

DOKTORUN SORUMLULUĞUNDA ŞANS KAYBI : İYİLEŞME ŞANSININ KAYBI

*Dr. Yıldız ABİK**

GİRİŞ

Doktorların sorumluluğu davalarında, özellikle görevi ihmal davranışıyla zarar arasındaki illiyet bağına kanıtlamak zordur. Bu alan, hastanın daha önceki sağlık durumuyla, hastalığın daha sonraki ilerleme süreci bakımından, geniş ölçüde belirsizliklerin iz bıraktığı bir alandır. Her şeyden önce, tıp alanında her türlü illiyet bağının belirlenememesi sebebiyle, faydası olabilecek bütün deliller gözönünde tutulmalı ve somut olayın eksik bir değerlendirilmesinden kaçınılarak, sadece hastanın iyileşme olasılığı bakımından, hastalığın nasıl ilerleyeceğine ilişkin bir tahmin yapılmalıdır. Bu şekilde, çoğu zaman, illiyet bağının asla belirgin olmamasının sakıncaları ortadan kaldırılabılır¹. Bu ispat zorlukları, ispat yükünün ters çevrilmesi veya illiyet bağının varlığının ispatlanmasına ilişkin taleplerin çürütülmesi suretiyle ispatın kolaylaştırılması ile giderilebilir. Bunun sonucu olarak, belirsiz illiyete rağmen meydana gelen tüm zarar tazmin edilir. Doktorun sorumluluğunda, sorumluluk hukukunun “ya hep ya hiç prensibinde (*Alles-oder- Nichts- Grundsatz*)” yapılan bu tespit, gittikçe daha çok tartışılmaktadır. Fransa’daki mahkemeler ve A.B.D’deki bazı yargısal kararlar, iyileşme olasılığına göre ölçülen maddi tazminatın paylaşılmasına izin vermektedir ve benzeri eğilimler, Avusturalya, İsviçre,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ *Kasche, Maria* : Verlust von Heilungschancen : eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien : Lang 1999, s. 1; *Brennan, T.A.* : “Causal Chains and Statistical Links : The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous – Substance Litigation”, 73 Cornell Law Review (CornLRev) s. 469 – 533 , 469 – 490 (1988); *Wachsmuth, W. / Schreiber, H.L.* : “Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte”, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1982, s. 2094 – 2098.

Avusturya’da da görülmektedir. Bilimsel bir belirlilik kanaatine varılan sorumluluk hukuku alanlarında ya hep ya hiç prensibinden uzaklaşılması ve bu sebepten dolayı bu prensibin yumuşatılması gerekliliği anlayışı ortak arka planda yer almaktadır. Doktorun sorumluluğunda özellikle iyileşme şansının kaybı² (*perte d’une chance / loss of chance*) hukuki kurumu artan bir önem taşımaktadır. Doktor önerilen tedaviyi hiç yapmadıysa veya uygun olmayan şekilde yürüttüyse, hastanın iyileşme şansının önceki hastalığının başından itibaren belirsiz olması yüzünden ve bundan dolayı tam bir sorumluluk veya tam bir sorumsuzluğun yerinde olmadığı kabul edilerek şartlar adil olarak değerlendirilmelidir. İyileşme şansının kaybettirilmesi halinde ya ispatın kolaylaştırılması ya da iyileşme olasılığının belirlenerek davacı hastanın kısmi (indirilmiş) tazminat hakkının bulunduğu hükmedilmesi gerekir³. Şans kaybı hukuki kurumunun gelişmesi, ayırdedici özellikleri ve şartları ile uygulama alanı Almanya’da şimdiye kadar sadece az sayıda çalışmaya konu olmuştur⁴. Bu konuyla ilgili geniş kapsamlı ve karşılaştırmalı hukuk çalışması niteliğindeki bir inceleme İngilizce olarak da mevcut değildir⁵. Fransız ve A.B.D’nin federal devletlerindeki farklı hukuk düzenleri arasında bir karşılaştırma bu yeni hukuki kurumun çerçevesini belirginleştirmek ve ortaya çıkma nedenini açıklığa kavuşturmak bakımından iyi olacaktır. Önerilen bu doktorların sorumluluğundaki şans kaybı (*perte d’une chance / loss of chance*) hukuki kurumunun savunması, bu hukuk düzenlerindeki hukuki düşüncelere esas olan fikirlerin uygulanmasından bahsedilmesini de kolaylaştıracaktır. Şansla ilgili bu hukuki düşünceler, Alman hukukunda

² İyileşme şansının kaybı, Almanca’da “verlorenen Heilungschance” şeklinde ifade edilebilir. Almanca’da şans kaybı için Fransız hukukunda kullanılan “*perte d’une chance*”, İngiliz ve Amerikan hukukunda kullanılan “*loss of chance*” terimleri gibi belirgin bir terim yoktur.

³ *Kasche*, s. 1-2.

⁴ Burada her şeyden önce şu çalışmayı anmak gerekir: *Stoll, H.* : “Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht”, *Festschrift für E.Steffen* (1995), s. 465- 478. Ayrıca bkz. *Deutsch, E.* : Anmerkung zu BGH, 3.12.1985 VI ZR 106 / 84, NJW 1986, s. 1541; *Franzki, D.* : Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982); *Giesen, D.* : Anmerkung zu OLG Köln, 30.5.1990 27 U 169 / 89 JR 1991, s. 460; *Giesen, D.* : Arzthaftungsrecht (1995) Rn. 58; *Kleinewefers, H. / Wilts, W.* : “Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler”, *VersR* 1967, s. 617-625; *Matthies, K.H.* : Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung : Soll und Haben (1984) s. 94 – 101. Müller – Stoy, Şans Kaybının Tazmini şeklinde Türkçeye çevrilebilecek tezinin başlığına rağmen, iyileşme şansının kaybıyla yeterince ilgilenmemiş ve bu konuyla ilgili yargısal kararlar üzerinde pek durmamıştır. (*Müller – Stoy, Walter* : Schadensersatz für verlorene Chancen, Dissertation, Freiburg im Breisgau 1973).

⁵ *Stoll, Hans* : “Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht” , *Festschrift für E. Steffen* (1995), s. 465-478; *Stark, Emil W.* : “Die Perte d’une chance im schweizerischen Recht”, *Colloque Développements récents du droit la responsabilité civile*, hgg. Von Olivier Guillod , Zürich 1991, s. 101-109; *Weir, Tony* : “Loss of chance- Compensable in Tort?” *The Common Law*”, *Colloque Développements récents du droit la responsabilité civile*, hgg. Von Olivier Guillod , Zürich 1991, s. 111-129; *Chabas, François* : “La perte d’une chance en droit français” *Colloque Développements récents du droit la responsabilité civile*, hgg. Von Olivier Guillod , Zürich 1991, s. 131-143.

bağımsız bir önem kazanamamıştır. Bundan dolayı, bu hukuki kurumun doğrudan doğruya alınmaması Alman sorumluluk hukuku bakımından geçerliliği zor görünmektedir⁶.

Türk hukukunda, doktrinde şans kaybı ve bundan doğan zarar üzerinde durulmamıştır. Yargıtay'ın son yıllarda özellikle doktorların sorumluluğu ile ilgili verdiği bazı kararlarda⁷ şans kaybı teorisinin etkisi olduğu kanaatindeyiz; ancak bu kararlardan açıkça bu teorisinin kabul edildiği anlaşılamamaktadır.

Türk hukuku açısından da şans kaybı teorisinin tanıtılması, incelenmesi ve doktrinde yapılacak değerlendirmelerden sonra kabul edilip edilemeyeceğinin tartışmaya açılması uygun olacaktır.

I.Genel Olarak

Şanslar ve bunların kaybedilmesi, bazı hukuk düzenlerinde tazmin edilecek zararın dayandırılacağı esasın bulunması bakımından hukuki bir öneme sahiptir. Burada şans kaybı (*loss of chance* ve özellikle *perte d'une chance*) kavramının tazminat hukukunda uygulanması gündeme gelir. Bu alanda giderek artan sayıda karar çıkmıştır ve bu kararlarda iyileşme olasılığının kaybı olayı, iyileşme şansının kaybı olarak değerlendirilmekte ve kendisine bir hukuki sonuç bağlanmakta veya bu şekilde en azından tartışılmaktadır. Farklı maddi hukuk ve usul hukuku şartlarına rağmen, davacının, doktorun sorumluluğu davasını başarıyla yürütebilmesi için benzer fikirler ve karşılaştırılabilir somut olaylar bu kararlarda yer almıştır. Bununla birlikte, şartlar ve hukuki sonuçlar farklı ve çok yönlü olup hukuk düzenleri içindeki gelişme çoğu zaman aşamalarla gerçekleşir⁸.

A.Tipik Somut Olayların Durumu

Her şeyden önce hatalı veya eksik teşhislerle yok edilen iyileşme şansındaki olası gelişmeler dikkate alınmalıdır. Aşağıdaki farazi dava, değişik hukuk düzenlerindeki çok sayıda mahkeme kararında karşılaştırmalı olarak değerlendirilebilir⁹: Bir hasta belirli şikayetleri

⁶ Kasche, s. 2.

⁷ Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin henüz yayımlanmamış olan (10.11.2003 t., E. 2003 / 13964 , K. 2003 / 13347) , (16.9.2003 t., E. 2003 /6060 , K. 2003 /10174), (25.12.2003 t., E. 2003 / 10757, K. 2003 / 15490) kararları. Bu kararlar ileride "Türk hukunda durum" başlığı altında değerlendirilmiştir.

⁸ Kasche, s. 14.

⁹ Kasche, s. 14. Konuyla ilgili kararlar - ABD: James v. United States, 483 Federal Supplement (Fsupp) 581 (ND Cal 1980); Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound, 664 P2d 474 (Wash 1983); DeBurkate v. Louvar, 393 NW2d 131 (Iowa 1986); Nevada v. Las Vegas Medical Center, 805 P2d 589 (Nevada 1991); Wollen v. DePaul Health

yüzünden bir doktora gider. Doktor onu muayene eder ve önemli bir hastalığı olmadığını söyler. Bir süre sonra hastanın sağlık durumu kötüleşir. Yapılan yeni muayenede hastanın akciğerinde ameliyat edilemeyen bir tümör olduğu ortaya çıkar. Bu durumun ilk doktor ziyareti sırasında kapsamlı bir muayene sonucu ortaya çıkarılmış olması gerekir idi. Doktor burada bir hata yapmıştır. Bununla beraber, tıbbi bilgilere göre daha önceki bir zamanda, ilk doktor muayenesinden sonra yapılan tedavi başarılı olmuş olsa idi, buna benzetilebilen hallerde sadece hastaların % 30'unda bu safhadaki tümörün iyileştirilebileceği kabul edilir idi. Şimdi hasta öldüğünde ölenin ailesi doktora karşı mahkemede dava açabilirler. Bu muayenenin özenli ve kapsamlı yapıldığını varsaysa idik, yine de hastanın yaşayacağını ispat edemez idik. Tersine, % 30'luk iyileşme şansı benzer olaylara göre azdır. Bu durum, sebep olma ölçüsüne göre ve ispat yükünün bölüşülmesi dikkate alındığında doktorun ispatlanan kusuruna rağmen açılan davanın başarısız olmasına yol açar. Doğrudan söylemek gerekirse, doktorun sorumluluğunda bu tür davalar tekrar tekrar gündeme gelmektedir; çünkü, hastalığın ilerleme seyrini önceden tahmin etmek çoğu zaman belirsizdir¹⁰.

B.Çözüm Olanakları

Doktorların sorumluluğu çerçevesinde tipik durumlar için özel çözümler geliştirilmiştir. Özensiz kanser teşhisi davası ile şu davalar arasında benzerlik kurulabilir: kazadan sonra ihmal edilen muayene tedbirleri¹¹, hastalığın veya onun bulgularının teşhis edilememesi¹²,

Center, 828 SW2d 681 (Missouri 1992) – Bu kararla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. *Bruer, Robert S.* : “Loss of Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases- Wollen v. DePaul Health Center”, 59 Missouri Law Review (MoLRev) 1994, s. 969- 996; *Griffett v. Ryan*, 443 South Eastern Reporter (Second Series) – SE2d 149 (Virginia 1994); *Mayhue v. Sparkman*, 653 North Eastern Reporter (Second Series) – NE2d 1384 (Indiana 1995); Kanada: *Laferrière v. Lawson* [1989] Recueil de Jurisprudence du Québec (RJQ) 27; revsd [1991] Supreme Court Reports (SCR) 541; İngiltere: *Judge v. Huntingdon Health Authority* [1995] 6 Medical Law Review (MedLRev) 223, QB, bu dava mahkeme dışı sulh ile bitmiştir: *The Guardian*, 8 März 1995, S.5 (“Payout for breast cancer blunder”).

¹⁰ *Kasche*, s. 14- 15.

¹¹ Fransa: CassCiv, 1re, 14.12.1965 Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles (BullCiv) I No. 707 (S. 541) (Düşmeden sonra dirsek çıkığını teşhis etmeme); İngiltere: *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 Law Reports – Appeal Cases (AC) 750, Court of Appeal and House of Lords (CA & HL) ; *sub nom Hotson v. Fitzgerald* [1985] 3 AllER 167, QB (Düşmeden sonra kalça yaralanmasının teşhis edilmemesi) ; ABD: *Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc.*, 272 NE2d 97 (Ohio 1971) (Trafik kazasından sonra eksik muayene). (*Kasche*, s. 15, dn. 70).

¹² Fransa: CassCiv, 1re, 20.7.1988 JCP 1988 IV 351 (Ateşin ölçülmesinin ihmal edilmesi yüzünden menenjitin teşhis edilememesi) ; CassCiv, 1re, 11.10.1988 BullCiv I No 281 (S. 192) (menenjitin kızamıkçık zannedilmesi) ; ABD: *Hamil v. Bashline*, 392 A2d 1280 (Pennsylvania 1978) (kalp krizinin EKG aracı donanımının eksikliği nedeniyle teşhis edilememesi); *Aasheim v. Humberger*, 695 P2d 824 (tümörün teşhis edilememesi); *McKellips*

aktarılması gereken önemli bilgilerin aktarılmaması¹³, önceden alınması gerektiği bildirilen önlemlerin ve emniyet tedbirlerinin alınmasının ihmali¹⁴ davaları. Bu davalarda ortak olan, doktorun ihmali yüzünden yapılan tedavinin olası en erken zamanda yapılamamış olması ve zamanın geçmesi yüzünden başarı şansının azalmasıdır¹⁵. Burada incelenen hukuk düzenlerinde bu davaları ele alan yargısal kararlar, çok yönlüdür ve bu nedenle ayrıntılı olarak ele alınmalıdır. Önerilen çözümler aşağıda ana hatlarıyla anlatılmıştır.

1. İspatın Kolaylaştırılması

Bazı mahkemeler, buradaki örnek davalara benzer davalarda ispatın kolaylaştırılmasını uygun bulmuşlardır¹⁶. Buna göre, doktorun kendi kusuruyla iyileşme şansını kaybettirmesi halinde ve bu kusur olmasaydı tamamen iyileşmenin olacağı ispatlanamıyor bile olsa, belirli şartlar altında ispat kolaylaştırılır. Seçilen örnekte davacı, kendisine benzetilebilen davalarda % 30 iyileşme şansı olduğunu ispatlayabilirse, davada başarılı olmuş sayılacaktır. Böylece davacı, hastanın ölümü nedeniyle ortaya çıkan tüm zararı tazmin ettirebilecektir¹⁷.

2. Bağımsız Bir Zarar Olarak İyileşme Olasılığı

Davacının kesin zararının sebebini ve iyileşmenin olmamasını ispatlaması yerine, diğer mahkemeler, doktorun iyileşme olasılığını yok ettiğini ve bu yüzden zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir¹⁸. Bu olasılık, iyileşme şansı olarak adlandırılmaktadır ve kesin zarardan, böylece ölümden veya hayatta kalanların sağlığına zarar vermeden ayrılır¹⁹.

v. *Saint Francis Hospital, Inc.*, 741 P2d 467 (Oklahoma 1987) (kalp krizinin mide iltihabı zannedilmesi) ; *Scafi v. Seiler*, 574 A2d 398 (NJ 1990) (vakitsiz doğum sancılarının teşhis edilememesi nedeniyle erken doğan bebeğin ölümü). (*Kasche*, s. 15, dn. 71).

¹³ *James v. United States*, 483 Fsupp 581 (ND Cal 1980).

¹⁴ Fransa: Cour d'appel de Paris, Ire, 10.3.1966, JCP 1966 II 14753 (2. Fall) (*R.Savatier*). ABD: *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 NW2d 44 (Michigan 1990); *Chambers v. Rush-Presbyterian- St. Luke's Medical Center*, 508 NE2d 426 (III App 1987). (*Kasche*, s. 15, dn. 73).

¹⁵ *Kasche*, s. 15-16.

¹⁶ Burada, her şeyden önce ABD mahkeme kararları söz konusudur : Arizona: *Thompson v. Sun City Community Hospital, Inc.*, 688 P2d 605(Arizona 1984); District of Columbia: *Daniels v. Hadley Memorial Hospital*, 566 F2d 749 (DC Cir 1977), Illionis : *Northern Trust Company v. Louis A. Weiss Memorial Hospital*, 493 NE2d (IIIApp 1986); Indiana: *Mayhue v. Sparkman*, 653 NE2d 1384 (Indiana 1994); Pennsylvania : *Hamil v. Bashline*, 392 A2d 1280 Pennsylvania 1978).

¹⁷ *Kasche*, s. 16.

¹⁸ *Kasche*, s. 16. Fransa : CassCiv, Ire, 14.12.1965 BullCiv I No 707; 18.3.1969 BullCiv I No 117; 17.11.1970 BullCiv I No 301; 25.5.1971 BullCiv I Nos 171-172; ABD: *Herskovits Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P2d 474 (Washington 1983).

¹⁹ *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P2d 474, 481 (Washington 1983); *Andel, P.L.* : "Medical Malpractice : The Right to Recover for the Loss of a Chance of

Bundan sonra, iyileşme şansının değeri, düzenli olarak hastanın ölümünden doğan tüm zararlar bir tutulamaz²⁰. Tersine, iyileşme olasılığını, kesin zarardan ayıran burada bağımsız bir zarar kaleminin söz konusu olmasıdır. Bu değer hesaplanması farklı biçimlerde yapılır ve genellikle mahkemeler istatistiklere dayanarak iyileşme olasılığını kesin zararlar orantı kurarak bulurlar. Tahmini iyileşme olasılığı % 30'u buluyorsa, kesin zararın % 30'u tazmin edilecektir. Bu nedenle, bu denklemin kurulmasında belirleyici olan, bağımsız değer iyileşme şansına dayandırılır dayandırılmaz (genellikle orantılı olarak) indirilmiş bir tazminatın verilmesidir²¹.

Yargısal kararlar, iyileşme şansının kaybına sadece ispatın kolaylaştırılmasını bağlamakla yetinmemiş, aynı zamanda burada tazmin edilmesi gereken bir zarar durumu olduğunu kabul etmiştir. Bununla, ispat hukukuna ilişkin atılıma kıyasla, iyileşme şansının kaybının hukuki nitelendirilmesinde önemli gelişmeler belirlenmiştir. İlk olarak Fransa'da iyileşme şansının kaybının tazmin edilebileceği görüşü kabul etmiştir. ABD'deki bazı yargı kararlarında da aynı görüş kabul görmüştür. Bu gelişmenin, her defasında, diğer hukuk düzenlerinden bağımsız olarak gerçekleştirilmesi dikkate değerdir. Diğer hukuk düzenlerinde iyileşme şansı incelenmemiştir; fakat en azından etkisi bakımından karşılaştırılabilir bazı atılımlar vardır²².

