

# HEKİMLERİN HASTALARINI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ\*

*Yard. Doç. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU\*\**

## I. Genel Olarak

Hizmet edimi ihtiva eden ilişkilerde, hizmeti ifa edenin karşı tarafı aydınlatması gereği, bu tür ilişkilerin genellikle güven unsurunun ön plana çıktığı ilişkiler olması nedeniyle daima gündemde olan ve tartışılan bir sorun niteliğini taşımaktadır. Nitekim, literatürde, aydınlatma yükümlülüğünün taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin kurulduğu vekalet sözleşmesi gibi sözleşme ilişkilerinde, daha büyük ölçüde kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin de, ilişkinin niteliği gereği sözleşmesel açıdan vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, söz konusu ilişki bakımından da hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Gerçekten de, hekim hasta arasındaki ilişki, güven unsurunun

---

\* Genel anlamda hekimin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü konusu bir makalenin boyutlarını son derece aşan ve tez boyutunda ele alınması gereken bir konudur. Zira, hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel hukuk kapsamındaki güven unsurunun ön plana çıktığı pek çok borç ilişkisinde görülen ve borç ilişkisinin ihtiva ettiği yükümlülükler yelpazesinde ağırlıklı olarak bir davranış yükümü-yan yüküm niteliğini taşıyan aydınlatma yükümlülüklerinden farklı özellikleri bünyesinde bulunduran ve kendisine özgü yapısı ve dayanakları olan bir yükümlülüktür. Bu makale hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bu özelliğini dikkate alarak kaleme alınmış bir inceleme olup, böyle kapsamlı bir konuya sadece giriş yapma amacını taşımaktadır. Bu itibarla incelemede son derece ayrıntılı bir konu olması nedeniyle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonuçları üzerinde durulmamış konu bir başka incelemeye bırakılmıştır. Aynı şekilde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ispatı konusu da ana hatlarıyla ele alınmıştır.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> **Bucher, E.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, 220; Ayrıca bu konuda bkz. **Weber, Rolf H.**, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 2/92, 184-185.

özellikle ön plana çıktığı<sup>2</sup>, insanî motiflerin daha belirginleştiği bir ilişki niteliğindedir<sup>3,4</sup>. Bu noktada, hekimin sadakat ve özen yükümünün ölçüsü, onun kazanç elde etmeye yönelik menfaatinde değil, hastanın şifa bulmasına yönelik menfaatinde<sup>5</sup>. Bu bağlamda, aydınlatma yükümlülüğünün hekim hasta arasındaki ilişkide olduğu gibi, kendisine özgü özellikler gösterdiği başka bir hukuksal alanın mevcut olmadığına özellikle işaret etmek gerekir<sup>6</sup>. Gerçekten de, tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğü, hizmet edimi ihtiva eden diğer ilişkilerle karşılaştırıldığında çeşitli özellikler göstermektedir. Özellikle, hekimin hastanın üzerinde uyguladığı ameliyat ve diğer girişimsel müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ve özelliğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>7</sup>. Zira, hekim hizmet edimi ifa eden bir kişi olarak hastasının üzerinde faaliyetini icra eder. Bu nedenle, muhtelif hukuk sistemlerinde, belirli bir tedaviye yönelik hastanın rızasının yanında ve rızanın alınmasından önce, gerçekleştirilecek münferit tedavi aşamalarına ilişkin olarak yeterli düzeyde bilginin hastaya aktarılmasının gereğine işaret edilmektedir. Bu hususu ifade etmek üzere literatürde bir anahtar sözcük mahiyetinde olmak üzere “bilgilendirilmiş rıza” (informierten Einwilligung, informed consent, consentement éclairé) kavramı kullanılmaktadır<sup>8</sup>.

## II. Hekim-Hasta Arasındaki İlişkide Hekimin Aydınlatma Yükümünü İfasındaki Güçlükler

Hekim hasta arasındaki ilişkinin doğası gereği, söz konusu ilişkide aydınlatma yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesi bakımından

<sup>2</sup> Hansen, Karl-Justus, Probleme der Aufklärungspflicht aus ärztlicher Sicht, in: Franz, Karl-Josef/ Hansen, Karl-Justus, Aufklärungspflicht aus ärztlicher und juristischer Sicht, 2. Auflage, München 1997, 9.

<sup>3</sup> Şenocak, Z., Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, 36;

<sup>4</sup> Bu nedenle ki, hekim hasta arasındaki ilişkinin olması gereken düzeyde gerçekleşebilmesi için, her iki tarafın da karşılıklı olarak belirli bir amacı gerçekleştirmeye hazır olmaları gerekir. Hekim hastasından onu izlemesini, tıbbi müdahaleye katlanmasını bekler. Hastanın ise öğüte, teselliye ve tedavisi için gerekli olan bilgilere ihtiyacı vardır. Bu karşılıklı beklenti (hazırolma, Bereitwilligkeit) hekimin olduğu gibi hastanın da özgürlük ve saygınlığını temin eder (bkz. Laufs, A./Uhlenbruck, W., Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., München 1999, § 61, Nr.1).

<sup>5</sup> Ott, W., E., Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich 1978, 27; karşı. Şenocak, 36.

<sup>6</sup> Abaggen, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungs-beziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Bern 1995, 35;

<sup>7</sup> Bu konuda bkz. von Mohrenfels, Peter Winkler, Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht, Berlin 1986, 26; Abaggen, 35;

<sup>8</sup> Roggo, Antoine, Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002, 76.

çeşitli güçlük ve sorunların bulunduğuna işaret etmek gerekir. Gerçekten de, hekimlik mesleğinin yoğun koşuşturmacası ve sıkıntılı ortamında, tıbbi olarak hiç bir eğitim almamış olan hastanın müdahale öncesi, sırası ve sonrasında, tedavi ile ilgili riskler, tedavi alternatifleri gibi pek çok konuda kapsamlı ve özenli bir şekilde aydınlatılmasının güçlükleri ortadadır. Tıp dilinin anlaşılmasındaki güçlükler bir yana, hastaların tıpta bilinen ve sıklıkla kullanılan tromboz, emboli, komplikasyon gibi bir takım kavramları, bu kavramların anlamlarını hiç ya da tam anlamıyla bilmedikleri için, söz konusu kavramların geçtiği görüşmenin bütünü de vakıf olamamaları mümkündür. Özellikle yatılı tedavi esnasında ilgili operasyon, narkoz ve muhtemel risklerle ilgili olarak yapılan açıklamalarla karşı karşıya gelen, eğitim görmüş, belirli bir tecrübeye sahip ortalama hastalar bile, bu bilgileri tam anlamıyla algılayıp özümseyememektedirler<sup>9,10</sup>. Bütün bu hususlara ülkemiz gerçekleri bağlamında, hastaların önemli bir bölümünün eğitim ve kültürel düzeylerinin çok düşük olduğu ve buna bağlı olarak bu düzeydeki hastaların aydınlatılmasındaki güçlükler eklenirse, sorunun önemi ve güçlükleri daha da iyi anlaşılır.

Bu cümleden olmak üzere ülkemiz açısından şu tespitleri yapmak mümkündür;

Ülkemizde, hekim başına düşen hasta sayısının çok yüksek olması, bölgeler bazında bu oranların çok yüksek düzeylere ulaşması, buna paralel olarak hekimlerin hasta başına ayırdıkları sürenin oldukça kısa, hatta 3-5 dakika ile sınırlı kalması, eğitim ve kültürel düzeyi düşük hastalara ayrılması gereken sürenin çok uzun olmasının gerekliliği, Türk insanının sorunlara aşırı kaderci yaklaşması, eğitim düzeyinin düşüklüğünün bir sonucu olarak, hastanın (diyet, ekzersiz vs. gibi) bazı temel kavram ve kurumlar konusunda eğitilmesinin gerekliliği, ülkemizde aile hekimliğinin oturmamış olması nedeniyle hastanın düzenli ve tek bir doktor elinde takip edilmesi imkanının bulunmaması ve özellikle güvene dayalı hekim-hasta ilişkisinin oluşmamış olması nedeniyle hekimlerin hastalarını yeterli düzeyde tanıyamamaları, Türkiye koşullarında tedavi ne kadar başarılı olsa da, hastalara ihtimam gösterilerek yapılan bakımın yetersiz olması nedeniyle hastaların tercihlerini sıklıkla değiştirmeleri gibi etkenler aydınlatma yükümünün ülkemiz ölçeğinde öneminin ve gerekliliğinin anlaşılmasını güçleştirmiştir. Genel olarak aydınlatma yükümlülüğünün muhtevastaki güçlükler ortada iken, buna bir de ülkemizin gerçekleri bağlamındaki güçlükler eklenirse konunun

---

<sup>9</sup> Zira, ilaç prospektüsünü okuduktan sonra, ilacı almaktan vazgeçen hastalar hiç de az değildir. Ülkemizde ise ilaç prospektüsünün yerini, o ilacı daha önce kullanmış ya da adını duymuş komşu ve yakınların ilaçla ilgili tıbbi dayanağı olmayan yönlendirmeleri alır.

