

ALMAN HUKUKUNDA VETERİNER HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

THE OBLIGATION OF THE VETERINARIAN TO INFORM THE CUSTOMER IN THE GERMAN LEGAL SYSTEM

DOI: 10.21492/inuhfd.350456

Nurten İNCE*

Özet

Son yıllarda hayvan hakları hususunda gelişmeler yaşanmakta olup hayvanları koruyucu pek çok yasal düzenleme yapılmıştır. Alman hukukunda Avrupa Birliği yönergeleri doğrultusunda Hayvanları Koruma Kanunu'nda birçok değişiklikler yapılmış, Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesinde hayvanların eşya olmadıkları açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Federal Alman Anayasası'nın 20a. maddesinde hayvanların korunması gerekliliği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin dışında hayvanların daha fazla korunması için özel hukukta da veteriner hekimin sorumluluğu tartışılmaya başlanmıştır. İnsan tıbbında doktrin ve mahkeme kararları tarafından geliştirilmiş olup 2013 yılında Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen hekimin aydınlatma, sır saklama ve arşivleme borcu gibi borçların bünyesine uygun düştüğü ölçüde hayvan tıbbında uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. İnsan tıbbında hekimin sorumluluğuna dair geliştirilen tüm prensiplerin veteriner hekimin sorumluluğuna doğrudan uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu çalışmada veteriner hekimin aydınlatma borcu Alman hukukunda doktrindeki tartışmalar ve mahkeme kararları ışığında detaylı bir şekilde incelenecektir. Aydınlatma borcunun türleri, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve şekli gibi hususlar açıklanarak bunların insan tedavisinden farklılıkları ve insan tıbbında geliştirilen prensiplerden ne kadar yararlanabileceği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hayvan hakları, aydınlatma borcu, aydınlatma zamanı ve şekli, hukuki sorumluluk

Abstract

In recent years, the protection of animals has been an, intermittingly important issue and many animal welfare rules have been enshrined in the law. In German Law, there have been many changes in the Law on the Protection of Animals in line with the directives of the European Union and in the article 90a of the German Civil Code it is regulated that the animals are not things. In addition, in article 20a of the German Basic Law it is emphasized that animals must be protected. However, apart from these regulations, the legal liability of the veterinarian is also being discussed in private law in order to protect

* Yrd. Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Anabilim Dalı Başkanı (nurten.ince@marmara.edu.tr)

the animals more. Meanwhile, there are discussions about whether the principles developed in the literature and court decisions and enshrined in the BGB in 2013, such as compulsory disclosure, documentation of treatment, can also be applied in veterinary medicine. It is accepted that not all of the principles have been developed in the area of the legal liability of the doctor in human medicine can be directly transferred to the legal liability of the veterinarian. In this study, it will examine in detail the veterinarian's obligations to provide information in the German legal system in the light of literature and court cases. The points, such as the nature, scope and form of the duty of the veterinarian will be examined and their differences on human medicine will be discussed.

Keywords: Animal right, obligations to inform, timing and nature of the elucidation, legal liability

GİRİŞ

İnsan tıbbında hekimin aydınlatma borcu uzun bir süredir üzerinde tartışılan, mahkeme kararları tarafından kabul edilip¹, ilkeleri geliştirilmiş bir alan olarak karşımıza çıkarken; veteriner hekimin sorumluluğu ve buna bağlı olarak aydınlatma borcu son yıllarda tartışılmaya başlanan ve önemi artan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır². Özellikle son yıllarda hayvanların da hakları olduğu, sadece bir eşya olmadığı ve korunması gerektiğine ilişkin gerek anayasal gerekse de kanunlarla birçok düzenlemenin yapılması beraberinde veterinerin özellikle özel hukuk ilişkisi açısından sorumluluğunun incelenmesi gerektiğini açıkça gözler önüne sermektedir³. Ancak hayvan hakları hususunda yapılan değişiklikler ve farkındalığa rağmen veterinerin hukuki sorumluluğu özellikle de aydınlatma yükümlülüğünün neredeyse hiç tartışılmadığı ortaya çıkmaktadır⁴. Bu nedenle bu çalışmada son derece az tartışılmış olunan veterinerin aydınlatma yükümlülüğü üzerinde durmayı uygun bulduk. Türk hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğüne rağmen veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün neredeyse hiç tartışılmaması, Almanya'da ise konunun çok

¹ KATZENMEIER, Christian: *Arzthaftung*, Tübingen 2002, s.1 vd; BEPPEL, Anne: *Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung*, Universitätsverlag Göttingen 2007, s.21 vd.; FINK, Claudia: *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)* Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, s.207; DWYER-HOLIGHAUS, Axel: *Die Aufklärungspflicht des Arztes in Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Italien*, Leipziger Uni-Vlg, Leipzig 2005, s.20 vd.

² BLECKWENN, Eike: *Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht*, Springer Heidelberg, New York Dordrecht London 2014, s.1 vd.

³ BLECKWENN, s.9; SCHULZE, Ekkehard: *Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes*, Jur. Diss., Berlin 1991, s.8.

⁴ BLECKWENN, s.259.

detaylı olmasa da doktrin ve mahkeme kararlarına konu olması nedeniyle bu çalışmada Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğü detaylı bir şekilde incelenecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA GENEL OLARAK HAYVAN HAKLARININ GELİŞİMİ

Roma hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da eşyalar ve insanlar arasında ayırım yapılmaktadır. İnsanlar hak ve fiil ehliyetine sahip olup kural olarak hukuki işlemler yapabilirler. Eşyalar; canlı/ cansız, taşınır/ taşınmaz gibi ayrımlara tabii tutulmakta olup hayvanlar canlı eşya kategorisindedir⁵. Böyle bir kabulün ise şüphesiz pratik yönleri bulunmaktadır; ancak böylelikle hayvanlar üzerinde mülkiyet ve zilyetlik iddiasında bulunulup hayvanlar tasarruf işlemlerine konu olabilirler. Söz konusu mülkiyet hakkı ve zilyetlik hayvan sahibinin malvarlığına dair olup bu kapsamda korunmaktadır. 1950’li yıllardan itibaren hayvanların da insan gibi yaratılan, acı çeken varlıklar olduğu kabul edilip zamanla toplumda hayvanların korunmasının gerektiğine dair bir bilinç gelişmiş ve bu bilinç mahkeme kararlarına da yansımıştır. Örneğin Almanya’da 1977 yılındaki bir mahkeme kararında hayvanların basit bir eşya olmadığı ve insan tıbbında meydana gelen gelişmelerin bünyesine uygun olduğu oranda hayvan tıbbına uygulanacağı açıkça belirtilmiştir⁶. Hayvan hakları hususunda zamanla daha fazla gelişmeler yaşanmış ve veterinerin sorumluluğu, aydınlatma yükümlülüğü tartışılıp insan tıbbına dair geliştirilen ilkelerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde veterinerin sorumluluğuna da uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷. Doktrin ve mahkeme kararlarında meydana gelen bu değişimler yasama çalışmalarına yansımış, hayvanları korumaya yönelik çıkartılan koruma kanunlarının yanı sıra gerek Alman Medeni Kanunu’nda gerekse Federal Alman Anayasası’nda hayvan haklarına yönelik olumlu değişiklikler yapılmıştır.

A. Alman Medeni Kanunu’nun 90a Maddesi

1990 yılında Alman Medeni Kanunu’na 90a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre hayvanlar eşya değildir ve hayvanlar özel kanunlarla korunacaktır. Eşyalara ilişkin hükümler ise hayvanlar için özel düzenlemenin olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu bu

⁵ LORZ, Albert: “Tier = Sache?”, MDR 1989, s.202; VON LOEPER, Eisenhart/REYER, Wasmüt: “Das Tier und sein rechtlicher Status”, ZRP 1984, s.206; BLECKWENN, s.16.

⁶ BGH, NJW 1977, s.1102 vd; BLECKWENN, s.9; SCHULZE, s.8.

⁷ KATZENMEIER, s.416; BLECKWENN, s.14.

maddede hayvan ile eşyayı eş tutmadığını, hayvanların sadece kullanılan ve tüketilen birer varlık olmadıklarını açık bir şekilde belirtmiştir⁸. Hayvanlar; insanlar gibi yaşayan, insanların eş yaratılışı olan ve acı çeken varlıklar olarak görülmüştür. Dolayısıyla bu düzenleme ile klasik olarak insan ve eşya ayrımından vazgeçildiği ve hayvanların *sui generis* (kendine özgü) birer varlık olarak düzenlendikleri görülecektir⁹. Bu madde hayvanlardan bahsettiği için hayvan parçaları -örneğin yumurtası- bu madde kapsamına girmemektedir¹⁰.

Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi hayvanları eşyayla eş tutmamaktadır ancak bu yeni düzenlemede hayvanlarla insanlar da eş tutulmamıştır; zira insanlar mantık sahibi olan varlıklar olup hukuki işlemlerin öznesidirler. Ayrıca insan onuru ve insan yaşamı son derece özel bir konumda olup anayasalar tarafından korunması gereken ilk ve en önemli değer olarak görülmektedir. Aslında Roma hukukundan bu yana hakkın konusu ve öznesi olarak yapılan ayrımında hayvanlar hakkın konusu olarak görülmekteydiler ve yapılan bu değişiklikler söz konusu bu ayrımı ortadan kaldırmamıştır¹¹. Gelecekte de hayvanlar, üzerinde mülkiyet ve zilyetlik iddiasında bulunulabilinen ve tasarruf işlemlerine konu olan canlı varlıklar olmaya devam edeceklerdir.

Doktrinde Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesini olumlu bulan görüşler olduğu gibi, bunları olumsuz bulan ve eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesini eleştiren görüşlere göre, bu madde hayvanların korunmasına ilişkin bir çağrıda bulunmuştur, oysaki böyle bir çağrının özel kanunlarda yani Alman Medeni Kanunu'nda yer almasına gerek olmadığı belirtilmiştir¹². Yani hayvanları koruma amacı için böyle bir düzenlemenin yapılmasına gerek olmadığı savunulmuştur. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi incelendiğinde bunun, içeriği şişirilmiş, vitrin, süslenmiş bir madde olduğu belirtilmiş-

⁸ STRESEMANN, in MüKoBGB, 7. Auflage. 2015, BGB § 90a Nr.2

⁹ STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.3.

¹⁰ STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.4.

¹¹ BLECKWENN, s.16; KRIJNE; Christian: "Tiere ohne Rechte und Menschen mit Pflichten," Tier ohne Recht Jan v. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer Verlag, Berlin u.a. 1999, s.95.

¹² STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.5; LORZ, Albert: "Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht", MDR 1990, s.1059.

tir¹³. Zira bu maddenin insanlara; hayvanları etik olarak koruyun çağrısından öteye gidemediği ve kendisiyle çelişen bir madde olduğu savunulmuştur¹⁴. *Hayvanlar eşya değildir* belirlemesinin hemen ardından aynı maddede eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını kaleme alınmasının doğru olmadığı ve bunun bu madde içerisindeki çelişkiyi gözler önüne serdiği savunulmaktadır¹⁵.

Ancak Alman Medeni Kanunu'nun 90a hükmünü doğru bulan görüşler de vardır¹⁶. Bu görüş taraftarlarına göre hayvanların özel korunmaya değer bir varlık olduğu, sadece mal varlığı olmadığı belirtilmesi son derece önemlidir. Bu maddenin hayvan haklarını koruyan, geliştiren bir düzenleme olduğu kabul edilmiştir¹⁷.

B. Federal Alman Anayasası'nın 20a Maddesi

2002 yılında Federal Alman Anayasası'na 20a maddesi eklenerek hayvanların korunması gerekliliği belirtilmiştir. Bu maddeye göre hayvanlar, insanlar gibi yaratılmış varlıklar olup insanlar; hayvanları, hayvanların yaşam alanlarını ve onları acıdan korumakla mükellefler. Bu maddenin Federal Alman Anayasası'na konulması devlet tarafından hayvanların korunmasının gerektiğini göstermek açısından son derece önemli olarak addedilmiştir¹⁸. Ancak bu maddenin devlete ödev yükleyen bir madde olduğu¹⁹, dolayısıyla insanın temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen maddelerden daha farklı olduğu doktrinde kabul edilmiştir. Bu maddeyle özellikle kanun koyucuya hayvan haklarını koruyan kanunların yapılması

¹³ BRAUN, Johann: "Symbolische Gesetzgebung und Folgelast .—Erfahrungen im Umgang mit § 90a BGB in einer Examensklausur", JuS 1992, s.758; GRUNSKY, Wolfgang: "Sache. Tiere – Bemerkung zu einem Gesetzentwurf", in Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag: Töpper, Bernhard. (Hrsg.), Beck Verlag, München 1990, s.94; BAUR, Jürgen F./STÜRNER, Rolf: Sachenrecht, Verlag C. H. Beck 18. Auflage, 2009, § 3A I Nr.4.

