

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO : 2020/11-592
KARAR NO : 2022/356

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A
Y A R G I T A Y İ L A M I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi
TARİHİ : 08/07/2020
NUMARASI : 2020/332-2020/901
DAVACILAR : 1- E...Ö... (Velâyeten D... A....)
2- D... A.... vekilleri Av. E.... B....
DAVALI : A... A... T... S... Ş... vekili Av. Binnur
Balcı Doğan
FER'Î MÜDAHİL : K... Ş....

1. Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle davanın reddine ilişkin verilen karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.
2. Direnme kararı davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.
3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacılar vekili; müvekkili E...Ö...’in diğer müvekkili D... A....’ın çocuğu olduğunu, davalı sigorta şirketinin Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Sözleşmesi gereğince 400.000TL teminat limiti dahilinde Kadın Doğum Uzmanı Dr. K... Ş....’ın maddi ve manevi zarardan doğan sorumluluğunu üstlendiğini, müvekkili D... A....’ın hamileliği boyunca Kadın Doğum Uzmanı Dr. K... Ş.... tarafından takip edildiğini, ne var ki anılan doktorun tıbbî kötü uygulaması sonucu hamilelikte teşhis edilememiş olması nedeniyle müvekkili E...Ö...’in down sendromlu olarak doğduğunu, sigortalı doktorun yanlış bilgilendirmesi nedeniyle sağlıklı bir çocuk sahibi olmayı bekleyen müvekkili D... A....’ın çok yaşadığını ve sakatlığın giderilmesi veya gebeliğin sonlandırılması ihtimallerinden yoksun bırakıldığını, anılan doktorun yüksek özen borcu altında olduğunu ve üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini, bu nedenle müvekkillerinin maddi ve manevi zarara uğradığının izahıtan varestede olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere müvekkili E...Ö... için 10.000TL maddi tazminat (bakıcı ücreti dahil) ve 60.000TL manevi tazminat ile müvekkili D... A.... için 30.000TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş; yargılama aşamasında müvekkili E...Ö... için maddi tazminat talebini 310.000TL’ye yükseltmiştir.

Davalı Cevabı:



5. Davalı vekili; sigortalı hekim tarafından gereken her türlü tetkik ve testlerin yapıldığını, sigorta sözleşmesi kapsamında hekimin sorumluluğunun doğabilmesi için gerçekleştirilen teşhis ve tedavi yöntemlerinde tıbbî standardın uygulanmamış olması gerektiğini, tıbbî standardın ise, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan hekimin tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade ettiğini, sigortalı hekimin mesleğinin gereğini başarılı bir şekilde yerine getirdiğini, hekim tarafından gebe takibinde rutin olarak gerçekleştirilen tüm test ve tetkiklerin gerçekleştirildiğini, dava konusu olayda hekimlerin herhangi bir kusuru bulunmadığı gibi iddia edilen zarar ve gerçekleştirilen tedavi arasında illiyet bağının da bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 09.03.2017 tarihli ve 2015/15 E., 2017/157 K. sayılı kararı ile; hasta epikriz kayıtlarında down sendromuna ilişkin test, istem ve sonuç kaydı bulunmadığı, ancak protokol kayıt defterinde 12.09.2012 tarihli muayene kaydında riskli gebelik ve amniosentez (A/S) kaydının olduğu, yine 24.09.2012 tarihli muayene kaydında da tarama testi, A/S ve ayrıntılı USG kaydı bulunduğu, aynı tarihli kayıta üçlü tarama testinin sonucu olan 1/51 oranı notunun olduğu, tarama testinde down sendromlu çocuk olma riskinin 1/51 oranında yüksek çıktığı bilgisinin doktor tarafından bilinmesine rağmen doktorun bu hususta hastayı aydınlattığına ve hastanın A/S testinin yapılmasını reddettiğine ilişkin hiçbir kaydın bulunmadığı, bu nedenle doktorun %100 kusurlu olduğunun kabulü gerektiği, davacı E...Ö...'in maddi zararının toplam 1.934.557,50TL olduğu, davalı sigorta şirketinin poliçe limitiyle sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davacı E...Ö... yönünden 310.000TL maddi ve 60.000TL manevi tazminatın; davacı D... A.... yönünden ise 30.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

7. İlk derece mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili tarafından istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

8. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 18.09.2018 tarihli ve 2017/712 E., 2018/1211 K. sayılı kararı ile; davacılarından D... A....'ın 38 yaşında suni dölleme yöntemiyle gebe kaldığı, gebeliğinin 15 ilâ 35. haftalarında sigortalı doktor K... Ş.... tarafından çalıştığı özel hastanede takibinin yapıldığı, anılan doktor tarafından düzenlenen davacıya ait 12.09.2012 tarihli ilk epikrizde hasta ile ilgili tanının belirtildiği ve protokol defterinde ise hastanın riskli gebelik kapsamında takibinin yapılacağı tespit edilerek A/S (Amniosentez) ve USG tetkikleri istendiği, 24.09.2012 tarihli epikrizde hastanın gebeliği ile ilgili tanının yapıldığı ve protokol defterinde üçlü tarama testi, A/S ve ayrıntılı USG istendiği, 01.10.2012 tarihli raporda üçlü tarama testinin sonucunun 1/51 çıktığı, daha sonra aynı doktor tarafından en sonuncusu 30.01.2013 tarihinde olmak üzere altı defa daha epikriz düzenlendiği, davacının 22.02.2013 tarihinde başka bir hastanede doğum yaptığı, oğlu E...Ö...'e down sendromu tanısının konduğu, A/S testinin sigortalı doktorun çalıştığı hastanede yapılamadığı, davacının 24.09.2012 tarihinde doktor tarafından kendisinden istenen üçlü tarama testini yaptırmış olmasına rağmen, aynı gün istenen A/S testi konusunda aydınlatılmamış olduğunu ileri sürmesinin çelişkili olduğu, A/S testi aynı hastane bünyesinde sigortalı doktor tarafından yapılmasının mümkün olmadığı, A/S testi hususunda aydınlatıldığına dair davacı D... A....'tan imzasını taşıyan yazılı onam alınmasına gerek bulunmadığı, zira sigortalı doktorun kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili davacıdan imzalı, yazılı onam almasının beklenemeyeceği, sigortalı doktorun gebeliğin haftasına uygun olarak gerekli tarama testlerini, A/S ve USG



tetkiklerini istediği, sonuç olarak sigortalı doktorun tıbbi kötü uygulamasının bulunmadığı ve A/S testi hususunda davacının aydınlatıldığını ispatlandığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davacıların davasının reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. Bölge adliye mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

10. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.11.2019 tarihli ve 2018/5309 E., 2019/7607 K.

sayılı kararı ile; "...Dava, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hakimın doğrudan görevidir (1086 sayılı HUMK. 76. md, 6100 sayılı HMK 33.md).

Hekim ile hasta arasındaki ilişki vekalet akdi mahiyetinde olup, Borçlar Kanunu'nun vekalet akdini düzenleyen 386 vd (Yeni TBK 502 vd) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (TBK.nun 396/1 md.). O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1. (TBK 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete de yayımlanıp yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi de iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, Sözleşme'nin "amaç" başlıklı 1. maddesinde "Bu sözleşmenin tarafları tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler", yine 4. maddesinde "...araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir" düzenlemesi mevcuttur. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi yazılı olan veya yazılı olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına almaktadır. Ayrıca, uygulamanın tedavi ya da yaşam kalitesinin yükseltilmesi amacına yönelmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir. Burada kastedilenin tıbbi standartlar olduğu konusunda bir duraksama bulunmamalıdır. Yine sözleşmenin 5. maddesinde "(1) Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. (2) Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. (3) İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir." düzenlemesine yer verilmiştir.



6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59/g maddesi uyarınca çıkartılan Hekim Etiği Yönetmeliği'nin "Aydınlatılmış Onam" başlıklı 26. maddesinde "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir." denilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde hastanın, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahip olduğu, tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamayacağı; bilgilendirmenin kapsamı başlıklı 15. maddesinde, hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verileceği; 18. maddesinde ise, "Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Özetle hekim, görevini yüksek özenle yerine getirmeli ve hastanın bilgi alma hakkı kapsamında onu aydınlatmalıdır. Somut olayda, alan uzmanı hekimin anne karnındaki bebekteki down sendromunu teşhise yönelik bir hatası veya bu anomaliyi teşhise yönelik imkanlar konusunda hastayı yeteri kadar aydınlatmamasının sorumluluğunu doğuracağı izahtan varestedir.

Davacı anne, dava dışı hekimin kusurlu davranışı sebebiyle, anne karnındaki bebekte var olan down sendromunun tespit edilemediğini, riskli gebeliği sonlandırma hakkının elinden alındığını ileri sürmektedir.