<sup>10</sup> Haag, Kurt/Traut, Swen Lichtschlag-Traut, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Blätter zum Recht- Heft 5 ([www.advocaten.de/bzr5.htm](http://www.advocaten.de/bzr5.htm) adresinden temin edilebilir).

ülkemiz açısından ne derece zorluklarla dolu ve aynı ölçüde önemli olduğu kolaylıkla anlaşılır.

Burada son olarak konumuzla ilgili ayrıntılara girmeden önce, hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından ameliyat ya da diğer invazif girişimler şeklindeki girişimsel tıbbi müdahaleler ile dahili tıp bilimleri arasındaki temel bir takım farklılıklara işaret etmenin faydalı olacağı inancındayız. Belirtmek gerekir ki, dahili tıp bilimleri alanında tedavi hatalarının tespiti ve kanıtlanması, girişimsel müdahalelere göre daha fazla güçlük arzeder. Bu durumun nedenlerini şu şekilde belirtmek mümkündür: öncelikle cerrahi biraşlarda tedavi ve tedaviye bağlı sonuçlar daha çabuk ve daha kesin bir şekilde ortaya çıkar. Hasta yanlış tedavi olduğunu, buna kimin ve neyin sebebiyet verdiğini daha kolay tespit ve iddia edebilir. Örneğin, guatr ameliyatı sonucunda hastada ses kaybı oluşmuşsa, bu durumun belirlenmesi ve nedenlerinin tespiti çok fazla güçlük arzetmez. Hasta, burada ses kaybı durumunun ameliyattan ileri geldiğini ve bu konuda yeterince bilgilendirilmediğini kolaylıkla iddia edebilir. Zira guatr ameliyatı neticesinde ses kaybı bilinen ve korkulan en önemli komplikasyondur ve hastanın bu konuda ameliyat öncesinde mutlaka aydınlatılması gerekir (ki hasta bu konuda genelde aydınlatılır). Dahili tıp bilimlerindeki hastalıklarda ise, tedavi neticesinde ortaya çıkan olumsuz sonuçların, o tedaviden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek ise daha güçtür. Buna bağlı olarak, ortaya çıkan sonuçla aydınlatmanın gerektiği gibi yapılmaması arasında illiyetin tespit ve ispatı da güçlük arzeder.

Dahili tıp bilimleri alanında aydınlatma yükümünün yerine getirilmesi bakımından karşılaşılan diğer bir zorluk da, tedavinin getirisi ve götürüsü arasındaki ilişkinin ve oluşabilecek komplikasyonların çerçevesini çizmenin zorlukları noktasında ortaya çıkar. Örneğin, kötü huylu tümörlerde kemoterapinin kullanımı yada romatizmal hastalıklarda immünsüpresif tedavinin uygulanması gibi<sup>11</sup>. Dolayısıyla bu noktada hekimin sorumlu olduğunu iddia etmekte büyük güçlüklerle karşılaşılır.

### **III. Hekimlerin Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Dayanakları**

#### **A) Genel Olarak**

Tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşımayan fiziksel veya psikolojik bozukluklar ile

<sup>11</sup> Kemoterapi sonrası bağışıklık sisteminin zayıflaması nedeniyle kişinin enfeksiyonlara açık olması (Febril Nötropeni) dolayısıyla hastanın kaybedilmesi. Aynı şekilde kemoterapi sonrası tümörün hızlı yıkımı nedeniyle (Tümör Lizis Sendromu) hastanın hóbrek yetmezliğine girmesi. Romatizmal hastalıklarda ise, hastalığın ilerlemesi yanısıra uzun süre kullanılan ilaçların yan etkilerinin bariz bir şekilde ortaya çıkması (SLE'de steroid kullanımına bağlı olarak, kortizonun gösterebileceği yan etkiler örneğin, şeker hastalığına meyil gibi).

hastalık niteliği taşımayan şikayetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunlarını etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel (invasiv) ve/veya girişimsel olmayan (non-invasiv= fiziksel tedavi, ilaçla yapılan tedavi, diyet vs.) her türlü müdahaledir<sup>12</sup>. Her tıbbi müdahale hukuksal açıdan ele alındığında kişinin vücut bütünlüğünün ihlali anlamını taşır. Zira, hukuken hüküm ifade eden bir rızaya dayalı olmayan ya da yasal olarak yetki verilmiş zorunlu tıbbi müdahaleler gibi diğer hukuksal haklılık sebeplerine dayanmayan tıbbi müdahaleler, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne müdahale olarak değerlendirildikleri için, hukuka aykırı bir nitelik taşırlar<sup>13</sup>. Zira, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, kişilik hakkının kapsamında yer alan varlıklar içerisinde önemli bir yer tutar ve söz konusu varlığa yapılan her türlü müdahale şahsiyet hakkının ihlali anlamına gelir<sup>14</sup>. İşte, bu noktada hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün fonksiyonu, hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar alma özgürlüğünü temin etmektir<sup>15</sup>. O halde bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğü açısından önem taşıyan ve şahsiyet hakkının içeriğinde yer alıp, şahsiyet hakkını korumaya yönelik hukuki düzenlemelerle koruma altına alınmış bulunulan birbiriyle sıkı sıkıya bağlantılı iki temel hak ön plana çıkmaktadır. Bunlar; kişinin kendisini ilgilendiren konularda yalnız olarak ve üçüncü şahısların etkisi altında kalmaksızın kendiliğinden karar alabilmesi anlamına gelen “kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı (Das Selbstbestimmungsrecht)” ile “kişinin vücut bütünlüğü (Die körperliche Integrität) üzerindeki hakkıdır”<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Tıbbi müdahale kavramı ve tanımı için bkz. Şenocak, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, A.Ü.H.F.D., Cilt 50, Sayı 4, Ankara 2001, 66;

<sup>13</sup> Wiegand, Wolfgang, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, Handbuch des Arztrechts, Honsell (Hrsg.), Zürich 1994, 119 ff, 122; bkz. ve karşı. Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen-Schadensersatz-Schmerzensgeld, 4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2002, Nr.180; ayrıca bkz. Tempel, Otto, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609.

<sup>14</sup> Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 17. Maddesinde “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle söz konusu hak anayasal teminat altına alınmıştır. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un (MK) 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği belirtildikten sonra, MK.m.24, BK.m.47'de kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan varlıklara vaki olan hukuka aykırı müdahaleler karşısında müdahalede bulunanın hangi yaptırımlara tabi olacağı ifade edilmiştir.

<sup>15</sup> Wiegand, 119-120.

<sup>16</sup> Wiegand, 120 vd.; Her iki hak birbirinden ayrılamayacak şekilde bir bütünlük arzeder. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (117 Ib 201) bu hususa açıkça işaret etmiştir. Kararda aynen “Aydınlatma yükümlülüğü sadece hastanın iradesinin serbestçe oluşmasının korunmasına değil, vücut bütünlüğünün korunmasına da hizmet eder. Bu yüküm koşulsuz olarak kişilik hakkına ilişkin esaslardan ortaya çıkmaktadır. Zira, genel olarak kişiliğin korunması vücut bütünlüğünün korunması gibi, ilgili hak sahibinin kendi vücut

## B) Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Dayanakları

Hukuki açıdan hastayı aydınlatma bir yükümlülük niteliğini taşımakta ve İsviçre Federal Mahkemesinin de açıkça ortaya koyduğu gibi<sup>17</sup> "hastanın rızasının koşulu" olarak değerlendirilmektedir<sup>18</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, aydınlatma yükümlülüğünün bu ölçüde özellikler gösterdiği başka bir hukuk sahası mevcut değildir. Gerçekten de, aydınlatma yükümlülüğü hekimin hastaya müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran, hastanın müdahaleye rızasının bir koşulu niteliğindedir. Zira, hasta o derece aydınlatılmalıdır ki, aydınlatılma sonrasında, tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe ve durumun gerektirdiği bir karar verebilecek duruma gelebilmelidir<sup>19</sup>.

Hekimin hastasına müdahale edebilmesi için bazı istisnai durumlar dışında varlığı zorunlu olan hastanın tıbbi müdahaleye rızasının koşulu niteliğindeki aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağını öncelikle T.C. Anayasasının 17. maddesinin I. fıkrasında bulmak mümkündür. Söz konusu düzenlemede, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un (MK) 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği belirtildikten sonra, MK.m.24, BK.m.47'de kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan varlıklara vaki olan hukuka aykırı

---

bütünlüğüne her türlü müdahaleler hakkında serbestçe karar almasını da ihtiva eder. Her ikisi birbirine ayrılmaz şekilde bağlıdır; Aynı yönde bkz. **Wiegand**, 123; Ayrıca bkz **Laufs/Uhlenbruck**, § 61, Nr. 15.

<sup>17</sup> BGE 117 Ib 200; BGE 115 Ib 180 vd.