İyileşme şansının bağımsız bir zarar olarak kabul edilmesi, ilk defa Fransa'da olmuştur. Bu ülkedeki mahkemeler, 60'lı yıllarda iyileşme şansının kaybını (*perte d'une chance de guérison*) kabul etmiştir²³.

İlk defa Grenoble İstinaf Mahkemesinin (*Cour d'Appel de Grenoble*) yayımlanmamış bir kararında bu yeni eğilim ortaya çıkmıştır²⁴. Bu davada, davacı el bileğinin yaralanmasından acı çekmekteydi. Yapılan röntgen incelemesinde el bileğinin kırıldığı doktor tarafından teşhis edilemedi ve bu nedenle tedavi edilemedi. Davacı, daha sonra el bileğini yeniden kırdı. Yeniden kırılan bileğin tedavisi sırasında eski röntgenler tekrar çekildi ve ilk tedavide daha önceki bilek kırılmasının teşhis edilmesi gerektiği belirlendi. Davacının ileri sürdüğü gibi, hatalı teşhisin ve buna bağlı olarak tedavinin ihmal edilmesinin yeni yaralanmaya yol açtığı kesin olarak ispatlanamamıştır. Diğer taraftan, davacının iddia ettiği gibi ihmal edilen

Survival", 12 PeppLRev 973-998, 986 (1985); *Kasche*, s. 16-17.

²⁰ *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P2d 474 (Washington 1983); *DeBurkate v. Louvar*, 393 NW2d 131 (Iowa 1986); *King, J.H.* : "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", 90 Yale LJ 1353- 1397 (1981); *Giesen, D.* : Anmerkung zu OLG Köln, 30.5.1990 27 U 169 / 89 JR 1991, 460 (465); *Kasche*, s. 17.

²¹ *Kasche*, s. 17.

²² *Kasche*, s. 119.

²³ *Kasche*, s. 119.

²⁴ *Kasche*, s. 119; RTDC 1963 (61) 326- 363 (334 – 335).

tedavinin sonradan ortaya çıkan dolaylı zarar üzerinde hiçbir etkisi olmadığını düşünülmesi mümkün değildir. Mahkem, kararını verirken, orta bir yol izlemiştir. Mahkeme, önce ihmal edilen tedavi ile el bileğinin yeniden kırılması arasındaki illiyet bağının ispatlanamadığını belirtmiştir. Ancak, mahkeme, davacının zamanında yapılan tedaviyle iyileşebilme ve böylece yeni bir yaralanma ihtimalinin önlenebilme şansını kesin olarak kaybettiğini (*perte d'une chance de guérison*) kabul etmiştir. Bu kayıp, tazmin edilmesi gereken tek zarardır²⁵.

3. Geleneksel Ölçütlerde Israr Etmek

Bu denklem kurmanın yanısıra, iyileşme şansının kaybının hukuki öneminden hareketle illiyet bağı ölçütlerinde ısrar edilerek davacının zararının tazmin edilmemesi olasılığı da vardır²⁶.

4. Diğer Önlemler

İyileşme şansı kurumunun bulunmadığı hukuk düzenlerinde de çözülmesi gereken benzer somut olaylar vardır. Alman doktorların sorumluluğu davalarının merkezinde ispat yükünün ters çevrilmesine kadar varan ispatın kolaylaştırılması bulunmaktadır. Fakat, bunlar uygun olamayan ve eksik teşhis ve tedavilerin iyileşme şansını azaltmasına bağlanmamaktadır, tersine Alman mahkemeleri tarafından geliştirilen, ağır tedavi hatalarına veya muayeneden elde edilen sonucun teminat altına alınması yükümlülüğünün ihlâlinin belirlenmesi haline bağlanmaktadır. Tedavi eden doktorun eksik bilgisiyle ortaya çıkan kanser şüphesi²⁷ ve aynı şekilde kalp enfarktüsü²⁸ bulgusunun yanlış yorumlanması, ağır bir tedavi hatası olarak sınıflandırılmaktadır. Sonuç olarak, kesin zarara (kanser hastalığının kötüleşmesi, kalp enfarktüsünden ölüm) neden olan ispat yükü ters çevrilmiştir, böylece doktor doğan bu zararı karşılamak zorundadır²⁹.

²⁵ *Kasche*, s. 119 – 120. Bu kararla ilgili açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. *Großerichter, Helge* : Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der *perte d'une chance*, München 2001, s. 132.

²⁶ *Kasche*, s. 17.

²⁷ BGH, 24.4.1989 VI ZR 175 / 88 BGHZ 107, 222.

²⁸ BGH, 13.2.1996 VI ZR 402 / 94 BGHZ 132, 47; bu karar özellikle ilginçtir; çünkü eksik EKG sonucu yüzünden muayeneden elde edilen sonucun teminat altına alınması yükümlülüğünün ihlâli söz konusudur. Burada doktorun mevcut olan enfarktüs bulgularını açıklama yükümlülüğünün olduğu şüphesizdir. Bu bulguların yanlış yorumlanması, ağır bir tedavi hatası olup, ispat yükünün ters çevrilmesi sonucunu doğurur.

²⁹ *Kasche*, s. 17-18.

II.Doktorun Sorumluluğunun Esasları

İyileşme şansının hukuki önemiyle ilgilenen hukuk düzenlerinde, doktorun sorumluluğunun maddi hukuk ve usul hukuku nedenleri bakımından geliştirilen ve biraz önce esas hatlarıyla anlatılan çözüm olanakları bulunmaktadır.

A.Talebin Esasları ve Şartları

1.Sözleşme Sorumluluğu

Bir tarafta tedavi eden doktor, özellikle hastane, diğer tarafta hastanın olduğu bir tedavi sözleşmesi söz konusudur, bu yüzden sözleşme sorumluluğu hesaba katılmalıdır. Burada incelenen bütün hukuk düzenlerinde kural olarak sözleşmesel sorumluluk mümkündür³⁰.

a) “Common law” sisteminde

Doktor ve / veya hastane ile hasta arasında sözleşmesel bir bağlantı mevcuttur. Her şeyden önce, bir sözleşmenin ihlali, kusurdan bağımsız bir talep olan “*breach of contract*” ile anlatılmalıdır³¹. Gerçekte İngiltere’de sözleşmesel talep sadece ikinci derecede bir öneme sahiptir; çünkü, hastaların çoğu “National Health Service” çerçevesinde tıbbi tedavi talebinde bulunurlar. Bu kamu araçlarıyla finanse edilen sağlık sistemi hasta için karşılıksızdır ve sözleşmesel sorumluluğun hesaba katılmamasına neden olur³². Bu suretle, İngiltere’de sadece özel hastalar sözleşmesel talebe dayanabilir. Fakat, Anglo Amerikan hukuk çevresindeki kararların çoğunda sözleşmesel değil, tersine haksız fiil talepleri ön plandadır³³. Bu durum, sözleşmenin varlığından bağımsız olarak kabul edildiği ve tazminatı doğuran haksız fiilin unsurlarından ihmale (*negligence*) göre, özen yükümlülüğünün ihlaline dayandığı için bir sözleşme yapmak gerekli görülmez³⁴. Ayrıca, *common law* hukuk düzeninde, zımni olarak kararlaştırılan sözleşme şartlarının (*implied terms*) kabulü hususunda çekingen³⁵ davranılmaktadır ve sözleşme hukuku her zaman uygun ve yeterli bir talebin esası olarak anlaşılmamaktadır³⁶.

³⁰ Kasche, s. 18.

³¹ Giesen, D. : “Zur Konstruktion englischer Vertragsvereinbarungen”, JZ 1993, s. 16-24.

³² Giesen, D. : International Medical Malpractice Law (1988) , Rn. 10.

³³ Kasche, s. 18-19.

³⁴ *Kozan v. Comstock*, 270 F2d 839, 844 (5th Cir 1959); *Yepranian v. Scarborough General Hospital* (1980) 13 Canadian Cases on the Law of Torts (CCLT) 105, 174 Ontario Court of Appeal (Ont CA); Giesen, Rn. 30 – 31; Kasche, M. : “Operation in Australien”, Jura 1993, (s. 94- 103) s. 101.

³⁵ Giesen, Zur Konstruktion, s. 18.

³⁶ *Kozan v Comstock*, 270 Federal Reporter (Second Series - F2d) 839, 844 (5 th Cir 1959); *Yepranian v. Scarborough General Hospital* (1980) 13 CCLT 105, 174 (Ont CA); Kasche, s. 19.

b)Fransız hukukunda

Fransa’da öncelikli sorumluluk sebebi, sözleşmedir; çünkü, hakların yarışması çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu hesaba katılmamaktadır³⁷. Bir sözleşme varsa, bu sözleşmenin yanısıra genel haksız fiil kurallarının hesaba katılması mümkün değildir; çünkü bu durum, sözleşme özgürlüğüne ters düşer³⁸. Doktor, bütün yeteneklerini, olanaklarını ve araçlarını kullanarak hastaya yardım etmek için çaba göstermekle yükümlüdür. Doktorun bu yükümlülüğü *obligations de moyens*³⁹ adı altında anılır. Burada, *obligation de résultat*⁴⁰ kavramından farklı olarak, sonuç değil, tersine, sadece bu sonuca ulaşmak için gösterilmesi gereken çaba borçlanılmıştır. Bu ayırımı, sözleşmenin ihlâli halinde sorumluluğun sonuçları bakımından da önem taşır. *Obligation de résultat* kavramında çabalanan sonucun ortaya çıkmaması halinde kusurun varlığı varsayılır⁴¹. *Obligation de moyens* kavramında ise, davacı az da olsa bir kusurun varlığını ispatlamak zorunda olup, sonucun ortaya çıkmaması, davalının sorumluluğu için yeterli değildir; çünkü, davalı bunun için kimseye borçlanmamıştır. Hasta, doktorun çabalarının kusursuz olmadığını ispatlamak zorundadır⁴².

c)Alman hukuk çevresinde

Bu çevrede, doktorun sorumluluğu bakımından sözleşme sorumluluğunun kabul edilmesi mümkündür. Ancak, buradaki sorumluluk, istisna sözleşmesi anlamında sonuca ulaşma şeklinde değildir. Tersine, Almanya ve Avusturya’da doktorla hasta arasında yapılan sözleşme hizmet sözleşmesidir⁴³. İsviçre’de ise, doktorla yapılan bu sözleşme vekâlet sözleşmesi⁴⁴ olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, hastanede tedavi sırasında

³⁷ CassCiv, 20.5.1936 D 1936 J 88.

³⁸ Giesen, Rn. 48.

³⁹ CassCiv, 20.5.1936 J 88; Penneau, J : Medical Responsibility in Western Europe : France (1985) Rn. F 41, F 48 - F 51; Giesen, Rn. 12; Kasche, s. 19. Belli alanlarda Obligations de résultat kavramıyla aşağı yukarı aynı olan kavramlar için bkz. ve karşı. Sargos, Pierre : “Reflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale”, D 1996, Chron, 365-370; Viney, Geneviève / Jourdain, Patrice. : “L’indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?”, JCP 1997 I 4016.

⁴⁰ Ferid, M. / Sonnenberger, H. J. : Das französische Zivilrecht, Band 2, (1986) 2 K 121 (S. 288).

⁴¹ Kasche, s. 19.

⁴² Giesen, Rn.12; Kasche, s. 19.

⁴³ Giesen, D. : Arzthaftungsrecht (1995), Rn. 7; Laufs, A. : Arztrecht, 3. Aufl., München 1984, s. 25; Deutsch, E. / Matthies, K.H. : Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter und Schlichtungsstellen, Köln 1987, s. 9-10; Ott, W. E. : Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978, s. 23.

⁴⁴ Honsell, H. : Handbuch des Arztrechts (1994), s. 22-23; Ott, s.23; Kuhn, M. : Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR, N.F. 105, 1986, I. Halbband, s. 472-474; Loeffler, W. : Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich 1945; Schroeder, Karl : Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Zürich

hastayla yapılan sözleşmenin tarafının sadece hastane mi olduğu veya onun yanısıra tedavi eden doktorun da sorumlu tutulup tutulamayacağı, sözleşmenin yorumuyla açıklığa kavuşturulabilir⁴⁵.

d) O halde, sözleşme sorumluluğunun büyük ve farklı bir önemi vardır. Bu, bir taraftan sağlığın sağlanmasının farklı bir şekilde düzenlenmesine, diğer taraftan da sözleşme ve haksız fiil hukuklarının yapısına dayanır. Bir sözleşme varsa, hasta, sözleşmedeki hükümleri ihlâl eden ve bu şekilde zarara sebep olan doktor aleyhine dava açarak ileri sürdüğü zararını bütün hukuk düzenlerinde tazmin ettirebilir. Elde edilmeye çalışılan iyileşme sonucuna ulaşılamaması, bir sorumluluğun doğmasına neden olmaz⁴⁶.

2.Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğu, burada incelenen hukuk düzenlerinde farklı düzeylerde öneme sahiptir. Bu, her şeyden önce, farklı anlaşılan, sözleşmeye ve haksız fiile dayanan taleplerin yarıştığını gösterir; fakat her talep kendi şartlarına uygun olarak yerine getirilmelidir⁴⁷.

a) *Common law* sisteminde, doktorun sorumluluğunun merkezinde haksız fiilin unsurlarından ihmal (*negligence*) vardır⁴⁸. Bu unsurdan, kasıtlı olmaksızın, özen yükümlülüğü bakımından görevin ihmali anlaşılır. Doktorla hasta arasında varolan özen yükümlülüğü (*duty of care*)⁴⁹, bakımından görevin ihmali, doktorun göstermesi gereken özen ölçüsünü gösteremeyip ihlâl etmesi (*breach of duty*)⁵⁰ ve buna bağlı olarak hastaya bir zarar vermesi (*consequent damage*)⁵¹ ile kasıtlı olmaksızın gerçekleştirilmiş olur⁵². Bunun yanısıra, kasıtlı olarak hastanın rızasını almaksızın doktorun verdiği bedeni zarar (*battery*) da dikkate alınmalıdır⁵³. Ancak, bu sorumluluk, hastanın rızasının olmadığı olaylarla sınırlıdır. Doktorun eksik

1982, s. 21; *Nägeli, Max* : Die äztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984, s. 71; *Merz, Barbara* : Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Zürich 1980, s. 62; *Frank, Richard* : Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, s. 174; *Stürner, Rolf* : Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, SJZ 1984, (s. 121-130) s.122.

⁴⁵ *Kasche*, s. 20; *Schmid, E. M.* : Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß (1988) 83; ayrıca bkz. *Kasche*, "Operationen in Australien", Jura 1993, 94-103 (98).

⁴⁶ *Kasche*, s. 20.

⁴⁷ *Kasche*, s. 20.

⁴⁸ *Giesen*, Rn. 38-40.

⁴⁹ Lord Atkin'e göre, bu konuda "neighbour test" olarak adlandırılan testin de bilinmesi gerekir (Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562, 579). Ayrıntılı bilgi ve karşılaştırmalı hukuk bilgisi için bkz. *Giesen*, Rn. 109- 126.

⁵⁰ *Giesen*, Rn. 127- 139.

⁵¹ *Giesen*, Rn. 268-305; *Kasche*, s. 20.

⁵² Bu şartların uygulanmasını karşı. *Kasche, M.* : "Operation in Australien", Jura 1993, (s.94-103) s. 94-96.

⁵³ *Giesen*, Rn. 35-36; *Kasche*, s. 20-21.

açıklamasıyla alınan rıza, yukarıda söz edilen *battery* kavramının kapsamı dışındadır⁵⁴. Aslında, bu talebin uygulama alanı sınırlandırılmıştır⁵⁵.

b)Fransız hukukunda, doktorun sorumluluğunda, sözleşme ve haksız fiil arasında hakların yarışması söz konusu olmaz⁵⁶. Doktorun ve özellikle hastanenin haksız fiil sorumluluğu, aynı zamanda hastayla aralarında bir sözleşme olması halinde farklılık gösterir.Böylece, haksız fiil sorumluluğu, her şeyden önce, tazminatın doktordan talep edildiği ve hastanenin sadece sözleşmenin tarafı olduğu durumlarla sınırlıdır⁵⁷.

c)Almanya’da doktorun haksız fiil sorumluluğu, her şeyden önce § 823 f.1 BGB’ye dayanmaktadır. Doktorların tedavi önlemleri arasında, sadece hastanın geçerli rızasının haklı çıkarabileceği, somut olaydaki duruma göre ölçülü bedensel zarar verme⁵⁸ görülmektedir. Rızanın geçerli sayılabilmesi için doktorun açıklamasının tedaviden doğabilecek riskleri de kapsamı gereklidir, yoksa hastanın sadece doktorun müdahalesi için muvafakat göstermesi yeterli değildir⁵⁹. Haksız fiil sorumluluğunun pratik önemi, her şeyden önce sözleşme sorumluluğundan farklı olması ve aynı zamanda manevi tazminat (*Schmerzensgeld*) sonucunu da doğurmasıdır (§ 847 BGB)⁶⁰. Avusturya’da haksız fiillerin talebinin esasını § 1299 ABGB ve İsviçre’de ise Art. 41 OR oluşturur⁶¹.

d)Common law sisteminde ve Alman hukuk çevresinde, doktorun sorumluluğu bakımından haksız fiil hukuku belirleyici bir rol oynamaktadır. Doktorun özen yükümlülüğünün ihlâlinin yanısıra, her defasında hastanın sağlığına zarar verilmesine neden olma da şarttır. Bu durum, hasta ile doktor arasında hiçbir sözleşmenin mevcut olmadığı Fransız hukuku bakımından da geçerlidir. § 823 f.1 BGB’nin yapısal özelliği, sadece orada sayılan kişi varlığı haklarının korunmasıdır. Bundan dolayı, haksız fiil hukukunun korunmasını sadece belirli kişi varlığı hakları ile sınırlamayan hukuk düzenlerinden farklı olarak, Alman hukukunda korunması gereken yeni türdeki varlıkları bu maddeye dahil etmek büyük zorluklara yol açmaktadır. Ayrıca, *common law* sisteminde, bir taraftan kişi varlığı haklarının ihlâliyle,

⁵⁴ *Kasche*, s. 21. Konuyla ilgili kararlar : İngiltere: *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* [1985] 1 AC 871, 883, Avustralya : F V R (1983) 33 SASR 189, 190 (FC); *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989) 17 NSWLR 553, 578 (CA); Kanada: *Reibl v. Hughes* [1980] 2 SCR 880; ABD hukukunda bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. *Robertson, G.* : “Informed Consent to Medical Treatment”, (1981) 97 Law Quarterly Review (LQR) 102- 126 (104-105, 124-125).

⁵⁵ *Kasche*, s. 21.

⁵⁶ *Giesen*, Rn. 48-49.

⁵⁷ *Giesen*, Rn. 49; *Kasche*, s. 21.

⁵⁸ *Kötz, Hein* : *Deliktsrecht*, 7. Aufl., Neuwied, Kriftel 1996, Rn.96; *Laufs, A.* : *Arztrecht*, 1993, Rn. 174 (karşıt görüşlere de yer vermiş ve çeşitli kanıtlar üzerinde durmuştur).

⁵⁹ *Laufs*, Rn.185-189; *Kasche*, s. 21.

⁶⁰ *Kasche*, s. 21. BGB § 847 yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 53. Aufl., München 2003, s. 261 (Beck- Texte im dtv).

⁶¹ *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 23.

diğer taraftan bundan çıkan sonuç arasında farklı olan, başka yerlere uymayan, nedensellik bağının sadece bir kere incelenmiş olması ve Almanya'dakinden farklı olarak sorumluluğu doğuran veya sorumluluğu tamamlayan olaylar arasında sınıflandırılmamasıdır⁶².