Somut olayda, anne karnındaki bebeğin down sendromlu olma riskinin yüksek (1/51) çıktığı anlaşılmaktadır. Alınan raporlarda da belirtildiği gibi, tarama testi sonucunda elde edilen düşük risk oranına rağmen bebeğin down sendromlu olma ihtimali bulunduğu gibi, yüksek risk çıkması da bebeğin kesin olarak down sendromlu olduğu anlamına gelmemekte, bebeğin down sendromlu olup olmadığının tespiti için kesin tanı yöntemlerine başvurulması gerekmekte, ancak bu yöntemler de düşük gibi riskleri beraberinde getirmektedir. Bu durumda hekim, üçlü tarama testi sonucunda elde edilen sonucu, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemleri, bu yöntemlerin risklerini, yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri gereğince ve usulünce anneye açıklamalı, onu aydınlatmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü ise hekimdedir.

Bu durumda mahkemece, sağlık hizmetinin verilmesinde tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı özenle yapma görevinin hekime ait olduğu, hastanın uygulanan ve diğer tanı,



tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hasta sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları ve reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri konusunda bilgi edinme hakkının bulunduğu, bu bilgilendirmenin hekim tarafından hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılması gerektiği, hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin, bu yükümlülüğünü mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlamak zorunda olduğu kabul edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle temyiz eden davacılar yararına bozulması gerekmektedir...” gerekçesiyle kararın bozulmasına ve dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

11. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 08.07.2020 tarihli ve 2020/332 E., 2020/901 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; gebelik takibi sırasında davacı D... (Ö...) A...’a yapılan üçlü tarama testi sonucunun down sendromlu çocuk doğurma yönünden yüksek riskli çıkması karşısında sigortalı doktor tarafından anılan davacının kesin tanı için başvurulabilecek yöntemler ve bu yöntemlerin riskleri hususunda gerekli aydınlatmanın yapıldığının ispat edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Sağlık hizmetleri bireylerin ve toplumların sağlıklarının korunması, sağlık sorunlarının cereyan etmesi hâlinde tedavilerinin yapılması, tam olarak iyileşemeyen bireylerin başkalarına bağımlı olmadan yaşayabilmelerinin sağlanması ve toplumların sağlık düzeylerini yükseltmek için yapılan çalışmaların bütünüdür. Dolayısıyla sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklılık arz eder. Zira sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir (Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 tarihli ve 2004/114 E., 2007/85 K. sayılı kararı).

15. Sağlık hizmetleri, idare ve özel kişiler tarafından sunulan, tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetidir. Bu kapsamda sağlık hizmetleri kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerin sunulmakta olup, söz konusu kamu hizmeti kamu kurum ve kuruluşlarınca emanet usulü, özel kişilerce de izin usulü ile görülmektedir. Sağlık hizmetleri belirli esaslar çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşları (Sağlık Bakanlığı, Türk Silahlı Kuvvetleri, üniversiteler, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları) ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri (şirketler, dernekler, vakıflar vb.) tarafından emanet veya izin usulü dairesinde sunulmaktadır. Öte yandan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Yönetmeliği gereğince, tıp merkezleri ve en az iki hekim tarafından açılan ve işletilen poliklinikler şeklinde tanı ve tedavi merkezleri; fizik tedavi ve rehabilitasyon müesseseleri ve radyoterapi müesseseleri şeklinde tedavi merkezleri; tıbbî laboratuvarlar,



radyoloji müesseseleri ve nükleer tıp müesseseleri şeklinde tanı merkezleri ve mesleğini serbest olarak icra etmek üzere bir hekim tarafından muayenehane açılması mümkündür.

16. Hekimin mesleki faaliyetlerini serbest olarak icra etmesi durumunda hekimle hasta arasında bir sözleşme söz konusudur. Hekim bu sözleşme ile bir sonuç borcunu değil özenli iş görme borcu altına girdiğinden bu sözleşme Türk hukukunda genel olarak vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşmenin asli edimini tıbbî tedavi edimi oluşturduğundan bu sözleşmenin de vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması gerekmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.11.2021 tarihli ve 2018/(13)3-849 E., 2021/1385 K. sayılı kararı). Öte yandan Devlet, üniversite, belediye ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler ile doktorlar arasındaki ilişki kamusal bir ilişki olduğundan hasta ile doktor arasında sözleşme ilişkisi söz konusu değildir.