<sup>18</sup> **Deutsch, E./Matthies, Karl-Heinz**, Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3. Aufl., Köln 1988, 71; **Wiegand**, 123 vd.

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi hekimin sorumluluğu ile ilgili bir kararında (Yarg. 4. HD., 7.3.1977 tarih ve 1976/6297 Esas, 1977/2541 Karar numaralı kararı, Yargıtay Kararlar Dergisi, C: IV, Sayı 6, Haziran 1978, sayfa 905-910), hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesinin, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması yoluyla mümkün olabileceğine işaret etmektedir.

<sup>19</sup> Bu noktada tıbbi açıdan aydınlatma yükümünün gereklerinin hekime bırakılması gerektiği düşünülebilir. Zira, tıbbi açıdan bir hastanın ne düzeyde ve nasıl aydınlatılması gerektiğine en iyi hekim karar verebilir. İlk bakışta böyle bir akıl yürütmenin doğru olduğu düşünülebilirse de, hukuksal açıdan böyle bir düşüncenin onaylanması mümkün değildir (karş. **Wiegand**, 119).

müdahaleler karşısında müdahalede bulunanın hangi yaptırımlara tabi olacağı ifade edilmiştir. Bütün bu düzenlemeler çerçevesinde kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale onun yararına da olsa, kural olarak hukuka aykırıdır. Ne var ki hastanın hayatı ve sağlığını kurtarma amacına yönelik her türlü müdahale, hastanın kendi rızasına dayanıyorsa, rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır<sup>20,21</sup>.

<sup>20</sup> bkz. Akipek. Jale/Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002, 380 ve özellikle 385 vd; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, 96 vd.

<sup>21</sup> 57. Hükümet döneminde 24.7.2002 tarihinde TBMM'ne sevk edilen "Tıbbî Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı", 21. Dönem 4. Yasama yılında 29 Temmuz 2002 tarihinde meclis genel kuruluna sunulmuştu. Ancak, söz konusu tasarı, bu dönemde yaşanan gelişmeler neticesinde kadük oldu ve yasalaşamadı. Bununla birlikte adı geçen kanunda hekimin bilgilendirme yükümüyle ilgili olarak dikkat çekici düzenlemelere yer verilmişti. Burada söz konusu Kanun tasarısında konumuzla doğrudan ya da dolaylı birden fazla düzenleme yer almakla birlikte, konumuzla doğrudan ilgili olması nedeniyle, tasarının "Bilgilendirerek izin alma" başlığını taşıyan 15. maddesini buraya aynen almayı uygun buluyoruz. Bu düzenlemeye göre, "Her türlü tıbbî hizmet ve müdahale, hastanın bilgilendirilmesi ve izninin alınması şartıyla yapılabilir. Bilgilendirerek izin alma, yazılı veya sözlü olabilir. Hastanın hayatını riske sokacak tıbbî yöntem ve girişimler için alınacak iznin yazılı olması şarttır.

Ergin olmayan veya ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler için izin, veli veya vasisinden alınır. Veli veya vasinin bulunamaması halinde, gerekli hukukî işlemler yerine getirilene kadar, tibben gerekli olan müdahaleler yapılır ve durum hasta dosyasına kayıt edilir.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu veya karar veremeyeceği durumlarda izin, hastanın sırası ile eşinden, üstsoyundan, altsoyundan, kardeşlerinden, bunların hiçbirisi yoksa diğer yakınlarından alınır.

Hasta, bilinci yerinde olarak bilgilendirildiği halde tıbbî müdahaleye izin vermiyor ve hayati tehlikesi söz konusu ise izin vermediğine dair yazılı beyanı alınır. Hastanın izin vermediği durumlarda, en az bir şahitle birlikte düzenlenecek bir tutanak ile durum tespit edilerek hasta dosyasına işlenir ve hastanın izin vermediği müdahale dışındaki tıbbî hizmetlere devam edilir.

Sağlık personeli, kanunî temsilcisinin veya yakınının izin vermemesinin hastanın sağlığı açısından olumsuz neticeler doğurabileceği kanaatinde ve bu durum hastanın hayatını tehdit ediyor ise, başka bir meslektaşının görüşüne müracaat eder; bu meslektaşı ile aynı görüşte ise tıbbî hizmete başlar. aynı görüşte değil ise üçüncü bir meslektaşına müracaat eder ve görüşü olumlu ise tıbbî hizmete başlar. Bütün bu gelişmeler görüşlerine müracaat edilen sağlık personelinin de imzaları alınmak sureti ile hasta dosyasına kayıt edilerek belgelendirilir. Sağlık personeli, başka bir konsültan personelin bulunmadığı acil durumlarda, yapılan bütün tıbbî işlemleri hasta dosyasına kayıt ederek, gerekli gördüğü tıbbî müdahaleyi yapar.

Acil durumlarda gereken tıbbî hizmet verilir ve derhal hasta bilgilendirilir.

Açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişinin, sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi veya şuurunun kaybolması veya komaya girmesi veya ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlamasından itibaren hekim, hastasının

Bütün bu genel nitelikli düzenlemeler yanında bazı özel nitelikli düzenlemelerde de hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarını bulmak mümkündür. Nitekim, 1219 sayılı "Tababet Ve Şuabati San'atlarının Tarzi İcrasına Dair Kanun"un 70 maddesinde bütün tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili bir başka düzenleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin II fıkrasında yer alan ve hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiğinin belirtildiği düzenlemedir<sup>23</sup>.

Yukarıdaki düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, bu düzenlemelerin büyük bir bölümünde açıkça aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmemektedir. Bununla birlikte, aydınlatma yükümlülüğünün rızanın bir koşulu olması ve bağlamda hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar alma özgürlüğünü temin etmek ve tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından hastanın serbestçe ve durumun gerektirdiği kararı verebilecek duruma gelebilmesini sağlayabilmek için varlığı zorunlu bir husus olması nedeniyle, bu düzenlemelerden hareketle hukukumuz açısından hekimlerin hastalarını aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

---

menfaatine uygun olarak ilgilinin veya yakınının iznini aramak sizün tıbbi hizmeti vermek zorundadır."

<sup>22</sup> Söz konusu düzenlemeye göre, "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemlerde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır".

<sup>23</sup> Hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusunda sadece özel bazı durumlar dolayısıyla mevzuatımıza girmiş çeşitli düzenlemeler de mevcuttur. Bu cümleden olarak, 2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde organ ve doku alacak hekimlerin "vericiye, uygun biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek" ve 7/b maddesinde ise "Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak" yükümlülüklerinden bahsedilmektedir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması hakkında Kanun'da da gerek gebeliğin kaldırılması, gerekse kısırlaştırma için ilgililerin rızası şart koşulmakta, bu rıza beyanından önce hekim tarafından yapılacak açıklamanın kapsamı ise bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 83/7395 sayılı "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"ün izin belgesi örneğinde gösterilmektedir

Nihayet 21.8.1987 tarih ve 19551 numaralı "İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği"nde hekimin hastasını aydınlatmasının kapsamına ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.



Bu bağlamda hemen ifade edelim ki, özel hukuk bağlamında hasta ile hekim arasındaki ilişki bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bundan dolayı, günümüzde hakim görüşü tarafından, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağının vekilin sadakat borcu olduğu ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Bu kapsamda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ifası, hastasından talep gelmeden onun kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkını icra edebilmesini sağlayacak şekilde bütün bilgileri ona aktarması ile mümkündür<sup>25</sup>. Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü vekilin sadakat borcu yanında, müvekkilin emir ve talimatları dairesinde hareket etmesini düzenleyen BK'nun 389. maddesi ve vekilin müvekkile hesap verme borcunu düzenleyen 392. maddesinden de çıkarmak mümkündür<sup>26</sup>.

Bütün bu hususların ötesinde şunu ifade etmek gerekir ki, günümüz öğretisi ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında<sup>27</sup> hekimin aydınlatma yükümlülüğü kendine özgü özellikleri olan bir mesleki yükümlülük olarak değerlendirilmektedir<sup>28</sup>. Hiç şüphesiz buradaki kendine özgü nitelik, hekimlik sözleşmelerinde hastanın aydınlatılmasının, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının bir koşulu olmasından kaynaklanmaktadır<sup>29</sup>. Zira, hekim, faaliyetini vekilin müvekkili üzerinde icra ettiği yegane hizmet edimi ifa eden olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>30</sup>.

Belirtilen bütün bu hususlar yanında hemen ifade edelim ki, hastalıkla ilgili olarak verilen bilgiler, tedavinin başarı şansı, tedaviye yönelik olarak

<sup>24</sup> **Felmann**, W., Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die Einzelnenvertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR. Bern 1992, Art.398, Nr.146; **Derendiger**, P., Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auflage, Freiburg 1990, Nr.131; **Weber**, Aktuelle Probleme, 154; **Weber**, Rolf, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996, Art.398, Nr.9; **Wiegand**, 125; **Wiegand**, W., Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, recht 1993, 151; **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, 161.