3. Ölenin Ailesinin (Hayatta Kalanların) Talepleri

Doktorun sorumluluğunda, hastanın talepleri yanında, ölenin ailesinin talepleri de pratik açıdan büyük önem taşımaktadır. Bu tür talepler iki grupta toplanabilir⁶³: Bir kere, ölenin ailesi, gerektiğinde ölümden doğan zararları ve özellikle ölenin, sağ kalsa idi, gelecekte elde edeceği ve şimdi ölüm nedeniyle kaldırılan nafaka ödemelerinin tazminini talep edebilir. Bundan başka, ölenin, ölmeden önce, hatalı tedavi nedeniyle açtığı davadan doğan taleplerin miras yoluyla mirasçılara geçmesi de söz konusu olabilir. Burada, ölenin, ölmeden önceki hem maddi tazminat hem de manevi tazminat talepleri söz konusudur. Bu ayırım, özellikle burada incelenen iyileşme şansının tazmin edilebilmesi ve bunun şartları bakımından önemlidir. Burada, ölenin, ölmeden önceki talepleri söz konusudur, öyleyse talebin bütün şartları, ölümden önce gerçekleşmelidir. İleri sürülen taleplerin tarzı, çıkarsama yoluyla taleplerin şartlarından çıkarılabilir⁶⁴. Bu durum, bir örnekle açıklanabilir : Bir doktor, hastanın iyileşme şansı olmasına rağmen, ihmali bir şekilde kanser hastalığını teşhis ve tedavi edememiştir. Böylece hastanın ölümünden önce kaybettirilen iyileşme şansı nedeniyle tazminat istemeye hakkı olup olmadığı sorusunun cevabı şüpheli kalmıştır. Bu talep, miras yoluyla geçebilirdi. Hasta, ölene kadar, iyileşme şansının kaybından doğan zararın tazminini içeren böyle bir talepte bulunmamışsa, onun ailesi, ölümünden sonra sadece kendi haklarına dayanarak dava açabilirler⁶⁵.

a. Ölüm Nedeniyle Talepler

Hastanın ölümü nedeniyle, onun ailesinin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talebi, burada incelenen hukuk düzenlerinde kabul edilmiştir⁶⁶. Bu hukuk düzenlerinde böyle bir talebin açıklanması, bazı farklılıklar gösterir⁶⁷.

aa. Olaylar ve örnekler hukukunun (*Common law*) ilkelerine göre, ölenin ailesinin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talebi kural

⁶² Kasche, s. 21-22.

⁶³ *McGregor, H.* : Personal Injury and Death, International Encyclopedia of Comparative Law (IECL) Vol. XI Ch.9 (1972), s. 80-85; *Savatier, R.* : Anmerkung zu CassCiv, Ire, 1.4.1968 D 1968 J 653; *Martin v. East General Jefferson Hospital*, 582 Southern Reporter (Second Series)–So2d 1272, 1279 (Louisiana 1991).

⁶⁴ Kasche, s. 22 .

⁶⁵ Kasche, s. 22.

⁶⁶ Bu konunun ana hatları için bkz. *McGregor, H.* : Personal Injury and Death, Vol. XI ch. 9 (1972) 85 – 105.

⁶⁷ Kasche, s. 23.

olarak söz konusu değildir⁶⁸. Bu durumun hakkaniyete aykırı, haksız sonuçlar ortaya çıkarabileceği erken zamanda kabul edildi. Hem İngiltere⁶⁹ hem de ABD'deki çok sayıda federal devlet 19. yüzyılda *Wrongful Death Acts* adıyla anılan kanunları kabul ettiler. Bu kanunlarla, hastanın ölümüne tedavi hatasının neden olması halinde⁷⁰, ölenin ailesinin kendi haklarına⁷¹ dayanarak tazminat isteyebilecekleri kabul edildi. Karı kocanın diğerinin evlilik gereği yardımını talep etme hakkının kaybı (*loss of consortium*) nedeniyle tazminat talebinin ABD'de sağ kalan eşin evlilik birliğinin kaybindan doğan denkleştirme talebi olarak kabul edilmesi dikkate değerdir⁷². Diğer manevi zararların tazmini, sadece ölümün alışılmış ölçüdeki üzüntüyü çok aştığı ve hak sahibinin sağlığına verilen bağımsız bir zarar olarak ortaya çıktığı sinir krizi (*nervous-shock*) olaylarının özel şartları altında mümkündür⁷³.

bb. Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) ölenin ailesinin talepleri ile ilgili açık bir hükme yer vermemiştir. Fakat, bu durum böyle bir destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talebin olmadığı anlamına gelmez. Fransız yargısal kararları, böyle bir talebin haksız fiillerle ilgili genel hüküm olan Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesine dayandırılabilmesine karar verdiler⁷⁴. Doktorla ölen hasta arasında bir tedavi sözleşmesinin varlığı halinde, haksız fiilden doğan bu talep, doktorun sorumluluğu hukuku bakımından da uygulama alanı bulur⁷⁵. Bu nedenle, *non cumul* ilkesi, haksız fiil sorumluluğunu sadece sözleşmenin tarafları arasında dikkate almamaktadır⁷⁶.

cc. Alman Medeni Kanunu (BGB) § 844 f.2'de ölenin yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talepleri açıkça düzenlenmiştir.

⁶⁸ *Kasche*, s. 23. *Baker v. Bolton* (1808) 1 Campbell Nisi Prius Reports (Camp) 493, KB; *Admiralty v. SS Amerika* [1917] AC 38.

⁶⁹ *Fatal Accident Acts* 1846; Şimdi bu Kanunun yerine yürürlüğe konan *Fatal Accidents Act* 1976 ile değiştirilmiştir (*Kasche*, s. 23, dn. 109).

⁷⁰ *Wollen v. De Paul Health Center*, 828 SW2d 681, 685 (Missouri 1992). Bu kararla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. *Bruer, Robert S.* : "Loss of Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases – *Wollen v. De Paul Health Center*", 59 *Missouri Law Review* 1994, s. 969 – 996.

⁷¹ *United States v. Cumberbatch*, 647 A2d 1098, 1103 (Delaware 1994).

⁷² *Kasche*, s. 23. *Roseberry v. Starkovich*, 387 P2d 321 (New Mexico 1963); *Peeples v. Sargent*, 253 NW 2d 459, 471 (Wisconsin 1977).

⁷³ *Alcock v. Chif Constable of South Yorkshire* [1992] 1 AC 310; *Kasche*, s. 23.

⁷⁴ Cass Civ Ire, 1.4.1968 D 1968 J 653 (*R. Savatier*); 25.5.1971 D 1972 J 534 (*J. Penneau*); Roma hukuk çevresindeki diğer hukuk düzenlerindeki gelişmeler için bkz. *McGregor*, s. 85-86.

⁷⁵ *Kasche*, s. 23-24. CassCiv, 1 re, 1.4.1968 D 1968 J 653 (*R. Savatier*); 25.5.1971 D 1972 J 534 (*J. Penneau*); *Penneau, J.* : *Medical Responsibility in Western Europe : France* (1985) Rn. F 47.

⁷⁶ *Kasche*, s. 23- 24.

Benzer düzenlemeleri İsviçre’de⁷⁷, İsviçre Medeni Kanunu (OR) m.45 f.3’de ve Avusturya’da⁷⁸, Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) m.1327’de bulmak mümkündür. Ölenin yakınlarının manevi tazminat talebinin Avusturya⁷⁹ ve Almanya’da⁸⁰ kural olarak⁸¹ kabul edilmemesine karşın, İsviçre’de böyle bir tazminat talebinin İsviçre Medeni Kanunu (OR) m.47’ye⁸² göre mümkün olması dikkate değerdir.

b. Hakların Geçişi

aa.Maddi tazminat ve manevi tazminat taleplerinin mirasçılara geçişi hakkında *common law* özel bir konuma sahiptir; çünkü ölenin ölümünden sonra hakları ve borçlarının mirasçılara geçmesi mümkün değildir⁸³. Böyle bir geçiş (*survival of actions*) daima imkânsızdır. Ölenin ailesi, örneğin ölenin ölmeden önce açtığı davada ileri sürdüğü manevi tazminat talebini artık onun ölümünden sonra dava edemezler. Tersine, böyle talepler ölene zarar veren kişinin terekesine karşı da ileri sürülemez⁸⁴. *Common law* yargısal kararlarının büyük kısmı, kanunkoyucuyu kanun dolayısıyla bu hakların devam ettirilmesini düzenlemekle görevlendirmiştir⁸⁵. Bu, terekenin (*estate*) zarar verene karşı belirli önlemler alması anlamına gelir. Tersine, ölünün terekesine karşı da böyle talepler ileri sürülebilir. Burada, *common law* miras hukukunun özelliği ortaya çıkmaktadır. Bu hukuk sistemine göre, miras, mirasçılara evrensel halefiyet sistemiyle geçmemektedir, tersine her şeyden önce bağımsız hukuki bir mal yığını oluşturur⁸⁶. Bundan dolayı, ölenin yakınları için ölümden doğan sonuçlar tazmin edilmez, tersine hastanın ölümünden önceki uğradığı zararlar tazmin edilir⁸⁷.

bb)Buna karşılık, Fransa’da taleplerin geçişi Medeni Kanun’un 718. maddesinde düzenlenmiştir ve hiçbir problem yaratmamaktadır⁸⁸.

⁷⁷ Buna ilişkin olarak bkz. OR I (A.K. Schnyder) Art. 45 OR , Rn. 7-12.

⁷⁸ Bu konuyla ilgili bkz. Rummel, Peter: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 2. Band §§ 1175 bis 1502 ABGB; Nebengesetze, 2. Aufl., Wien 1992 – (R.Reischauer) § 1327 ABGB, Rn. 1-4, 21.

⁷⁹ Rummel, P. (Reischauer, R.) § 1327 ABGB, Rn. 4; Kasche, s. 24.

⁸⁰ Kötz, Hein : Deliktsrecht, 7.Aufl., Neuwied, Krißel 1996, Rn. 529.

⁸¹ Ölenin yakınlarının manevi tazminat taleplerinin kabul edilip edilmeyeceğinin tartışmalı olduğu haller için bkz. Kötz, Rn. 51-53.

⁸² Kasche, s. 24. Bu konuda ayrıca bkz. OR I (A.K.Schnyder) Art. 47 OR,Rn. 1-12.

⁸³ Kasche, s. 24; Winfield, P.H. : “Death as Affecting Liability in Tort” , 29 Columbia Law Review (ColLRev) 239- 254 (1929).

⁸⁴ Kasche, s. 24; Winfield, s. 239- 254.

⁸⁵ Kasche, s. 24.

⁸⁶ Henrich, Dieter : Einführung in das englische Privatrecht, 2. Aufl., Darmstadt 1993, s. 104 , 105, 110; Kasche, s. 24- 25;

⁸⁷ Kasche, s. 25. Wollen v. DePaul Health Center, 828 SW2d 681, 685 (Missouri 1992). Burada ayrıca zarar görenin “*loss of expectation of life*” olarak adlandırılan bir talebi daha vardır ve artık kanun değişikliği nedeniyle kaldırılmıştır (Giesen, Rn. 454 – 455).

⁸⁸ Kasche, s. 25.

cc)Ölenin, maddi tazminat taleplerinin mirasçılara geçmesi, evrensel halefiyet ilkesine göre, Alman hukuk çevresinde, § 1922 BGB, Art. 560 ZGB ve özellikle § 532 ABGB’de serbest bırakılmıştır. Her şeyden önce manevi tazminat taleplerinin geçişi sorundur. Çünkü manevi zararların mirasçılara geçmesi ancak belli koşullar altında mümkün olabilir⁸⁹. Yakın tarihte Avusturya Yargıtay’ı da mirasçılara böyle bir talebin geçişini kabul etti⁹⁰. Buna karşı, İsviçre’de md. 47 OR ölenin yakınlarının bağımsız bir talebini öncelikli olarak kabul etmiştir⁹¹.

IV.İsviçre’deki Durum

A.Genel Olarak

Hayatta kalma veya iyileşme şansının tazmin edilme vasfı, yabancı hukuklarda çok tartışmalıdır. Fransız, Amerikan, Belçika ve Hollanda kazai içtihatları bu anlamda oldukça olumlu olarak tespit edilmişlerdir. Alman ve Kanada hukukları, iyileşme veya hayatta kalma şanslarının tazminini reddetmektedirler ve İngiliz hukuku ise yoruma açık bir konum almaktadır. Bu çalışma, kayıp olmuş tıbbi şansların tazmini fırsatını tartışmıştır ve bu konunun İsviçre hukukunda aynı olması sonucuna varmıştır. KOZIOL, bunun aksine, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 44/ I maddesi sayesinde, sorumluluğu ortaya çıkaran bir olay ile zarar veren sonuçların mağdur tarafından katlanılması gereken tesadüfi bir durumun ortaya çıkışı arasında alternatif nedenselliği uygulayarak mağdurların zararını kısmen tazmin etmeyi önermektedir. Bununla beraber, bu önerinin İsviçre hukukunda kendini kabul ettirmesinin zor olacağına inanmaktadır, zira alternatif faillerin müteselsil sorumluluğu çoğunlukla reddedilecektir, yalnız faillerin birlikte hareket edecekleri durum bundan istisnadır. GROSS ise, kaybedilmiş olan şanslar gerçek ise, tamamen; gerçek dışı değilse veya tamamen farazi değilse, tıbbi konuda bir şansın kaybının tazmin edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Doktor tarafından yetersiz bilgi verilmesi dolayısı ile bir şansın kaybının uygulanabilirliği sorunu zaten tartışılmıştır. Tıbbi sorumluluk, sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olabilir⁹².

Burada içtihat ve modern doktrinde “bir şansın kaybı” kavramı ile hesaba katılan zarar kavramının “alt sınırı”na değiniyoruz. Bu durumda ümit edilen sonuç özellikle tesadüfi bir özelliğe sahiptir. Şu halde, onun

⁸⁹ 847 fıkra 1 cümle 2 BGB, 14.3.1990 tarihli yasayla (BGBl I s. 478) yürürlükten kaldırılmıştır. *Kasche* (s. 25), her ne kadar 1999 tarihli eserinde, Almanya’da manevi tazminata ilişkin taleplerin § 847 BGB değişikliğinden sonra mümkün olduğunu belirtmiş ise de, daha sonra da maddenin tamamı yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹⁰ OGH, 30.9.1996 6 Ob 2068 / 96 b JBl 1997, 40.

⁹¹ *Kasche*, s. 25; OR I (- A.K. Schnyder)

⁹² *Müller*, s. 353, N. 518.

yokluğunun gerçekten bir zarar oluşturup oluşturmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Böylece bir doktor hastasına iyileşme şanslarını kaybettiriyor. Böyle bir varsayımda bir zarar kabul etmek gerekir mi, gerekmez mi? Sorun hala tartışmalıdır. Gerçekte bu sorunsallık, zararın kanıtlanması ile birleşmektedir. Kanıtlama, İsv. Borçlar Kanunu m. 42 / I'e göre davacıya düşmektedir. Zararın tam tutarı tespit edilemediği zaman İsv. BK.m. 42 / II, ".....yargıcın onu, olayların normal akışını ve mağdur tarafın aldığı önlemleri dikkate alarak, adil bir biçimde belirleyeceğini söylemektedir. İçtihadı göre, zararın mevcudiyetinin ispatına da uygulanan bu hüküm şu halde, İsv.BK.m. 42/ I 'deki kurala bir istisna oluşturmaktadır"⁹³.

B.Sözleşme Sorumluluğu

1.Genel Bilgiler

İsviçre'de ise, doktorla yapılan bu sözleşme vekâlet sözleşmesi⁹⁴ olarak düzenlenmiştir. Sözleşme sorumluluğu, tıbbi sorumluluk olaylarının büyük çoğunluğunu gösterir⁹⁵. Hasta ile doktor arasındaki özel uygulamadaki hukuki ilişkiler, devamlı bir kazai içtihat gereği, 394 CO ve devamı maddelerine göre, vekâlet olarak nitelendirilmişlerdir⁹⁶. Sözleşmenin kesin veya zımnî sonucuna göre, doktorun genel özen gösterme görevinden kaynaklanan çeşitli yükümlülükleri vardır: hastayı bilgilendirmek ve onun bilgili rızasını alma yükümlülüğü, belgelendirme yükümlülüğü ve hesap verme yükümlülüğü, vekaletin sahasını değerlendirme yükümlülüğü, bir teşhis verme yükümlülüğü, uygun bir tedavi yolu seçmek yükümlülüğü, bir uzmana danışmak yükümlülüğü veya tedaviyi reddetmek yükümlülüğü. Eğer doktorun başarılı olacak bir tedaviyi sağlamak için gerekli eğitimi veya malzemesi yok ise, ayrıca seçilmiş bir tedaviyi uygulamak yükümlülüğü, sürekli eğitim yükümlülüğü, ağzı sıkı olma ve sır saklama yükümlülüğü.

⁹³ *Guggenheim, Daniel* : Le Droit Suisse des Contrats, Tome II, Les effets des contrats, Genève 1995, s. 154.

⁹⁴ *Honsell, H.* : Handbuch des Arztrechts (1994), s. 22-23; *Ott*, s.23; *Kuhn, M.* : Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, ZSR, N.F. 105, 1986, I. Halbband, s. 472-474; *Loeffler, W.* : Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, Zürich 1945; *Schroeder, Karl* : Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Zürich 1982, s. 21; *Nägeli, Max* : Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984, s. 71; *Merz, Barbara* : Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Zürich 1980, s. 62; *Frank, Richard* : Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, s. 174; *Stürmer, Rolf* : Die schweizerische Arzthaftung im internationalen Vergleich, SJZ 1984, (s. 121-130) s.122.

⁹⁵ *Kuhn, Moritz* : Die Arzthaftung in der Schweiz, 17 MedR (1999) , s. 248 vd. ; *Müller*, s. 354, N. 519.

⁹⁶ ATF 105 II 284 [284] , 53 II 419 [424] ; *Payllier, Pascal* : Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, thèse , Zürich 1999, s. 208; *Kuhn*, s.248; *Müller*, s. 354, N. 519.

Sözleşme sorumluluğunun amacı, mağdur hastanın sözleşmenin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi dolayısı ile uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ise, özen gösterme görevinin ihlalidir (398 II ve 97/ I CO) . Hasta, ilke olarak, uğradığı zararı kanıtlamalıdır, doktor tarafından sözleşmenin ihlali ve zarar veren etkinlikle uğranılan zarar arasındaki uygun nedensellik bağına da kanıtlamalıdır. Nedensellik kanıtı söz konusu olduğunda Federal Mahkemenin kazai içtihadı, yanlış bir tedavi veya yetersiz bir eğitim dolayısı ile ortaya çıkan durumlarda çeşitli gereksinimler ortaya koymaktadır. Doktorun kusuru, 97 / I ve 398/ I CO'ya göre varsayılmıştır ve pratisyen doktor (kuramsal olarak) sözleşmenin ihlâlinin kendisine yüklenemez oluşunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Eğer hasta tarafından uğranılan zararın, doktorun kusurlu davranışından ileri geldiği açıkça anlaşılıyorsa, mahkemeler ispat yükünü hafifletmeyi kabul etmişlerdir. Bu da *res ipsa loquitur* gereği karar veren İngiliz kuramını hatırlatır : Federal Mahkeme böylece doktorun özen gösterme görevinin ihlâlini bir ilacın vücuda enjekte edilmesi sonucu bir enfeksiyonun ortaya çıkması durumunda düşünölebileceğini kabul etmiştir⁹⁷. 1987 yılından beri Federal Mahkeme, doktorların her türlü kusurlarından dolayı sorumlu olduklarını, hatta hafif kusurlarından bile sorumlu olduklarını düşünmektedir⁹⁸. İspat yükünün paylaşılması düzeyinde özel çözüm yolları, doktor tarafından bilgi veme görevinin ihlâli ile ilgili olarak önceden anlatılmıştır⁹⁹.