17. Sağlık hizmetinin sunulmasında önemli bir role sahip olan hekimler, ister kamu hastanelerinde ister özel sağlık kuruluşlarında isterse kendi muayenehanelerinde mesleklerini icra etsinler, tıp kurallarına ve meslek etiği kurallarına uygun davranmak zorundadırlar. Bu itibarla hekimlerin mesleklerini güven içinde icra edebilmeleri için hekimlere yönelik olarak mesleki sorumluluk sigortası, 30.01.2010 tarihli ve 27478 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelini Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a eklenen “Ek 12. madde” ile zorunlu hale getirilmiş, zorunlu sigortalı yaptırmayanlara, mülki idare amirince idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Öte yandan hekimin mesleki sorumluluk sigortası, 26.05.2013 tarihli ve 28658 Resmî Gazete’de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve ekindeki Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu ile 28.08.2012 tarihli ve 28395 Resmî Gazete’de yayımlanan Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile sigorta ettiren ve sigortacı arasındaki temel ilişki, sözleşmedeki şartlara tabi olmak kaydı ile sigortalının poliçede konusu belirlenen ve mesleki faaliyeti ifa ederken neden olduğu zarar dolayısıyla ödemek zorunda kaldığı veya kalacağı tazminata ilişkin hususlar belirlenmiştir.

18. Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın “Sigortanın Konusu” başlıklı A.1. maddesinde sigorta sözleşmesinin konusu, kapsamı ve süresi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; sigorta sözleşmesi ile 1219 sayılı Kanunun “Ek 12. madde”si çerçevesinde serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler, dış hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemde veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara ilişkin sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerinin yanında bu taleple bağlantılı yargılama giderleri, faiz ve makul giderleri de poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat altına alınmış; ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30.07.2009 tarihini geçemeyeceği ve bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta korumasının olmayacağı belirtilmiştir.

19. Esasen mesleki sorumluluk sigortası; sorumluluk esasına dayanmakta ve bu sorumluluğun temelini ise kişinin icra ettiği meslek ile yüklenmiş olan “özen gösterme” yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması veya kişinin mesleki yeterliliği dâhilinde kusurlu, eksik ve yanlış hareket etmesi durumunda üçüncü şahısların maruz kalacağı zarar oluşturmaktadır. Hekimlerin mesleklerini icrası esnasında bir hekimden beklenen özen yükümlülüğünün doğuracağı sonuçlar diğer mesleklere nazaran daha fazladır. Zira hekimler



tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler nitelikleri itibariyle yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü koruma gibi haklarla yakından ilgilidir.

20. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g maddesinde tıbbî müdahalenin, "Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi" ifade ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla tıbbî müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşımayan fiziksel veya psikolojik bozukluklar ile hastalık niteliği taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunlarını etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel ve/veya girişimsel olmayan (fiziksel tedavi, ilaçla yapılan tedavi, diyet vs.) her türlü müdahaleyi ifade etmektedir. Görüldüğü üzere tıbbî müdahale insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel ve/veya girişimsel olmayan her türlü müdahaleyi kapsayan üst bir kavramdır. Her tıbbî 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 tıbbî müdahaleler gibi diğer hukuksal haklılık sebeplerine dayanmayan tıbbî müdahaleler, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne müdahale olarak değerlendirildikleri için, hukuka aykırı bir nitelik taşırlar. Gerçekten de Anayasa'nın 17. maddesinde; "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz." ifadesi yer almaktadır. Aynı şekilde, Türk Medeni Kanun'un (TMK) 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği belirtildikten sonra, TMK'nin 24. maddesinde ve TBK'nin 56 ve 58. maddelerinde kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan varlıklara vaki olan hukuka aykırı 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 tıbbî müdahale, hastanın kendi rızasına dayanıyorsa, rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.

21. Tıbbî müdahalede rızanın hukuk düzeninde geçerli olarak yerini alabilmesi için hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Gerçekten de kişinin kendisine yapılacak tıbbî müdahale konusunda karar verebilmesi için neye rıza gösterdiğini bilmesi ve aydınlatılmış olarak rıza (onam) göstermesi gerekir. Başka bir deyişle tıbbî müdahale, hastanın tam olarak aydınlatılmasından sonra "aydınlatılmış rızanın (onamın)" verilmesi üzerine yapılmalıdır. Aydınlatılmış rıza (onam), Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde; "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir." şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla aydınlatılmış rıza, riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbî tedavinin ve uygulamanın hasta tarafından "gönüllülükle kabulü" anlamına



gelmektedir. Öte yandan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatılmış rızayı kapsamına alan ancak ondan daha kapsamlı bir yükümlülüğü ifade eder. Başka bir deyişle aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına aydınlatılmış rıza yanında hekimin hastasını uygulanan tedavi sonrasında yapılması gerekenler konusunda bilgilendirmesi de girer (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.11.2021 tarihli ve 2018/(13)3-849 E., 2021/1385 K. sayılı kararı).