<sup>25</sup> **Wiegand**, Behandlung, 151; aynı yönde **Derendiger**, Nr.131; **Felmann**, Art. 398, Nr.146.

<sup>26</sup> **Wiegand**, Behandlung, 151-152.

<sup>27</sup> BGE 117 Ib 200, Erw.2; İsviçre Federal Mahkemesi, hekimin aydınlatma yükümlülüğü konusuyla ilk kez hekimin sorumluluğu ile ilgili olarak verdiği bir kararda ilgilenmiş (BGE 66 II 36), daha sonra gerek öğreti ve gerekse Federal Mahkeme, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olması gereken ve gerçekleştirilebilir çerçevesinin dışasını, hastanın bağlı bulunduğu sosyal güvenlik şemsiyesi ne olursa olsun, ayrıma gitmeksizin giderek daha da yükseltmiştir (Bu konuda bkz. **Roggo**, 76)

<sup>28</sup> bkz. **Abegglen**, 35 vd; **Roggo**, 75; **Felmann**, Art.398, Nr. 146 ve özellikle 147 vd.;bkz. ve karşı. **Laufs/Uhlenbruck**, § 61, Nr. 13.

<sup>29</sup> **Felmann**, Art.398, Nr. 147; karşı. **Abegglen**, 35.

<sup>30</sup> **Abegglen**, 35.

alınan tedbirlerin doğurabileceği riskler ile ilgili olarak verilen bilgiler, çoğu zaman gerçekleştirilecek operasyon ve diğer tedavilerin yapılmasına yönelik sözleşmelerin kurulmasında önemli rol oynar. Bir başka ifade ile hastaya verilen bu bilgiler sözleşme yapma iradesinin oluşumunda, tedaviye yönelik sözleşmenin kuruluşunda son derece önem taşır. Bu nedenle, hekimin aydınlatma yükümlülüğü sadece sözleşme kapsamındaki hukuki ilişki çerçevesinde değil, sözleşmenin kuruluşu aşamasında da oluşur. Böyle bir durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kaynağını MK'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı teşkil eder<sup>31</sup>.

#### IV- Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Türleri

##### A) Genel Olarak:

Hekim-hasta ilişkisinde hukuki açıdan iki temel menfaat karşı karşıya bulunur. Bir tarafta, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından vazgeçmeksizin tedavi olma isteği, diğer tarafta ise hekimin hastayı meslek kurallarına uygun bir şekilde tedaviyi icra etmek ve mümkün olduğu kadar hastayı tedavi ve icrasına dahil etmek yükümlülüğü yer alır<sup>32</sup>. İşte tedaviye yönelik aydınlatma ile bu menfaatler arasında denge tesis edilirken, tedavinin parçaları ve aşamaları arasındaki bağlantı kurulur ve bu noktada çıkabilecek sorunlar aşılmaya çalışılır.

Bu noktada hasta hekim arasındaki ilişkide hekimin aydınlatma yükümlülüğünün iki temel amacından bahsedilebilir<sup>33</sup>. Bunlardan ilki; hasta hekim arasındaki güven ilişkisini temin etmek ve bunu tedavi sırasında güçlendirmek, diğeri ise; hastanın önerilen tedavinin muhtemel yan etkileri açısından tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri anlaşılabilir bir dille ona iletme<sup>34</sup>.

Bu çerçevede hekimin hastasını aydınlatma yükümü açısından yukarıda ifade ettiğimiz amaçlar bağlamında, literatürde özellikle Alman Hukuku'nun

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz. ve karşı. **Böhme**, Lothar, *Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen*, Göttingen 1964, 80; Zira, aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin bir tarafının diğer tarafın kararında, sözleşme iradesinde etkili olacak hususlar hakkında talep olmaksızın bilgilendirme yükümünü ifade eder. Hasta, sözleşme öncesi çerçevesinde müdahale ve tedaviyle ilgili kararının oluşumunda rol oynayacak bilgiler doğrultusunda tedavi ve/veya müdahale sözleşmesiyle ilgili kararını oluşturacaktır.

<sup>32</sup> **Roggo**, 77.

<sup>33</sup> **Roggo**, 77.

<sup>34</sup> Bu noktada hastayı gereksiz yere kaygılandırmamanın gerekliliğine işaret etmek gerekir. Zira, hastaya eksik bilgi yanı sıra fazla bilginin de verilmesi hastayı kaygılandırabileceğinden sonradan bir tazmin yükümlülüğüne yol açabilecek durumlarla karşılaşılabılır (**Wiegand**, 143 vd; **Abegglen**, 35; **Roggo**, 77).

da büyük ölçüde etkisi altında kalınarak<sup>35</sup>, müdahale aydınlatması (*Eingriffsaufklärung* ve özellikle Alman Hukuku'ndaki nitelendirmesiyle "kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*)), koruma aydınlatması (*Sicherungsaufklärung* =Alman Hukuku'ndaki nitelendirmesiyle *tedavi aydınlatması (Therapeutische Aufklärung)*) ayrımı yapılmaktadır<sup>36</sup>.

### B) Müdahale Aydınlatması ((*Eingriffsaufklärung*)-kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*))

Müdahale aydınlatmasında temel hareket noktası, hastanın rızasının tıbbi müdahaleyi haklı kılabilmesi için, hastanın hangi ölçüde aydınlatılması gerektiği sorusudur<sup>37</sup>. Hastanın vücut bütünlüğünü ihlal eden her tedavi bakımından, müdahale aydınlatması bir temel teşkil eder. Aydınlatma hastanın kendi sorumluluğu dahilinde serbestçe karar verebilmesini mümkün kılmalı, hastanın kararı, onun bakımından önem arzeden faktörler bilinerek ve önemli olan bütün durumlar değerlendirilerek oluşmuş olmalıdır. Bu nedenle, hekim hastasına onun kararının oluşmasına temel teşkil edecek olan bütün bilgileri vermeye yükümlüdür<sup>38</sup>. Bu cümlede olmak üzere, hekim, hastasını, teşhis, muhtemel tedaviler, tedavinin riskleri, gerçekleşmesi muhtemel sonuçlar hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirmelidir<sup>39</sup>. Hasta aydınlatma neticesinde, hastalığının ne olduğunu ve buna karşı nelerin yapılabileceğini tam anlamıyla bilmelidir<sup>40</sup>. İşte bu noktada literatürde, müdahale aydınlatmasını farklı açılardan ele alan bazı alt ayrımlara (türlere)

---

<sup>35</sup> Alman Hukuku'nda ayrıntılı bilgi için **Laufs, A./Uhlenbruck, W.**, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl., München 1999, § 62, § 63.

<sup>36</sup> Bkz.**Roggo**, 81; Ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Laufs/ Uhlenbruck**, § 62 ve § 63.

<sup>37</sup> **Laufs/Uhlenbruck**, § 63, Nr.1; **Wiegand**, 127; bkz. ve karşı. **Roggo**, 89; ayrıca bu konuda bkz. **Franz**, in: **Franz, Karl-Josef/ Hansen, Karl-Justus**, *Aufklärungspflicht aus ärztlicher und juristischer Sicht*, 2. Auflage, München 1997, 34 vd.; **Wiegand** (s. 128), bu tür aydınlatmada, hastanın irade özgürlüğü ile hastanın sağlığının birbiriyle kabili telif olmayan iki en üst düzey korunan değer olduğunu, bu noktada öğreti ve uygulamada ortalama bir yol çizmek anlamında, somut olayın koşulları tartılarak, müdahale aydınlatmasının kapsamının belirlendiğine işaret etmekte ve bu noktada özellikle İsviçre Federal Mahkemesinin gündemine gelmiş olan şu hususları birer ölçüt olarak belirtmektedir: mümkün komplikasyonların gerçekleşme ihtimali, komplikasyonların tedavinin sonlandırılmasının etkileriyle ilişkisi, aynı ya da benzer müdahalelerde hastaların kişisel deneyimleri, alternatif tedavilerin mevcut olup olmadığı ve hastaların fiziksel yeterlilikleri.

<sup>38</sup> **Wiegand**, 130.

<sup>39</sup> **Abaggen**, 37.

<sup>40</sup> **Roggo**, 89.

yer verilmektedir<sup>41</sup>. Bunlar ana başlıklar halinde, teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması ve riziko aydınlatması olarak ifade edilebilir.

#### a) Teşhis aydınlatması

Sağlık şikayeti nedeniyle hekime başvuran kimsenin, hastalığı ile ilgili teşhisi bilmeye hakkı olmalıdır. Teşhis hakkında daha açık bir ifade ile hastanın sağlığı ile ilgili bulgular ve bu bulguların anlamı hakkında özel bir haklılık sebebi olmaksızın (özellikle ağır hastalıklarda terapik ayrıcalık gibi) susmak ya da teşhisi gizlemek, aydınlatma eksikliği bağlamında hekimin özen yükümünün ihlali anlamına gelir<sup>42</sup>. Bundan dolayı, teşhis, hasta ile hekim arasındaki iletişimin temelini oluşturan bir kavram niteliğini taşımaktadır<sup>43</sup>. Teşhis aydınlatması, hekimin hastasını muayenesi neticesinde elde ettiği bulgular kapsamında vardığı teşhis konusunda hastasını aydınlatmasıdır<sup>44</sup>. Bu noktada hastaya elde edilen bulgular, bu bulguların anlamı konusunda açıklamalarda bulunulacaktır. Hekimin bu aydınlatmanın tarzı niteliği ve kapsamını hastanın entellektüel durumunu da dikkate alarak belirleyecek ve hastanın durumu uygunsa gerektiğinde bilimsel ve mesleki ifadelerle anlatımında yer verebilecektir<sup>45</sup>.