¹⁴ RING, AnwK-BGB, § 90a Nr.5; DÖRNER, Heinrich: HK-BGB, 5. Auflage 2007, § 90a Nr.1; MANSEL, Heinz Peter: Jauerning BGB, 16 Auflage, C.H. Beck München 2015, §90a BGB Nr.1

¹⁵ BRAUN, Jus 1992, s.759 vd. fıkralar arasındaki çelişkinin getirdiği sorunları da yazar detaylıca açıklamıştır.

¹⁶ BLECKWENN, s.19.

¹⁷ BLECKWENN, s.19.

¹⁸ KÜPPER, Georg: Recht und Ethik im Umwelt und Tierschutz, Nomos Verlag Gesellschaft, Baden-Baden 1. Auflage, 2002, s.13.

¹⁹ KLOEPFER, Michael/ROSSI, Matthias: "Tierschutz in das Grundgesetz?", JZ 1998, s.375.

ödevinin yüklendiği belirtilmiştir²⁰. İnsan yaşamı ve insan onurunun Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde düzenlenmiş olması, insanın hala hukuki işlemlerin ve hakların öznesi olarak değerlendirilmesi karşısında hayvanları koruyan bu maddenin hayvanlara direk hak sunmadığı kabul edilmiştir²¹. Dolayısıyla bu maddenin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer maddelerle -örneğin dini inançtan ötürü İslami usule göre kurban kesilmesi- çatışması durumunda önceliğinin olmayacağı belirtilmiştir²². Doktrinde insan onuru ve insan yaşamının kutsallığı karşısında tam olarak değişmeyen bir anlayış olarak hayvanların ekonomik değeri, özellikle de mülkiyete konu olmaları gerçekliği karşısında bu maddenin tam olarak hayvanlara bağımsız anayasal bir koruma sağlamadığı belirtilmektedir²³. Bu nedenle hayvan haklarının daha fazla korunması için veteriner hekim gibi hayvanlarla ilgilenmesi gereken meslek gruplarının hiç değilse sözleşmeyle veya sözleşme dışı sorumluluklarının araştırılması, aydınlatma yükümlülüğü gibi değişik borçlarının incelenerek hayvanların bu şekilde koruma altına alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

İnsanı konu alan tıbbi müdahalelerde insanın kendi kaderini belirleme hakkı (Selbstbestimmungsrecht), vücudu üzerinde karar verme hakkına tanınan bir önceliktir. Hekimin sorumlulukları son yıllarda çok tartışılıp bu hususta özellikle de Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesiyle bağlantılı olarak sorunlara çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Hayvanların karar verme, düşünme yetisinin olmadığından yola çıkılarak 20a maddesinin ne direk bir koruma sağlayacağı ne de insan tıbbında meydana gelen

²⁰ KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.375.

²¹ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand: "Invasive Tierversuche" in Wissenschaft und Ethik, Wolfgang Löwer und Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.) Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002, s.102 vd PRÖBSTL, Katja: Das Recht der Tierversuche unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, Springer Verlag, Berlin 2016 s.18; SPRANGER; Tade Matthias: "Auswirkungen einer Staatszielbestimmungen "Tierschutz" auf die Forschungs-und Wissenschaftsfreiheit", ZRP 2000, s.288. Aksi Görüş için WESTERMAYER, Isabel: Die Patentierung gentechnisch veränderter Tiere im Hinblick auf die Schranke der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten -eine Analyse unter Berücksichtigung der Rechtslage in Frankreich und Großbritannien, Logos Verlag, Berlin 2012, s.154.

²² Bilimsel araştırma özgürlüğü için PRÖBSTL, s.22.

²³ KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.378.

değişikliklerin hayvan tıbbına direk uygulanacağı kabul görmüştür²⁴. Doktrinde Federal Alman Anayasası'ndaki 20a maddesinin hayvan hakları konusunda ve hayvanların yeri ve değeri konusunda gerçek anlamda bir değişiklik yaratmadığı belirtilmiştir²⁵. Hayvanların eşya olmadığı ve insanlarla eş yaratılıştaki olduğunun kabulünün problemleri sona erdirmeyeceği, bu nedenle insanların hayvanların vasisi olarak düzenlenmesi²⁶ gerektiğinden bahsedilmektedir²⁷.

C. Hayvan Haklarını Koruma Kanunu ve Bu Kanunun Özel Hukuk Alanına Etkisi

Alman hukukunda Avrupa Birliği'nin hayvan haklarının korunmasına yönelik yönergelerinin²⁸ dikkate alınmasıyla değişikliklere uğramış, son değişikliği 29.03.2017 yılında yapılmış olan Hayvanları Koruma Kanunu mevcuttur²⁹. Bu kanunun amacı hayvanları insanlarla eş yaratılıştaki (Mitgeschöpfung) görüp, insanların haklı bir sebep olmadan hayvanlara zarar vermelerini engellemektedir³⁰. Kanunda hayvanlara sebepsiz yere acı ve zarar verilmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Hayvanları Koruma Kanunu daha çok idare ve ceza hukuku yönü olan bir kanun olsa da, bu kanunun hayvanları konu alan özel hukuk işlemlerine de etkisi olacağı kabul edilmektedir. O halde veteriner hekimin tedavi amaçlı yaptığı müdahale bu kanun kapsamında hayvana verilen bir acı olarak değerlendirilmeyecektir, zira haklı bir sebep bulunmaktadır. Ancak veterinerin sırf alacağı ücreti düşünerek, hayvanın acı çektiğini ve tedavinin bir sonuç getirmeyeceğini saklaması, bu acılara göz yumması özel hukuktaki sorumluluğunun (örneğin sözleşmesel) dışında bu kanunun da uygulama alanına girecektir. Yine özel hukukta bulunan hapis hakkının Hayvanları Koruma Kanunu nedeniyle veteriner tarafından uygulanması söz konusu

²⁴ BEMMANN, Kai: Aufklärungspflicht in der Veterinärmedizin im Vergleich zur Humanmedizin in Leipziger Blauhefte Hrsg. Ingrid Vervuert u.a. Leipziger Universitätsverlag, s.12.

²⁵ KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.378.

²⁶ GRUBER, Malte: Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, Jur. Diss., Baden-Baden 2006, s.167; VON LOEPER, Eisenhart/REYER, Wasmut: "Das Tier und sein rechtlicher Status", ZRP 1984,

208.

²⁷ HERZBERG, Guntolf: "Gerechtigkeit für Tiere" in Tiere ohne Rechte, Jan C. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer Verlag, Berlin u. a. 1999, s.33.

²⁸ Avrupa Birliği Yönergeleri Hakkında bkz detaylıca PRÖBSTL, s.37-62.

²⁹ WESTERMAYER, s.156 vd.

³⁰ GÄRDITZ, s.99 vd.

olamaz³¹. Veteriner muayene ücretini ödemeyen hayvan sahibine karşı hapis hakkını kullanıp, hayvanı iadedden kaçınamaz³².

II. ALMAN HUKUKUNDA VETERİNER HEKİMİN SORUMLULUK KAYNAKLARI

Alman hukukunda veteriner hekimin culpa in contrahendo, sözleşmeden, haksız fiilden ya da vekâletsiz iş görmeden dolayı sorumluluğunun doğabileceği belirtilmektedir. Ancak konumuz açısından önemli olan aydınlatma yükümlülüğü daha çok sözleşmesel sorumluluk kapsamında gündeme gelecektir.

A. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk

Veteriner hekimle sözleşmeyi akdeden taraf çoğunlukla hayvan sahibidir. Zilyet olan ya da hayvan sahibinin temsilcisiyle de bu sözleşmenin yapılması mümkündür. Bu sözleşmeyle veteriner hekim gerekli teşhisi koyma ve konulan teşhise en uygun olan tedaviyi seçip uygulamayı; sözleşmenin diğer tarafıysa ücret üçüncü bir kişi tarafından ödenmeyecekse ücreti ödemeyi borçlanmaktadır. Veteriner hekimle yapılan bu sözleşmenin insan muayenesine konu olan sözleşmelerde olduğu gibi hukuki niteliği (hizmet sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi mi³³) son derece tartış-

³¹ BLECKWENN, s.172.

³² BLECKWENN, s.173.

³³ Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi Roma hukukunda olduğu gibi rızai bir sözleşme olup ücretli olmadığı için bu tür sözleşmelerin İsviçre-Türk hukukunun aksine vekâlet sözleşmesi olmasından ziyade bunun hizmet sözleşmesi olacağı savunulmuştur. Hekimin yaptığı sözleşmenin iş görme sözleşmelerinden biri olan hizmet mi (Alman Medeni Kanunu madde 611 ve devamı) yoksa eser sözleşmesi mi (Alman Medeni Kanunu madde 631 ve devamı) tartışmaları yapılmakta olup doktrinde ağırlık görüş ve mahkeme kararları tarafından bu sözleşmenin iş görme sözleşmelerinden biri olan hizmet sözleşmesi şeklinde olduğudur. Vekalet sözleşmesini düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 662. maddesinde bu sözleşmenin ücretsiz (unentgeltlich) olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrıca Alman hukukunda sırf güzelleştirme amaçlı operasyonlarda bile bu sözleşmenin eser sözleşmesi olmadığı yine hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Doktrin ve mahkeme kararlarındaki gelişmelere paralel olarak 2013 yılında Alman Medeni Kanunu'na eklenen tedavi sözleşmesi başlığını taşıyan 630a maddesi de hemen hizmet sözleşmesinden sonra kanuna eklenmiştir. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 630a maddesinin gerekçesinde de kanun koyucu sırf güzelleştirme amaçlı operasyonların da (röntgen çekimi gibi hususlar hariç) hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Hemen belirtelim ki hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi birbirinden farklıdır. İş sözleşmesinde işçi, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak işi yerine getirmek zorundayken; hizmet sözleşmesinden hizmeti borçlanan taraf belirli bir ücret karşılığında sadece işi özenle yerine getirmeyi borçlanmaktadır. Hizmet sözleşmesiyle eser sözleşmesi arasındaki en önemli fark ise sonu-

malıdır. Vekâlet sözleşmesi Alman Medeni Kanunu'nun 662. maddesi uyarınca ücretsiz olup bu nedenle hekimin yaptığı sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmemiştir. Alman doktrininde ağırlıklı olan görüş ve mahkeme kararları bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır³⁴. Zira eser sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi arasındaki en önemli fark sonucun taahhüt edilip edilmemesidir (Erfolgsversprechen). Tıpta ve teknolojiye gelişmeler yaşansa da veterinerin sonucu taahhüt edecek bir durumda olmadığı belirtilmektedir³⁵. Zira hastalığın tedavisi, öngörülmesi mümkün olmayan olasılıklara bağlıdır. Bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda veterinerin özenli olarak tüm tedavileri yaptığı halde sonuca ulaşamaması durumunda ücret almaya hak kazanamayacağı, başka bir anlatımla sözleşmedeki tüm riskleri veteriner hekimin taşımak zorunda kalacağı belirtilmiştir³⁶. Bunun ise hakkaniyetle bağdaşmayacağı; bu nedenle veterinerin hayvanı özenli, gereği gibi muayene etmesi durumunda ücrete hak kazanacağı

cun taahhüt edilip edilmemesi noktasında yatmaktadır. Sonucun borçlanılması durumunda ortada bir eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise bu sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu tartışılacaktır. Bkz. LÖRZ, s.93; BLECKWENN, s.33.