22. Görüldüğü üzere hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün fonksiyonu, hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar alma özgürlüğünü temin etmeye yöneliktir. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğü açısından önem taşıyan husus, kişinin kendisini ilgilendiren konularda yalnız olarak ve üçüncü şahısların etkisi altında kalmaksızın kendiliğinden karar alabilmesi anlamına gelen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklardan olup esasında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal temelini oluşturmaktadır. Zira hasta, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olarak vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir kararı, aydınlatma yükümlülüğü gereği gibi yerine getirildiği durumlarda verecektir.

23. Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün hukukî dayanaklarını genel olarak hekimin özen yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğünün rızanın bir koşulu olması nedeniyle hastanın rızasına ilişkin kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır. Örneğin 1219 sayılı Tababet ve

Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi; "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde 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.)" hükmünü haizdir. Bununla birlikte bu genel nitelikli düzenlemeler yanında bazı özel nitelikli düzenlemelerde de hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukukî dayanaklarını bulmak mümkündür. Nitekim 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde; 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununun 7. maddesinde; Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu dolaylı da olsa belirtilmiş bulunmaktadır.

24. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ispatı hususunda mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak her tıbbî müdahalenin hukuksal açıdan kişinin vücut bütünlüğünün ihlali anlamını taşıdığı gözetildiğinde ve TMK'nin 24. maddesi gereğince kişinin müdahaleye rızasının bulunmadığına ilişkin yasal karine dolayısıyla hekimin aydınlatma yükümlülüğünde ispat yükü hekim üzerinde olmalıdır. Zira rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına göre rızanın bulunduğunu ve hastanın aydınlatıldığını savunan hekimin yasal karinenin aksi olan bu hususları ispatlaması gerekir. Öte yandan hekim tarafından ispat edilmesi gereken hukuksal haklılık sebebinin kapsamına hem aydınlatma yükümlülüğünün ispat edilmesi hem de mevcut riskler hakkında hastanın aydınlatılmış rızasının alınması dâhildir. Gerçekten de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat külfetinin hekime yüklenmesi hastanın gereği gibi aydınlatılmış olmaması halinde geçerli bir rızanın da söz konusu olmayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu itibarla hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunsun veya bulunmasın hekimin mesleğini icra ederken göstermesi gereken özen yükümlülüğü gereğince, kendisi karşısında zayıf ve güçsüz konumda olan hastasını aydınlattığını ve hastanın aydınlatılmış rızasının alındığını ispatlaması gerekmektedir.



25. Aydınlatma yükümlülüğünü ispat külfetinin hekim üzerinde olmasının bir diğer sebebi de hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının tıbbî açıdan gerekli olan hususlarda arşivleme ve kayıt tutma yükümlülüğünün bulunmasıdır. Bu yükümlülük her şeyden önce hekimin, teşhis ve tedavi süreci içerisinde sağlıklı karar verebilmesini ve aldığı kararları kontrol edebilmesini kolaylaştırmakta ve ayrıca yapılan işlemlerin belgelenmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla arşivleme ve kayıt tutma yükümlülüğü hekim ve hastaların menfaatlerinin bir gereğidir. Arşivleme ve kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali bizatihi tazminat sebebi olmasa da hasta lehine tıbbî müdahalenin yapılmadığı yönünde fiili bir karine yaratmaktadır. Bu açıdan bakıldığında da tıbben gerekli olan müdahalenin yapıldığını ispat yükü hekime düşmektedir.

26. Türk hukukunda girişimsel bazı müdahalelerde hastanın yazılı rızasının alınması gerektiği öngörülmüş ise de aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir; hasta, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbî müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Dolayısıyla hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir. Başka bir deyişle hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yazılı aydınlatma belirli ölçüde ispat kolaylığı sağlasa da şekil serbestisi söz konusudur. O hâlde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği hususu hekim tarafından her türlü delille ispatlanabilir.

27. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı D... (Ö...) A...'ın gebeliğinin 15. haftasından itibaren Özel V... V... M... Hastanesi'nde Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı olarak görev yapan K... Ş.... tarafından gebelik takibinin yapıldığı, davacı D... (Ö...) A...'ın en son gebeliğinin 35. haftasında K... Ş.... tarafından muayene edildiği, davalı sigorta şirketi ile hekim K... Ş.... arasında anılan dönemi de kapsayacak şekilde Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Sözleşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davacı D... (Ö...) A...'ın 22.02.2013 tarihinde Zekai Tahir Burak Kadın Sağlığı Eğitim ve Araştırma Hastanesinde doğum yaptığı, bebek E...Ö...'e çocuk hastalıkları uzmanı tarafından down sendromu tanısının konulduğu, bu hususun 22.03.2013 tarihli Sitogenetik Analiz Raporu ile kesinleştiği dosya kapsamı ile sabittir.

28. Dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporlarında; down sendromunun genellikle 21.

kromozomdaki trisomiden kaynaklanan genetik bir bozukluk olduğu, bu genetik bozukluk sebebiyle down sendromlu kişilerde zihinsel ve gelişimsel yetersizlikler meydana geldiği, down sendromunun iki tane olması gereken 21. kromozomun üç tane olması ile karakterize edildiği, down sendromunun gebelik sırasında tanısı için başlıca kullanılan yöntemlerin ikili, üçlü, dördümlü test, ense kalınlığı gibi prenatal tarama testleri ve ultrason olduğu, down sendromu riskini etkileyen birçok faktörün bulunduğu, kromozomdan kaynaklanan bir bozukluk olan down sendromunda bilinen en önemli risk faktörünü annenin yaşının 35 ve üzeri bir yaşta olmasının oluşturduğu, her kadının kromozom defektli bebek dünyaya getirme riskinin bulunduğu, ancak down sendromu açısından kişiye özgü olarak risk tespitinde annenin ileri yaşı, gebelik yaşı ve kromozom defekti öyküsünün temel faktörler olarak ele alındığı, bu itibarla hekimin, gebenin kişisel durumunu değerlendirmesi ve gerekli tetkikleri yaptırması gerektiği belirtilmektedir.

29. Yine dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporlarında; gebelik döneminin 11 ilâ 14.

haftalarında yapılan ikili test, 15 ilâ 20. haftalarında yapılan üçlü test ve dördümlü testler neticesinde down sendromu ihtimalinin ortaya konulmasının mümkün olduğu, down sendromlu bebeklerde gebelik ultrasonografisinde majör anomalilerin izlenebildiği, bu anomalilerin özellikle



ventriküler septat defekt olmak üzere kalp odacıkları arasında delikler, hafif ventrikülomegati, duedonal atrezi, artmış ense kalınlığı, kistik higroma, hidrops fetalis olduğu, 15 ilâ 20. gebelik haftaları arasında down sendromlu bebeklerin yaklaşık %40-50'sinde artmış ense kalınlığının saptanabileceği, 11 ilâ 14. haftalar arasında da ense kalınlığının down sendromu açısından bir risk faktörü olduğu, ayrıca tarama testlerine ek olarak detaylı fetal ultrasonografinin tüm gebelere uygulanması gerektiği, zira detaylı fetal ultrasonografi, fetal anomalilerin tanımlanmasında büyük önem taşıdığı, eğer önceki gebelikte sakatlık mevcut ise, gebenin yaşı 35 yaş üzerinde ise, akraba evliliği mevcutsa, gebelikte ilaç kullanımı veya gebenin hastalık öyküsü varsa, gebelik IVF veya tüp bebek uygulama teknikleri ile elde edilmiş ise ve ikili, üçlü, dördü tarama testleri risk veriyor ise hekimin mutlaka 17 ilâ 23. haftalarda fetal detaylı ultrasonografi önermesi gerektiği, öte yandan hekimin, yapmış olduğu gebelik takibinde, tarama testleri ile ortaya çıkan yeni risk faktörlerini temel risk faktörleriyle çarpıp suretiyle risk belirlemesi sonrasında bir üst seviye olan ve girişimsel müdahale olarak nitelendirilen kesin tanı tetkiklerinin önerilmesi gerektiği, bunların bebeğin plasentasından ya da içerisinde bulunduğu amniyon sıvısından örnek alınarak yapılacak olan CVS veya amniosentez (su alınması) olduğu, prenatal tarama testleri normal çıkan fakat ultrasonda down sendromu açısından risk saptanan gebelikler için de amniosentezin önerilmesi gerektiği, bu yöntemlerle kromozom analizi neticesinde down sendromu teşhisinin kesin olarak konulabileceği tespitleri yer almaktadır.