#### b) Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatması, amaçlanan müdahalenin etkileri ve süreci hakkında hastanın aydınlatılmasını ifade eder<sup>46</sup>. Bu bağlamda hekim, hastasını, teşhis neticesinde elde etmiş olduğu bulgular çerçevesinde belirlenen fiziksel ya da ruhsal bozuklukların tedavisi, bu tedavi sürecinde gerçekleştirilmesi muhtemel müdahalelerin gerekliliği, türü, gerçekleştiriliş tarzı ve kapsamı ile böyle bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda doğabilecek sonuçlar hakkında aydınlatmalıdır<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Bu konuda bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 63, Nr. 11 vd.; Roggo, 89 vd; Wiegand, 130 ve özellikle 132 vd.; Mainardi-Speziali, 92-93; Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, 71-72; Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, 60; Gümüş, 163, dn. 674.

<sup>42</sup> Roggo, 89.

<sup>43</sup> Roggo, 89.

<sup>44</sup> Bu konuda özellikle bkz. Roggo, 90; Wiegand, 132; Deutsch, NJW 1980, 1305; Ayan, 71; Çilingiroğlu, 60; Özsunay, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, 41.

<sup>45</sup> Wiegand, 132.

<sup>46</sup> Bu aydınlatmada, müdahaleyle doğrudan ilgili olmayan, ancak onun koşulu teşkil eden iki temel unsur mevcuttur. Doktor bu müdahaleyi niçin önerdiğini, eğer başka yöntemler var ise bunların nelerden ibaret olduğunu hastasına açıklamalıdır (bkz. Wiegand, 133).

<sup>47</sup> Bkz. ve karşı. Çilingiroğlu, 60; ayrıca bkz. Özsunay, 41; Ayan, 71-72.

Müdahalenin gerekli olup olmadığı konusundaki açıklama, teşhis aydınlatmasından süreç aydınlatmasına geçişteki birinci aşamayı oluşturur. Buna göre, öncelikle müdahale olmaksızın hastanın gelişiminin ve bu bağlamda muhtemel akıbetinin ne olacağının hastaya anlatılması gerekir. Ne var ki, burada önemli bir sakınca ile karşılaşılması muhtemeldir. Zira, muhtemel sonuçların hastaya iletilmesi hekimin hastasının kararını yönlendirebilmesi sonucunu doğurabilir. İşte bu noktada yönlendirmeyen aydınlatma (non-directive-counseling) büyük önem kazanmaktadır<sup>48</sup>. O halde, müdahaleye evet ya da hayır kararı her durumda hastaya ait olmalıdır. Bunu en sağlıklı şekilde sağlayabilmek için, müdahale sürecinin aşamalarının ve etkilerinin hastaya açıklanması gerekir.

### c) Riziko aydınlatması

Hekim meslek kurallarına uygun davranırsa bile, her tıbbi tedavide, komplikasyonlar veya planlanmayan bazı gelişmeler ortaya çıkabilir. Hekimin, meslek kuralları, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler çerçevesinde bilinen veya bilinmesi yan etkiler konusunda hastasını aydınlatması gerekir<sup>49</sup>. Burada asıl sorun riskler konusunda bilgi verirken sınırların ne şekilde belirleneceği konusudur<sup>50</sup>. Bu konuda özellikle yabancı öğretimi ve mahkeme içtihatlarında çeşitli ölçütler benimsenmiş bulunmaktadır<sup>51</sup>. Bu ölçütler içerisinde özellikle, istatistiksel verilerden hareketle riskin gerçekleşme oranının yüzde ya da binde olarak ifade edilmesi örnek olarak gösterilebilir<sup>52</sup>. Aynı şekilde, riskin ağırlığı, örneğin sinir felci, uzuv kaybı gibi ağır sonuçlarla neticelenebilecek risklerin hastaya anlatılması bir diğer ölçüttür. Bu ölçütte komplikasyonların sıklığı ve ağırlığı ile girişimin konu ve zaman itibarıyla ne zaman gerçekleştirileceği hakkında hastaya bilgi verilir<sup>53</sup>. Başka bir ölçüt de, hastanın bireysel durumu dikkate alınarak her hastanın durumuna uygun düşen aydınlatmanın yapılmasıdır<sup>54</sup>.

Ancak burada hemen ifade edelim ki, ülkemiz gibi, istatistiklerin düzenli olarak tutulmadığı ve özellikle Amerikan istatistiklerinden yararlanılarak, ülke koşulları dikkate alınmadan belirlenecek ölçütlerin sağlıklı olması mümkün değildir. Aynı şekilde, hastanın kişisel durumuna göre bilgilendirmenin yapılacağına ilişkin ölçüt de, ülkemiz gerçekleriyle en

<sup>48</sup> Wiegand, 133.

<sup>49</sup> Laufs/Uhlenbruck, § 64, Nr. 1 vd.; Roggo, 100 vd.; Deutsch, NJW 1980, 1305; Wiegand, 134; Franz, 45 vd.; Özsunay, 41; Çilingiroğlu, 60.

<sup>50</sup> Wiegand, 134.

<sup>51</sup> Bu konuda bkz. Wiegand, 134; Franz, 46 vd.

<sup>52</sup> Abegglen, 37; Wiegand, Behandlung, 154; Aynı şekilde İsviçre Federal mahkemesi de bir kararında bu ölçüte yer vermiş bulunmaktadır. Bkz. BGE 117 Ib, 205 vd.

<sup>53</sup> Wiegand, Behandlung, 155.

<sup>54</sup> Bkz. Wiegand, Behandlung, 155.

azından mevcut durum itibariyle tam anlamıyla uyuşmamaktadır. Esasen ağırlıklı olarak benimsenmesi gereken ölçüt, hasta hekim arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle, hastanın kişisel ihtiyaçları ve bulunduğu somut durum dikkate alınarak hastanın aydınlatılması olmakla birlikte<sup>55</sup>, Türkiye'de hekim başına düşen hasta sayısının fazlalığı, aile hekimliği sisteminin bulunmaması ve bunun doğal bir uzantısı olarak hastaların sık sık tedavi merkezi ve doktor değiştirmesi gibi nedenlerle hasta hekim arasındaki ilişkilerin yeterince gelişmemesi, ülkemiz açısından riskin ağırlığı ve sıklığı ölçütünün de sıklıkla başvurulan bir ölçüt olması sonucunu doğurmaktadır.

Aslında riziko aydınlatması ile ilgili olarak sonuç mahiyetinde şu ilkeyi ortaya koymak mümkündür; riziko ne kadar büyükse, aydınlatılmanın kapsamı da o ölçüde geniş olmalıdır<sup>56</sup>.

### C) Koruma ya da Tedavi Aydınlatması (Sicherungsaufklärung, Therapeutische Aufklärung)

Koruma aydınlatması, müdahale aydınlatmasıyla karşılaştırıldığında daha az sorunlarla karşılaşılacak ve hukuk dogmatikliği açısından neredeyse hiç bir güçlüğün görülmediği bir aydınlatma yükümlülüğüdür. Burada hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile hastanın sağlığına yönelik menfaatlerinin gerçekleştirilmesi amaçlanır<sup>57</sup>. Bu bağlamda, koruma aydınlatmasıyla ulaşılmak istenen amaç, hastayı kendi durumu, ilaçların etkileri ya da iyileşme sürecinin işleyişi konusunda bilgilendirmek suretiyle, hastanın, işin özüne uyan ve doğru davranışta bulunmasını sağlamaktır<sup>58</sup>. Bu nedenle, müdahale aydınlatmasında tedaviye dayalı bakış açısı belirli düzeyde rol oynarken, koruma aydınlatmasında tedaviye yönelik mülahazalar tamamıyla ön plandadır<sup>59</sup>. Koruma aydınlatmasında hastayı tıbbi tehlikelere karşı koruma düşüncesi hakimdir ve bu bağlamda vekalet sözleşmesine dayalı aydınlatma ve danışma yükümü, hekimin özen yükümlülüğünün önemli bir parçasını oluşturur<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Aynı fikirde Wiegand, Behandlung, 155.

<sup>56</sup> Bkz. Abegglen, 37-38.

<sup>57</sup> Laufs/Uhlenbruck, § 62, Nr.1; karş. Roggo, 114.

<sup>58</sup> Wiegand, 128; bütün olarak Laufs/Uhlenbruck, § 62, Nr.1 vd.