2. Bir Şansın Kaybedilmesi

Bu 17 Kasım 1988 tarihli Zürih kantonunun bir kararıdır¹⁰⁰ ve İsviçre hukukunda iyileşme veya hayatta kalma şanslarının kaybının hangi şekilde tazmin edileceğini mükemmelen göstermektedir. Bunu açıkça söylemeseler de, Zürihli hâkimler Fransız, Amerikan, Belçikalı ve Hollandalı hâkimlerin kullandığı bir muhakeme biçimini uygulamışlardır ve tıbbi bir şansın kaybını tazmin etmişlerdir. İsviçreli hâkimlerin, sürekli maluliyet ile veya ölüm ile üstün olası nedensel bir ilişkinin gerekliliğini muhakeme tarzlarında değişiklik yapmalarına ihtiyaçları olmayacaktır ve sonradan da 43/ I CO gereğince hatta doğru tedavinin durumunda gerçekleşcek olan nihai zararın meydana getireceği kalıcı riski de hesaba katmak durumunda kalmayacaklardır.Yeni bir zarar türü olarak bir şansın kaybının kabul edilmesi, doğrudan doktorun kusuru sonucu uygun nedensellik bağı ile hasta tarafından uğranılan şans kaybının arasındaki bağı doğrudan analiz etme imkânını verecektir ve şans kaybının önemine göre bir tazminata karar verilmesine imkân verecektir .

⁹⁷ ATF 120 II 248.

⁹⁸ ATF 113 II 429 [432 s.]

⁹⁹ Müller, s. 355, N. 519.

¹⁰⁰ Bkz. Müller, s. 179, N. 245 vd.

Yabancı kazai içtihatın analizi, tıbbi konuda doğal nedensellik bağı üzerinde şüpheli durumların ne kadar çok ortaya çıktığını göstermektedir. Şu andaki ya hep ya hiç ilkesine uyan ve hâkimi çoğu kez bilemeyeceği şeyleri yeterli bir kesinlikle bilir görmeye zorlayan radikal çözüm kısmen uygulamaya müsait değildir. Tıbbi şansların tazminini kabul etmenin benimsenmesi, İsviçre hukukunda da bundan böyle önemli hale gelmektedir¹⁰¹.

3. Türlerin Sınıflandırılması

Tıbbi şansların kaybına ilişkin türler insana etki yapacak kadar çeşitlidir. Aşağıda belirtilen olay kategorileri doktor tarafından ihlal edilmiş yükümlülüklerin işlevi olarak oluşabilirler :

*Kötü bir tedavinin uygulanması (çoğu kez bir teşhis hatası), zira iyi bir tedavinin hastayı iyileştireceği hiçbir zaman bilinemez .

*Aslında doğru olan bir tedavinin uygulanmasındaki hata, zira iyi bir uygulamanın hastayı kurtarmaya yetip yetmeyeceği bilinemez.

*Tedavideki gecikme, zira zamanında uygulanmış olan tedavinin hastanın iyileşmesine veya hayatta kalmasına imkan verip vermiyeceği bilinemez.

*Hastanın rızasını alabilmek için eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesi halinde, doktor gerekli dikkat ve özeni göstermemiş ve aydınlatma yükümlülüğünü de ihlal etmiş olur. Zira hasta bu müdahaleye eğer onun gerektirdiği riskleri bilse idi, rıza göstermekten vazgeçebilirdi ve sonunda gerçekleşmiş olan riskler bilinemez¹⁰².

Aynı olay türleri kamusal tıbbi sorumluluk konusunda da bulunur¹⁰³.

C.Haksız Fiil Sorumluluğu

1.Genel Açıklama

41 CO vd. maddesi gereği, haksız fiil oluşturan veya sözleşme dışı sorumluluk, doktorla hasta arasında bir sözleşme bir ilişkisi yoksa ortaya çıkar:Gerçekten, bir tedavi sonucu eğer bir hasta fiziksel veya ruhi bütünlüğünde bir yaralanmaya duçar olursa, bu onun vücut bütünlüğüne hukuka aykırı olarak verilen bir zarar olur, o halde bir haksız fiil oluşturur. Bu durumda, hasta olan şahıs, zararı, hukuka aykırılığı, doktorun davranışı ile uğranılan zarar arasındaki bağı kanıtlamalıdır.Vekilin (doktorun) kusuru, sözleşmeden doğan sorumluluğun aksine burada düşünülmüştür ve hasta

¹⁰¹ Müller, s. 355, N. 520.

¹⁰² Müller, s. 355- 356, N. 521. Ayrıca bkz. Müller, s. 293-294, N. 433.

¹⁰³ Bkz. Müller, s. 356- 357, N. 524.

olan şahıs, doktorun kusurlu olduğunu kanıtlamalıdır. Doktorla hasta arasında bir vekâlet sözleşmesi varsa ve doktor tedavisi çerçevesinde mutlak bir hakkı ihlal ediyorsa, örneğin vücut bütünlüğü gibi, mağdur olan hasta sözleşme yolu ile ve sözleşme dışı yol arasında uğranılmış olan zararın tazmin edilmesi konusundaki iddiasını seçmek durumundadır. Bu durumda, genellikle birinci yolu seçecektir, zira bu yol hastanın hakkını öne sürmesi (55 CO yerine 127 CO) ve tali sorumluluklar için de (55 CO yerine 101 CO) ve kuramsal olarak en azından kusurun kanıtlanması yükümlülüğü bakımından daha müsaittir¹⁰⁴.

2. Bir şansın kaybedilmesi

Sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde kayıp olan şansların tazmini konusunda yapılmış olan dikkat çekmeler, *mutatis mutandis* ilkesi gereği, hatta haksız fiil oluşturan veya sözleşme dışı sorumluluk konusunda da değer taşırlar. Gerçekten, zararın hesaplanmasını düzenleyen normlar ve tazminatın tespiti normları sözleşme sorumluluklarına, aynı zamanda haksız fiil sorumluluklarına da uygulanır¹⁰⁵.

D. Yasal Mevzuat

İsviçre’de, bugünkü iç hukukta, şans kaybının tazmin edilmesini sağlayacak hiçbir hüküm yoktur¹⁰⁶. Buna karşılık, İsviçre’nin de kabul ettiği

¹⁰⁴ Müller, s. 356, N. 522.

¹⁰⁵ Müller, s. 356, N. 523.

¹⁰⁶ Müller, Christoph : La perte d’une chance, Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Berne 2002, s. 177, N. 241. İsviçre’de sorumluluk hukukunun toptan revizyonuyla ilgili araştırma – inceleme komisyonunun raporuna dayanılarak, 1999 sonbaharında sorumluluk hukukunun gözden geçirilmesi ve birleştirilmesi konusunda yeni bir federal yasa ön tasarısı ile açıklayıcı bir rapor sunulmuştur. Bu ön tasarının 56 d II maddesi (Article 56 d II AP LRCiv) , şans kaybını da ilgilendirmektedir. Araştırma- inceleme komisyonunun tekliflerine göre ön tasarının yazarları, tam tutarı tespit edilemeyen zararın takdirini yöneten kuralın gelecekteki hukuka tekrar konulması gerektiği görüşündedirler (İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42 / II maddesi). Fakat, onlar bugünkü içtihadın ilkelerinden ilham alarak yasanın gelecekte genel sözlerle ispat yükünün titizlikle paylaşılmasını hafifletmeye yönelik maddibir karine vaz etmesini de teklif etmektedirler. Kanıt kesin, emin olarak tesis edilemediği veya onun kendisine düşen kişiden istenmesinin makul olmadığı durumlarda bu karine uygulama bulmalıdır. Böyle bir durumda, Madde 56 d II AP LRCiv mahkemeye “ikna edici bir olasılık” ile yetinme olanağı verebilir. Bu hüküm ona aynı zamanda tazminatın kapsamını olasılık derecesine göre tespit etme yetkisini de verebilir. Ön tasarının sistematığı konusunda Madde 56 d AP LRCiv’in sorumluluğun genel hükümlerini ihtiva eden birinci alt başlıkta bulunmasının tespit edilmesi ilginçtir. O, “İspat yükü ve maddi karine” derkenar başlığını taşımakta ve “kanıtlar”ın altındaki “Prosedür ve kanıtlar” bölümüne girmektedir. Madde 56 II AP LRCiv’in içeriği şöyledir: “1) Zarar ve illiyet ilişkisinin ispatı tazminat isteyen kişiye düşer. 2) Kanıt kesin, emin olunarak tesis edilemediği ya da onun getirilmesinin kendisine düşen kişiden istenmesinin makul olmaması durumunda, mahkeme ikna edici bir olasılıkla yetinebilecek; bundan başka tazminatın kapsamını olasılığın derecesine göre tespit etmeye yetkili olacaktır. 3) Zararın tam doğru tutarı tesis edilemediği zaman, mahkeme şartları ve olayların olağan

Uluslararası Ticaret Sözleşmesi ile İlgili Unidroit (Tek Hukuk) İlkelerinde (m. 7.4.3) şans kaybına ilişkin düzenleme bulunmaktadır¹⁰⁷.

E. İçtihad

1. Karar Bulunmaması

Şimdiye kadar hiçbir kanton mahkemesi ya da federal mahkeme, şans kaybı teorisini özel surette uygulamamıştır. 1988'deki Zürih Yüksek Mahkemesi kararı, tek örnek olarak kalmaktadır, zaten mahkeme de bu kararda bir şansın kaybı teorisinden söz etmemektedir¹⁰⁸.

Ancak, şansın kaybı nedeniyle tazminat talebi (*Claim for loss of opportunity*) ile ilgili bir hakem kararı bulunmaktadır. Milletlerarası Ticaret

akışını dikkate alarak onu adil bir biçimde takdir eder.” (Müller, s. 186, N. 256). Bu yeni kural, farazi illiyet durumlarının ve özellikle de alternatif illiyet durumlarının ortaya çıkardığı sorulara tam cevaplar vermeye olanak tanıyacaktır (Rapport explicatif, s. 245; Müller, s. 187; N. 260). Ön tasarının yazarları, aynı zamanda şu görüştedirler: “Mahkemeye verilmiş olan tazminatın kapsamını olası görürlüğün derecesine göre tespit etme yetkisi, özel bir durumda, illiyetin tesis edilmesi mümkün olmaksızın söz konusu sorumluluğun temeli ile zararların sıklığı arasında istatistiki olarak tespit edilen bir sebep- sonuç ilişkisi mevcut olduğu zaman da kullanılabilir.(...) Aynı muhakeme, tıbbi sorumluluk olaylarında da yürütülebilir; örneğin, hasta rastlantısal bir ameliyat sonucu vefat ettiği zaman, oysa ki eğer doktor kusurlu bir biçimde dikkat ve özen ödevini ihmal etmemiş olsa idi, makul bir biçimde o hasta konusunda hayatta kalma şansları beklenebilirdi. Böyle bir olasılıkta, hiçbir şey yargıcın Fransız hukukunda ve İngiliz- Amerikan hukukunda özellikle geliştirdiği şekilde, zararın tazminini “bir şansın kaybolması” denilen ölçüte göre tespit edilmesine engel olamaz (Rapport explicatif, s. 245; Müller, s. 187, N. 260). Araştırma- inceleme komisyonunun ve ön tasarının yazarlarının İsviçre hukukuna bir şansın kaybolmasını sokmak istedikleri şeklin bir eleştirisi için bkz. Müller, s. 231, N. 325 vd.

¹⁰⁷ Bu ilkelerde, 7. bölüm (“İfa etmeme”)’ün 4. kısmında (“Zarar - ziyan tazminatı), “Zararın kesinliğinden emin olma” adlı 7.4.3 maddesi şunu öngörmektedir : “(1) Zarar ancak makul bir kesinlik derecesi ile sabit ise, gelecekte bile olsa, tazmin edilebilir. (2) Bir şansın kaybolması, onun gerçekleşme olasılığı ölçüsünde tazmin edilebilir. (3) Tutarı yeterli bir kesin olma derecesi ile tespit edilemeyen zarar mahkemenin takdirine göre değerlendirilir.” Şu halde bu madde, zararın kesinliğinin gerekli olduğunu teyid etmektedir, zira tamamen varsayımsal veya olası bir zararın tazmininin empoze edilmesi mümkün değildir. İstenilen kesin olma, bunun dışında, sadece haksızlığın mevcut oluşu ile değil, aynı zamanda onun kapsamı ile ilgilidir. Maddenin 2. fıkrası, bir şansın kaybolmasının tazminine onun gerçekleşme olasılığı ölçüsünde özellikle olanak verir (Müller, s. 177-178, n. 242). İlkeler, özellikle tahkim bağlamında, uluslar arası özellikli tartışmalara uygulanabilen ulusal hukuku yorumlamak veya tamamlamak için giderek bir enstrüman olarak öne sürülmektedir. Bir şansın kaybı konusunda, bir hakemlik mahkemesi örneğin, bu zararın tazmini için Cezayir Medeni Kanunu bu anlamda hiçbir hüküm ihtiva etmemesine rağmen, madde 7.4.3 (2)’ye dayanmıştır. Bu davada hakemler, UNIDROIT ilkelerinin “dünyada ve uluslar arası sözleşmelerde hukuk sistemlerinde geniş ölçüde kabul gören kurallar benimsediklerini” açıklamışlardır. MÜLLER’e göre, İsviçre, UNIDROIT çerçevesindeki taahhüdüne uygun olarak, uluslararası ticaret konusunda diğer hukuk sistemleri ile bağdaşma nedenleri ile, bir şansın kaybının tazmin edilmesini kendi hukuk sistemine dahil etmekle kazançlı çıkacaktır (Müller, s. 178, N. 243).

¹⁰⁸ Müller, s. 178, N. 244.

Odası'nın Uluslararası Hakemlik Mahkemesi'nin yayımlanmamış bir hakem kararında¹⁰⁹, İsviçreli bir hakem, bir şansın kaybı nedeniyle açılan bir davanın, bu davaya uygulanabilen İsviçre hukukuna göre, ilke olarak kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir¹¹⁰.

2. Zürih Yüksek Mahkemesi'nin 1988'deki Kararı

a.Olaylar¹¹¹

1971 Nisan ayında, bir hasta kanton hastanesinde (hâlen Üniversite hastanesi) sağ husyesinde bir tümör şüphesi ile muayene edilmişti. Hastayı ameliyat eden iki asistan doktor ve bir baş hekim, şüpheli hiçbir şey bulamamışlardı. Haziran ve Temmuzda yapılan daha sonraki kontrol muayeneleri sırasında husyede (testikülde) bir kalınlaşma gözlemlenmişti. Doktorlar bu kalınlaşmayı bir tümöre değil de, ameliyat sonucu olan bir kanamaya atfetmişlerdi. Bu nedenle doktorlar, endişe içinde bulunan hastanın yeni bir ameliyat yapılması yönünde gitgide artan ısrarına rağmen, yeni bir ameliyat gerçekleştirmekten vazgeçmişlerdi. Hastane müdürünün müdahalesi sonucunda husye nihayet 3 Eylül 1971 tarihinde ikinci bir defa ameliyat edilmişti. Bu ameliyat sırasında onun kesilip çıkartılması gerekti, zira daha şimdiden tümör onu ciddi bir biçimde sarmıştı. 6 Ekim'de doktorlar, metastazlara uğramış olan ilyak çukurunun lenf damarlarını kesip çıkartmak zorunda kalmışlardı. 1972 başında radyoterapi başlatılmıştı. Hasta 19 Ekim 1972'de kanser sonucu vefat etmişti¹¹².

¹⁰⁹ CCI N. 8795 / BGD.

¹¹⁰ Müller, s. 181, N. 248. Hakem bu sonuca, bu sorun ile ilgili doktrini ve içtihadı tahlil ettikten sonra ulaşmıştır. Özellikle de, İsviçre hukukunun davacının aktiflerinin her türlü istek dışı azalmasını sözleşmenin ifa edilmemesi halinde tazmin edilmesi gereken kayıplarda göz önüne alındığını gözlemlenmiştir. Kâr kaybı, tıpkı sözleşmenin yerine getirilmemesinden mağdur olan kişinin hiç kuşkusuz üçüncü bir kişiye ödemek zorunda olduğu sözleşmesel gecikme cezası gibi, onun bir parçasını oluşturur. Hakem aynı zamanda, şartlı alacakların veya (varlığı şimdiki zaman içinde kesin olmayan) gelecekteki malların satış sözleşmelerine konu olabildiklerini ortaya koymuştur. Basit bir beklenti bile (örneğin bir piyangoda kazanma beklentisi) geçerli olacak bir biçimde satılabilir. O, böylesi beklentiler (kelimenin hukuki olmayan anlamı ile) satış sözleşmelerine konu olabilirlerse de, bunların aktifler olarak kabul edilmeleri gerektiği sonucuna varmıştır. Şu halde, bunlardan mahrum kalınması, tazmin edilmesi gereken bir kayıp oluşturur. Hakeme göre, bir şans kaybının tazmini için açılan davalar, iki koşula tabidirler : Bir yandan, sözleşmedeki bir yükümlülüğün ihlali (genellikle bir özen gösterme yükümü), diğer yandan, şansın maddi hale geleceğinin olası olması. Hakem, bu sonuncu koşul konusunda, çok büyük bir olasılığın istenmediği görüşündedir, zira olasılık daha küçükse de, şansın maddi hale gelmesinin kesin olmayış derecesi, şansın kaybı için tahsis edilen tazminatın tutarına yansır. İşte hakem buna dayanarak, 4,5 milyon ABD doları değerinde olabilecek bir sözleşme yapmak için % 20 oranında bir şans kaybını tazmin etmek üzere, davalıyı diğer meblağlar arasında 900.000 ABD doları tutarındaki bir meblağı davacıya ödemeye mahkum etmiştir (Müller, s. 181, N. 248).

¹¹¹ 87 ZR (1988) N.66 s. 209 vd., 85 RSJ (1989) s. 119 vd.

¹¹² Müller, s. 179, N. 245.

b. Hukuk

Hastanın karısı ve çocukları tarafından kendisine hukuki bir sorumluluk davası ile başvuru olan bucak mahkemesi, önce Zürih kantonunun sorumluluğunu reddetmişti. İtiraz üzerine Yüksek Mahkeme, önce, kanser teşhisinde gecikmenin, bu davanın koşullarında doktorların dikkat ve özeni gösterme yükümlülüklerinin ihlâlini oluşturduğunu kabul etmişti. Daha sonra mahkeme, bu ihlâller ile hastanın yakınlarının maruz kaldığı zarar arasındaki doğal illiyet bağı konusunda tartışmıştı (hastanın ölümü sonucu meydana gelen manevi zarar ve destek kaybı). Mahkemeye göre, hakkaniyete uygun karar verilebilmesi için davalıların özensizliği (ihmali) ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağının ispatının güç olması dolayısıyla, davacıların kesin ispat yükünün hafifletilmesi gereklidir. Böylece mahkeme, basit bir illiyet bağı olasılığının ciddi bir biçimde mevcut olduğu delili ile yetinmişti. Yüksek Mahkeme, uygun olmayan tedavinin hastanın ölümü ile ağırlıklı bir olasılıkla illiyet bağı içinde bulunmasının Ağustos 1971 tarihinde (yarı kısırlaştırılmanın yapılması gerektiği zaman) veya 1971 Ağustos ayı ortasında (lenf damarlarının alınması gerektiği zaman) mevcut bulunan hayatta kalma şanslarına bağlı olduğuna hükmetmişti. Yüksek Mahkeme, bu mantık yürütme şeklinin, hayatta kalma şanslarının % 60 veya daha fazla olması durumunda kendisine kabul edilebilir gibi görüldüğünü, zira o zaman ihmalin ağırlıklı bir olasılıkla (*“mit überwiegender Wahrscheinlichkeit”*) zararın nedeni olduğunu belirtmişti. Eğer kanser zamanında teşhis edilmiş olsa idi, hayatta kalma şansının yaklaşık % 60 olacağını varsayarak, mahkeme, bunun illiyet bağına tesis etmeye yeterli olduğuna karar vermişti. Fakat erken teşhis ve özenli tedavi halinde bile, hastanın belki de vefat edebileceği şeklindeki % 40 riskin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43 / I maddesi gereğince, tazminatın saptanmasında göz önüne alınması gerektiğini düşünmüştü¹¹³.

c. Yorumlar

GUILLOD, bir şansın kaybı teorisinin bu karar ile İsviçre hukukunda ortaya çıktığını düşünmektedir ve Zürihli yargıçların bu kararı ağırlıklı Amerikan içtihadını örnek alarak, fakat onu zararın hesaplanmasında dikkate alan Fransız içtihadına ters olarak, illiyet alanına soktuklarını belirtmektedir¹¹⁴. Bundan başka, Yüksek Mahkeme'nin “şanslar zayıf gözüktüğü takdirde (% 50'den az), teorisinin uygulanmasını reddeder gibi görüldüğü” gözlemini yapmaktadır¹¹⁵. Bu yazar, aynı zamanda Yüksek Mahkeme'nin ispat yükünün hafifletilmesini kabul ederek, illiyet konusunda

¹¹³ Müller, s. 179, N. 246.