³⁴ OLG Saarbrücken JuS 1990, s.300 vd; OLG Frankfurt, NJW-RR 199 , s.476; BGH, NJW 1977, s.102 vd; SCHULZE, s.10 vd; FABER, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Peterlang Verlag, Frankfurt am Main Berlin 2004 s.15 vd; KERN, Bernd-Rüdiger/ LAUFS, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1983, s.154; ALTHAUS, Jürgen/GENN, Hermann Josef: Die Kaufuntersuchung des Pferdes – Medizinisch und juristischer Leitfaden, Hannover 2011, s.10 vd; BLECKWENN, s.34; İsviçre Hukuku için FINK, s.12 vd; GOETSCHER, Antoine/BOLLIGER, Gieri: Das Tier im Recht 99 Facetten der Mensch-Tier Beziehung von A bis Z, Zürich: Orell Füssli, 2003, s.185; KINZLER, Juliane: Haftpflichtfälle in der Tierärztlichen praxis Sofortdruck- Center Blasaditsch GmbH § Co KG Augsburg 1981 München, s.35; SPICKHOFF, Andreas: "Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus", VersR 2013, s.268 vd; SCHNEIDER, Angie: "Der Behandlungsvertrag" Jus 2013, s.104; KATZENMEIR, Christian: "Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus in BGB", NJW 2013, s.818.

³⁵ İnsan tıbbı için: PRÜTTING Jens: "Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen – Vertragsrecht" MedR 2011, s.276; KERN, Bernd-Rüdiger/RICHTER Isabell: "Haftung für den Erfolgseintritt? – Die garantierte ärztliche Leistung", in die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin Albrecht Wienke Wolfram H. Eberbach, Hans-Jürgen Kramer, Kathrin Janke (Hrsg), s.139 vd; LÖRZ, Sigrid: Arzthaftung bei Schönheitsoperationen Duncker & Humblot Berlin, 2007, s.74.

³⁶ BLECKWENN, s.34.

belirtilmektedir. Ancak Alman hukukunda sözleşme özgürlüğü olduğu için tarafların dilerse sözleşmenin niteliğini değiştirebileceğini, veterinerin sonucu borçlanabileceği ve bu durumlarda eser sözleşmesinden bahsedileceği belirtilmiştir³⁷. Alman hukukunda mahkeme kararları incelendiğinde nadir de olsa mahkemelerin bazı kararlarında hayvan ameliyatlarının eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁸. Ancak bu kararların Alman Yargıtayı'nın (BGH) insan tıbbına dair geliştirmiş olduğu ilkelere aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. İnsan muayenesini konu alan uyuşmazlıklarda örneğin diş yapımı, kısırlaştırma gibi tıbbi müdahalelerde sözleşmenin eser sözleşmesi değil; hizmet sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği kabul edilmiştir³⁹. Hatta güzelleştirme amaçlı olarak yapılan tıbbi operasyonların bile eser sözleşmesinden ziyade hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir⁴⁰. O halde organizmaları insanlardan çok farklı olmayan, hatta eş yaratılış olarak değerlendirilen hayvanların muayenesini konu alan ameliyatlar dâhil veterinerin bilgi ve becerisi dışındaki faktörlerin çok etkili olacağı, böyle müdahalelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceği savunulmaktadır⁴¹. Ancak özellikle hayvan satışlarında bilirkişi raporunun hazırlanması; hayvanın muayene edilerek varsa hastalıklarının, yaşının, yarış atı olup olmadığı gibi bazı hususların tespit edilmesini içeren raporda veterinerin tedavide bulunmadığı bu nedenle kendi egemenlik alanı dışında bir riskle karşılaşmayacağı savunulmuştur⁴². Bu tip sözleşmelerde veterinerin sonuç borçlandığı ve bunların eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir⁴³.

Alman hukukunda 2013 yılında yapılan değişikliklerle Alman Medeni Kanunu'na 630a-630h maddeleri eklenmiştir. *İşgörme (Hizmet) Sözleşmesi ve Benzeri Sözleşmeler* üst başlığını taşıyan 630a tedavi sözleşmesini düzenlemektedir. Bu madde ve gerekçesi incelendiğinde tedavi sözleşme-

³⁷ BLECKWENN, s.35; LORZ, s.72.

³⁸ OLG Karlsruhe VersR 1982, s.707; LG Hamburg, VersR 1986, s.174.

³⁹ BGH NJW 1975, s.305; OLG Koblenz, NJOZ 2012, 853; STRÖFER, Joachim: "Beratungspflicht" und Haftung beim Sterilisationsvertrag „neue“ Wege im Arzthaftungsrecht?" VersR 1981, s.804.

⁴⁰ LORZ, s.78 vd.

⁴¹ BLECKWENN, s.35 insan tıbbı için: DYWER-HOLIGHAUS, s.57.

⁴² BLECKWENN, s.37; FINK, s.13.

⁴³ BLECKWENN, s.37. FABER, s.16; FINK, s.13 ve 14; GOETSCHER/BOLLIGER, s.186.

sinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla hayvan tıbbını konu alan bu sözleşmenin de aslında hizmet sözleşmesinin bir türü olan tedavi sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi doğru olacaktır.

Ayrıca veterinerin sözleşme görüşmelerinden önce kusurlu olarak sözleşme tarafının zarar görmesine sebebiyet vermesi -örneğin hayvanın herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek sözleşme tarafını oyalaması- gibi durumlarda *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Veteriner hekimle ne zaman sözleşmenin kurulmuş olacağının kabulüne göre bu sorumluluk genişletilip daraltılabilir. Sözleşme tarafının aydınlatılmasından sonra tedaviye rıza vermesi halinde aydınlatma yükümlülüğü *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamına değerlendirilecekken, hayvan sahibiyle veterinerin görüşmesi esnasında genel bir tedavi sözleşmesinin kurulduğu ve aydınlatma yükümlülüğünün bu sözleşmesel ilişkiden doğan bir borç olduğunun savunulması da mümkündür. Kanımızca veteriner hekimle sözleşme tarafı arasında genel bir sözleşme (Grundvertrag) olup veterinerin en temel borcu sözleşme tarafının aydınlatılmasıdır. Sözleşme tarafının da aydınlatılması sonucunda belli bir tıbbi müdahaleye rıza göstererek tarafların hak ve borçlarının ilerletilebileceği gibi dilerse aydınlatılmadan sonra sözleşmeyi genişletmeyeceğinin kabulü isabetli olacaktır.

B. Veteriner Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Veteriner hekimin hayvana müdahalesinde haksız fiilden dolayı sorumluluğu gündeme gelebilir. Taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olmaması -sözleşmenin imkânsızlık, ahlâka aykırılık, şekle aykırılık, tarafların birinin ehliyetsizliği nedeniyle hükümsüz olması- durumunda haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir⁴⁵. Örneğin sözleşme yapma kapsamında verilen rızanın geçerli olamaması, hayvan sahibinin muayenehanede bulunan başka bir hekimle sözleşmeyi yapmasına rağmen sözleşmenin tarafı olmayan başka bir veterinerin hayvana müdahalede bulunması haksız fiil kapsamında değerlendirilir. Ayrıca sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir davranış aynı zamanda haksız fiil de olabilmektedir. Böyle durumlarda haksız fiille sözleşmeden doğan taleplerin birbiriyle yarışacağı ama söz-

⁴⁴ KATZENMEIER, NJW 2013, s.817.

⁴⁵ KATZENMEIER, NJW 2013, s.822; BLECKWENN, s.103 vd. Türk hukuku için bkz. EROL SARIYEV, Ayşe: “Veterinerin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2016 (127), s.273.

leşmenin daha avantajlı olması nedeniyle davacının sözleşmeden kaynaklanan taleplerini ileri süreceği bilinmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Her kim hukuka aykırı olarak bir başkasının yaşamına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne, mülkiyetine ya da diğer haklarına zarar verirse bundan doğacak zararları karşılamakla yükümlüdür*”. Veterinerin müdahalesi Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesi kapsamında dikkate alındığında hayvanlar eşya olmasalar bile hak sahibi olmamalarından dolayı haksız fiilin yaşam, vücut bütünlüğünün bozulması ve kişilik haklarının zedelenmesi kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir⁴⁶. Başka bir anlatımla hayvanlar, hakkın konusu oldukları için veterinerin yaptığı müdahale 823. madde kapsamında mülkiyet hakkı ve diğer haklar kapsamında bir değerlendirilmeye tabii tutulacaktır⁴⁷. Hayvana yapılan müdahalenin hukuka aykırı olması durumunda özellikle hayvan sahibinin mülkiyeti ve ekonomik karar verme özgürlüğünün zedelenmesi kabul edilmektedir. Hayvan üzerindeki zilyetliğin zedelenmesi veya hayvan sahibinin hayvanlarla uğraşısının ticari bir yönü varsa hayvan sahibinin işletmesinin zarara uğratıldığı belirtilmektedir⁴⁸. Örneğin bir hayvana yüksek dozda ilaçların verilmesi durumunda hayvan sahibinin Alman Medeni Kanunu'nun 903. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı kullanma ve yararlanmanın hatta tasarruf etme yetkilerinin zedeleneyeceği belirtilmektedir.

Konumuz açısından ilginç olan husus ise aydınlatma yükümlülüğünün haksız fiil sorumluluğu kapsamında da gündeme gelip gelmeyeceğidir. İnsan muayenesini konu alan durumlarda hastanın yeterince aydınlatılmış olmaması durumunda kişilik hakkının zedeleneyeceği ve kendi kaderini belirleyemeyeceği bu nedenle de haksız fiil sorumluluğunun ve kapsamının tespit edilmesinde aydınlatma yükümlülüğünün son derece önemli olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün haksız fiil kapsamında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda tartışmalar vardır. Doktrinde bir görüş veterinerin haksız fiil kapsamında aydınlatma yükümlülüğünün olmadığını savunmaktadır⁵⁰. Ancak doktrin-

⁴⁶ BLECKWENN, s.112.

⁴⁷ BLECKWENN, s.106 vd.

⁴⁸ BLECKWENN, s.113 vd.

⁴⁹ BLECKWENN, s.123-154.

⁵⁰ BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht“ AUR 2004, s.107, KG, NJOZ 2005, s.4632.

de karşı görüşün de isabetle belirttiği gibi böyle bir kabulleniş 823. maddenin koruduğu hak ve menfaatlara aykırılık teşkil eder. 823. madde kişilik, sağlık gibi hususları dışında hayvan sahibinin mülkiyetini ve ekonomik olarak karar verme hakkını da korumaktadır⁵¹. Ancak burada korunması gereken hukuki menfaatin hayvan sahibinin mülkiyet hakkı ve kullanımı olduğu için insan tedavisi ile karşılaştırıldığında aydınlatma yükümlülüğünün daha az değeri olduğu belirtilmektedir⁵².

Veterinerin sorumluluğu için hukuka aykırı bir davranışı gerekir ve bu davranış ise yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Ayrıca davranış ile korunan menfaatte meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Hekimin sadece özel hukuk normlarına aykırı davranışı değil, Ceza Kanunu, Hayvan Haklarını Koruma Kanunu, Gübreleme Kanunu gibi kanunlara aykırılık teşkil eden davranışı da haksız fiil kapsamında değerlendirilecektir⁵³.

Koşullar gerçeğiştğinde veteriner hekimin kusursuz sorumluluğu da gündeme gelebilir⁵⁴.

⁵¹ BLECKWENN, s.118 vd.

⁵² LG Oldenburg, NJW 1978, s.594; BGH, NJW 1982, s.1905; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61; OLG Celle, VersR 1989, s.640; OLG München, VersR 2005, s.1546; TAU-PITZ, Jochen: “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz“, AcP 196 (1996) s.138 vd.

⁵³ BLECKWENN, s.170 vd.

⁵⁴ Alman Medeni Kanunu’nun 826. maddesinde kasten ahlâka aykırı olarak birine zarar verilmesi düzenlenmiştir. Hekimin bu madde kapsamında sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi veterinerin; emri, gözetimi ve denetimi altına bulunan kişilerin verdiği zararlardan dolayı da adam çalıştıran olarak kusursuz sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu 831. madde) gündeme geleceği belirtilmektedir. Örneğin veteriner hekim bir muayenehanedeki stajyerin ya da tatile gittiğinde yerine bakan başka bir veterinerin verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Veterinerin hayvan tutan olarak kusursuz sorumluluğu da (Alman Medeni Kanunu 833. madde) gündeme gelebilir. Ancak bunun için veterinerin hayvana bakma ve onu tutma gibi borcunun olup olmadığının belirtilmesi son derece önemlidir. Böyle durumlarda genelde veterinerin yapmış olduğu sözleşmenin içeriğine bakılır ve burada hayvanı muhafaza etmekle yükümlü ise hayvanın muayenehaneye gelen diğer kişilere verdiği zararlardan veteriner hekim sorumlu tutulur. Ayrıca veterinerin memur olduğu veya memur olmasa da idare hukukuna giren alanlarda faaliyet göstermesi halinde devletin de veterinerin yapmış olduğu hukuka aykırı eylemlerden kusursuz olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir. BLECKWENN, s.175-181. Türk hukukunda konu hakkında detaylı bilgi için. EROL SARIYEV, s.286 vd. ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu” TAAD 5(16), s.326 vd.