<sup>59</sup> Wiegand, 128.

<sup>60</sup> Roggo, 114; Taupitz, Jochen, Die Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens, ZBJV 1993, 683; bkz. ve karş. Wiegand, 128; Bundan dolayı Laufs/Uhlenbruck (bkz. § 21, Nr.2), tedavi aydınlatmasının önemli ölçüde ihlalinin (Ein grober Verstoß) önemli bir tedavi hatası olduğunu göstereceğini, bunun ise, davacı hastanın hekimin aleyhine olarak illiyet ispatından kurtulmasına yol açacağını ifade ediyorlar.

### D) Diğer Özel Aydınlatma Türleri

Literatürde<sup>61</sup> ve Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında, hekimlerin hastalarını tedavi veya operasyonun ekonomik maliyeti ve bu kapsamda ekonomik planda tedavinin özellikleri ve sonuçları hakkında aydınlatması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>62, 63</sup>.

Bu noktada literatürde, hekimin hastalarını kendisinin hataları hakkında da aydınlatması gerekip gerekmediği konusu sorgulanmaktadır. Konunun esasen son derece tartışmalı olduğu söylenebilir. Ancak bu noktada kanaatimizce söylenmesi gereken, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kendi hatalarını da kapsayacak ölçüye taşınmasının uygun olmayacağı ve bunun medeni hukukun temel prensipleriyle de örtüşmediğini vurgulamak olmalıdır<sup>64</sup>.

### V. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

#### A) Genel Olarak:

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, bunun kapsamın ne olacağına ilişkin genel bir kural koymanın güçlükleri ortadır. Özellikle ülkemiz gerçekleri açısından bu husus daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Türk hukuku'nda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirleyen genel bir kural mevcut değildir<sup>65</sup>. Hukukumuz açısından genel bir kural mahiyetinde zikredilebilecek en temel düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre "Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

<sup>61</sup> Abegglen, 38; Wiegand, 129-130; Mainardi-Speziali, 106; bkz. Roggo, 81.

<sup>62</sup> BGE 114 Ia 350, Erw.6. 358-359; BGE 117 Ib 204; Hekimin ekonomik alanda asgari bilgi verme yükümünü yerine getirmesi hakkında ayrıca bkz. BGE 119 II 460.

<sup>63</sup> Nitekim, 21. Dönem 4. Yasama yılında kadük olan "Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı"nın "Hizmet bedelinin ödenmesi" başlığını taşıyan 23. maddesinin I. fıkrasında "Hastaya, alacağı hizmetin bedeli ile ilgili bilgi önceden verilir. Sağlık personeli, hastaya gereksiz harcamalar yapptıramaz." hükmü yer alıyordu.

<sup>64</sup> Aynı yönde. Mainardi-Speziali, 107; Wiegand, 129.

<sup>65</sup> Bu konuda bakınız hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağı ile ilgili açıklamalarımıza (yukarıda III, B); Bu konuda ayrıca bkz. Ayan, 75 vd.; Çilingiroğlu, 63-64).

Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir”.

Ancak, aydınlatmanın kapsamına ilişkin bu düzenlemelerden hareketle kapsama ilişkin genel bir kural koymanın mümkün, hatta doğru olmayacağı inancındayız. Zira, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, hastanın bulunduğu ülkenin mevzuatı yegane belirleyici ölçüt olarak kabul edilemez. Özellikle ülkemiz gibi doğrudan ve açık bir düzenlemenin bulunmadığı ülkeler bakımından bu daha açık bir şekilde ortadır. Bize göre, aydınlatmanın kapsamı belirlenirken, aydınlatmanın türüne bağlı olarak, ülkenin sosyo-kültürel yapısı ve özellikle somut olayın koşulları büyük rol oynamalıdır. Hiç şüphesiz farklı eğitim düzeylerindeki hastalara aynı düzeyde aydınlatma yapılamayacağı gibi, farklı fiziksel ve psikolojik yapı ve durumda olan hastalara aynı düzeyde aydınlatma yapılamayacaktır.

Hastaya yapılacak müdahale ne ölçüde ivedi ise, aydınlatmanın kapsamı da o ölçüde dardır<sup>66</sup>. Hekimin yapacağı müdahalede riskin büyüklüğü aydınlatmanın kapsamını genişletecektir<sup>67</sup>. Aynı şekilde, telafisi mümkün olmayacak düzeyde ağır sonuçlar doğurabilecek cinsiyet değişikliği, doku organ ve embriyon aktarmaları gibi önemli müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı daha da genişleyecektir<sup>68</sup>.

### **B) Aydınlatmanın Sınırları:**

Aydınlatmanın sınırını ortaya koyarken cevaplandırılması gereken iki temel soru, karşımıza çıkmaktadır. Hukuksal açıdan bakıldığında cevaplandırılması gereken soru, ne ölçüde aydınlatmanın gerekli ve anlamlı olduğudur? Diğer taraftan ise, hekim açısından soruna yaklaşıldığında; hasta hangi ölçüde aydınlatılırsa bu aydınlatma neticesinde herhangi bir zarar görmez? İşte bu iki soru birbirinden sıkı surette ayrılması gereken temel sorulardır.

<sup>66</sup> Özsunay, 39; Ayan, 76; Çilingiroğlu, 65.

<sup>67</sup> Tempel, 612; Özsunay, 40; Ayan, 77; Çilingiroğlu, 66.

<sup>68</sup> Ayan, 77; Çilingiroğlu, 66.



Bu iki önemli soru dikkate alınarak, öncelikle aydınlatma yükümlülüğüne genel bir sınır konulup konulamayacağı üzerinde durmak gerekir. Her aydınlatma bilgi eksikliğini gidermeye yöneliktir. Aydınlatma, aydınlatma borçlusu ile, aydınlatma alacaklısı arasındaki bilgi uçurumunu ortadan kaldırmayı amaçlar. Bu, aydınlatma yükümlülüğü bakımından, her türlü hukuki ilişkide karşımıza çıkan temel amaçtır. Bu noktada şu temel sorun ortaya çıkmaktadır. Aydınlatılacak kimsenin sadece ne konuda değil ne ölçüde aydınlatılmaya ihtiyacı vardır. Tecrübeler göstermektedir ki, aşırı bilgilendirme desinformasyona yol açabilir. Zira ayrıntılı ve gereğinden fazla aydınlatılan kişi, bilgiyi sindirememeye tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceği için, mevcut bilgi selinde boğulma durumuyla yüzyüze gelebilir. O halde bundan şu sonuca varılabilir; bilgilendirme şu kapsamda yapılmalıdır ki, aydınlatılan onu kullanabilsin. Detaylı aydınlatma sadece muhatabın özel isteği veya sorusu üzerine verilmeli, gereksiz ayrıntılardan kaçınılmalıdır. Burada tıp bilimi bakımında özel bir sınırlama nedeni ortaya çıkmaktadır. O özel neden de, hastaya psikolojik açıdan kaldırabileceği bilginin verilmesidir. Bu husus diğer hizmet edimi ihtiva eden sözleşmelerde karşımıza çıkmayan tıp bilimine özel bir durumdur<sup>69</sup>. Bunun hukuki açıdan gerekçesi açıktır. Eğer bilgiyi kaldıramayacak durumda olan, ezcümle kanserli olan bir hastaya kaldıramayacağı bir bilgi verilirse, hasta korku durumuna düşer ve tabiri caiz ise pes edebilir. Dolayısıyla bu durum hastanın kendi geleceğini belirleme yetisini de ortadan kaldırır. Bunun ise aydınlatma yükümünün hizmet ettiği amaçlarla bağdaşmayacağı açıktır. Bu itibarla hekim, hastaya gerçeği söylerken çok dikkatli ve temkinli davranmalı ve tedavi açısından eğer faydalı olacaksa, teşhis, bulgu ve iyileşme şansı ile ilgili bilgileri hastaya vermemeli, hatta bunları ondan gizlemelidir. Her ne kadar burada hekim bir çelişki içerisinde kalsa da, hastanın iyiliği için bu konuda kendisinin karar vermesi gerekir<sup>70</sup>.

Bu gibi özel kritik durumlarda, durumdan hasta yakınları haberdar edilerek, onların onayı alınmak suretiyle hastaya müdahale edilebilmesi

<sup>69</sup> Wiegand, 142 vd.