¹¹⁴ Guillod, Oliver : La responsabilité civile des médecins : un mouvement de pendule, in : M. Borghi / O. Guillod / H. Schutz (éd.), la responsabilita del medico e del personale sanitario fondata sul diritto pubblico, civile e penale, Lugano 1989, s. 78; Müller, s. 179- 180, s. 247.

¹¹⁵ Guillod, s. 79.

bir tezada düşmekten dâhiyane bir şekilde kaçtığı belirtilmektedir¹¹⁶. STARK, davalının kusuru nedeniyle ispatlama imkânsızlığı konusunda doktrine başvurulmasının bu davada belki de kabul edilebilir olduğu, fakat sorumluluk hukuku açısından tatmin etmediği görüşündedir. Yazar, soruna toplu bir bakışın hayatta kalma şanslarını imkânsızlaştıran şeyin doktorların kusuru mu yoksa başka koşulların mı olduğu sorusunun cevabının sonuçta tesadüfe bağlı olduğunu ortaya çıkardığını düşünmektedir. Ona göre, Zürih Yüksek Mahkemesi hastanın basit hayatta kalma olasılığı yüzünden yeterince dikkat göstermeyen doktorların sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek istememiştir. Tam sorumluluk bulunduğunun kabul edilmesi, hastanın yakınları için tatmin edici olacaktır. Fakat bu kabul, davanın nihai sonucu için bu davada tesadüfe bağlı olan ve çoğu zaman benzer davalarda işin içinde bulunmayan doktorların kusuru ile ispatlamanın imkânsızlığına fazlaca büyük, sonuç üzerinde kesin etkisi olan bir yer ayırmaktadır¹¹⁷. İşte bu nedenle o, İsviçre hukukunda bir şansın kaybolması konusunda Fransız içtihadının benimsenmesinin Zürih mahkemesinin bulduğu çözümden daha âdil bir çözüm oluşturabileceği görüşündedir¹¹⁸. HONSELL, illiyet sorunu için Yüksek Mahkeme'nin yaptığı ispat yükünün tersine çevrilmesinin yasada bir dayanağı olmadığı gözlemini yaparak, bu içtihadı eleştirmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97 / I maddesine göre kanıtlayıcı bir gerekçe kanıtının bir görevin ihlali sorununa, hele de illiyet sorununa değil, sadece kusur sorununa uygulandığını düşünmektedir¹¹⁹. WEBER, ispat yükünün tersine çevrilmesinin sorunlu olduğu görüşündedir. O, eğer mahkeme hastaya gerçekten yardım etmek istiyorsa, kesin, net delil istemek yerine olasılıklı bir kanıt ile yetinerek, ispat yükünü hastaya yükletmesi gerektiğini düşünmektedir¹²⁰. KOZIOL, Yüksek Mahkeme'nin kararının temelindeki olayların bir şansın kaybolması teorisinin ışığında tahlil edilemeyeceği, zira, bu davada bağımsız bir mal değeri olan bir şansın kaybının söz konusu olmadığı görüşündedir¹²¹. GÜNTER'e göre, "illiyet sorununu inceledikten sonra (% 60 hayatta kalma şansı), ölüm riskinin (*in casu* % 40) hesaba katılmasının tazminatın tespiti sırasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine göre düşünülmesi gerektiğini kabul ettiği zaman" Yüksek

¹¹⁶ *Guillod*, s. 79.

¹¹⁷ *Stark, Emil Wilhelm* : Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht, in : O.Guillod (éd.), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zürich 1991, (s. 101 vd.) s. 108; *Müller*, s. 180, N. 247.

¹¹⁸ *Stark*, s. 108.

¹¹⁹ *Honsell, Heinrich* : Einleitung, in : H. Honsell (éd.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, (s. 1 vd.) s.15; *Honsell, Heinrich* : Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, 109 RDS (1990) I (s. 135 vd.) s. 144; *Müller*, s. 180, N. 247.

¹²⁰ *Weber, Rolf H.* : Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, 1 PJA (1992) s. 185; *Müller*, s. 180, N. 247.

¹²¹ *Koziol, Helmut* : Der Beweis der natürlichen Kausalität, in : A. Koller (éd.), *Haftpflicht – und Versicherungsrechtstagung 1999*, St. Gallen 1999, (s. 79 vd.), s. 99; *Müller*, s. 180, N. 247.

Mahkeme'nin kararı izlenmeye değer olacaktır¹²². LOSER, Yüksek Mahkeme'nin % 50 veya daha fazla bir olasılık şartını devam ettirdiğini söyleyerek, bu kararın önemini izafileştirir. O, bir şansın kaybolması davalarının özel durumlar oluşturduğu görüşündedir ve bu kararı daha ziyade, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine göre, kesin olmayan bir illiyet ilişkisinin telafisi olarak, tazminatın azaltılmasının dogmatik temeli gibi görür¹²³. QUENDOZ, bu davanın Fransız hukukunda bir şansın kaybolmasının uygulanması olayı gibi kabul edilebileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte, kesin olmayışın sorumluluk doğuran (*haftungsbegründend*) illiyeti değil, tazmin olunacak zarara ilişkin (*haftungsausfüllend*) illiyeti kapsadığını vurgular¹²⁴. Alman yazar KASCHE, bu kararın Alman geleneğine sahip mahkemelerin nasıl sonuçlarında da iyileşme şansının kaybının tazmin edilmesine olanak veren çözümler bulduklarını açıkladığı görüşündedir¹²⁵.

MÜLLER'e göre, Zürih Yüksek Mahkemesi'nin, tıbbi hatanın yapıldığı sırada, sadece % 60 oranında hayatta kalma şansı olan bir hasta için tazminatı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43 / I maddesi gereğince % 40 oranında azaltan 1988 tarihli kararı, şans kaybı teorisini de özellikle zikretmemekte olup, bu tarihten önce ve sonra bu konuda benzeri mahkeme kararına rastlanmamaktadır¹²⁶. Ancak bir hakem, 1988'deki bir kararla, İsviçre hukukunun, bir şansın kaybını tazmin etmeye olanak verdiğini düşünmüştür¹²⁷.

Zürih Yüksek Mahkemesi'nin kararını bir de biz değerlendirmek istiyoruz. Olayda, önce doktorların kanser teşhisinde gecikmeleri nedeniyle, dikkat ve özen gösterme yükümlülüklerini ihlâl etmeleri dolayısıyla, önce iyileşme şansının kaybı ve bunun neticesinde hastanın ölmesiyle, insanın en değerli varlığı olan yaşama şansının kaybı gündeme gelmiştir. Yüksek Mahkeme, kanserin zamanında teşhis edilmesi halinde, hayatta kalma şansının yaklaşık % 60 olacağını varsayarak bunun illiyet bağımlı tesis etmeye yeterli olduğuna karar vermiştir. Burada, GUILLOD'un da ifade ettiği gibi, mahkemenin şans kaybını bir zarar teorisi olmaktan çok, bir illiyet teorisi olarak ele alması eleştirilebilir. Ayrıca, yazarın dediği gibi, Yüksek Mahkemenin bu karardan şansların zayıf gözükmemesi, diğer bir ifadeyle, % 50'den az olması halinde, şans kaybı teorisinin uygulanmasını reddeder gibi görüldüğü izlenimini çıkarmak da mümkündür. Olayda, ölenin

¹²² *Günter, Pierre- Yves* : La responsabilité civile des médecins en Suisse, 89 RSJ (1993), (s. 93 vd.), s. 97; *Müller*, s. 180, N. 247.

¹²³ *Loser, Peter* : Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden, thèse, Bern / Stuttgart / Wien 1994, s. 228; *Müller*, s. 180, N. 247.

¹²⁴ *Quendoz, Roger* : Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, thèse, Zürich 1991, s. 71, dn. 213, *Müller*, s. 180-181, N. 247.

¹²⁵ *Kasche*, s. 173.

¹²⁶ *Müller*, s. 182, N. 249.

¹²⁷ *Müller*, s. 182, N. 249.

çocukları ve eşi bu şekilde baba ve eşin yaşama şansını kaybetmesi nedeniyle destekten yoksun kalmışlardır. Bu nedenle, yukarıdaki açıklamamız saklı kalmak kaydıyla, ölenin ailesinin destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat taleplerinin Zürih Yüksek Mahkemesince kabulüne karar verilmesi kanaatimizce isabetli olmuştur. Zira, tıbbi sorumluluk alanında da, şans kaybı nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi adalet duygularına uygun düşmektedir.

V. Türk Hukukundaki Durum

A. Doktorun sorumluluğu bakımından Türk hukuku

1. Doktorun Hukuki Sorumluluğunun Türleri

a. Kusur Sorumluluğu

Doktorun hukuki sorumluluğu alanında diğer sorumluluk türlerini esas alan özel bir düzenleme mevcut olmadığı için tıbbi faaliyetlerden doğan sorumluluk kural olarak kusur sorumluluğuna dayanır¹²⁸. Doktor ile hasta arasında daha önceden kurulmuş geçerli bir sözleşmenin bulunması halinde, doktorun hukuki sorumluluğu hakkında Borçlar Kanunu'nun 96. ve sonraki maddeleri, bu tür sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması halinde ise, Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin 41. ve sonraki maddeleri uygulama alanı bulur. Bu maddelere göre sorumluluğun kurucu unsuru kusur olduğundan, doktor tıbbi faaliyetleri sonucu meydana gelen zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olur, kusuru bulunmadığı takdirde sorumlu tutulamaz¹²⁹.

b. Sebep Sorumluluğu

Olağan sebep sorumluluğu, doktorun hukuki sorumluluğunda, bu sorumluluk türünün tipik birer örneği olan, Borçlar Kanunu'nun 55. ve 58. maddeleri dolayısıyla söz konusu olmaktadır. Doktor tıbbi faaliyetleri esnasında yardımcı şahıs kullandığında, kendisi ile sözleşme ilişkisi içinde bulunmayan hastalara, bu yardımcı şahısların vermiş olduğu zararlardan BK.m.55'e göre sorumlu tutulmaktadır¹³⁰. Bu faaliyetler sırasında kullanılan, belirli niteliklere sahip tıbbi alet ve makinelerdeki yapım ve bakım

¹²⁸ Şenocak, s. 6. Bu konuda ayrıca bkz. Belgesay, s. 85; Reisoğlu, s. 3; Aşçıoğlu, s. 72; Kaneti, S. : Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusurun ve İspat Yükünün Yeri, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12- 13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 62; Ertaş, s. 175.

¹²⁹ Şenocak, s. 6.

¹³⁰ Şenocak, s. 7. Bu konuda ayrıca bkz. Aşçıoğlu, s. 105; Belgesay, s. 139; Reisoğlu, s. 15.

eksikliklerinin bir zarara neden olması durumunda da BK.m.58 gereğince sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹³¹.

Tıbbi sorumluluk alanında tehlike sorumluluğunu esas alan özel bir düzenleme olmadığı için bu sorumluluk türü doktorun hukuki sorumluluğunda uygulama alanı bulamamaktadır. Ancak tıbbi faaliyetler esnasında doktorların küçücük bir hatasının insan sağlığı ve yaşamı için son derece önemli, telafisi imkânsız zararlara yol açması, bu alanda da tehlike sorumluluğu esasına yer verilmesi gerektiğini ileri süren görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹³².

2.Doktorların Hukuki Sorumluluğunun Sebepleri

a.Doktorun Sözleşmesel Sorumluluğu

aa.Genel Olarak

Eğer doktor ile hasta açık veya örtülü olarak bir sözleşme ilişkisi içine girmişlerse, doktorun hukuki sorumluluğunun kaynağını bu sözleşme oluşturur. Doktorların sorumluluğu bakımından sözleşmesel sorumluluk, bir sözleşmeyle taahhüt altına girmiş olan doktorun, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmesi (hiç veya gereği gibi ifa etmemesi) sonucunda sözleşmenin karşı tarafı olan hastaya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder¹³³. Söz konusu tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için aşağıda belirtilen şartların varlığı gerekir.

bb. Doktorun Sözleşmesel Sorumluluğunun Şartları

aaa.Sözleşme

Doktorun sözleşmesel sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce doktorla hasta arasında önceden açık veya örtülü olarak kurulmuş bir tedavi sözleşmesinin varlığı gerekir¹³⁴. Türk hukukunda da hâkim görüş, İsviçre’de olduğu gibi, bu sözleşmenin bir vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir¹³⁵.

¹³¹ Şenocak, s. 7.

¹³² Şenocak, s. 8.

¹³³ Şenocak, s. 9. Bu konuda bkz. Tandoğan, Türk Mesuliyet..., s. 414; Eren, Borçlar Genel, C. II, s.21; Karahasan, s. 59.

¹³⁴ Şenocak, s. 9. Doktorla hasta arasındaki bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda gerek yabancı gerekse Türk doktrininde bir çok görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere daha sonra değinilecektir.

¹³⁵ Şenocak, Zarife : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 18; Reisoğlu, Seza : Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/ 13 Mart 1982, İstanbul 1983, (s. 1vd.) s. 12; Köprülü, Ömer : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İst. Bar. Der. , 1984, C. LVIII, S. 10-11, s. 600; Belgesay, M.Reşit : Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953, s. 16; Aşçıoğlu, Çetin : Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukukî), Ankara 1993, s.20; Tandoğan, Halûk : Borçlar

bbb.Sözleşmenin İhlâli

Doktorun sözleşmesel sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için doktorla hasta arasında mevcut olan sözleşmenin doktor tarafından ihlâli, yani BK.m.96'ya göre “borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi” gerekir. Doktor, hasta ile arasındaki sözleşmeyle genellikle hastalığı teşhis etmek, bu hastalığı iyileştirmek veya hastanın acısını hafifletmek için elinden geleni yapmayı taahhüt eder. Doktorun olumlu ya da olumsuz bir davranışla bu taahhütlere aykırı hareket etmesi sözleşmeye aykırılık oluşturur. Sözleşmesel sorumluluk için gerekli olan bu şart, haksız fiillerde söz konusu olan hukuka aykırılık şartının yerini tutar¹³⁶.

ccc.Zarar

Zarar doktorun sorumluluğunun, dolayısıyla tazminat borcunun en önemli şartını oluşturur. Zararın bulunmadığı yerde tazmin yükümlülüğünden söz edilemez. Tıbbi sorumlulukta maddi zarar, yükümlülüğe uygun bir tedavi yapılsaydı hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülebilen hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farkı¹³⁷, manevi zarar ise hatalı bir tedavinin sonucu olarak

Hukuku, Özel Borç İlişkileri [C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri], 3. Bası, Ankara 1987, s. 360; *Zevkliler, Aydın* : Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8.Bası, Ankara 2004, s. 375; *Bilge, Necip* : Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971, s. 285; *Ayan, Mehmet* : Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.53; *Donay, Süheyl* : Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S.10, 1968 (s.39-53) s.46; *Olgaç, Senai* : İstisna Akdi, Ankara 1977, s. 5-6; *Sarıal, Enis* : Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler , İstanbul 1986, s.41; *Özdemir, Hayrünnisa* : Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.81; *Öztürkler, Cemal* : Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 56-57.

Yargıtay da doktor hasta ilişkisinin vekâlet sözleşmesinin tüm unsurlarını taşıdığı ilke olarak benimsemiştir (*Öztürkler*, s. 57). Buna örnek olarak şu karar verilebilir: “Özet : Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurlar (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorun sorumluluğunu tayin ederken hâkim, olayların özelliklerine uymayan, dayanakları gösterilmeyen inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bu rapor, Hukuk mahkemesini değil, ceza mahkemesini bağlar.

Belirtilen kurallara aykırı davranan vekil maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vakâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” (Y.13.HD. E. 94 / 8557 , K. 2138 – YKD, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288)

¹³⁶ *Şenocak*, s. 10.

¹³⁷ Bkz. *Ott*, s. 83; *Reisoğlu*, s. 10.

hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder¹³⁸.

ddd.Kusur

Doktoru BK.m.96'ya göre sorumlu tutabilmek için gerekli olan bir diğer şart da, doktorun tedavi sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülükleri kasten veya ihmal ile ihlâl etmiş olmasıdır. Yani doktor zarara, hukuk düzeninin kınadığı, tasvip etmediği kusurlu bir davranışla sebebiyet vermelidir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi sözleşmesel sorumluluk için kusur karinesine yer vermiştir. Yani bu maddeye göre borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun kusurlu olduğu kabul edilir¹³⁹. Kusurlu olmadığını ispat borçluya düşer.

eee. İlliyet Bağı

Doktor ancak kusurlu tıbbi faaliyetinin uygun sonucu olan zararlardan sorumludur. Eğer doktorun kusurlu davranışı zararın uygun sebebi olarak nitelendirilemiyorsa, yani doktorun kusurlu davranışı ile hastaya verilen zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa, doktor açısından bir tazmin yükümlülüğü doğmaz¹⁴⁰. Uygun illiyet bağının varlığının ispatı zarar görene düşer¹⁴¹.

b.Doktorun Sözleşme Dışı Sorumluluğu

aa.Genel Olarak

Doktorla hasta arasında daha önceden açık veya örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmadığı takdirde, sorumluluğun kaynağını kural olarak¹⁴² bir haksız fiil (geniş anlamda bir haksız fiil) oluşturur. Böylece sorumluluk ya BK.m.41 gereğince haksız fiilden (dar anlamda haksız fiilden) veya sebep sorumluluğu (geniş anlamda haksız fiil) halleri olan BK.m.55 gereğince yardımcı şahısların fiilinden veyahut da BK.m.58 gereğince maliki bulunulan şeylerdeki (belirli nitelikteki tıbbi alet ve makinelerdeki) yapım ve bakım eksikliklerinden doğar¹⁴³.

¹³⁸ Ott, s. 99; Reisoğlu, s. 10; Şenocak, s. 10.

¹³⁹ Şenocak, s. 11. Tıbbi ve hukuki açıdan büyük önem taşıyan, meslek kurallarına aykırılık halinde ortaya çıkan meslek hatası veya meslek kusuru (Kunstfehler) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, s. 83- 84; Özdemir, s.162-169; Ayan, s.104-109.