C. Vekâletsiz İş Görme

Veteriner hekimle hayvan sahibi arasında bir sözleşmenin olmadığı durumlarda veterinerin hak ve sorumlulukları, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir. Veterinerin acil müdahalede bulunması, ameliyat esnasında sözleşmenin kapsamının genişletilip hayvana müdahale edilmesi bu kapsam altında değerlendirilmektedir⁵⁵.

III. Veteriner Hekimin Borçlarından Biri Olan Aydınlatma Borcu

A. Genel Olarak

Veterinerin yanlış ve/veya eksik tedaviden sorumlu olmasının dışında aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir⁵⁶. Aydınlatma yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı veterinerin sorumlu olması için bir tedavi hatası ve buna bağlı olarak meydana gelmiş bir zarara gerek yoktur⁵⁷. Gerekli bilgilendirmelerin yapılmaması yeterlidir⁵⁸. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda ayrıca bir tedavi hatasının olduğunun ispatlanmasına gerek olmadığı gibi, veteriner hekim işi gereği gibi yapmış olsaydı bile aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık gündeme gelip zararlardan sorumlu tutulacaktır⁵⁹. Bu özelliği nedeniyle aydınlatma yükümlülüğü davaları ilginç hale getirmektedir. Alman hukukunda uyuşmazlıklarda tedavi hatası olarak adlandırılıp açılan birçok davanın aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilip sonuca bağlanması dikkat çekmektedir⁶⁰.

Veteriner hekimle yapılan sözleşmede hekim sadece kendi bilgi ve tecrübeleriyle hayvanı muayene etmeyi değil; aynı zamanda sözleşme tarafını yeterince aydınlatmayı borçlanmaktadır⁶¹. Veteriner hekim, tedavinin başarı ve riskleriyle, tedaviye bağlı olarak ortaya çıkacak olan masraflar, varsa alternatif tedavi yöntemleri hakkında iş sahibini yeterince bilgilendirir. Veteriner hekim, konu hakkında bilgisi olmayan kişinin te-

⁵⁵ BLECKWENN, s.92 vd.

⁵⁶ FINK s.213; BLECKWENN, s.259 etik açıdan aydınlatma yükümlülüğü için DE-UTSCH, Erwin: "Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes", VersR 1981, s.293 vd.

⁵⁷ KINZLER, s.36.

⁵⁸ KINZLER, s.36.

⁵⁹ BLECKWENN, s.259.

⁶⁰ BLECKWENN, s.259.

⁶¹ FINK, s.213; SCHULZE, s.35.

davinin yapılması veya yapılmamasına tek başına karar verecek şekilde yeterince bilgilendirilmesi halinde borcunu ifa etmiş olur⁶².

Alman Medeni Kanunu'nun 630e maddesinde hekimin aydınlatma borcu düzenlenmiştir⁶³. Aydınlatma borcu gerek insan gerekse hayvan tıbbında son derece önemli olup rızanın verilmesinin en önemli şartıdır. Ancak verilen rıza sonucunda hekim tarafından yapılan müdahale hukuka uygun olacaktır⁶⁴. Hastanın kendi vücudu hakkında özgür iradesiyle tedavi lehine veya aleyhine karar vermesi için tedavisine ilişkin koşullar hakkında yeterince bilgilendirilmesi gerekmektedir⁶⁵. Hayvan tedavisindeki aydınlatma yükümlülüğü ile insan tedavisini konu alan normal hekimlik sözleşmelerindeki aydınlatma yükümlülüğü birtakım farklılıklar içermektedir⁶⁶. Öncelikle iki muayenedeki korunan hukuki menfaatler birbirinden çok farklıdır. İnsan tedavilerinde amaç insan onurunu, insanın yaşama hakkıyla vücut bütünlüğünü korumak olup, hastanın mümkün mertebe bilgilendirilerek kendi yaşamı, geleceği hakkında karar vermesi sağlanmaktadır⁶⁷. İnsan onurunun Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde düzenlenmiş olması hastanın aydınlatılmasında büyük bir öneme sahiptir.

⁶² BLECKWENN, s.262; BGH, NJW 1980, s.1905; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.62.

⁶³ SPICKHOFF, VersR 2013, s.273; SCHNEIDER, JuS 2013, s.106; ADOLPHSEN, Jens: Medizinrecht Münchener Anwalts Handbuch Michael Terbille/Tilman Clausen/Jörn Schroeder-Printzen, Verlag C.H. Beck 2. Auflage 2013, Nr.162. DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte und Transfusionsrecht 7.Auflage Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, Nr.402.

⁶⁴ MÜLLER, Gerda: "Spielregel für den Arzhaftungsprozess", DRiZ 2000, s.262; ADOLPHSEN, Nr.163; FINK, s.208; FABER, s.13; BLECKWENN, s.261.

⁶⁵ DEUTSCH, Erwin: "Das Persönlichkeitsrecht des Patienten," AcP 192 (1992), s.166 vd.; KATZENMEIER, s.324; HART, Dieter: "Grundlagen des Arzhaftungsrechts: Pflichtengefüge", Jura 2000, s.66; BEMMANN, Kai: "Die tierärztliche Aufklärungspflicht", Pferdeheilkunde 2004, s.361; BLECKWENN, s.260 vd; ADOLPHSEN, Nr.163.

⁶⁶ FINK s.215; BGH, NJW 1980, s.1905; BGH, NJW 1982, s.1327 vd; KG Berlin, NJOZ 2005, s.4632; BEMMANN, Pferdeheilkunde 2004, s.361; BEMMANN, Kai: "Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen", VersR 2005, s.760.

⁶⁷ BEPPEL, s.28; BLECKWENN, s.261; HASSNER, Florian A.: "Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und Zivilrechtliche Haftung –Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtsgesetzes", VersR 2013, s.23; TRITTHART, Alexander: "Die Tierärztliche Aufklärungspflicht in Österreich –notwendiges Übel oder Sicherheit für den Tierarzt" WTM 102 (2005), s.254; ADOLPHSEN, Nr.168.

Federal Alman Anayasası'nın 1. ve 2. maddesi hastanın aydınlatılma hakkının anayasal olarak korunmasını sağlamaktadır⁶⁸.

Buna karşın hayvan tedavisini konu alan tedavilerdeyse sözleşme tarafının kaderini belirlemeden ziyade iş sahibinin aydınlatılması ve ekonomik olarak bilgilendirilmesi öne çıkmaktadır⁶⁹. Elbette ki iş sahibinin manevi menfaati de son derece önemlidir. Ama insan tedavisinde çoğu zaman hasta zayıf olup kendi sağlığı hakkında karar vermek zorundayken bu durum hayvan tedavisinde söz konusu değildir. Bu da hastanın durumunu daha zorlaştırmaktadır⁷⁰, buna karşın hayvan tedavisinde durumun bu kadar zor olmadığı savunulmaktadır⁷¹. Bu farklılıklar nedeniyle hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daha azaldığı belirtilmektedir. Alman Yargıtay'ı insan tıbbındaki aydınlatma yükümlülüğünün hayvan tedavisinde doğrudan uygulanmayacağı hususunda kararlar vermiştir⁷². Ancak hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün çeşidi ve içeriği belirlenirken insan tıbbından yararlanacağı ve hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün olamayacağı gibi bir gerekçenin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁷³.

B. Veteriner Hekimin Aydınlatma Borcunun Türleri

Aydınlatma yükümlülüğünde amaç iş sahibinin -ki bu çoğu zaman hayvan sahibidir- yapılacak tedavi hakkında yeterince bilgilendirilip, karar verebilecek durumu gelmesini sağlamaktır. Bu da veterinerin amaçladığı tedavinin başarı şansı ve riskleri hakkında bilgi vermesini gerektirmektedir. Veteriner hekim başka alternatif tedavi imkânları varsa bunlar hakkında da iş sahibini bilgilendirmelidir; bu tedavi yöntemleriyle bağlı olan masrafları da açıklamalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünü çeşitlere ayırarak aşağıda detaylıca açıklamayı uygun bulduk.

1. Teşhis Açıklaması

Hayvan tedavisinde hastalığın diyagnozu/teşhisi hakkında iş sahibine yeterince açıklama yapılması gerekir⁷⁴. Bulgulardan yola çıkılıp söz-

⁶⁸ BLECKWENN, s.261; KATZENMEIER, s.325; ADOLPHSEN, Nr.168.

⁶⁹ FINK, s.215; BEMMANN, s.13; ADOLPHSEN, Nr.166; TRİTTART, WTM 102(2005) s.256.

⁷⁰ FINK, s.208; FABER, s.13.

⁷¹ ADOLPHSEN, Nr.165.

⁷² BGH NJW 1980, s.1905.

⁷³ ADOLPHSEN, Nr.164.

⁷⁴ TRİTTART, WTM 102(2005), s.256; ADOLPHSEN, Nr.171.

leşmenin gereği gibi yerine getirilmesi için teşhis konulması son derece önemlidir. Hastalığın teşhis edilmesi hayvanın hangi hastalığı/hastalıklarının olduğunun açıklanmasıdır⁷⁵. Teşhis hakkında aydınlatma yükümlülüğü insan tedavilerindeki aydınlatma yükümlülüğü ile benzeşse de farklılıklar içermektedir. İnsan tedavilerinde bazen hastayı veya yakınına korumak için teşhis hakkında bu kişilerin bilgilendirilmesi hususunda daha çekingen davranılması mümkündür⁷⁶. Hekimin hastaya ümit vererek hastayı teselli etmesi gerektiği ve teşhisi bildirirken hastayı veya yakınlarını üzecekse bu durumda teşhisin bildirilmesinden vazgeçebileceği savunulmaktadır. Çocuğu kanser olan bir anneye direkt bu teşhisin söylenmesi veya mevcut durumunu daha kötüleştireceği öngörülüyorsa hastaya kanser olduğunun bildirilmemesi buna örnek verilebilir⁷⁷. Veterinerin teşhis hususunda daha açık ve detaylı bir açıklamada bulunmasının gerekli olduğu, ancak hayvan sahibinin hayvana olan duygusal bağı nedeniyle üzülebileceğinin öngörüldüğü nadir durumlarda teşhisi koyup bildirme hususundaki aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daraltılabileceği belirtilmektedir⁷⁸.

2. Gidişat

Birden fazla tedavi yöntemi varsa bu yöntemlerin her biri ve gidişatı hakkında da veterinerin aydınlatma yükümlülüğü vardır⁷⁹. Kişinin alternatif tedavi yöntemlerinden birini gerçek manada seçebilmesi için bu yöntemlerin gidişatı hakkında gereğince bilgilendirilmesi gerekir⁸⁰. Veteriner hekimin tedavi özgürlüğünün olması tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁸¹. Mahkeme kararlarında da veterinerin tedavi özgürlüğünden dolayı bilgilendirme yapmayı tamamen reddetmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir⁸². Tüm olayların özelliği, tarafların menfaatleri, hayvan sahibinin ön bilgileri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır⁸³. Hayvanın ekonomik değeri de önem-

⁷⁵ KATZENMEIER, s.326; ADOLPHSEN, Nr.167; BLECKWENN, s.262.

⁷⁶ FABER, s.20; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.436, 504 vd.

⁷⁷ FABER, s.20.

⁷⁸ BLECKWENN, s.262.

⁷⁹ ADOLPHSEN, Nr.172; FABER, s.20.

⁸⁰ ADOLPHSEN, Nr.172; BLECKWENN, s.263. İnsan tıbbi için bkz. BEPPEL, s.35; FABER, s.20 vd; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.437.

⁸¹ BLECKWENN, s.264.

⁸² BGH, NJW 1980, 1904 (1905); BGH, NJW 1982, s.1328.

⁸³ BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.437.

lidir. Pahalı bir yöntem varsa bu yöntem hakkında da hayvan sahibinin bilgilendirilmesi gerekir. Pahalı yöntemler hakkında bilgilendirilme daha çok ekonomik değeri yüksek olan hayvanlarda gündeme gelir; zira daha pahalı ama daha güvenli bir yöntemin hayvan sahibi tarafından bilinçli olarak talep edilebileceği savunulmuştur⁸⁴. Tedavinin gidişatı hakkında sözleşme tarafının ön bilgisi olması durumunda veteriner hekim tarafından ayrıca bilgilendirilmesine gerek yoktur.