30. Görüldüğü üzere gebelik takibi yapan hekim tarafından yukarıda belirtilen hususlara dikkat edilerek gerekli tarama testlerinin önerilmesi, tarama testleri hakkında hastanın aydınlatılması, riskli bir durum karşısında fetal detaylı ultrasonografi, CVS veya amniosentez yaptırılmasını önerilmesi ve bunlar hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Ancak hekimin, riskli bir durumun tespit edilmesi karşısında dahi anneyi anılan testleri yaptırmaya veya kesin tanı yöntemlerine başvurmaya zorlaması mümkün değildir. Hekim sadece gerekli aydınlatmayı yaparak gerekli olan işlemlerin yapılması için öneride bulunmalı; ikili, üçlü, dördü test gibi prenatal tarama testlerinde risk saptandığında dahi kesin tanı için gerekli olan CVS veya amniosentez işlemlerini yaptırmaması kararını, bu işlemler bazı riskleri içerdiği için hastaya bırakmalıdır.

31. Davacı taraf, elde edilen test sonuçları noktasında sigortalı hekim tarafından yeterince bilgilendirilmediklerini, amniosentez testi yapılması hususunda aydınlatılmadıklarını, aydınlatma yapılmış olsa idi risklerini de göz önüne alarak amniosentez testi yapılmasını isteyeceklerini ve test sonucuna göre gebeliği sonlandırma haklarını kullanacaklarını ifade etmiş, dolayısıyla sigortalı hekimin mesleki kurallara aykırı davrandığını, eyleminin tıp kurallarıyla bağdaşmadığını ve hekimin kusurlu olduğunu ileri sürerek zorunlu sorumluluk sigortası limiti dâhilinde maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Gerçekten de 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un "Gebeliğin sona erdirilmesi" başlıklı 5. maddesi; "Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir" hükmünü haizdir. Yine Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün "On Haftayı Geçen Gebelikte Rahim Tahliyesi" başlıklı 5. maddesi; "Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin



birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur” şeklindedir. Anılan Tüzük’e ekli (2) sayılı listeye bakıldığında ise “Down Sendromu”nun da bu kapsamda sayıldığı görülmektedir. Dolayısıyla down sendromu tespit edildikten sonra, bir kurul tarafından düzenlenecek rapor neticesinde, anne ve babanın da ortak kararıyla on haftadan sonra da gebelik sonlandırılabilir. Eğer hekim aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmaz ve gerekli hususları aileye önerir ise ailenin Kanun tarafından tanınan bu hakkı kullanması mümkün olabilecektir. Başka bir deyişle down sendromu riski durumunda hekimin aydınlatma yükümlülüğü ayrı bir önem kazanmakta; hekimin bu yükümlülüğe aykırı davranışı neticesinde ise aileye yasal olarak tanınan bir hak ailenin elinden alınmaktadır.

32. Davacı D... (Ö...) A... ilk olarak gebeliğinin 15. haftasında 12.09.2012 tarihinde Özel

V... V... M... Hastanesi’nde Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı olarak görev yapan sigortalı K... Ş... tarafından gebelik takibine başlanmış; hekim tarafından hasta epikriz kaydında “hastanın 14 yıldır çocuğunun olmadığı, suni dölleme (IUI) yöntemiyle gebe kaldığı ve kan uyuşmazlığı bulunduğu” belirtilmiştir. Bu hususlar daha sonraki hasta epikriz kayıtlarında da yer almakta; ancak bu kayıtlarda down sendromu ile ilgili bir ibare bulunmamaktadır.

12.09.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 8815 sıra numarasına “Riskli gebelik, A/S istendi, USG” şeklinde kayıt düşülmüştür. 24.09.2012 tarihli muayenede ise protokol defterinin 9152 sıra numarasında “3’lü test, Ayrıntılı USG, A/S istendi, USG” şeklinde kayıt yer almaktadır. Bu muayene sonrası davacı D... (Ö...) A... tarafından üçlü test için numune verilmiş, 01.10.2012 tarihli down sendromu sonuç raporunda “Tr-21 riski” 1:51 olarak gösterilmiştir. Raporla 1:51 oranının “51 kadından sadece 1 tanesinde trisomy 21’li gebeliğe rastlandığı” anlamına geldiği belirtilmiştir. Rapor sonrasında protokol defterinin 9152 sıra numarasındaki “3’lü test” yazısının karşısına ok işareti çizilerek 1/51 ibaresinin yazıldığı görülmektedir. Ayrıca 17.10.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 9792 sıra numarasında “USG” şeklinde kayıt, 07.11.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 10348 sıra numarasında “OGTT, TKS, indirect comb” şeklinde kayıt, 28.11.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 10971 sıra numarasında “Riskli gebelik, TR 21-1/51, A/S yaptırmamış, muhtemel down bilgisi verildi” şeklinde kayıt, 19.12.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 11663 sıra numarasında “3’lü tarama 1/51, A/S yaptırmamış, down sendromu bilgisi verildi, fetal eko istendi” şeklinde kayıt yer almaktadır. 09.01.2013 ve 30.01.2013 tarihli muayenelerin ise protokol defteri kayıtları dosya kapsamında bulunmamaktadır.