¹⁴⁰ Şenocak, s. 11; Tandoğan, Türk Mesuliyet..., s. 77; Eren, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 21 vd. Uygulamada ve doktrinde kabul edilen görüşe göre, tıbbi faaliyetlerden doğan hukuki sorumlulukta illiyet bağının ispatı çok zor olduğundan bu konuda çok sıkı davranılmamalı, zararın söz konusu fiilin sonucu olduğu büyük ihtimalle sabit olmuşsa, bu yeterli sayılmalıdır. Bkz. Reisoğlu, s. 9; Ott, s. 107.

¹⁴¹ Şenocak, s. 11.

¹⁴² Doktorla hasta arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşmenin bulunmadığı durumlarda (ameliyatın genişletilmesi, acil vakalar vs.), doktorun tıbbi müdahalesi vekâletsiz iş görme teşkil edebilir. Bu takdirde sorumluluk haksız fiilden değil, vekâletsiz iş görmeden doğar.

¹⁴³ Şenocak, s. 11- 12, s.12'de dn. 34.

*bb.Doktorun Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Şartları**aaa.Fiil*

Doktorun haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce doktor olumlu ya da olumsuz bir davranışta bulunmalıdır¹⁴⁴. Doktorun olumlu davranışına örnek olarak, doktorun koma halinde bulunan hastaya deney maksadıyla müdahale etmesi verilebilir. Doktorun olumsuz davranışına ise, onun tıp mesleğinin kendisini yükümlü kıldığı acil olaylarda ilk yardım görevinden kaçınması örnek gösterilebilir¹⁴⁵.

bbb.Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık “kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici bir hareket tarzı kuralına aykırılık”tır¹⁴⁶. Kural olarak üçüncü kişilerin şahıs varlıklarına yapılacak her müdahale hukuka aykırı¹⁴⁷ olup, müdahale eden kişinin doktor olması durumu değiştirmez. Böyle bir müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için haklı bir sebebin varlığı gerekir. Tıbbi müdahalelerde bu haklı sebepler; hastanın rızasının bulunması¹⁴⁸, hastanın menfaatine uygun hareket etme ve hukuka uygun bir kamu gücünün kullanılmasıdır¹⁴⁹.

ccc.Zarar

Tıbbi müdahalenin haksız fiil oluşturabilmesi için gerekli olan diğer bir şart da maddi veya manevi bir zararın varlığıdır. Sözleşmesel sorumluluk

¹⁴⁴ Şenocak, s. 12. Doktorun Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre sorumluluğunun doğabilmesi için, çalıştırılan yardımcı şahısların zarara sebebiyet veren olumlu veya olumsuz davranışlarının söz konusu olması gerekir. Doktorun BK.m. 58'den doğan sorumluluğunda ise zarara sebep olan bir insan davranışı değil, maliki bulunulan şeydeki yapım ve bakım eksikliğidir. Bu eksikliğin umulmayan bir halden veya üçüncü bir şahsın davranışından ileri gelmesi de durumu değiştirmez. Ancak, zarar eserdeki eksiklikten değil de malik veya üçüncü bir şahsın davranışından ileri gelmişse, eksiklikle zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı için BK.m. 58 uygulanmaz. Bkz. Tandoğan, Kusura Dayanmayan..., s. 174 vd.; Eren, Borçlar Genel, C. II, s. 214; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 519.

¹⁴⁵ Şenocak, s. 12.

¹⁴⁶ Bkz. Tandoğan, Türk Mes'uliyet..., s. 18; Eren, Borçlar Genel, C. II, s. 132; Tunçomağ, s. 430; Honsell / Vogt / Wiegand, Art. 41, N. 31, 33.

¹⁴⁷ Öztan, Bilge : Şahsın Hukuku, 6. Bası, Ankara 1994, s. 119; Reisoğlu, s. 4; Özsunay, Ergun : Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12- 13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 32; Deutsch, E. (çev. Yazman, İ.) : Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, AHFD, 1979, C. XXXVI, S. 1-4, s. 180.

¹⁴⁸ Öztan, s. 121; Giesen, D. (çev. Özdemir, S.) : Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukukî Sorumluluğu, Yargıtay Dergisi 1976, S. 1-2, s. 222.

¹⁴⁹ Şenocak, s. 13. Bu konuda ayrıca bkz. Ott, s. 174; Reisoğlu, s. 4.

başlığı altında zarar şartı hakkında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir¹⁵⁰.

ddd.Kusur

Doktorun hukuka aykırı fiilinden doğan zararı tazminle yükümlü olması için kusurlu hareket etmiş olması gerekir (BK.m.41). Yalnız bu şart kusura dayanmayan bir sorumluluk türü olan BK.m.55 gereğince istihdam eden sıfatıyla sorumluluğunda ve m.58 gereğince eser maliki sıfatıyla sorumluluğunda aranmaz¹⁵¹.

eee. İlliyet Bağı

Doktor sözleşmesel sorumlulukta olduğu gibi, haksız fiil sorumluluğunda da, hukuka aykırı davranışının ancak “genel hayat tecrübelerine, olayların normal akışına göre sebep olabileceği zararlı sonuçlarından” sorumludur¹⁵². Doktor davranışıyla uygun illiyet bağı içerisinde bulunmayan sonuçlardan sorumlu değildir¹⁵³.

c.Doktorun Sözleşmesel ve Sözleşme Dışı Sorumluluğunun Karşılaştırılması

aa.Genel Olarak

Zarar veren fiil bazen hem sözleşmeye aykırı davranış hem de haksız fiil niteliğinde olabilir¹⁵⁴. Doktorun amaca uygun olmayan bir tedaviyle sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu hastanın bedensel bir zarara uğramasına sebep olması hali¹⁵⁵ bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu durumda doktor, tedaviyi öngören sözleşmeye aykırı davranmış olur ve doktorun sözleşmesel sorumluluğu ortaya çıkar. Ayrıca aynı durum, doktorla hasta arasındaki sözleşme dikkate alınmadığında, hukuk düzeninin herkese yönelttiği ve onlar tarafından uyulması gereken “kimseye zarar verme” emri ihlâl edildiği için haksız fiil oluşturur. Yine doktorun tıbbi faaliyetlerin icrası

¹⁵⁰ Bkz. yukarıda, s. 26.

¹⁵¹ Şenocak, s. 13. Aslında BK.m.55 gereğince sorumlulukta, sorumluluğun kendisine bağlanmış olduğu objektif özen ve gözetim ödevinin ihlâli, kusurun biraz daha objektifleştirilmiş halinden başka bir şey değildir. Bkz. Tandoğan, Haluk : Kusura Dayanmayan. Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.54; Tandoğan, Haluk : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mesuliyet), Ankara 1981, s. 108.

¹⁵² Şenocak, s. 14. Bkz. Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 21 vd. ; Reisoğlu, s. 9; Tandoğan, Türk Mes’uliyet..., s. 77; Honsell / Vogt / Wiegand : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 41, N. 16; Gauch, P. / Schluemp, W. R. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), Bd. II, 5. Aufl., Zürich 1991, N. 2715.

¹⁵³ Şenocak, s. 14.

¹⁵⁴ Bkz. Tandoğan, Türk Mes’uliyet ..., s. 528; Reisoğlu, s. 96.

¹⁵⁵ Bu duruma örnek olarak, doktorun kusurlu bir ameliyat ile hastasını sakat bırakması hali verilebilir (Şenocak, s. 14).

sırasında kullandığı yardımcı şahsın, sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu hastaya zarar vermesi durumunda sorumluluk, BK.m.100 yanında, eğer doktorla müstahdem arasında “emri altında çalışma” ilişkisi mevcutsa BK.m.55’e de dayandırılabilir¹⁵⁶.

Bu durumda hakların yarışması söz konusu olduğundan zarar görenin hangi sorumluluk sebebine dayanacağı sorunu ortaya çıkar. Doktrinde hâkim olan, Yargıtay ve Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiş olan görüşe göre, zarar gören dilerse sözleşmesel, dilerse sözleşme dışı sorumluluk esasına dayanır¹⁵⁷.

Ancak, sorumluluk sebeplerinin incelenip karşılaştırılmasından da anlaşılacağı gibi, zarar gören kişinin sorumluluk sebeplerinin birlikte varlığı halinde, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluğu düzenleyen kurallara dayanması genellikle daha yararlıdır¹⁵⁸.

bb. Pratik Sonuçları Yönünden

Sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluğun hukuki niteliklerinde özellikle bu iki sorumluluk sebebinin yarışması durumunda ortaya çıkan, önemli derecede farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar şunlardır:

aaa. İspat Yükü Yönünden

İspat yükü, özellikle kusurun ispatı açısından önem taşır. Şöyleki, zarar gören haksız fiil sorumluluğunda, zarar vereni tazminata mahkum edebilmek için diğer sorumluluk şartlarıyla beraber, zarar verenin kusurunu da ispat etmek zorundadır. Buna karşılık sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen BK.m.96’da ispat yükü ters çevrilmiştir. Bu maddede kusur karinesine yer verildiğinden borçlunun kusurlu olduğu farzedilir; kusurlu olmadığını ispat borçluya düşer.

Tıbbi faaliyetlerden doğacak sorumlulukta doktorun kusurunun ispatı çok zor olduğundan, bu iki sorumluluk sebebindeki ispat yükü düzenlemesinde mevcut bu farklılık, sorumluluğun tesis edilip edilememesi bakımından önem taşımaktadır¹⁵⁹.

bbb. Yardımcı Kişilerin Fülllerinden Dolayı Sorumluluk Yönünden

¹⁵⁶ Şenocak, s. 14.

¹⁵⁷ Şenocak, s. 14. Bkz. Tandoğan, Türk Mes’uliyet..., s. 537; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 981. HGK.nun 13.5.1953 t. ve 29-39 sayılı kararı için bkz. Olgaç, S. : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, 2. Bası, İstanbul 1969, md. 41, n. 209, s. 267; 4.6.1958 t. ve E. 1958 / 15, K. 1958 / 6 sayılı İBK için bkz. RG. 1.10.1958, N. 10021; Y. 11. HD’nin 20.9.1979 T. ve E. 1979 / 3398, K. 1979 / 4053 sayılı kararı için bkz. YKD. 1980, S. 12, s. 1615 vd.; Federal Mahkemenin bu yoldaki kararları için bkz. BGE 71 II 18; BGE 64 II 254; BGE 57 II 265; BGE 60 II 118.

¹⁵⁸ Şenocak, s.15.

¹⁵⁹ Şenocak, s. 15.

Doktorla hasta arasında bir sözleşme varsa, yardımcı şahısların fiillerinden doğan sorumluluk BK.m.100'e dayanır. Buna karşılık, hasta ile doktor arasında sözleşmesel bir ilişki yoksa, bu sorumluluk BK.m.55'e dayanır. Yardımcı kişilerin fiillerinden doğacak sorumlulukta BK.m.55'e veya 100'e dayanmanın, yardımcı kişi kullanan kişinin kurtuluş kanıtı getirme olanağı açısından büyük önemi vardır. Doktor, sorumluluğun BK.m.55'e dayanması durumunda "zararın meydana gelmemesi için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını" ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. BK.m.100'den doğan sorumlulukta ise böyle bir olanak tanınmamış olduğundan, doktor yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zarardan sorumluluğunu kurtuluş kanıtı getirerek ortadan kaldıramaz¹⁶⁰.

ccc. Zamanaşımı Yönünden

Sözleşmesel sorumlulukta zamanaşımı süresi kural olarak on yıldır (BK.m. 125). Buna karşılık haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve haksız fiil failini öğrendiği tarihten itibaren bir yıldır (BK.m.60).

B.Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı Bakımından Yargıtay Kararları

1.Genel Olarak

Türk hukukunda doktrinde şans kaybı ve bundan doğan zarar üzerinde durulmamıştır. Yargıtay'ın son yıllarda özellikle doktorların sorumluluğu ile ilgili verdiği bazı kararlarda şans kaybı teorisinin etkisi olduğu kanaatindeyiz; ancak bu kararlardan açıkça bu teorisinin kabul edildiği anlaşılamamaktadır. Aşağıdaki Yargıtay kararlarına konulan başlıklar, açıkça kararlarda yer alan ifadeler olmayıp, bizim kişisel değerlendirmemizi yansıtmaktadır.

2.Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı ile ilgili Yargıtay Kararları

a.Yaşama Şansının Kaybına İlişkin Yargıtay Kararı

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 10.11.2003 tarih 2003/13964-13347 sayılı yayımlanmamış kararında, doktorun kontrolünde hamilelik devresini geçiren

¹⁶⁰ Şenocak, s. 15-16. Ancak BK.m.100'e göre borçlu (doktor), yardımcı kişinin fiilinin, eğer bunu yardımcı kişi yerine kendisi yapmış olsaydı, bunun kendisine bir kusur olarak isnat edilemeyeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Bunun yanında borçlu her zaman illiyet bağıni kesen sebeplere (üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusur, mücbir sebep) dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

ve doktor tavsiyelerine göre hareket eden davacı kadının doğum yaparak çocuğun kalp hastası olduğu ve zamanında küveze alınmadığı ve doktorlar ve hastanenin kusurlu olduğundan bahisle açılan maddi ve manevi tazminat davasında davanın reddine dair verilen mahkeme kararı Yargıtayca dosyada bulunan rapor ve tıbbi belgelere göre doktorun kusur oranının ve davalı hastanenin de Borçlar Kanunu md.55'e göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun belirlenmesi yönünden yeniden uzman bilirkişi kurulu raporu alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken hastane hakkında davanın reddine dair verilen karar usul ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı yerindedir, zira çocuğun doğumundan önce ve doğumundan sonra gerekli özenin ve tıbbi tedavilerin yapılmış olması halinde çocuğun yaşama şansı olacağı ihtimali kuvvetlidir. Ayrıca Yargıtay kararında “.....Mahkemece hükmüne dayanak alınan..... tarihli Adli Tıp raporunda belirtildiği üzere İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı Başkanlığı.....tarihli vesayılı raporunda bebeğin ölümünün doğuştan kalp hastalığı ve bunun getirdiği sorunlar nedeniyle oluştuğu, bahsi geçen kalp hastalığının gebelik esnasında teşhis edilmesi ve ailenin bu durumdan haberdar edilmesiyle bebeğin doğar doğmaz yoğun bakıma alınarak sürekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde düzeltici operasyonlar yapılmasıyla bebeğin yaşam şansının artacağı, bu nedenle sonuçta hastayı tüm gebelik boyunca izleyen ve doğumsal kalp damar hastalığı teşhisini koymakta yetersiz kalan doktor A.N.'nin (dava dışı doktor) sorumlu olduğu belirtilmektedir.” Burada işaret etmek istediğimiz husus, Yargıtay'ın bu kararında “bebeğin yaşam şansının artacağı” ifadesine yer vermesidir. Burada, yaşama şansının kaybedilmesi dolayısıyla annenin ve babanın tazminat haklarının olduğu kabul edilmelidir.

b.Sağlıksız Bir Çocuğa Sahip Olmama Şansının Kaybı İle İlgili Yargıtay Kararı

Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25.12.2003 tarih 2003 / 10757 – 15490 sayılı yayımlanmamış kararında, “davacılar N.A ve M.A. davalı doktorun aleyhine açtıkları maddi manevi tazminat davasında, davacı N.'nin annesi babası arasında akraba evliliği bulunması, dayısının Down sendromlu bir çocuğunun olması ve N.'nin skelyoz hastalığı geçirmiş bulunması nedeniyle doğacak çocuklarının özürlü olması endişesiyle davalı doktora gittiklerini, davalının (doktorun) doktor kontrolünde bir hamilelik ile kötü sonuçların önlenebileceğini bildirmesi nedeniyle davacı N.'nin hamile kalarak doktor kontrolünde doğum yaptığını, ancak doğan çocuklarının Down sendromlu olduğunun anlaşıldığını; davalı doktorun bu rahatsızlığın tespiti için varolan üçlü tarama testi ve amniyosentez testlerini önermediğini davalının kusuru nedeni ile Down sendromlu çocukları olduğunu, çocuğun eğitim, bakım ve sağlık harcamaları ile destekten yoksun kalma zararlarının oluştuğunu ileri sürerek her bir davacı için 25 milyar TL manevi, 5 milyar TL maddi tazminatın yasal faiziyle tahsilini istemişlerdir.

Davalı, hamilelik boyunca tüm kontrolleri yaptığını, ultrason incelemesinde şüpheli bir durum tespit edilmediğini, üçlü test ve amniyosentezin de riskleri bulunduğunu, hekim olarak kendisine izafe edilecek bir kusur bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, Adli Tıp Genel Kurulu'nuntarihli raporu benimsenerek davalının 1/8 oranında kusurlu bulunduğunu kabul ederek davacıların yaptıkları harcamalar nedeniyle kusuru oranında 276.710.745 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline her bir davacı için 5.000.000.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline, fazlaya ilişkin maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiş; Dairemizce 23.5.2003 tarihinde düzeltilerek onanması üzerine, bu kez davacılar vekili karar düzeltme talep etmiştir.