3. Risk

Tedavi gidişatının yansırı bu tedavinin risklerinin de detaylıca açıklanması gerekir⁸⁵. Örneğin bir ata tedavi uygulanması durumunda bu tedavinin risklerinden biri olan atın kısır kalabileceği hekim tarafından açıklanmalıdır. Alternatif tedavi imkânlarının olmadığı durumlarda bile bu tedavinin varsa risklerinden bahsedilmelidir⁸⁶.

4. Veteriner Hekimin İlaç Vermesi ve Reçete Yazması Durumunda Aydınlatma Yükümlüğü

Veteriner hekim verilen/kullanılacak ilaçların yan etkileri ve riskleri hususunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır⁸⁷. Prospektüste yazılandan farklı olarak örneğin farklı dozda ilaç kullanılabaksa daha fazla açıklama yapılması, sözleşme tarafının aydınlatılması beklenmektedir⁸⁸. Bu ilaçların diğer ilaçla olan etkileşimin de açıklanması gerekir⁸⁹. Etinden faydalanan hayvanlarda eğer kullanılacak ilaçlar hayvanın gıda olarak kullanılması özelliğini etkileyecekse bunun da ayrıca belirtilmesi gerekir. Spor ve yarış hayvanlarında verilecek ilaç, uyarıcı (doping) etkisi yaratacaksa ve kullanılmaması gereken yasaklı ilaç listesinde yer alıyorsa bu da açıklanmalıdır. Yarış için kullanılan hayvanlara ilaç verilirken İlaç Kanunu'nun (AMG) 10. maddesini ve ilaç kullanımına ilişkin yürürlükte bulunan diğer kanunları veteriner hekim dikkate almalı-

⁸⁴ BLECKWENN, s.264.

⁸⁵ ADOLPHSEN, Nr.170; BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için bkz. FABER, s.21; HART, Jura 2000, s.66; EISNER, Beat: Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland der Schweiz und den USA, Bern Göttingen, Toronto Seattle 1992, s.64; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.447; OLG Koblenz, MDR 2004, s.881; OLG Koblenz BeckRS 2012, 23072; OLG Hamm NJOZ 2017, s.1248.

⁸⁶ OLG Koblenz, MDR 2004, s.881; BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.448.

⁸⁷ BLECKWENN, s.265.

⁸⁸ BLECKWENN, s.265.

⁸⁹ BLECKWENN, s.265.

dır⁹⁰. Mahkeme bir kararından yasaklı ilaçlar (doping) listesinde yer alan bir ilacı ata verip, diskalifiye olmasına sebebiyet veren ancak bu hususta gereken bilgilendirmeyi yapmayan veterinerin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığını belirtmiştir⁹¹.

5. Kalite Açıklaması

Veteriner hekimin tedavide kullandığı tedavi aletlerinin günün standartlarına uygun olmaması, tedavi için gerekli teçhizatının olmadığı veya hastalığının kendi uzmanlık alanına girmediği hallerde bunu sözleşme tarafına bildirmesi gerektiği savunulmuştur⁹².

6. Ekonomik Aydınlatma Yükümlülüğü

İnsan tedavisinden⁹³ farklı olarak veterinerin hayvan tedavisinde son derece önemli olan ekonomik aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁴. İnsanı konu alan muayenelerde tedavinin ekonomik boyutu üzerinde çok fazla durulmaz. İnsan onuru son derece önemli olup⁹⁵ insanı tekrar hayata bağlamak ve insanın hayata kalmasını sağlamak en önemli amaç olarak kabul edilmektedir. Hayvanlarda ise hayvanın bir an önce sağlığına ve kullanıma kavuşturulması son derece önemlidir. İnsan tıbbında tedavinin maliyeti önemli olmayıp söz konusu masraflar sigorta tarafından karşılanacaktır⁹⁶. Hayvan tıbbında masraflar sigorta tarafından karşılanmamakta olup tedavinin çok uzun süreceği, yapılacak masrafların hayvanın değerinden çok daha fazla olacağı ve hayvanın da sahibi için duygusal olarak çok önemli olmadığı durumlarda genellikle tedavinin yapılmayaca-

⁹⁰ DEUTSCH, Erwin: “Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen“, VersR 1998, s.1056; BLECKWENN, s.265.

⁹¹ LG Dortmund, MedR 2000, s.331.

⁹² BLECKWENN, s.266; TRITTHART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.173. insan tıbbı için bkz. HART, Dieter: Organisationsaufklärung – Zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflichten und ärztlicher Aufklärung“, MedR 1999, s.47 vd. SCHELLING, Philip: “Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen“, MedR 2004, s.422; FABER, s.21; DAMM, Reinhard: “Medizintechnik und Arzthaftungsrecht Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen“, NJW 1989, s.742; SPICKHOFF, VersR 2013, s.274; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.453.

⁹³ Alman Hukukunda sırf güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde ücret sigorta tarafından karşılanmadığı ekonomik aydınlatma LORZ, s.133

⁹⁴ BLECKWENN, s.266 TRITTHART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.174.

⁹⁵ BLECKWENN, s.267; ADOLPHSEN, Nr.172.

⁹⁶ ADOLPHSEN, Nr.174; FABER, s.24; EISNER, s.175.

ğı veya kesileceği savunulmaktadır⁹⁷. Başka bir anlatımla ne olursa olsun hayvanın hayata kalması amaç olarak kabul edilmemektir. Amaç hayvan sahibinin malvarlığının korunması olarak görülmektedir⁹⁸. Bu nedenle insan tıbbından ekonomik aydınlatma yükümlülüğü bir borçtan ziyade külfet olarak değerlendirilirken hayvan tıbbında veterinerin tedavinin ekonomik boyutları hakkında aydınlatma yapmamasının bir borç olduğu savunulmaktadır⁹⁹. Kanımızca ekonomik aydınlatma borcu insan tıbbında külfettir ama hayvan tıbbında borçtur gibi bir genellemeden kaçınılmalıdır¹⁰⁰. Örneğin insan tıbbında sırf güzelleştirme amaçlı operasyonlarda ücret hasta tarafından yani estetik operasyon yaptıracak kişi tarafından ödeneceği için orda da bir borçtan bahsedilir¹⁰¹.

Mahkeme kararlarında ekonomik aydınlatma yükümlülüğü için hayvanın değeri ile tedavi masrafları olmak üzere iki hususun dikkate alındığı görülmektedir¹⁰². Münih Mahkemesi acil bir durum olmaksızın ekonomik aydınlatma yapılmadan müdahale edilmeyeceğini belirlemiştir¹⁰³. Oldenburg Mahkemesi çok düşük bir olasılık olsa bile hayvana estetik ameliyat yapıldığında bununla bağlı riskler hakkında hayvan sahibinin bilgilendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme bunun yapılmaması ve ameliyat sonucunda düşük olasılıklı olan riskin gerçekleşmesi durumunda hayvanın daha ucuz satılacağından değer kaybedeceğinden bahsetmiştir¹⁰⁴. Mahkeme hem tedaviye bağlı riskler hem de tedavinin ekonomik yönü hakkında sözleşme tarafının yeterince aydınlatılmadığını belirtmiştir¹⁰⁵.

C. Veteriner Hekimin Aydınlatma Yükümlüğünün Çerçevesi

Öncelikle aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesi iş sahibinin aydınlatılarak bu tedaviye başlama, başlamama ve sona erdirmeye hususunda

⁹⁷ TRİTTART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.174.

⁹⁸ BGH, NJW 1980, s.1905; ADOLPHSEN, Nr.174.

⁹⁹ ADOLPHSEN, Nr.174.

¹⁰⁰ O halde ekonomik aydınlatma yükümlülüğünün bir borç mu yoksa külfet mi olduğunun değerlendirilmesi yapılırken somut olayın dikkate alınması gerekir. Örneğin veteriner hekim, uzmanlık alanına girmeyen bir hastalıktan dolayı hayvanı başka bir veteriner hekime de gönderirse sonraki tedavinin masraflarını, ekonomik boyutlarını bilmediği kabul edilip aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı ileri sürülemez.

¹⁰¹ LORZ, s.133.

¹⁰² ADOLPHSEN, Nr.175.

¹⁰³ OLG München, VersR 2005, s 1546.

¹⁰⁴ OLG Oldenburg, NJW 1978, s 594.

¹⁰⁵ OLG Oldenburg, NJW 1978, s.594.

bilgilendirilmesini kapsar. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her olayın özelliğine göre değişse de insan tıbbından farklı olarak özellikle ekonomik hususlarla ilgili konularda hayvan sahibinin daha fazla bilgilendirilmesi ve bu hususta soruları varsa sözleşme tarafının aydınlatılmasını içerir¹⁰⁶. Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı atların özellikle yarış atı olarak kullanılması, satımında genelde veteriner hekimden bilirkişi raporunun istenmesi gibi davalar çerçevesinde geliştirilmiştir¹⁰⁷.

1. Genel Bir Aydınlatma Yükümlülüğü

Mahkeme kararlarına göre, planlanmış müdahalenin başarı ve riskleri hakkında bilgi verilmesi, iş sahibin genel olarak muayene hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Burada genel bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedildiği için az uygulanmış olan bir metot hakkında daha az bilgi verilecektir¹⁰⁹. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken hayvanın fiyatı, tedavinin riskleri ve başarı ihtimali, başka tedavi imkânlarının olup olmadığının dikkate alınması gerekir¹¹⁰. Gerek aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı gerekse çeşitlerinde hayvanın ekonomik değerinin çok önemli olduğu ve korunan hukuki menfaatin hayvan sahibinin ekonomik menfaati olduğu kabul edilmektedir¹¹¹. Hayvanın her zaman değerinin dikkate alınacağını kabul edilmesi kanımızca son derece yanlıştır. Hayvanın değeri kavramını ekonomik değeri değil de manevi değeri olarak geniş yorumlayıp, bilgilendirme yapılırken hayvan sahibi ile hayvanın duygusal bağının dikkate alınması daha isabetli olacaktır.

Belirtmeliyiz ki alışagelmış olmayan yöntemler, hayvana zarar vermeyip fayda sağlayacağı hususunda yeterince bilgi varsa kullanılabilir.

2. Objektif Bilgi Verme Yükümlülüğü

Somut olayın özelliği dikkate alınarak aydınlatma yükümlülüğünün yapılması gerektiği kabul edilmişse de, insan tıbbına nazaran veterinerin

¹⁰⁶ ADOLPHSEN, Nr.176 insan tıbbı için bkz. DYWER-HOLIGHAUS, s.82 vd.

¹⁰⁷ Belgelerdirme yükümlülüğü için bkz. BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, Pferdeheilkunde 2004, s.353.

¹⁰⁸ BGH, NJW 1980, s.1905; OLG Celle, NJW-RR 1989, s.539; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61; OLG München VersR 2005, s.1546, OLG Celle, NJW-RR 2011, s.1357

¹⁰⁹ BEMMANN, Pferdeheilkunde 2004, s.361.

¹¹⁰ FINK, s.222.

¹¹¹ FINK, s.15.

daha genel ve objektif bir açıklama yapabileceği belirtilmiştir¹¹². “Mantıklı bir hayvan sahibinin” karar alması için gereken miktarda açıklama yapılmasından yola çıkılmaktadır¹¹³. İnsan tıbbında hekimin hastaya genel bilgiler vermesinin yeterli olduğunu, risk oranı düşükse bunu açıklamaya gerek olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Riskler küçük de olsa hastanın mutlaka bilgilendirilmesi söz konusudur¹¹⁴. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğü daha genel olup, oranlara bağlı olarak ifade edilmektedir. Uygulanacak bir tedavinin riskleri azsa mantıklı düşünen bir hayvan sahibinin de bu oranlardan hareket edeceği ve bu düşük riskleri dikkate almayacağı, bu nedenle veterinerin bu küçük riskler hakkında açıklamada bulunmasına gerek olmadığı belirtilmiştir¹¹⁵. Ancak önceden tespit edilmiş, her olaya göre değişmeyen bir orandan bahsetmek mümkün değildir. Olayın özelliğine, hayvanın değerine bakılmasının son derece önemli olduğu savunulmaktadır¹¹⁶. Mahkeme kararlarında bazı olaylarda risk oranı düşük olsa da veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiştir. Mahkemeler bazı kararlarında %0,9 ölüm ihtimalinin olduğu durumlarda¹¹⁷ aydınlatma yükümlüğünü kabul etmişken, hamile atlarda % 0, 0001 bağırsak delinme halinde veterinerin aydınlatma yükümlülüğü olup olmadığı hususunda kesin bir sonuca varmamışlardır¹¹⁸. Mahkemeler %50 ölüm olan olaylarda veterinerin kesinlikle aydınlatma yükümlülüğü olduğunu kabul etmişlerdir; çünkü bu hallerde hasta sahibinin bu oranlardan yola çıkacağını vurgulamışlardır¹¹⁹. İş sahibinin tedavi için gerekli olan hususlarda genel bilgilendirilmesinin yeterli olacağı, bu nedenle küçük risklerin belirtilerek iş sahibinin korkutulmasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Hayvan tıbbında küçük, önemsiz ve riskleri olmayan tedavilerde aydınlatma yükümlülüğü daha teorik kalmaktadır¹²⁰.