<sup>70</sup> Laufs/Uhlenbruck, § 61, Nr. 9; Bu itibarla bazı durumlarda hekim tarafından hastaya ailesinin bilgisi dahilinde gerçeği yansıtmayan, ancak hastanın psikolojik durumunu ve tedaviyi olumlu yönde etkilecek bilgiler verilebilir. Burada ünlü Alman yazarı olan Thomas Mann'ın kaleminden ünlü Alman yazarı Theodor Storm'un kaderini yansıtan hikayesini aktarmanın faydalı olacağı inancındayız. Thomas Mann'ın aktardığına göre, Theodor Storm yaşlı bir adamken miğde kanserine yakalanır ve doktorundan hastalığıyla ilgili tüm gerçeği öğrenmek ister. Kendisine şifası olmayan, öldürücü hastalığı söylenir. Bunun üzerine Theodor Storm yıkılır ve işlerini göremez hale gelir. Hal böyle olunca, ailesi bir hekim heyeti toplatarak, bu heyetin hastaya hastalığının yanlış teşhis edildiğini ve masum bir hastalık olduğunu söylemelerini sağlar. Bunun üzerine moral kazanan Storm kendisini toparlar ve en büyük eseri olan "Schimmelreiter" "Kır Atlı Süvari" adlı eserini yazar (Laufs/Uhlenbruck, § 61, Nr. 8'den naklen).

mümkündür. Ancak bunun ülkemizde olduğu gibi, kural haline getirilmemesi gerekir<sup>71</sup>. Aksi bir yaklaşımın kişinin kendi geleceğini belirleme özgürlüğünü ortadan kaldıracağı açıktır. Zira, hekimlerin, hastanın genel durumu iyi değil diyerek istisnayı kural haline getirmeleri ve sadece yakınları bilgilendirmek suretiyle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını onun elinden almaları riski her zaman mevcuttur.

### **C) Aydınlatma Yükümlüsü, Aydınlatılacak Kişi, Aydınlatmanın Şekli ve Zamanı**

#### **a) Aydınlatma Yükümlüsü**

Aydınlatma yükümlüsü olan kişi hekimdir. Hekim kural olarak bu görevini başkasına devredemez. Bununla birlikte, hekimin somut durumdan haberdar olan hekim meslektaşı tarafından da bu görev yerine getirilebilir. Ancak hasta ile hekim arasında özel ve gizli bir anlaşma mevcut ise, aydınlatma görevi hiç bir şekilde başkasına devredilemez. Eğer hasta farklı uzmanlar tarafından tedavi ediliyor ise, her bir uzman kendi konusunda aydınlatma yükümünü yerine getirmelidir. Aydınlatma kural olarak hekim olmayan bir sağlık personeline bırakılamaz. Ne var ki, gerçekleştirilecek hizmet bakımından ilgili personel yeterince nitelikli ise bu görev o personele bırakılabilir<sup>72</sup>. Örneğin, lösemili hastaların ağız hijyeni ve diğer temizliği konusunda hastanın bilgilendirilmesi konusunda nitelikli bir hemşire görevlendirilebilir.

#### **b) Aydınlatılacak Kişi**

Aydınlatılacak kişi, kural olarak hastanın kendisidir. Temyiz kudretine sahip küçük ve kısıtlılar bakımından ise hem bu küçük ve kısıtlının hem de onların kanuni temsilcilerinin aydınlatılması gerekecektir. Tam ehliyetsizler bakımından ise, kanuni temsilci aydınlatılacak kişi konumundadır<sup>73</sup>.

#### **c) Aydınlatmanın Şekli ve Zamanı**

Hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir. Bu konuda şekil serbestisi söz konusudur. Yazılı aydınlatma belirli ölçüde ispat kolaylığı sağlamakla birlikte, özellikle genel nitelikte yazılı aydınlatmalar yetersiz olma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Detaylı yapılmış

<sup>71</sup> Wiegand, 146.

<sup>72</sup> Wiegand, 149-150; bu konuda ayrıca bkz. ve karşı. Özsunay, 49 vd.; Çilingiroğlu, 69 vd.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. Roggo, 157 vd; Wiegand, 151 ve 157 vd.; Çilingiroğlu, 70; Özsunay, 51.

yazılı aydınlatmaların ise, hasta açısından, anlaşılma güçlüğü riski taşıması söz konusudur. Burada özellikle belirtilmelidir ki, tıbbi uygulamalarda hastalık değil, hasta kavramı mevcuttur. Her hastalık, her hastada aynı şekilde ortaya çıkmaz. Ayrıca hastaların eğitim, kültür vs. bakımlarından kapasiteleri de, her somut olayda farklılık gösterir. Bu itibarla yazılı olarak yapılmış ve imzalanmış ve bir belgeye raptedilmiş olan aydınlatmalar, aydınlatmayı gerçekleştirmeye yönelik olarak yapılması gereken sözlü müzakerenin yerine ikame edilemez<sup>74</sup>. Ancak burada hemen ifade edelim ki, acil durumlar dışında müdahale öncesi hastanın yazılı onayının alınması bazı ispat güçlüklerinin aşılabilmesi bakımından faydalı olacaktır.

Aydınlatmanın yapılıp yapılmadığı konusu hastanın tıbbi müdahaleye rızası bakımından büyük önem taşıdığından, aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiği sorusu üzerinde durulması gereken bir konudur. Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiği konusu ile ilgili olarak genel bir kural belirtmek oldukça güçtür. Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiğini daha ziyade somut olaya, müdahalenin ağırlığına, gerekliliğine, muacceliyetine bağlı olarak değerlendirmek gerekir<sup>75</sup>. Ancak burada şu söylenebilir ki, acil durumlar dışında hastayı aydınlatma, hastanın konuyu değerlendirebilmesine ve yakınları ve güvendiği kimselerle konuyu müzakere edebilmesine imkan verecek uygun bir zamanda ve tabiidir ki müdahaleden önce gerçekleştirilmelidir<sup>76</sup>.

## VI. Aydınlatma Yükümlülüğünün İspatı

Hekimin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü konusunda üzerinde durulması gereken noktalardan biri de, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin ispatı konusudur.

Bilindiği üzere, BK'nun 96/I maddesi sözleşmeye dayanan sorumlulukta, alacaklıyı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü tutmamış,

---

<sup>74</sup> Karş. **Wiegand**, 149; Alman hukuku için bkz. NJW 1985, 1399; Ayrıca bu konuda bkz. yuk dn 19.

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. ve karş. **Roggo**, 200 vd.; **Wiegand**, 156 vd; Aydınlatmanın zamanı ile ilgili olarak hukukumuzda bir düzenleme ve içtihat bulunmadığı gibi, İsviçre hukukunda da durum farklı değildir. İsviçre hukukunda da Alman uygulaması yol gösterici olmaktadır. Alman uygulamasında büyük ameliyatlardan en az üç gün önce, küçük operasyonlarda ise bir gün önceden hastanın aydınlatılması yönünde gerçekleşmektedir. Hiç şüphesiz bunun için ön koşul hasta ile ilgili verilerin hekime tam olarak ulaşması ve acil ya da yarı acil durumun bulunmamasıdır (Alman uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Laufs/Uhlenbruck**, § 68, Nr.7).

<sup>76</sup> **Roggo**, özellikle 204; **Deutsch**, NJW 1978, 1907; **Wiegand**, 156; **Çilingiroğlu**, 71; **Ayan**, 83; **Özsunay**, 52.

borçluyu kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü kılmıştır<sup>77</sup>. Bununla birlikte, BK'nun 96. Maddesinde alacaklı lehine getirilmiş olan bu düzenleme sadece kusurun ispatı yönündendir. Borçlunun kusuru dışındaki hususlarda, ezcümle sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilip edilmediği, alacaklının zararı ve bunlar arasında illiyet bağı konusunda ispat yükü alacaklıya aittir<sup>78, 79</sup>.

Bu noktada sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde borçlunun yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin ispatı fazlaca bir güçlük arzuetmez. Burada asıl sorun özellikle hizmet edimi ihtiva eden ilişkilerde özen yükümünün ihlalinin ispatı konusunda ortaya çıkar<sup>80</sup>. Gerçekten de özellikle serbest meslekler olarak nitelendirilen hekimlik, avukatlık, mimarlık, noterlik gibi borçlunun meslek kurallarına uygun davranmakla yükümlü olduğu, dolayısıyla kendi mesleki durumunun yeniliklerini en iyi şekilde değerlendirmek zorunda olduğu mesleklerde, ispat özellikle güçlük arzuetmektedir<sup>81</sup>. Eğer bir özen ihlali söz konusu ise, mesleki durumun gerektirdiği özenin ihlal edildiğini ispat alacaklı olan hastaya aittir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümünden doğan bir mesleki yüküm olduğu düşünülürse<sup>82</sup> kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin alacaklı hasta tarafından ispat edilmesi gerekir. Bunun güçlükleri ise ortadadır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ispat hukuku bakımından değerlendirmesini yaparken, başlangıçta yaptığımız ikili ayrıma bağlı olarak, müdahale aydınlatması ve tedavi aydınlatması bakımından meseleyi ikiye ayırarak ele almak gerekir. Müdahale aydınlatması bakımından, madem ki, hekimin hastanın vücut bütünlüğüne (vücut sağlığına) müdahale edebilmesi için hastanın rızası bir hukuksal haklılık sebebidir, o halde, hekimin hastaya invazif girişimde bulunabilmesi için bu hukuksal haklılık sebebinin varlığını

<sup>77</sup> Dolayısıyla, burada MK'un 6. maddesinde yer alan ispat yüküne ilişkin genel kuraldan ayrılmış ve alacaklının konumu borçluya karşı güçlendirilmiştir.