1.Temyiz ilâmında belirtilen gerektirici nedenler karşısında usulün 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirisine uygun olmamasına göre davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

2.Davacılar, davalının kusuru ile Down sendromlu bir çocuklarının olduğunu, Down sendromlu bir çocuğun ileriye dönük bakım, tedavi ve eğitim masraflarının normal bir çocuğa nazaran fazla olacağını ileri sürerek maddi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Mahkemece davacıların bu istemleri hakkında bilirkişiden rapor alınmamış, sadece bugüne kadar yapılan masraflar gözetilerek bir hesaplama yapılmıştır. Oysa Down sendromlu bir çocuğun normal bir çocuğa göre daha fazla bakım, tedavi ve özel bir eğitim masrafı olacağı tabiidir. Mahkemece bu konuda uzman bir bilirkişiden rapor alınarak ileriye yönelik olarak davacıların çocuklarının normal bir çocuğa yapılması gereken masraflar dışındaki bakım, tedavi ve özel eğitim masraflarının tespiti ile bu kalem yönünden istenebilecek maddi tazminat miktarının belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, bu yöndeki talebin reddine karar verilmesi doğru değildir. Dairemizce kararın davacı yararına bu nedenle de bozulması gerekirken zuhulen vekâlet ücretinden düzeltilerek onandığı bu kez yapılan inceleme sonucu anlaşılmıştır. O halde, davacıların karar düzeltme istemi kabul edilerek Dairemizin 23.5.2003 tarihli düzeltilerek onama kararı kaldırılarak, mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacıların sair karar düzeltme isteminin 1 nolu bentte gösterilen nedenle reddine, 2 nolu bentteki nedenlerle davacıların karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 23.5.2003 gün, Esas 2003 / 3159, Karar 6184 sayılı düzeltilerek onama ilâmının kaldırılmasına, mahkeme kararının açıklanan nedenlerle de davacı yararına **BOZULMASINA**,

25.12.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Bu hükmün içeriğinden de açıkça anlaşılacağı üzere, hastayı aydınlatma yükümlülüğü ve hamilelik esnasında gerekli tıbbi test ve incelemeleri yapmakta doktorun kusurlu olduğu kabul edilerek davacıların yaptıkları tüm masraflar ile Down sendromlu doğan çocuğun normal çocuğa nazaran eğitim ve bakım masraflarının fazla olacağı nazara alınarak bilirkişi marifetiyle zararın tespit edilerek davalı doktorun kusuru oranında hüküm tesisi gerektiği kabul edilmiş, ancak ana babanın çocuktan ileride alacağı destek kaybı yönünden bir tazminat öngörülmemiştir. Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kararı Down sendromlu çocuğun normal çocuğa nazaran bakım, tedavi ve özel eğitim masraflarının daha fazla olacağı dikkate alınarak maddi tazminata hükmedilmesi gereği yönünden mahalli mahkeme kararının bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gereği ile bozulmasına karar vermesi yerindedir. Zira, davalı doktor Yargıtay kararında belirtilen üçlü tarama testi ve amniyosentez testlerini hamilelik esnasında yapmış olsa idi, çocuğun Down sendromlu doğacağını anlaması mümkün olduğundan çocuğun doğmaması için önlem alınabilecekti. Doktorun doğacak çocuğun Down sendromlu olduğunu teşhis etmemesi ve önlem almamasında kusurlu olduğu, diğer bir ifadeyle, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği Yargıtayca da kabul edilmiştir. Kanaatimizce, davalı doktor davacıların sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şanslarını kaybetmelerine neden olmuştur. Bu durum, Yargıtay kararında açıkça şans kaybı olarak nitelenmemiştir. Ancak, kanaatimizce bu olay, şans kaybını inceleyen tıbbi sorumluluk literatüründe “sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansının kaybı (*“Wrongful birth”*)¹⁶¹ olarak adlandırılan şans kaybının tipik örneğidir. Yargıtay’ın bu kararında durumu açıkça “şans kaybı” olarak nitelendirmemesine rağmen zımni olarak bu şans kaybını kabul ettiği görüşüdeyiz.

c. İyileşme Şansının Kaybı İle İlgili Yargıtay Kararı

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 16.9.2003 tarih 2003 / 6060- 10174 sayılı yayımlanmamış kararında, davacı davalı doktor tarafından tespit edilen gebeliğin 20.4.2000 tarihinde kürtajla sona erdirildiğini, ancak 15.5.2000 tarihinde karın ağrısı, ishal, tansiyon düşüklüğü şikayeti ile hastaneye kaldırıldığını, hastanede sekiz haftalık dış gebelik saptanarak acil ameliyata alındığını, kendisinde zamanında dış gebelik teşhisi konulamaması sonucu hayati tehlike atlattığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunduğu, davalı doktorun ise, davacıda beş hafta dört günlük iç gebelik saptandığını ve iç gebeliğin 20.4.2000 tarihinde tahliye edildiğini, bir hafta sonra kontrole geldiğinde hiçbir şikayetinin olmadığını, dış gebelik

¹⁶¹ “*Wrongful Birth*” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VI / A başlığı altındaki açıklamalar.

belirtilerinin bulunmadığını ve hastayı on beş gün sonra tekrar çağırmadığını savunarak davanın reddini istediği, mahkemece ise toplanan delillere göre davanın reddine karar verildiği, davacı vekilinin temyizi üzerine adı geçen Yargıtay Dairesince dosyadaki raporlar ve bu raporlardan Adli Tıp Raporu ve dosyada bulunan diğer raporların incelenmesi ve karşılaştırılması sonucu iç gebelikle beraber dış gebeliğe de nadiren de olsa rastlanabileceğinin anlaşılmasının mümkün olacağı kabul edilerek mahkemece bu yönde gerekli özenin gösterilmesi bakımından üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığıyla davacıya ait tüm raporlar dosyaya ibraz edilerek tüm rapordaki görüşler de göz önünde tutularak rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilerek mahalli mahkeme kararı bozulmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu bozma kararı yerindedir; zira davalı doktorun yeni teşkil edilecek uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla özen gösterme ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin araştırılması gerekir. Burada davacıda eğer iç gebelikle dış gebelik aynı anda teşhis edilmiş ve her ikisi de aynı anda tahliye edilmiş olsa idi, davacı hayati tehlike geçirmeyecekti ve tedavi süresi uzamayacaktı. Yapılacak bilirkişi incelmeye göre doktorun sorumluluğunun olup olmadığı belirlenecektir. Bu olayda, doktorun ihmali ve özensizliği olduğunun bir an için tespit edileceğini varsayarsak, böyle bir halde bir iyileşme şansının kaybı söz konusu olabilir mi? Bunu tartışmak gerekir. Her ne kadar Yargıtay, kararında şans kaybından bahsetmemişse de (zaten esas hakkında bir karar tesis etmeyip davayı tahkikatın genişletilmesine sevk etmiştir), tedavinin gecikmesi suretiyle iyileşme şansının kısmen kaybedildiği düşünülebilir kanısındayız.

VI. Tıbbi Sorumluluk Bakımından Şans Kaybı Hususunda Özel Surette Tartışılan Birkaç Uygulama

A. Bir Çocuğun Olmamasında “Şans” Kaybı (“Wrongful birth”)¹⁶²

1. Kavram

“Wrongful birth” ifadesi, planlanmamış veya istenmeyen bir çocuğun doğumu ile ilişkili ebeveynlerin uğradığı zarar ile ilgilidir¹⁶³. Talep, istenmeyen doğumun psikolojik ve malvarlığına değin sonuçlarının hukuki planı üzerinde (örneğin tecavüzcü, başarısız bir çocuk düşürme veya kısırlaştırma durumunda doktor) sorumlu olan üçüncü bir şahsa karşı

¹⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Stieglitz, Susanne* : Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht, München 1989.

¹⁶³ *Tobler, Christa / Stolker, Carel* : “Wrongful Birth”- Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden, 6 PJA (1997) s. 1145; “Wrongful Birth”ün tanımı için ayrıca bkz. Black’s Law Dictionary, 6. Ed., St. Paul 1990, s. 1612. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Mannsdorfer, Thomas M.* : Pränatale Schädigung – Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, thèse, Freiburg 2000, N. 925, 976 vd.

yöneltir. Birçok ülkede, zararın ne ile ilgili olduğunu bilmek sorusu ile ilgili bir tartışma söz konusudur: Hamilelik masrafları, doğum masrafları, bebek için ekipman masrafları, daha büyük bir daire masrafı, bakım masrafları ve eğitim masrafları, yeni bir kısırlaştırmaya bağlı masraflar. Özellikle bazen annenin hamilelikten, doğumdan meydana gelen bir maddi olmayan zarar söz konusudur. “Wrongful birth” için bir eylemden meydana gelen zararın en tartışılır yeri, çocuğun bakım masrafları ve eğitim masraflarıdır, çünkü burada çocuğun kendisinin bir zarar olup olmadığı söz konusudur. Yabancı hukuklar bu soruya çok farklı cevaplar vermişlerdir¹⁶⁴.

2. Mevcut Durum

İsviçre’de, bu tür davanın açılmış olduğu nadir mahkemeler, istenmemiş olan bir çocuğun doğumu ile ortaya çıkan bakım masrafları ve eğitim masraflarını tazmin etmeyi reddetmişlerdir. Bu başlık altında yapılan açıklamalar, sorunun ortaya çıkartmış olduğu ahlâki ve felsefi, manevi bir çok soruları gündeme getirdiğinden, İsviçre mahkemelerinin bununla ilgili kısıtlayıcı tutumlarını tartışma imkânı vermemektedir. Bir şansın kaybı teorisi ile iyi bir şekilde çözümlenebilecek olan “*Wrongful birth*” için çok spesifik bir talep ortaya koymakla ilgili olacaktır, burada ebeveynlerin bir üçüncü şahsın kusuruyla bir hamilelik durdurmasını yapma imkânından yoksun kaldıkları varsayımı söz konusudur. Bu kusur bazen, bir doktor tarafından aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinde mevcuttur. RUETSCHI, bu durumda, illiyet bağı sorusunun bu anlamda bir kanıt sorunu oluşturduğunu düşünür. Her somut durumda, bu soruya cevap vermek, mahkemelerin görevidir. Federal Mahkeme, çocuğun bakım masrafının tazmin edilebilir zarar olarak kabul edilip edilmeyeceğini bilmek sorusunu açık bırakmak için bugüne kadar kendisine verilen olayların durumlarından faydalanmıştır. 1995 yılında yayımlanmayan bir kararda, hamilelikten meydana gelen zarar ve kısırlaştırma işlemi esnasında hamilelik riskleri hakkında aydınlatma yükümlülüğü arasında illiyet bağı inkâr etmiştir. Nedeni, eşlerin, hamileliğin çok zayıf kaçınılmaz risklerini bilerek, gebeliği önleme yöntemi için karar vermiş olmalarıdır¹⁶⁵.

3. Alman Hukuku

Almanya’da ya hep ya hiç prensibiyle durum bir kez daha çözümlenmiştir. Eğer doktor, ebeveynleri bir doğuma bağlı bazı yanlış formasyon risklerini bildirmekten kaçınırsa, ağır bir şekilde özürlü bir çocuğun doğumunu engellemeye adanan bu bilgi yetersizliğinden sorumludur¹⁶⁶. Bu durumda, çocuğun bakım masrafları pratisyen doktor

¹⁶⁴ Müller, s.360 - 361, N. 529.

¹⁶⁵ Müller, s.361 –362., N. 530.

¹⁶⁶ BGH, 4 März 1997, 50 NJW (1997) s. 1640; Deutsch, Erwin : Medizinrecht, 4. Ed., Berlin / Heidelberg / New York 1999, N. 277.

tarafından karşılanacaktır¹⁶⁷. Genetik bir kusuru olan çocuğun doğum riskleri hakkında verilen hatalı bir bilgi için aynı şey geçerlidir¹⁶⁸.

4. Fransız Hukuku: Bir şansın kaybı

Fransız hukukunda, ebeveynler, bir IVG'ye başvurarak anormal bir çocuğu doğurmamak şansından yoksun olduklarından dolayı şikayette bulunabilirler. Bir hamileliğe müdahale etme şansının kaybı, üçüncü bir şahıs (bir medikal analiz laboratuvarı tarafından yapılan hata) veya doktor tarafından işlenen bir hata (teşhis yanlışı) veya pratisyen tarafından yapılan bilgi hatası gibi nedenlerden olabilir. Her üç durumda, tazminatın amacı, doğacak çocuğun sağlık koşulları ile ilgili alınan bilgilerle hamileliğe son vermektir, yani bir "zarardan" kaçınılacak bir karar almaktır. Bu şekilde, ebeveynler açık bir karar alma şansını kaybettikleri zaman, bu şans kaybı, eksik bilgi verenler tarafından tazmin edilir. Benzer bir olay, 1989 yılında Montpellier Asliye Hukuk Mahkemesinde söz konusu olmuştur. Bir kadın, doğacak olan çocuğun durumunu öğrenmek için bir inceleme yaptırır. Montpellier Asliye Hukuk Mahkemesine göre, eksiklik uygulanan incelemede kabul edilen güvenilirlik derecesinin yanlış bir değerlendirmesinden meydana gelmiştir. Hâkimler "çocuğun anne ve babası tarafından yaşanan zararın, bir hamileliğe son verme uygulaması şans kaybı olarak tanınabilir" olarak karar vermiştir. Müller'e göre, "böyle bir olayın kabulünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesine uymadığını", belirtmek gerekir¹⁶⁹.

Yakın zamana kadar, ağır bir şekilde beklenmeyen özürlü bir çocuğun doğması ile meydana gelen manevi sarsıntılar gibi doğumun normal yükümlülüklerini aşan özel bir zararın eklenmesi gerekmekte idi¹⁷⁰.

B. Doğmaktan Dolayı "Şans" Kaybı ("Wrongful life")¹⁷¹

1. Kavram

Bu varsayım, benzer durumları göstermektedir: Doğumdan önce annenin yanlış tedavisi, genetik inceleme çerçevesinde yanlış teşhis. Davacı, burada prensip olarak "doğmamam gerekir idi" eyleminde ve bir yanlış

¹⁶⁷ BGH, 4 März 1997, 50 NJW (1997) s. 1640; Geiss, Karlmann / Greiner, Hans – Peter : Arzthaftpflichtrecht, 3. Aufl., München 1999, B 175.

¹⁶⁸ Müller, s. 362, N. 531; Steffen, Erich / Dressler, Wolf- Dieter : Arzthaftungsrecht, 8. Aufl., Köln 1999, N. 295.

¹⁶⁹ Müller, s.362 - 363, N. 532.

¹⁷⁰ Müller, s.363, N. 532. Tazmin etmenin kabulü için İsviçre hukukunda, bir çocuk sahibi olmadığında şans kaybı için bkz. Müller, s.367-368, N. 540.

¹⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Stieglitz'in yukarıda s.34, dn. 165'de anılan eseri ve Picker, Eduard : Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben "Wrongful Life", Tübingen 1995.

tedavi nedeniyle özürlü çocuktur. “*Wrongful life*” ve “*Wrongful birth*” için yapılan talepler arasındaki fark her zaman belirgin değildir. Nadir olarak, çocuğun kendisine “*wrongful life*” için bir talep hakkı tanınır. Buradaki değerlendirmeler, yalnızca doğmama imkânından üçüncü bir şahıs (örneğin bir medikal inceleme laboratuvarı) veya doktorun yapmış olduğu hata ile çocuğun yoksun olduğu doğmama şansı varsayımıyla ilgilidir¹⁷².

2. Mevcut Durum

İsviçre içtihadı, çocuğun kendisine böyle bir talep hakkı tanıma sorusu üzerinde asla karar vermemiştir¹⁷³.

3. Diğer Ülkeler

Almanya’da, “*wrongful life*” için bazı talepler, bu durumlarda hukuki manada bir sorumluluğunun artık uygun olmadığını kabul ederek, genel olarak reddedilmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, bu taleplerin artık kabulü söz konusu değildir. Yalnızca dört Federe Devlet, çocuğa bağımsız bir talep hakkı tanımışlardır, burada da çözüm, ilgili aileler lehine tazminatı kabul ettirmek için tek yol bu idi.

Bütün bu kararlarda, yalnızca özüre bağlı ek masraflar tazmin edilmiştir¹⁷⁴.

4. Fransız içtihadı

Uzun zamandır, doğmuş olmak olayı, zarar olarak çocuğun kendisi tarafından talep edilmesi düşünülemez idi, çünkü :

“Eğer bir insanoğlu, hak sahibi ise, doğmuş olmak veya olmamak olgusu, yaşamak veya yaşamamak olgusu önem taşımamaktadır ve doğumu veya yaşam süresi bir şans veya şans kaybı olarak kabul edilemez”.

Bir çocuk, bu şekilde, annesi için, bir IGV’ye karar vermek veya vermiş olmaktan, gecikmelerden şikayet edemez idi. Devlet kurulu bu olayı, 15 şubat 1997 tarihli bir mahkeme kararında kesin olarak kabul etmiştir. Fakat, Yargıtay, 1996 yılında aynı gün içerisinde verilen iki mahkeme kararında, “*wrongful life*” için bir talep imkanı muhafaza ederek bu ontolojik (varlık bilimi) kilidini atlatmıştır¹⁷⁵.

5. İlk durumda, 1982 yılında, eşler, özrü olan bir babanıninkine benzer nörolojik rahatsızlıklara sahip bir çocuğa sahip olma riski hakkında bir tıp doktoruna başvururlar. Doktor, uygun bir genetik tavsiyesinde bulunur. 1987 yılında, kadın, babasınıninkine benzer bir özürlü çocuğu dünyaya getirir. Ebeveynlerin talebi üzerine, istinaf mahkemesi, çocuğun olduğu

¹⁷² Müller, s.363-364, N. 534.

¹⁷³ Müller, s.364, N. 535.

¹⁷⁴ Müller, s.364 – 365, N. 536.

¹⁷⁵ Müller, N. 537.

kadar ailenin de zararının tazmin edilmesi bakımından doktorun sorumluluğunu kabul etmiştir. Her iki durumda, istinaf mahkemesi, çocuğun zararının tazmin edilmesini onaylamıştır¹⁷⁶.

6. İkinci türde, dört yıl sonra, devamında bulunan olaylar tazminat talebi bazında bulurlar : bir çocuk bekleyen bir kadın kızamığı düşündüren bazı belirtiler gösterir. Böyle bir durumda, çocuğu tehdit eden yanlış formasyonların ağır risklerini bilmekte olup, kendisi bu hastalığa sorumlusu laboratuvar ve doktorunun hataları, bağışıklık olduğuna inandırmıştır. Halbuki, kendisinde kızamık söz konusudur ve çocuğun doğmasından kısa bir süre sonra, kendisinin nörolojik ve duyumsal rahatsızlıklarının bulunduğu görülecektir. Doktor ve laboratuvara karşı, ebeveynler kendi zararlarının tazminine ilişkin dava açarlar ve çocuğun adına bir ikincisini açarlar. Bu ikinci talepte, asliye hukuk mahkemesi kararı, istinaf mahkemesi tarafından geçersiz kılınır. Bunun nedeni ise, yakalanmış olduğu rahatsızlıklar, annenin kendisine aktarmış olduğu in utero kızamıktır. Bu mahkeme kararı, Yüce Divan tarafından 26 mart 1996 tarihinde bozulmuştur. Dava Orlean istinaf mahkemesine gönderilmiştir. Mahkeme “çocuğun doktor ve laboratuvarın yapmış olduğu hatalardan dolayı tazmin edilmesi gereken zarara uğramadığını beyan eder”. Tekrar Yargıtay’a gidilir, zorunlu olarak toplanmış vaziyette. CCF 1165 ve 1382 maddeleri uyarınca , kurul şu kararı verir :

“Bayan X ile oluşturulmuş sözleşmelerin icrasında laboratuvar ve doktor tarafından uygulanan yanlışlık esnasında özürlü bir çocuk doğurmaktan kaçınmak için engelleme söz konusu olduğunda, kendisi tutulan hatalar ile sebebiyet verilmiş ve bu özürden meydana gelen zararın tazminini talep edebilir”

Muhakeme, toplu bir heyecan ile olmuştur ve jüri topluluğunda çok canlı bir duruşma meydana getirmiştir. TOURNEAU / CADIET, zararın özürlü doğma olayından ibaret olamayacağını düşünmüştür, çünkü yazarlara göre, bu özür tıbbi uygulama hatalarından meydana gelmemiştir. Sonuç olarak, zarar, doğmama şansından yoksun kalma olayı dolayısıyla söz konusu olabilir¹⁷⁷.

7. Kabul

“*Wrongful life*” veya “*wrongful birth*” için sorumluluk durumlarında bir şans kaybı teorisinin uygulanabilirliği, bu teoriye özgü incelemeye bağlı değildir. İstenmeyen bir çocuğun doğumunu tazmin edilebilir bir zarar olarak nitelemenin mümkün olup olmadığı sorusu, İsviçre hukuk sistemine göre cevaplandırılacaktır. Eğer olumlu olarak cevap veriyor isek, bir hamileliği engelleme şans kaybı, Fransız içtihadının vermiş olduğu örneklerle tazmin edilmelidir. Ancak, eğer buna olumsuz olarak cevap

¹⁷⁶ Müller, N. 538.

¹⁷⁷ Müller, N. 539.

veriyor isek, bir şans kaybı teorisi, zararın olmadığı bir sonuca ulaşmaktayız. Gerçekten de, şans kaybının son zarardan bağımsız bir zarar olduğunu düşünsek bile (istenmeyen çocuğun doğumu), kaybedilen şans değerinin son zarara göre hesaplanması olayı (sıfıra eşit olacak durumda), bu kaybedilen şans değerinin sıfıra eşit olması sonucunu verir¹⁷⁸. Bu sorun bu çalışmanın çerçevesini aşan çok ilginç antropolojik ve felsefi sorular ortaya koyar. Doktrinin bir kısmı, “*wrongful birth*” için talepler ile ilişkide olan bir şans kaybının tazminatının, doğmak veya doğmamak olayının sübjektif bir hukuku tanımamızı ortaya koyar. Burada, doktorlara, bir doğmama şansını kaybettirmelerinden yakınırdık. O zaman “uygun değilse doğmamak” gibi bireyin bir hakkı ile ilgilidir. Ne olursa olsun, şunu anlamak çok zordur : neden bir sakatlık hamilelik esnasında üçüncü bir şahıs tarafından işlenen bir hatada olduğunda değil de, yalnızca doğumdan sonra yaşandığı zaman tazmin edilebilir¹⁷⁹.