Veteriner hekimin tedavi hataları olursa hangi risklerin doğacağından bahsetmesine gerek yoktur; tam tersi tedavinin gereği gibi özenli bir

¹¹² ADOLPHSEN, Nr.178.

¹¹³ Bu kavram için bkz. FINK, s.218; BLECKWENN, s.273.

¹¹⁴ DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.456.

¹¹⁵ FINK, s.218; OLG Hamburg, VesR 1989, s.868; KINZLER, s.37.

¹¹⁶ ADOLPHSEN, Nr.194.

¹¹⁷ OLG München, VersR 2005, s.1547 vd.

¹¹⁸ OLG Celle, NJW-RR 1989, s.540.

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61.

¹²⁰ BLECKWENN, s.274.

şekilde yapılması halinde ortaya çıkacak riskler hususunda bilgilendirilme yapılmalıdır¹²¹.

Alman mahkemeleri tarafından herkesçe bilinebilen olaylar hakkında da aydınlatmanın yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmiştir¹²². Örneğin ameliyattan sonra dikişlerin açılması gibi konularda bilgi verilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir¹²³. Alman Yargıtay'ı narkozu ve etkilerini bilinen bir olay olarak değerlendirmektedir¹²⁴. Ancak mahkemenin bu kararı doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır. Buna göre narkozun insanlardaki etkisi ile hayvanlardaki etkisi aynı değildir¹²⁵. Örneğin birçok at narkozdan değil de narkoz sonrası ayılma anında ürküp kaçmaya çalışması sırasında yaralanmaktadır. Narkozun hayvanlardaki etkisi daha farklı olabilir. Münih Mahkemesi bir kararında atlara narkoz verilmesi durumunda atların narkoz sonrasında kaçıp yaralandıklarını ve böyle durumlarda atların %0,9 oranında öldüklerine dikkat çekmiştir¹²⁶. Dolayısıyla hayvan sahibinin sadece narkozun etkisini bilmesinin yeterli olmadığı, aynı zamanda narkozun etkisinin o hayvanda nasıl olduğunu hususunda bilgilendirilmesi gerekir¹²⁷.

3. Olası Risklerin Anlatılması

Veterinerin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında belirlenirken sadece bir riski değil, doğabilecek diğer riskler hakkında bilgi vermesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁸. Örneğin narkoz verilecekse sadece narkozun değil; narkoza bağlı olarak hayvanda meydana gelen değişimin, açıklanması gerekir¹²⁹. Ürkek bir hayvanın (atın) narkozdan sonra uyanması durumunda kaçmaya teşebbüs etmesi ve aslında çoğu yaralanmaların kaçmaya çalışırken oluştuğunun belirtilmesi son derece önemlidir. Riskler sadece tedavi konusu olan hayvan dikkate alınarak değil, bütün koşulların dikkate alınarak açıklanması gerekir. Örneğin bir koyunun hastalığı bulaşıcı ise bunun tüm sürüyü etkileyeceğinin belirtilmesi gerekir. Amaç sözleşme tarafını ekonomik olarak olumsuz etkilemesini engellemektir.

¹²¹ BLECKWENN, s.274.

¹²² ADOLPHSEN, Nr.189.

¹²³ ADOLPHSEN, Nr.189 ve 190.

¹²⁴ BGH, NJW 1980, s.1905.

¹²⁵ TRITTHART, WTM 102(2005), s.261.

¹²⁶ OLG München, VersR 2005, s.1547 vd.

¹²⁷ TRITTHART, WTM 102(2005), s.261.

¹²⁸ OLG Düsseldorf, VersR 1992, s.206.

¹²⁹ TRITTHART, WTM 102(2005) s.261.

Kısırlaştırma gibi hususlarda mahkemeye göre aydınlatma yükümlülüğü son derece önemlidir¹³⁰. Kısırlaştırma ayakta yapılırsa bile riskli ama bilinen bir yöntemdir. Daha az riskli metotlarla kısırlaştırma yapılıyorsa bunların her birinin yarar ve zararları sözleşme tarafının karar vermesini sağlayacak şekilde verilmelidir.

Sözleşme tarafının¹³¹ bireysel soruları yoksa genel olarak aydınlatılması yeterli bulunmaktadır. Ancak sözleşme tarafının tedavi konusunda ne kadar bilgi sahibi olduğunun ve verilen bilgileri doğru anlayıp anlamadığının kontrolünün de önemli olduğu belirtilmektedir. Örneğin bir atın yarış atı olup olmadığının tespiti ve verilecek ilacın¹³² buna göre verilmesi son derece önemlidir. Önemli ve öğrenmek istediği hususlarda sözleşme tarafının sorular sorarak bilgi alması gerektiği belirtilse de bazı durumlarda hekimin soru sorması ve buna göre aydınlatma yükümlülüğünü ifa etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hayvan belirli, bilinen bir hastalığı nedeniyle tedaviye getiriliyorsa bu durumda hastalık hakkında hayvan sahibinin bilgisi olduğu varsayılır¹³³. Ancak böyle durumlarda bile veterinerin dikkatli olması gerekir çünkü hayvan sahibinin hastalığa ilişkin yanlış bilgisi varsa veya başka tedavi yöntemlerinden habersizse bu hususlar hakkında aydınlatma yükümlülüğünün devam edecektir. Sözleşme tarafının daha önceden tedavi hakkında veteriner hekim tarafından aydınlatılmış olunması halinde yenden bir aydınlatma yükümlülüğüne gerek yoktur. Tedavi veya sonucu hakkında hayvan sahibinin yanlış bir tasavvura sahip olduğu anlaşıyorsa, başka bir yöntem ortaya çıkmışsa veya alternatifler hakkında sözleşme tarafının bilgisi olmadığı anlaşılmışsa veterinerin aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Ancak sözleşme tarafının ön bilgisi olduğu varsayımından yola çıkılarak hekimin aydınlatma¹³⁴ yükümlülüğünün olmadığını belirtilmesi son derece eleştirilmiştir. Veterinerin bunu bahane ede-

¹³⁰ ADOLPHSEN, Nr.193.

¹³¹ Bu çoğunlukla hayvan sahibi olmaktadır,

¹³² Doping ve ilaçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. TRITTHART, Alexander: "Tierärztliche Aufklärungspflichten bei der Behandlung von Pferden –Status quo", Sachverständige Heft 4/12, s.205 vd. Bunu dikkate almadan ve bu hususta sorular sormadan yazdığı ilaç sonucunda hayvan diskalife olursa doğacak zararlardan hekimin sorumlu olduğu Alman mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. LG Dortmund, MedR 2000, s.331.

¹³³ BLECKWENN, s.287.

¹³⁴ BLECKWENN, s.287 vd.

rek aydınlatma yükümlülüğünden kurtulamayacağı belirtilmiştir¹³⁵. Sözleşme tarafının tedavi hakkında ön bilgisi olsa bile veteriner hekim yönelttiği sorularla bilginin ne düzeyde olduğunu anlayıp yanlış ve/veya eksik bir bilgi varsa bunları gidermekle yükümlüdür. Hayvan sahibinin belirli bir metodu istemesi o hususta bilgili olduğu anlamına gelmeyeceği isabetle belirtilmiştir¹³⁶. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden bazı durumlarda ise sözleşme tarafının birlikte kusurundan bahsedilebilir¹³⁷. O halde sırf sözleşme tarafının bilgisi olduğundan yola çıkılarak aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılmamalı ve aydınlatmaya ihtiyacı olup olmadığının da titizlikle belirlenerek gereken aydınlatma yapılmalıdır¹³⁸.

D. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yöntemi

1. Aydınlatmayı Yapacak Kişi

İnsan tıbbında açıklamayı yapan kişinin mutlaka hekim olması gerekir¹³⁹. Hastanede ve klinikte çalışan diğer kişilerin (hekim olmayan) aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi söz konusu olmaz¹⁴⁰. Bu durumun hayvan tıbbında insan tıbbındaki kadar katı uygulanmayacağı belirtilmektedir¹⁴¹. İnsan tıbbından farklı olarak aydınlatma borcunu veterinerin bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği hususu tartışılmaktadır. Ekonomik risklerin bir temsilci tarafından açıklanmasında bir sorun olmadığı, bunun hastane personeliyle yapılabileceği savunulmaktadır¹⁴². Uygulanacak tedavi, diğer tedavi imkânlarıyla risklerin açıklanması uzmanlık ve bilgi gerektireceği için bu durumlarda aydınlatma yükümlülüğü daha önce temsilci aracılığıyla yapılmış olursa da veterinerin tedaviden önce bu açıklamanın içeriğini teyit ederek ve sözleşme tarafının, varsa başka sorularını da cevaplandırarak ancak aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirecektir¹⁴³.

¹³⁵ BLECKWENN, s.287.

¹³⁶ BLECKWENN, s.291

¹³⁷ OLG Celle, NJW-RR 1989, s.540.

¹³⁸ ADOLPHSEN, Nr.207.

¹³⁹ DYWER-HOLIGHAUS, s.95; KERN/LAUFS, s.193; KERN, Bernd –Rüdiger: “Die Selbstbestimmungsaufklärung unter Beziehung des nichtärztlichen Pflegepersonals in Ärztliches Handeln Verrechtlichung eines Berufsstandes“, FS für Weißauer zum 65. Geburtstag, 1986, s.71 vd.

¹⁴⁰ BLECKWENN, s.291.

¹⁴¹ BLECKWENN, s.291.

¹⁴² BLECKWENN, s.291.

¹⁴³ BLECKWENN, s.292.

Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü bizzat kendisinin yapmadığı durumlarda hem Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesi uyarınca hem kusursuz sorumluluk hâlelerinden biri olan adam çalıştırmanın da sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁴⁴.

2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yapılacağı Kişi

Aydınlatma yükümlülüğü sözleşme tarafına yapılır, bu genelde hayvan sahibidir¹⁴⁵. Bu nedenle Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğü açıklanırken hayvan sahibi dikkate alınarak açıklamalar yapılmaktadır¹⁴⁶. Ancak hayvan sahibinin her zaman sözleşmenin tarafı olamayabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Hayvan sahibi bazen sözleşme yapma hususunda başka bir kişiye temsil yetkisi verebileceği gibi, bazen hayvan sahibi olmadan acil olarak hayvana müdahale edilmesi gereken durumlar olabilir¹⁴⁷. Hayvanın zilyedi de veteriner hekimle böyle bir sözleşme yapabilir.

3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Zamanı

Aydınlatmanın tedavi başlamadan önce yapılması gerekir¹⁴⁸. Hayvan sahibi müdahaleyi düşünüp, baskı altında kalmadan karar verebilmelidir. İnsan tıbbında müdahaleyle aydınlatma arasında makul bir sürenin mutlaka bulunması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁹. Aydınlatma yükümlülüğünün zamanı insan tıbbında son derece önemlidir¹⁵⁰. Zira birey Federal Alman Anayasası'nda koruma altına alınmış olan kendi kaderini belirleme durumuyla karşı karşıyadır. Ancak çok acil durumlarda aydınlatma yükümlülüğüyle müdahalenin aynı anda yapılabilmesi belirtilmektedir¹⁵¹. Aydınlatma yükümlülüğünün zamanı hayvan tıbbında bu kadar sıkı kuralara bağlanmamıştır¹⁵². Elbette ki burada da sözleşme tarafının müdahale-

¹⁴⁴ BLECKWENN, s.292.