33. Hemen belirtmelidir ki, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 72. maddesi; “İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir” hükmünü haizdir. Aynı Kanun’un 73. maddesi ise “Protokol defterlerinde tahrifat yapan ve mugayiri hakikat malumat derceylediği sabit olan tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır” şeklindedir. Buna göre Kanun’da belirtilen kişilerin protokol defteri tutması zorunludur. Protokol defterindeki kayıtlar, aksi ispat edilebilecek karine niteliğindedir. Öte yandan Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 48/1 maddesinde de özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.



34. Yukarıda belirtildiği üzere Türk hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almadığı gözetildiğinde hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği hususu hekim ve zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından her türlü delille ispatlanabilir. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususu somut olay özelinde hastanın eğitimi, yaşı, kültürel seviyesi ve hekim veya hastane tarafından tutulan kayıtlar serbestçe değerlendirilerek tespit edilmelidir. Bu itibarla somut olayda da davacının 14 yıldır çocuğunun olmadığı, 38 yaşında olduğu, suni dölleme (IUI) yöntemiyle gebe kaldığı ve lise mezunu olduğu gözetildiğinde davacının 24.09.2012 tarihinde hekim tarafından kendisinden istenen üçlü tarama testini yaptırmış olmasına rağmen, aynı gün istenen A/S (Amniosentez) testi konusunda aydınlatılmamış olduğunu ileri sürülmesinin çelişkili olduğu, öte yandan protokol defterinde yer alan amniosentez ve down sendromu konusunda bilgi verildiğine ilişkin kayıtların aksinin davacı tarafca ispatlanmadığı anlaşılmaktadır.

35. Dosya kapsamından sigortalı doktorun çalıştığı özel hastanede amniosentez testinin yapılamadığı, sigortalı doktorun sadece gebelik takibi yaptığı ve amniosentez testi yapma imkânının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte CVC ve amniosentez gibi testlerin kesin tanıya ilişkin testler olduğu, bu testlerin tedavi olarak nitelenebileceği, dolayısıyla anılan testleri yaptırmayan hastanın tedaviyi reddettiği anlamının çıkarılamayacağı çok açıktır. Bu itibarla amniosentez testi yaptırmayan hastadan amniosentez hususunda aydınlatıldığına dair imzasını taşıyan yazılı onam alınmasına da gerek bulunmamaktadır; ayrıca sigortalı hekimin kendisinin yapamayacağı bir işlemle ilgili davacıdan imzalı, yazılı onam alması da hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Dolayısıyla sigortalı hekimin gebeliğin haftasına uygun olarak gerekli tarama testlerini, amniyosentez ve ayrıntılı USG gibi tetkikleri önerdiği, davacıyı amniosentez ve down sendromu hususunda aydınlattığı, davacının kendi iradesi gereğince amniosentez testini ve ayrıntılı USG'yi yaptırmadığı ve sonuç olarak sigortalı doktorun tıbbî kötü uygulamasının bulunmadığı ve kusursuz olduğu kabul edilmelidir.

36. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; hekimin üçlü tarama testi sonucunda elde edilen sonucu, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemleri, bu yöntemlerin risklerini hastaya açıklaması ve bu açıklamanın hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılması gerektiği, hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin bu yükümlülüğünü mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlamak zorunda olduğu, hekim tarafından düzenlenen protokol defterindeki kayıtların delil olarak kabul edilemeyeceği, bu itibarla direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

37. O hâlde, Bölge Adliye Mahkemesince yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

Dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 22.03.2022 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.



ESAS NO : 2020/11-592

13

KARAR NO : 2022/356

Adem ALBAYRAK
Birinci Başkanvekili

Nurten ABACI UTKU

Nebahat ŞİMŞEK

Yakup ATA

Belkıs KARAKAŞ

Öznur KAKİLLİOĞLU

Ahmet Hamdi GÜLER

Dr. Şanver KELEŞ
Bozma

Fatma Feyza ŞAHİN

Gülfem SAYGILI

Hüseyin TUZTAŞ

Sevil KARTAL

Sevinç TÜRKÖZMEN

Battal YILMAZ

Fatma AKYÜZ

Zeki GÖZÜTOK

Ali Kemal ÜNSOY

Şahin ÇİL

Karşılaştırıldı.

S.K.

Yazı İşl. Md.