<sup>78</sup> bkz. **Weber**, Rolf H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art 97-109, Bern 2000, Art. 97, Nr.315 vd.; **Wiegand**, Art.97, Nr. 60 vd.; Bu konuda özellikle bkz. **Studer**, Bernhard, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Bamberg 1992, 57.

<sup>79</sup> Bununla birlikte literatürde kusurun varlığı bakımından ispat yükünü borçluya yükleyen bu hükmün iptidai olduğu, işlevselliğinin yitirmiş bulunduğu (*rudimentär*) yolunda eleştiriler ileri sürülmektedir (bkz. **Studer**, 57).

<sup>80</sup> **Wiegand**, Art.97, Nr. 62; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Studer**, 56 vd.

<sup>81</sup> Bu konuda bkz. **Wiegand**, Art. 97, Nr. 36.

<sup>82</sup> Burada özellikle özen yükümünün ispatı konusu üzerinde durmamızın nedeni, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmeye dayalı temellerinin vekilin özen borcu kaynaklı olmasıdır (Bu konuda bkz. ).

ispat etmesi gerekir. Bu ise hastanın uygun bir şekilde bilgilendirilmesi ile mümkün olabilir. Bu itibarla doktor tarafından ispat edilmesi gereken hukuksal haklılık sebebinin kapsamına aydınlatma yükümlülüğünün ispat edilmesi, ezcümle mevcut riskler hakkında hastanın bilgilendirilerek onayının alınması da (informed consent) dahildir.<sup>83,84</sup> Bu nedenle müdahale aydınlatmasında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin ispatı borçlu konumdaki hekime düşer. Dolayısıyla müdahale aydınlatmalarında ispat hukuku bakımından özel bir durum söz konusu olmakta ve kişinin müdahaleye rızasının bulunmadığına ilişkin yasal karine dolayısıyla (MK.m.24) ispat yükü ters çevrilmektedir.<sup>85</sup>

Bu noktada özellikle Alman Federal Mahkemesi İçtihatlarının etkisiyle İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen ve söz konusu mahkemenin hekimin “farazi rıza itirazında” (Einwand der hypothetischen Einwilligung) bulunmasına imkan tanıyan görüşüne özellikle işaret etmek gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi müdahale aydınlatmasında aydınlatma hastanın rızasının ön koşulu olduğundan, rızanın varlığını ispat etmesi gereken hekim, hastasını aydınlattığını da ispat etmelidir. İşte bu noktada Federal Mahkeme hekimin hastasını yeterince aydınlattığı iddiasını ispatlamasına imkan veren ve hastanın farazi rızasını esas alan bir yaklaşımı benimsemiştir.<sup>86</sup> Buna göre, hekim, hasta yeterince aydınlatılsaydı bile aynı kararı verirdi şeklinde iddiada bulunabilme ve bunu ispatlayabilme imkanına sahip olmalıdır. Hasta bakımından ise, aydınlatılması gereken hususlarda yeterince aydınlatılmış olsaydı, neden karar vermede ihtilafa düşerdi ya da kendisine tavsiye edilen tedaviyi reddederdi? sorularının cevabı bulunmalıdır. Federal Mahkemeye göre, bu hipotez hakkında karar verirken, aklı başında ve tedbirli bir hastanın gerçekleşen aydınlatma sonrasında karar vermesi değil de, sorunla karşılaşılacak hastanın somut durumda nasıl davranacağı ölçü olarak alınmalıdır.<sup>87</sup> İnanırdırıcı olmak hastanın işidir ya da en azından gereği gibi aydınlatma sonrasında da hangi (özellikle kişisel) nedenlerden dolayı hastanın müdahaleyi reddedeceği sorgulanmalıdır.<sup>88</sup> Hasta bu konuda mütalaa beyan etmez ise, Federal Mahkemeye göre bu konuda objektifleştirilmiş ölçüye göre karar verilmeli ve müdahalenin

<sup>83</sup> Grünwald, ZIP 15/1994, 1163; Abegglen, 105; Wiegand, 194 vd.

<sup>84</sup> Eğer hekim bunu kanıtlayamaz ise, oluşan zararın yükümü ihlalinin sonucu olmadığını ispat edebilme imkanı onun açısından hiç şüphesiz mevcuttur. Diğer bir ifade ile, aydınlatma kuralına uygun yapılmış olsaydı bile, hasta aynı şekilde karar vermiş olurdu (bkz. Grünwald, ZIP 15/1994, 1163).

<sup>85</sup> Bkz. Abegglen, 105.

<sup>86</sup> BGE 117 Ib 206, Erw. 5 a; ayrıca bu konuda bkz. Wiegand/Abegglen, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, recht 1993, 199; Abegglen, 105-106; bkz. Roggo, 226-227.

<sup>87</sup> BGE 117 Ib 209.

<sup>88</sup> Wiegand/Abegglen, 199.

reddinin aklı başında bir hastanın bakış açısıyla anlaşılabilir olup olmadığı belirlenmelidir<sup>89</sup>. Hekim, somut olaydaki hastanın kapsamlı aydınlatmada da rıza göstermiş olacağını ispatlayabilirse, onun açısından bir tazminat yükümü doğmayacaktır. İspat edememe durumunda ise, hekim, Federal Mahkemenin benimsediği ispat yükününü dağılımının sonuçlarına katlanmak zorunda kalacak ve tazmin yükümlüsü olacaktır<sup>90</sup>.

Tedavi ya da koruma aydınlatmalarında ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali bir özen yükümü ihlali çerçevesinde değerlendirildiğinden, hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığını ispat kuralı olarak alacaklı durumdaki hastaya düşecektir. İşte bu noktada, özellikle hekim hasta arasındaki ilişkinin özellikleri nedeniyle, uygulamada, aydınlatma yükümlülüğünün özel önem taşıdığı diğer hukuksal ilişkilere nazaran, alacaklı konumundaki hastalara, bazı ispat kolaylıklarının sağlandığı görülmektedir<sup>91</sup>.

Sağlanan kolaylıklardan biri görünüşteki delillerin/karinelerin kabulü ya da ilk görünüş ispatı suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün ispatındaki güçlüklerin aşılması yoludur<sup>92</sup>. Bu bağlamda, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, özellikle bir takım emarelerin değerlendirilmesi ve bundan bir takım sonuçlar çıkarılması suretiyle belirlenmektedir<sup>93</sup>.

### Sonuç:

Hizmet edimi ihtiva eden ilişkilerin genellikle güvene dayalı ilişkiler olması, bu tür ilişkilerde hizmet yükümlüsünün, talep olmaksızın karşı tarafın karar vermesinde etkili olabilecek hususlarda onu aydınlatması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin de sözleşmesel açıdan bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, söz konusu ilişki bakımından da hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Özellikle, hekimin hastanın üzerinde uyguladığı ameliyat ve diğer girişimsel müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan

<sup>89</sup> BGE 117 Ib 209.

<sup>90</sup> Wiegand/Abegglen, 199.

<sup>91</sup> Nitekim gerek Alman, gerekse İsviçre Hukuku'nda hekimin sorumluluğu alanında mahkeme içtihatları yoluyla ispat yükü ile ilgili genel kurallardan saptıldığı ve özellikle hekimlerin aydınlatma yükümlülüğü konusunda alacaklı hasta lehine bazı ispat kolaylıkları getirildiği görülmektedir (Alman hukuku için özellikle bkz. Grünwald, Barbara, Die Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, ZIP 15/1994, 1162 vd.; İsviçre Hukuku için bkz.)

<sup>92</sup> Bkz. BGE 120 II 248 ff.

<sup>93</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, 374 ve özellikle 383 vd.

kaldırması, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ve diğer hizmet edimi ihtiva eden sözleşme ilişkilerine göre özelliğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu cümleden olmak üzere, hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarını T.C. Anayasası, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile bazı özel nitelikli düzenlemelerde bulmak mümkündür. Söz konusu yükümlülüğün, sözleşmeye dayalı kaynağını ise vekilin sadakat borcu oluşturur. Ancak özellikle vurgulanması gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü kendine özgü özellikleri olan bir mesleki yükümlülüktür ve kendine özgü niteliğini, hastanın aydınlatılmasının, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının bir koşulu olması dolayısıyla kazanmaktadır. Zira, hekim, faaliyetini müvekkili üzerinde icra eden yegane hizmet edimi ifa eden kişi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada hasta hekim arasındaki ilişkide hekimin aydınlatma yükümlülüğünün iki temel amacı söz konusudur. Bu amaçlardan ilki; hasta hekim arasındaki güven ilişkisini temin etmek ve bunu tedavi sırasında güçlendirmek, diğeri ise; hastanın önerilen tedavinin muhtemel yan etkileri açısından tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri anlaşılabilir bir dille ona iletmektir.

İncelemede bu amaçlar doğrultusunda hekimlerin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü ele alınmış bulunmaktadır.