¹⁴⁵ FINK, s.224; SCHULZE s.36 vd.; BLECKWENN, s.292.

¹⁴⁶ SCHULZE, s.36.

¹⁴⁷ BLECKWENN, s.293.

¹⁴⁸ FINK, s.223.

¹⁴⁹ DYWER-HOLIGHAUS, s.80 vd.

¹⁵⁰ FABER, s.26; HART, Jura 2000, s.67; DEUTSCH, NJW 1979, s.1907; BGH, NJW 2003, s.2012 özellikle BGH, NJW 1994, s.3009 özellikle 3010; FINK, s.180; EISNER, s.160; WIEGAND, s.157

¹⁵¹ HART, Jura 2000, s 67; FABER, s.26.

¹⁵² ADOLPHSEN, Nr.219.

den önce yeterince bilgilendirilmesi gerekir; riskler tedavi esnasında öğrenilmemelidir¹⁵³.

4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli

Aydınlatma yükümlülüğünün şeklinin insan tıbbında formalitelerden uzak, hasta ve hekim arasında olmasının gerektiği kabul edilmiştir¹⁵⁴. Doktrinde insan tedavisinde hastanın sadece yazılı bir şekilde aydınlatılmasının yeterli olmayacağı belirtilmiştir¹⁵⁵. Hasta; önceden hazırlanmış resim, şekil gibi görseller yardımıyla daha fazla aydınlatılabilir ama burada kastedilen sırf hastaya yazılı formların verilmesi ve sözlü açıklamaların yapılmaması durumunda hastanın gerektiği gibi aydınlatılmadığıdır¹⁵⁶. Hekimin hastayla konuşması ve hastanın varsa sorularını sorması, bu sorularına yanıt bulması son derece önemli görülmektedir¹⁵⁷. Hastanın soruları olmasa bile hekimin hastaya güvenli bir konuşma ortamı sunması şarttır¹⁵⁸.

Veteriner hekimin ise sözlü veya yazılı açıklamada daha serbest olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁹. Ancak özellikle riskli müdahalelerin olduğu durumlarda sözlü aydınlatma yapılmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Sözleşme tarafının yazılı olarak aydınlatıldığı durumlarda yazılı açıklamaları anlayıp anlamadığını belirlenmelidir¹⁶⁰. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü yazılı olarak yaptığı durumlarda hayvan sahibinin sorularını yanıtlaması son derece önemlidir. Bunlar olmaksızın hayvan sahibinin yeterince aydınlatılmasından bahsedilmez. Özellikle ekonomik değeri yüksek olan hayvanlarda, hayvan sahibin yazılı açıklamayı anlayıp anlamadığının da denetlenmesine önem verilmektedir¹⁶¹.

İnsan tıbbında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün daha ağır olduğu ve veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün bu kadar ağır olmasına gerek

¹⁵³ BLECKWENN, s.293. Kararlar için bkz. BGH, NJW 1982, s.1328; OLG Zweibrücken, VersR 1996, s.1031.

¹⁵⁴ DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.493.

¹⁵⁵ BGH, NJW 2000, s.1787; EISNER, s.68; FINK, s.163; DYWER-HOLIGHAUS, s.73; TRITTHART, WTM 102(2005), s.258.

¹⁵⁶ BEPPEL, s.40; BGH, NJW 1985, s.1399.

¹⁵⁷ DYWER-HOLIGHAUS, s.78.

¹⁵⁸ EISNER, s.68; FABER, s.27; FINK, s.163; DYWER-HOLIGHAUS, s.78.

¹⁵⁹ SCHULZE, s.37.

¹⁶⁰ TRITTHART, WTM 102(2005), s.258.

¹⁶¹ BEPPEL, s.41 vd; BGH, NJW 1992, s.235;

olmadığı belirtilmiştir¹⁶². Örneğin veterinerin sözleşme tarafını telefonla arayıp bu yolla da aydınlatılabileceğinden bahsedilmektedir¹⁶³. Yazılı olarak aydınlatma yükümlülüğünün yapıldığı durumlarda tedavi görecektik hayvanın özellikleri dikkate alınarak ek açıklamalar yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bir at kısırlaştırılacaksa buna ilişkin verilmiş yazılı aydınlatma bilgilerinin dışında atın yaşı ve benzeri konuların dikkate alınarak ek bir açıklama yapılmasının daha doğru olacağı savunulmuştur¹⁶⁴.

Veteriner hekim bir sorunla karşılaşmamak ve daha emin olmak adına bazen sözlü aydınlatmanın yanı sıra yazılı bir aydınlatmada bulunabilir. Hayvan sahibinin sözlü olarak aydınlatıldığı, ameliyata alınacak hayvanın aç getirilmesi hususunda sözlü bilgilendirme yapıldığı durumlarda gerekirse durumun yazılı olarak hatırlatılmasının hakkaniyetli olacağı kabul edilmektedir. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün yollarını seçerken özgürlüğünü iş sahibinin soru sorma ve sorularına cevap alma hakkıyla sınırlanmaktadır. Yazılı açıklamanın ardından kademeli olarak aydınlatılmanın yapılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir¹⁶⁵.

Aydınlatma yükümlüğü yerine getirilirken kullanılan formların, genel işlem şartı kontrolüne tabi tutulup tutulmayacağı tartışılmaktadır¹⁶⁶. Doktrinde aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmenin içeriğini ve şartını oluşturmadığı, tarafların önce sözleşmeyi yapıp daha sonra aydınlatma yükümlülüğünün gündeme geleceği, bu nedenle genel işlem şartlarına ilişkin denetimin yapılmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁷. İnsan tedavisinde genel işlem şartlarında sabit formların kullanılmasının kesinlikle kabul edilemeyeceği savunulmaktadır; zira hekimin hastayla direkt konuşup, hastayı çok özel küçük olasılıklar hakkında bilgilendirmesi gerekir. Ancak karşı görüş aydınlatmanın sözleşmeden kaynaklanan bir borç olup GİŞ' in amacının zayıf olan sözleşme tarafını korumak olduğunu, bu tip sözleşmelerde hastanın veya hayvan sahibinin karşı tarafa kıyasen daha zayıf, korunmaya muhtaç olduğunu belirtmiştir. Doktrinde haklı olarak şaşırtıcı olan konuların, açıklamaların genel formlarla yapılması halinde bunların içeriklerinin

¹⁶² BLECKWENN, s.295.

¹⁶³ FINK, s.223; BGH, NJW 1982, s.1327.

¹⁶⁴ BLECKWENN, s.293.

¹⁶⁵ BLECKWENN, s.296. İnsan tıbbında kademeli açıklama için FABER, s.28.

¹⁶⁶ Andreas SPICKHOFF, Andreas/SEIBL, Maximilian: "Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal", NZS 2008, s.61.

¹⁶⁷ BLECKWENN, s.293.

denetleneceğinin kabul edilmesi son derece isabetlidir. Doktrinde sözleşme tarafının yeterince aydınlatıldığına dair imzasının yeterli olmadığı, bu hususun Alman Medeni Kanunu'nun 309. maddesi No 12b uyarınca denetime tabii tutulacağı belirtilmektedir¹⁶⁸.

E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN İSPATI VE ZARARIN TESPİTİ

İnsan tıbbında hastanın yeterince aydınlatılmamış olması durumunda verilen rızanın geçersiz olacağı kabul edilirken hayvan tıbbında bunun böyle olmadığı kabul edilmektedir. İnsan tıbbında davacı yeterince aydınlatılmadığını belirtirken hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğini ispatlaması gerekir, ancak hayvan tıbbında davacı lehine kolaylaştırıcı bir ispat yükü bulunmadığı savunulmaktadır¹⁶⁹. İnsan tıbbında kişinin kendi kaderini belirleme hakkı vardır. Bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünde birtakım eksiklikler olsa bile mantıklı bir hastanın bu tedaviyi reddedemeyeceği belirtilemez¹⁷⁰. Hayvan tıbbında rızada mantıklı hayvan sahibi dikkate alınmaktadır¹⁷¹. İş sahibinin; hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı bir durumunu tespit etmesi, bu aydınlatma yükümlülüğündeki eksiklikler olmasaydı mantıklı düşünen bir iş sahibi olarak tedaviyi kabul etmeyeceğini ve zararlarının ispatı son derece zordur. Bu nedenle doktrinde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık halinde hayvan tıbbında da ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği savunulmuştur. Alman Yargıtay'ının 2012¹⁷² yılında banka ile yatırımcı arasındaki kararının örnek alınabileceği savunulmaktadır. Buna göre banka bir yatırımcıyı yeterince aydınlatmamıştır ve burada genel mantıklı bir yatırımcının davranışından bahsedilmemiştir¹⁷³. Birden fazla alternatifin olduğu yerde yatırımcının gereği gibi aydınlatılması halinde başka kararlar alabileceği ve zararın doğduğuna dair verilen kararının hayvan tıbbında da uygulanabileceği, buradaki amacın hayvan sahibinin ekonomik menfaatini korumak olduğu

¹⁶⁸ BLECKWENN, s.298.

¹⁶⁹ BGH, NJW 1982, s.1327; KG Berlin, NJOZ 2005, s.4633; OLG München, VersR 2005, s.1547 vd

¹⁷⁰ BLECKWENN, s.302.

¹⁷¹ OLG München, VersR 2005, s.1548; OLG Hamm, NJW-RR 1996, s.737.

¹⁷² BGH, NJW 2012, 2427 (2430) Karar için detaylı bilgi için bkz. SCHWAB, Martin: "Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypotetischen Entscheidungsmöglichkeiten", NJW 2012, s.3274 vd.

¹⁷³ BLECKWENN, s. 305.

belirtilmiştir¹⁷⁴. Tedavi hatasının olmadığını veterinerin ispatlamasına ilişkin 2015¹⁷⁵ tarihli karar kanımızca aydınlatma yükümlülüğü için de uygulanacaktır; zira Alman Medeni Kanunu'na 2013 yılında eklenen 630h maddesi tedavi sözleşmelerinde ispat yükünü düzenlemiş olup bunun hayvan tedavisinde uygulanması doğru olacaktır ve mahkemelerin de bu yönde karar vermesi son derece sevindiricidir¹⁷⁶.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Hayvan haklarına ilişkin 1950'li yıllarından başlayarak günümüzde artarak devam eden bir gelişme yaşanmıştır. Alman hukukunda çıkarılan Hayvanları Koruma Kanunu'nu Avrupa Birliği yönergelerinin iç hukukuna aktarılmasını sağlamak amacıyla birçok kez değiştirilmiştir. Roma hukuku hatta Hammurabi kanunlarında hayvanın ekonomik değeri olan bir eşya olduğu ve hayvan sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında korunması gerektiğine ilişkin fikirlerde bir adım daha öteye gidilmeye çalışılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi artık hayvanların eşya olmadığını belirtirken, Federal Alman Anayasası'nın 20a maddesinde hayvanların ve hayvanların yaşam alanlarının korunması gerektiği belirtilmiştir. Diğer ülkelere kıyasen Federal Alman Anayasası'nın 20a maddesinde hayvanların korunması gerektiği belirtilse de bu maddenin devlete ödev yükleyen bir madde olduğu ve bu maddeden yola çıkılarak doğrudan hak talebinde bulunulamayacağı belirtilmiştir.

Hayvanların eşya olmadığı Alman Medeni Kanunu'nda yer alsa bile hak öznesi ve hakkın konusu olarak yapılan ayırmada Roma hukukunda olduğu gibi hayvanların hak konusu olduğu ve üzerinde mülkiyet hakkı iddia edilen varlıklar olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bünyesine uygun düştüğü ölçüde eşyalara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Hayvan haklarında meydana gelen bu değişimler ve kanun koyucunun hayvanı artık bir eşya olarak değerlendirmemesi son derece önemlidir. Ancak doktrinde bu düzenlemelerin yeterli olmadığı hayvanların daha fazla korunması için insanların hayvanların sahibi değil; adeta birer vasisi olarak değerlendirilmesi ve bu yolda düzenlemeler yapılarak daha fazla korumanın sağlanmasından bahsedilmiştir¹⁷⁷. Bir taraftan hayvan haklarından bahsederken diğer yandan hayvanlara hala birer eşya gibi

¹⁷⁴ BLECKWENN, s.305.

¹⁷⁵ BGH BeckRS 2016ö 11507.

