, Allgemeiner Teil, 5. Bası, Zürich 1995.
- Oğuzman K.**, Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukukî Yönü, ATD 1989, S. 5, s. 81 vd.
- Oğuzman K./Öz T.**, Borçlar Hukuku, GH, 3. Bası, İstanbul 2000.
- Özkaya E.**, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Ankara 2005.
- Özsunay E.**, Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 31 vd.
- Öztürkler C.**, Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- Ruellan C.**, La perte d'une chance en droit privé, RRJ 1999, s. 729 vd.
- Schwenzer I.**, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 3. Bası, Bern 2003.
- Sidler M.**, Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, AJP 2005, s. 535 vd.
- Stark E.**, Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 101 vd.
- Şenocak Z.**, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Tandoğan H.**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tandoğan H.**, Borçlar Hukuku, C. II, ÖH, Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri, 3. Bası, Ankara 1987.
- Tekinay S./Akman S./Burcuoğlu H./Altop A.**, Borçlar Hukuku, GH, İstanbul 1993.
- Thévenoz L.**, La perte d'une chance et sa réparation, Colloque du droit de la responsabilité civile (Fribourg 2001), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, s. 237 vd.
- Uygun T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. II, 2. Bası, Ankara 2003.
- Uygun T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. VII, 2. Bası, Ankara 2003.
- Yavuz C.**, Türk Borçlar Hukuku, ÖH, 6. Bası, İstanbul 2002.

Weir T., Loss of a chance - compensable in tort? The Common law, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile (Cenevre 1990), Zürich 1991, s. 111 vd.

Werro F., Le mandat et ses effets, Fribourg 1993.

Werro F., Commentaire des art. 394-406h CO, Commentaire Romand, C. I, Code des obligations, Basel 2003.

Widmer P./Wessner P., Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes und Erläuternder Bericht, Bern 2000.

Zevkliler A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004.