C. Yaşam veya Ömür Şansının Kaybı

1. Varsayım

Eğer yaşama bir hak ise, mutlak koruma (Federal Anayasa Md. 10), hatalı bir davranış ile kısaltılması, daha uzun yaşama şansının kaybı için bir tazminatı teorik olarak doğrulayabilir. Bu durum iki şekilde açıklanabilir. Önce, yaşayan mağdur, kaza sonucu meydana gelen yaşam kısaltılması için bir tazminat talep edebilir. Daha sonra, kısaltılma olayı, mirasçılar tarafından talep edildiğinde teorik olarak bir tazminat söz konusu olabilir ki, burada mağdur kaza sonucu vefat etmiştir¹⁸⁰.

2. Fransız içtihadı : Doğrudan Mağdur

Bir yaşam umudunun kaybını tazmin eden diğer hukuki sistemler (*loss of expectation of life*) veya ölümden meydana gelen zarar (*pretium motris*), burada Fransız hukuku kendisini yeterince kısıtlayıcı göstermektedir. 1967 yılı Yargıtay kararı, genel bir istisna oluşturmaktadır :

“Tıbbi ekspertiz üzerine kurulan mahkeme kararı, genç adamın bir splenektomi yaşadığını saptaması ile, mağdurun bir yaşam sonucunu saptamasıyla, bu risk sebebiyle, burada tazminat talep edilmişti”. Yargıtay bu talebi kabul etmişti.

MÜLLER’e göre, Yargıtay bir yaşama şansının kaybını açıkça belirtmemiş olsa bile, bu karardan başka bir anlam çıkarılması mümkün değildir. Doktrin tarafından hakkında hiçbir yorum yapılmayan karar, izole bir karar oluşturur gibidir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Bkz. Müller, s. 380, N. 564.

¹⁷⁹ Müller, s. 367-368, N. 540.

¹⁸⁰ Müller, s.368, N. 542.

¹⁸¹ Müller, s.368, N. 542.

3. Fransız içtihadı : Dolaylı Mağdur

Aşağıdaki dava, ölenin mirasçıları (dolaylı mağdurlar) tarafından kaybedilen uzun yaşama şansları için bir tazminat talep edilip edilemeyeceği sorusunu ortaya çıkardı. Bir araba kazası geçiren bir kadın, yaraları nedeniyle kazadan birkaç gün sonra vefat eder. Kusurlu otomobil sürücüsü, taksirle adam öldürmek suçundan mahkum edilir ve kazanın tazmin edilebilir sonuçlarından tamamıyla sorumlu olduğuna karar verilir. Rennes İstinaf Mahkemesi, müdahil taraf olarak duruşmaya çıkan mirasçılara kendilerinin şahsen maruz kaldıkları ve doğrudan doğruya kazadan kaynaklanan manevi ve maddi zararın tazmini anlamında zarar- ziyan tazminatı tahsis etti. Buna karşılık mahkeme, davacılara göre ölenin kaza yüzünden maruz kaldığı bir hayat şansının kaybından kaynaklanan zararın tazmin edilmesini amaçlayan tazminat talebini reddetti. İstinaf Mahkemesinin yargıçları, mirasçıların ileri sürdükleri yaşam umudu kaybının gerçekleştiği an olan mağdurun ölümünden önce, Carnet adındaki kadının malvarlığına hiçbir tazminat hakkının girmemiş ve malvarlığına intikal ettirilmemiş olduğunu söyleyerek bu talebi reddettiler. Temyiz Mahkemesinin Ceza Dairesi, aynı gerekçelere dayanarak bu içtihadı onayladı¹⁸².

4. Değerlendirme

Bir uzun ömür şansının kaybının tazmini haklılık arzetmez, zira kazanılacak toplam şeyin şüpheli özelliği eksiktir¹⁸³. Hatta eksik olan, kazanılacak toplam şeydir, zira olduğu şekliyle hayat bir şahsın kaybı olarak bir tazmine mahal verilebilen bir kazanılacak ya da kaybedilecek şey oluşturmaz. Ölmekten başka şansı olmayan kişinin durumu, ölme şansı olan kişinininki ile aynı değildir. Kaza bir “yaşam şansı” nı ortadan kaldırmıyor ve bir şansın kaybedilmemesinin zararı bu davalarda son zarar ile, ölüm ile karışıyor. Doğrudan mağdur böylece vefatından önce malvarlığında bir yaşam şansına sahip olmadığı için dolaylı mağdurlar da miraslarında bu hakkı alamazlar¹⁸⁴.

D. Mağdurun Birlikte Kusuru İle Bir Şansın Kaybı

1. Sorun

Bazen mağdur bizzat kendi kendisini bir şanstın mahrum eder. Tıbbi sorumluluk alanındaki tipik örnek, iyileşmesi ya da hayatta kalması için “nesnel bir şekilde” zorunlu olan bir tedaviyi reddeden hasta örneğidir. Bu varsayımda, bizzat kendisini bir iyileştirme veya hayatta kalma şansından mahrum eden mağdurun, davranışına sorumlunun ona borçlu olacağı tazminatın azaltılması neticesine izin verip vermeyeceğini bilme sorununu ortaya çıkarmaktadır¹⁸⁵.

¹⁸² Müller, s. 369, N. 543.

¹⁸³ Bkz. Müller, s. 254, N. 369 vd.

¹⁸⁴ Müller, s. 369, N. 544.

¹⁸⁵ Müller, s. 369, N. 545.

2. Fransız İçtihadı

Temyiz Mahkemesinin Ceza Dairesi tarafından sonuca bağlanan bir davada, bir kazanın mağduru hiçbir engelli durum (kontrendikasyon) arz etmeyen ve muhtemelen onun sağlık durumu üzerinde önemli bir iyileştirici etkisi olacak bir ameliyata razı olmayı reddetti. Temyiz mahkemesi, “yargıçların mağdura onun kabul etmeyi reddettiği ameliyatı empoze etmeye yetkili olmadıklarına ve böyle olunca bu redde dayanarak, mağdurun katlanmış olduğu zararın tamamı ile tazmin edilmesi gerekeceği ilkesini ihlâl etmeden verilen zarar tazminatını düşüremeyeceklerini düşündü. Bu karar, Temyiz Mahkemesinin bu oluşumu tarafından en azından bir ilkenin teyidi olarak oybirliğiyle yorumlandı. Mağdurun durumu iyileşmeye yönelik olan bir ameliyat geçirmeyi reddetmesi, asla hatalı olamazdı. Sonuçta böyle bir red sorumlu tarafından borçlu olunan tazminatın tutarını azaltacak mahiyette değildi. Yine Ceza Dairesi tarafından karar verilen ikinci bir davada Neuchatel’de ağır vasıta şoförü olan mağdur bir trafik kazası sonucu Pontarlier Guraba Hastanesinde vefat etti. Tedbirsiz otomobil sürücüsü kovuşturmaya tabi tutuldu ve taksirle adam öldürme nedeniyle mahkum edildi. Hastanede kaldığı sırada, Yehova şahidi olan mağdur inançları nedeniyle durumuna uygun bazı tedavilere maruz kalmayı reddetti. Hastanenin tüm personeli yine de, yaralıya ve çevresindekilere eğer kabul etmezse öleceğinin kesin olduğunu haber vererek, yoğun bir kan nakli yapmak için ısrar ettiler. Baş Cerrah hastanın keza karısı ve çevresinin eğer hasta durumu için gerekli kan nakillerini reddetmemiş olsa idi, hayatta kalma şanslarının önemli ölçüde artmış olacağını görecektiklerini beyan etti. Dul kadın müdahil taraf oldu, büyük zarar- ziyan tazminatları istedi. Besancon Asliye Hukuk Mahkemesi, sanığı tek sorumlu ilân ederken, mağdurun bir hayatta kalma şansından mahrum etme olarak nitelenen tutum olan hatalı davranışını göz önüne alarak tazminatları azalttı, ancak hesaplarında göz önünde tuttuğu indirim yüzdesini zikretmedi. Besancon İstinaf Mahkemesi, bu muhakemeye uymadı ve kazanın mali sonuçlarının tümünü sorumlunun yükümüne bıraktı. Mahkumun itirazı üzerine Temyiz Mahkemesinin Ceza Dairesi, istinaf mahkemesi yargıçlarının mağdurun durumunun zorunlu kıldığı tedavileri bile bile kabul etmeyerek kendisini bir iyileşme veya hayatta kalma şansından kendi kusuru ile mi mahrum etmiş olduğunu araştırmayı ihmal ettiklerini söyleyerek İstinaf Mahkemesinin kararını bozdu. Temyiz Mahkemesine göre, mağdurun bu kusuru, bu reddetme zararının gerçekleşmesine yardım ettiği zaman maruz kalınan zararın tazmini için gözönüne alınmalı idi. Böylece Ceza Dairesi, sorumluluğun üçte birini mağdurun yükümlülüğünde bıraktı¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Müller, s. 369-370, N. 546.

3. Değerlendirme

Hastanın görünüşe göre, durumunu iyileştirmiş olacak bir tedaviyi reddederek bir kusuru olup olmadığı sorusu, nazik bir sorudur. MÜLLER'e göre, aslında bir şansın kaybolmuş olması yeterli değildir, fakat onu yakalamayı ihmal eden kişiye de serzenişte bulunabilmek gerekir. Başka bir deyişle, bu şansın kaybolmasının birlikte kusur oluşturması gerekir. İtiraz her kişinin kendi vücudunda istediği gibi tasarruf etme hakkını kapsayan kişisel özgürlükten ileri gelmektedir (Federal Anayasa md. 10) . Buna bir de Yehova şahidi tarafından bir kan naklinin reddedilmesi olayında anayasal vicdan ve inanç özgürlüğü eklenmektedir (Federal Anayasa md.15). Federal Mahkemeye göre, kişisel özgürlük kendi arzusu hilafına bir cerrahi operasyona, bir aşılınmaya ve hatta basit bir kan alımına tabi olmama hakkını ihtiva eder. Cebri şekilde gerçekleştirilen böylesi saldırılar ancak yeterli bir yasal temele dayandıkları, bir kamu yararına cevap verdikleri ve orantılık ilkesine uydukları takdirde kabul edilebilir. Bu temel özgürlüklerin uygulaması yine de sınırlarını hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanmasında bulur (İsviçre Medeni Kanunu md.2). Mağdura bundan başka bir zararı azaltma düşmektedir ("*Schadenminderungsobliegenheit*") . Böylece mağdurun zararın ağırlaşmasında ya da azalmamasından ibaret olan birlikte kusuru İsviçre Borçlar Kanunu'nun 44 / I maddesine göre zararı tazminatının azaltılması sonucuna götürebilir. Şu halde, zikredilen anayasal hakların kullanılması mağdurun birlikte kusurunu oluşturabilir. Reddedilen tedavi amaçlı müdahale zararsız olduğu zaman kötüye kullanma özellikle belirgindir; (ilke olarak) bir kan nakli veya belli sayıdaki olağan ve özellikle riskten yoksun müdahaleler böyledir. Böyle olduğu andan itibaren, mahkemelerin tazminatın tespiti sırasında mağdurun nihai zararının gerçekleşmesinde oynadığı rolü hesaba katmaları gerekir. Eğer, söz konusu tıbbi eylem ne tehlikeye ne de ciddi acıya yol açabilecek bir şey olmadığı zaman mağdurun durumunu iyileştirecek mahiyette bir tedaviye ya da bir cerrahi operasyona maruz kalmayı reddetmesinin kusurlu bir özellik arzedebleceği düşüncesinden yola çıkılırsa tazminatın tespit edilmesi sırasında hiçbirşey, mağdurun bizzat kendisini bir iyileşme ya da hayatta kalma şansından yoksun bırakmasının dikkate alınmasına karşı çıkmaz. Aynı çözüm İsviçre hukuku için de gereklidir¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Müller, s. 370 – 371, N. 547.

SONUÇ

Almanya ve Avusturya’da doktorla hasta arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilirken¹⁸⁸, İsviçre¹⁸⁹ ve Türk¹⁹⁰ hukukunda bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

“İyileşme şansının kaybı” kavramı, Fransız ve Amerikan hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Alman ve İsviçre hukuklarında uzun süre fazlaca kabul görmemiştir.

İsviçre’de şans kaybı konusunda yasal mevzuat ya da içtihad bulunmamaktadır. İsviçre pozitif hukuku, şans kaybının tazmin edilmesini özel surette düşünmemektedir. Bununla birlikte, UNIDROIT ilkeleri, bir şansın kaybının tazminini öngörmektedir. Şimdiye kadar hiçbir devlet mahkemesi bir şansın kaybı teorisini özellikle uygulamamıştır¹⁹¹.

İsviçre hukukunda tıbbi sorumluluk alanında şans kaybı bakımından büyük önem taşıyan Zürih Yüksek Mahkemesi’nin 1988 tarihli kararı üzerinde durmak gerekir. MÜLLER’e göre, Zürih Yüksek Mahkemesi’nin, tıbbi hatanın yapıldığı sırada, sadece % 60 oranında hayatta kalma şansı olan bir hasta için tazminatı İsviçre Borçlar Kanunu’nun 43 / I maddesi gereğince % 40 oranında azaltan 1988 tarihli kararı, şans kaybı teorisini de özellikle zikretmemekte olup, bu tarihten önce ve sonra bu konuda benzeri mahkeme kararına rastlanmamaktadır¹⁹². Ancak bir hakem, 1988’deki bir kararla, İsviçre hukukunun, bir şansın kaybını tazmin etmeye olanak verdiğini düşünmüştür¹⁹³. Kanaatimizce, bu kararda GUILLOD’nun da ifade ettiği¹⁹⁴ gibi, mahkemenin şans kaybını bir zarar teorisi olmaktan çok, bir illiyet teorisi olarak ele alması eleştirilebilir. Ayrıca, yazarın dediği gibi, Yüksek Mahkemenin bu kararından şansların zayıf gözükmesi, diğer bir ifadeyle % 50’den az olması halinde, şans kaybı teorisinin uygulanmasını reddeder gibi görüldüğü izlenimini çıkarmak da mümkündür. Olayda, ölenin çocukları ve eşinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat taleplerinin kabulü, kanaatimizce isabetli olmuştur.

Ölenin yakınları, Avusturya (ABGB m.1327), Alman (BGB § 844 f.2), İsviçre (OR 45 / 3), Türk hukuklarında (BK m.45 / II) destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunabilirler ve mirasçı oldukları sürece, ölenin

¹⁸⁸ *Giesen, D.* : Arzthaftungsrecht (1995) , Rn. 7 ve yukarıda, s. 9, dn. 43’de yapılan diğer yollamalar.

¹⁸⁹ *Honsell, H.* : Handbuch des Arztrechts (1994), s. 22- 23 ve yukarıda, s. 9, dn. 44’de yapılan diğer yollamalar.

¹⁹⁰ *Şenocak*, s. 18 ve yukarıda, s. 24, dn. 132’de yapılan diğer yollamalar.

¹⁹¹ *Müller*, s. 181- 182, N. 249.

¹⁹² *Müller*, s. 182, N. 249.

¹⁹³ *Müller*, s. 182, N. 249.

¹⁹⁴ Bkz. yukarıda, s. 22-23.

sağlığında doğan maddi tazminat talepleri kendilerine intikal eder. Ölenin manevi tazminat talepleri de mirasçılara geçer. Ölüm nedeniyle ölenin yakınlarının kendilerinin manevi tazminat talebinde bulunması, İsviçre (OR 47) ve Türk hukukunda (BK m. 47) mümkündür¹⁹⁵.

Doktor kusurlu bir şekilde bir tedavi hatası yaparsa, hasta ve ölümünden sonra onun yakınları doktor hakkında tazminat davası açabilirler. Bunun için burada belirtilen sorumluluğu doğuran nedenlerin olması şarttır. Diğer bir deyişle, doktorun hatasıyla varlığı iddia edilen zarar arasında bir nedensellik bağı olmalıdır¹⁹⁶.

Tıbbi sorumluluk alanında, incelenen yabancı sistemlerin çoğu gibi, İsviçre hukukunda da, kaybolan hayatta kalma veya iyileşme şanslarının tazmin edilmesinden yararlanılabilir. Bir şansın kaybının kabul edilmesi her halükârda sözleşmesel ve haksız fiille ilgili sorumluluk için ve kamunun sorumluluğu için haklılık arzeder¹⁹⁷.

Özel surette tartışılan birkaç uygulama üzerinde de durmak gerekir.

Eğer İsviçre hukuku anne ve babalara “*Wrongful birth*” için çocuklara ise “*Wrongful life*” için bir dava hakkı tanımaya karar verecek ise, anne ve babalar için bir çocuk sahibi olmama “şansı”nın kaybı, çocuklar için doğmama “şansı”nın kaybı başka bir şeye hacet olmaksızın tazminata hak kazandırabilir. Ancak, bir uzun ömür veya hayatta kalma şansının kaybını tazmin etmek haklılık göstermez. Buna karşılık, mağdur birlikte kusur ile kendi kendisini bir şanstın yoksun bıraktığı zaman hâkim, tazminatın miktarını İsviçre Borçlar Kanunu’nun 44 / I maddesine göre azaltabilir¹⁹⁸.

Türk hukukunda Yargıtay’ın verdiği kararlarda, “yaşama şansının kaybı”, “sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansının kaybı” ve “iyileşme şansının kaybı” tartışılmış ve bu durumlarda tazminat talebinin koşulları varsa kabul edilebileceği görüşü benimsenmiştir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi bu kararların hiçbirisinde açıkça “şans kaybı” kavramı yer almamıştır. Bu kararlardan en tipik olanı, “sağlıksız bir çocuğa sahip olmama şansının kaybı” ile ilgili olmaktadır.

Kanaatimizce MÜLLER’in¹⁹⁹ İsviçre hukuku açısından şans kaybı teorisinin kabul edilip uygulanmasının yerinde olduğunu savunması gibi, Türk hukukunda da bu teori, önemli bir boşluğu dolduracaktır. “Ya hep ya hiç ilkesini” esas alarak, hastanın tazminat talebinin bazı hallerde tamamen

¹⁹⁵ Kasche, s. 25; OR I (-A.K.Schnyder) Rn.4 zu Art. 47 OR. Bu konuda ayrıca bkz. Odersky, W. : Schmerzensgeld bei der Tötung naher Angehöriger (1989) 7 – 8, 19 – 22.

¹⁹⁶ Kasche, s. 26. Almanya’da ayrıca sorumluluğu doğuran illiyet (Haftungsbegründenden Kausalität) ve tazmin olunacak zarara ilişkin illiyet (Haftungsausfüllenden Kausalität) arasında ayırım yapılmaktadır (Bu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kötz, Rn. 159).

¹⁹⁷ Müller, s. 372, N. 550.

¹⁹⁸ Müller, s. 372, N. 551.

¹⁹⁹ Bkz. Müller, s.393, N. 598.

reddedilmesi hakkaniyete uygun olmamaktadır. Bu nedenle, iyileşme şansının kaybından doğan zararın tazminini kapsayan davalarda doktorun teşhiste veya tedavide kusuru olmasa idi, hastanın iyileşme şansının yüzde kaç olacağı hesaplanarak çok düşük bir olasılık (örneğin % 30'un atında) olmadığı sürece, şans kaybı teorisinin esas alınarak hastanın zararının tazmin edilmesi, kanaatimizce Türk hukukunda da kabul edilmelidir. Ancak, konu Türk hukuku açısından oldukça yeni olup, bu teorisinin Türk hukuk doktrini ve bundan sonraki Yargıtay kararlarında ne derecede kabul göreceğini zaman gösterecektir.