¹⁷⁶ 630a ve devamı maddelerin uygulanabilirliğine dair OLG München 2006, 115075.

¹⁷⁷ VON LOEPER/REYER, ZRP 1984, s.208; GRUBER, s.167.

davranmak Krijnen'in belirttiği gibi çelişkili bir davranıştır¹⁷⁸. İnsanlar hem eş yaradılışı olan hem de dünyayı paylaştıkları (hatta ev arkadaşlığı) canlılara karşı daha fazla sorumluluk, yükümlülük altındadırlar. Bu yükümlüklerin mutlaka yasalarda çok detaylı yazılmasına gerek yoktur.

Ahlâken insanların hayvanlara karşı sorumlu olduklarının kabul edilmesi son derece önemlidir. İnsan yaşadığı dünyayı paylaştığı kişilere karşı sorumluluk altındadır. Belki hayvanlar düşünen ve bunu dile getirebilen varlıklar değildir; ama acı çekebilen, aslında ölmek veya acı çekmek istemediği hususundaki arzularını sözle olmazsa bile dile getiren varlıklardır. Hayvanların da menfaatleri vardır. Menfaat acı çekebilme ve sevinme yeteneği olarak tanımlanmıştır¹⁷⁹ ve bu noktada insanlarla hayvanların menfaati çatıştığında hayvanların arka plana atılmaması gerekmektedir. Bu da insanın hayvanlarla olan ilişkilerinde bir değişikliğe gidilmesini bize gösterir. İlk aşamada insanların kendini kontrol altına alıp daha fazla istememesi sonraki aşamada hayvanlara karşı daha özenli ve titiz davranmaları son derece önemlidir¹⁸⁰. Bu nedenle veteriner hekimin hayvana tıbbi müdahalede bulunurken sadece hayvan sahibinin ekonomik menfaatinini değil; hayvanın da menfaatinin dikkate alarak aydınlatma yükümlülüğünü ifa etmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hayvan tıbbının insan tedavisine kıyasen daha az geliştiği ve insan tıbbında geliştirilen birçok ilkenin doğrudan hayvanların tedavisine uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bu kabulün sebeplerinden biri insan onurunun ve insanın kendi kaderini tayin etme hakkının anayasalarda yer alan ve korunması gereken birer ilke olmasıdır.

Son yıllarda hayvan tıbbında hayvanların korunmasını dikkate alan prensiplerin geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Özellikle de veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa bu yükümlülüğün sınırları, çeşitleri üzerinde durulmuştur. Bu konu hakkında bazı hukuk sistemlerinde çok fazla araştırma yapılmazken, Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü nasıl ne şekilde yerine getireceği, aydınlatma yükümlülüğünün türleri ve kapsamı hakkında verilmiş olan kararların bulunması son derece sevindiricidir.

¹⁷⁸ KRİJNEN, s.97 vd.

¹⁷⁹ HERZBERG, s.35

¹⁸⁰ HERZBERG, s.38.

Hayvan tedavisinde de veteriner hekim, sözleşme tarafını aydınlatma ile yükümlüdür. Tedaviye bağlı riskler ve alternatif tedavi yöntemi hususunda hayvan sahibinin bilgilendirilmesi halinde gerçek bir rızadan bahsedilecektir. Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün amacı, kapsamı ve çeşitleri dikkate alınırken özellikle de hayvanın ekonomik değerine çok önem verilmesi, bilgilendirilme yapılırken küçük risklere değinilmesine gerek olmadığına belirtilmesi, “mantıklı düşünen bir hayvan sahibinden” bahsedilmesi maalesef hayvanların hala bir eşya olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Ancak hayvan sahibi ile hayvan arasında duygusal bir bağ olduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının biraz daha genişliğinden bahsedilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün daha genel yapılması ve illa da sözlü yapılmaması insan tıbbına nazaran daha kolay, basit formlarla yapılabileceği kabul edilmektedir.

Hayvan haklarının gelişimi için hayvanları koruyucu kanunlaştırma çabalarının özellikle de kamuya, idareye hayvanları koruma görevini yükleyen yasallaştırma faaliyetlerinin yansısı hayvanların özel hukuk ilişkilerinde de korunması gerektiği, ancak bu yöntemle gerçek anlamda hayvan haklarında gelişmelerin, değişmelerin olacağını savunmaktayız. Bu nedenle veteriner aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken sadece hayvanının değerinden yola çıkılmamalıdır. Küçük risklerin bile sözleşme tarafına bildirilmesi, sözleşme tarafının sorularını veteriner hekime sorabileceği güvenli bir ortamında sunulması gerekir. Önceden hazırlanmış formların sözleşme tarafına imzalatılması durumunda bunlar genel işlem şartları kontrollerine tabii tutulmalıdır. Alman Medeni Kanunu’na 2013 yılında eklenmiş olan 630a ve devamı maddeleri dikkate alındığında hekimlerin aydınlatma yükümlülüğü, arşivleme gibi borçlarının düzenlendiği ve ispat yükümlülüğünün hekimde olduğu görülecektir. Bunların hayvan tıbbında da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- ADOLPHSEN, Jens: Medizinrecht Münchener Anwalts Handbuch Michael Terbille/Tilman; Clausen/Jörn; Schroeder-Printzen, C. H Beck, München 2013.
- ALTHAUS, Jürgen/GENN, Hermann Josef: Die Kaufuntersuchung des Pferdes – Medizinisch und juristischer Leitfaden, Hannover 2011.
- BAUR; Jürgen F./STÜRNER, Rolf: Sachenrecht, C. H. Beck, München 2009.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht”, Pferdeheilkunde 2004, s.361–367.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht“ AUR 2004, s.107-111.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, VersR 2005, s.760–767.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, Pferdeheilkunde 2004, s.353–360.
- BEMMANN, Kai: „Aufklärungspflicht in der Veterinärmedizin im Vergleich zur Humanmedizin“ Leipziger Blauhefte Hrsg. Ingrid Vervuert u.a Leipziger Universität Verlag, s.12-14.
- BEPPEL, Anne: Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, Universitätsverlag, Göttingen 2007.
- BLECKWENN, Eike: Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht, Springer, Heidelberg 2014.
- BRAUN, Johann: “Symbolische Gesetzgebung und Folgelast.—Erfahrungen im Umgang mit § 90a BGB in einer Examensklausur“, JuS 1992, s.758-762.
- DAMM, Reinhard: “Medizintechnik und Arzthaftungsrecht Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen“, NJW 1989, s.737-744.
- DEUTSCH, Erwin: “Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen“, VersR 1998, s.1051-1059.
- DEUTSCH, Erwin: “Das Persönlichkeitsrecht des Patienten,” AcP 192 (1992), s.161–180.
- DEUTSCH, Erwin: “Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes”, VersR 1981, s.293- 297.
- DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, Springer, Berlin 2014.
- DWYER-HOLIGHAUS, Axel: Die Aufklärungspflicht des Arztes in Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Italien, Leipziger Uni-Vlg, 2005.
- EISNER, Beat: Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992.
- EROL SARIYEV, Ayşe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2016 (127), s.263-298.
- FABER, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Peterlang, Frankfurt am Main Berlin 2004.
- FINK, Claudia: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker) Stämpfli AG, Bern 2008.

- FÜLLGRAF, Lutz: “zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes“, NJW 1984, s.2619-2620.
- GOETSCHEL, Antoine/BOLLIGER, Gieri: Das Tier im Recht 99 Facetten der Mensch-Tier Beziehung von A bis Z, Zürich: Orell Füssli, 2003.
- GRUBER, Malte: Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, Jur. Diss., Baden-Baden, 2006.
- GRUNSKY, Wolfgang: “Sache. Tiere – Bemerkung zu einem Gesetzentwurf“, Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag: Töpfer, Bernhard. (Hrsg.), Beck, München 1990, s.93–102
- HART, Dieter: “Organisationsaufklärung – Zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflichten und ärztlicher Aufklärung“, MedR 1999, s.47–50.
- HART, Dieter: ”Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Pflichtengefüge“, Jura 2000, s.64-70.
- HASSNER, Florian A.: “Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und Zivilrechtliche Haftung –Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtsgesetzes, VersR 2013, s.23-35.
- HERZBERG, Guntolf: “Gerechtigkeit für Tiere“ Tiere ohne Rechte Jan C. Joerden Bodo Busch (Hrsg.), Springer, Berlin 1999.
- KATZENMEIER, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- KATZENMEIER, Christian: ”Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus in BGB“, NJW 2013, s.817-823.
- KERN, Bernd-Rüdiger/ LAUFS, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer, Berlin 1983.
- KERN, Bernd-Rüdiger/RICHTER Isabell: ”Haftung für den Erfolgseintritt? – Die garantierte ärztliche Leistung“, die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin Albrecht Wienke, Wolfram H. Eberbach, Hans-Jürgen Kramer, Kathrin Janke (Hrsg), s.129-144.
- KINZLER, Julian: Haftpflichtfälle in der Tierärztlichen Praxis, Sofortdruck- Center Blasaditsch GmbH § Co KG Augsburg, München 1981.
- KLOEPFER, Michael/ ROSSI, Matthias: “Tierschutz in das Grundgesetz?“, JZ 1998, s.369–378.
- KRIJNE, Christian: “Tiere ohne Rechte und Menschen mit Pflichten“, Tier ohne Recht, Jan v. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer, Berlin 1999, s.83-99.
- KÜPPER, Georg: Recht und Ethik im Umwelt und Tierschutz, Nomos, Baden-Baden 2002.
- LORZ, Albert: “Tier = Sache?“, MDR 1989, s.201–204.
- LORZ, Albert: ”Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ MDR 1990, s.1057-1061.
- LORZ, Sigrid: Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- MÜLLER, Gerda: “Spielregel für den Arzthaftungsprozess“, DRiZ 2000, s.259-271.
- NEUMANN, Josef N.: “Sind Tiere Personen“ Tiere ohne Rechte, Jan C. Joerden, Bodo Busch (Hrsg.) Springer, Berlin 1999.

- ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu” TAAD Yıl 5, Sayı 16 (Ocak 2014), s.319-335.
- PRÖBSTL, Katja: Das Recht der Tierversuche unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, Springer, Berlin 2016.
- PRÜTTING Jens: “Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen – Vertragsrecht” MedR 2011, s.275 - 279.
- SCHEIDER, Angie: “Der Behandlungsvertrag”, Jus 2013, s.104-108.
- SCHELLING, Philip: “Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen”, MedR 2004, s.422-429.
- SCHULZE, Ekkehard: Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes, Jur. Diss., Berlin 1991.
- SCHWAB, Martin: “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten”, NJW 2012, s.3274-3277.
- SPICKHOFF, Andreas/SEIBL, Maximilian: “Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal”, NZS 2008, s.57-65.
- SPICKHOFF, Andreas: “Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus”, VersR 2013, s.267-282.
- STRÖFER, Joachim:” „Beratungspflicht“ und Haftung beim Sterilisationsvertrag „neue“ Wege im Arzthaftungsrecht?“ VersR 1981, s.796- 806.
- SPRANGER, Tade Matthias: “Auswirkungen einer Staatszielbestimmungen “Tierschutz“ auf die Forschungs-und Wissenschaftsfreiheit“, ZRP 2000, s.285-289.
- TAUPITZ, Jochen: “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz“, AcP 196 (1996), s.114-167.
- TRITTHART, Alexander: “Die Tierärztliche Aufklärungspflicht in Österreich – notwendiges Übel oder Sicherheit für den Tierarzt“, WTM 102(2005), s.254- 262.
- TRITTHART, Alexander: “Tierärztliche Aufklärungspflichten bei der Behandlung von Pferden –Status quo“ Sachverständige Heft 4/12, s.203- 206.
- TRÖNDLE, Herbert:“ Selbstbestimmungsrecht des Patienten- wohlta und Plage“, MDR 1983, s.881-888.
- VON LOEPER, Eisenhart von/REYER, Wasmut: “Das Tier und sein rechtlicher Status“, ZRP 1984, s.205-2012.
- WESTERMAYER, Isabel: Die Patentierung gentechnisch veränderter Tiere im Hinblick auf die Schranke der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten -eine Analyse unter Berücksichtigung der Rechtslage in Frankreich und Großbritannien, Logos, Berlin 2012.
- WIEGAND, Wolfgang: ”Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung“ Handbuch des Arztrechts Heinrich Honsell (Hrsg.) Zurich 1994, s.119 – 213.

